

Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

TESIS DOCTORAL-2006

**LA PREVENCIÓN DE
RIESGOS LABORALES
EN LAS EMPRESAS DE
TRABAJO TEMPORAL.**

Luis Fernando SAN MARTÍN AGUILAR

DL: B.26398-2007
ISBN: 978-84-691-1195-6

Índice.

Presentación.

CAPÍTULO I:

GESTACIÓN NORMATIVA Y FUNDAMENTOS DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL ÁMBITO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

I.- INTRODUCCIÓN.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL SECTOR DEL TRABAJO TEMPORAL.

2.1. La necesidad de regulación de las ETTs en España.

2.1.1. Adaptación de la realidad socioeconómica a las necesidades empresariales.

2.1.2. Armonización legislativa con los países de nuestro entorno.

2.1.3. Deficiente gestión de los servicios públicos de intermediación.

2.2. La normativa comunitaria como marco legislativo de referencia.

2.2.1. La Directiva 91/383/CEE, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

2.2.2. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal.

III. JUSTIFICACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS ETTs.

3.1. Justificación jurídica y fáctica de esta normativa.

3.2. Acotación terminológica y ámbito de aplicación.

3.2.1. Acotación terminológica de los principales conceptos.

3.2.2. Ámbito de aplicación.

3.2.3. *Exclusiones del recurso a las ETTs.*

3.2.3.1. *Exclusión por la actividad.*

3.2.3.2. *Exclusiones en la contratación.*

IV. LA IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA DE PREVENCIÓN.

CAPITULO II:

LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS LABORALES EN LAS ETTs.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

II.- LA INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS LABORALES ENTRE LA ETT Y LA EU.

2.1. Contenido obligatorio sobre información preventiva relativo a la celebración del CPD.

2.1.1. *Información preventiva de carácter funcional y del puesto de trabajo.*

2.1.2. *Información preventiva personal del trabajador en misión.*

2.2. Contenido obligatorio de la EU previo al inicio de la prestación de servicios del trabajador.

III.- EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN PREVENTIVA A LOS TRABAJADORES EN MISIÓN.

3.1. Contenido de la obligación.

3.1.1. *Contenido material de la obligación para la EU.*

3.1.2. *Contenido material de la obligación para la ETT.*

3.2. Elementos subjetivos de esta obligación informativa.

IV.- LA INFORMACIÓN PREVENTIVA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

4.1. Elementos subjetivos que integran esta información preventiva.

4.2. Tipologías de *representación* en materia preventiva.

4.3. Criterios cuantitativos para la designación de los representantes de los trabajadores en materia preventiva.

4.4. El contenido de la información preventiva a los representantes de los trabajadores.

4.4.1. La EU como único sujeto obligado.

4.4.2. El contenido mínimo para la EU.

4.4.3. El carácter tuitivo o finalista de la obligación.

V.- EL DEBER DE INFORMACIÓN AL PERSONAL PREVENCIÓNISTA.

5.1. Acotación subjetiva.

5.2. Alternativa o complementariedad del Servicio de Prevención.

5.3. Coexistencia funcional entre los sujetos prevencionistas.

5.4. Otras fórmulas de sujetos prevencionistas.

VI.- DERECHO COMPARADO DEL DEBER DE INFORMACIÓN PREVENTIVA.

CAPITULO III:

LA FORMACIÓN SOBRE RIESGOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN.

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- FORMACIÓN GENÉRICA Y FORMACIÓN PREVENTIVA.

2.1. Formación Genérica: El deber de formación como mandato legal en nuestro Derecho positivo.

2.2. La Formación Preventiva y sus diversas regulaciones.

2.2.1.- La formación preventiva a nivel supranacional.

2.2.2. La formación preventiva en la Legislación de la Unión Europea.

2.2.2.1. La norma comunitaria genérica: La Directiva 89/391/CEE.

2.2.2.2. *La norma comunitaria específica del Trabajo Temporal: La Directiva 91/383/CEE.*

2.2.3. *La formación preventiva a nivel de Derecho interno.*

III.- ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DEBER DE FORMACIÓN PREVENTIVA.

IV.- SUJETOS OBLIGADOS.

4.1. El deber de formación para la ETT.

4.2. El deber de formación desde la óptica de la EU.

V.- EL ÁMBITO TEMPORAL DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA.

5.1. El dilema del “*cuando*” se realiza la formación preventiva.

5.2. La cuestión del cronograma en el proceso de impartición de la formación preventiva.

5.2.1. *La formación preventiva como elemento de perfección del contrato.*

5.2.1.2. *La exención justificada de impartir formación preventiva.*

5.2.2. *La correlación de fases entre las empresas implicadas en la formación preventiva.*

5.2.2.1. *Jornada de trabajo y formación preventiva.*

5.2.2.2. *Fase teórica y fase práctica de la formación preventiva.*

5.3. Incidencia en los costes empresariales del tiempo dedicado a la formación preventiva.

VI.- EL CONTENIDO BÁSICO DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA Y SU RECICLAJE.

6.1. Los conceptos de formación <<*suficiente y adecuada*>>.

6.2. Contenido teórico y contenido práctico de la formación preventiva.

VII.- LA GESTIÓN FINANCIERA DE LOS COSTES DERIVADOS DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA.

7.1. Costes de prevención y costes de evaluación.

7.2. La prohibición legal de financiar los costes formativos.

7.3. Las Entidades Públicas que intervienen en la financiación de la formación preventiva.

CAPITULO IV:

LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

1.1. Breve reseña histórica de la vigilancia de la salud.

1.2. Las *Especialidades* que integran la vigilancia de la salud.

II.- LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS EN LA VIGILANCIA DE LA SALUD.

2.1. El empresario como principal sujeto responsable de la vigilancia de la salud.

2.2. El Servicio de Prevención como sujeto técnico de la vigilancia de la salud.

2.3. La Participación de los representantes de los trabajadores en la vigilancia de la salud.

2.4. La incidencia de las Autoridades Sanitarias en la vigilancia de la salud.

III.- LOS CONTROLES MÉDICOS.

3.1. Principios que informan la realización de los controles médicos.

3.1.1. El principio de finalidad.

3.1.2. El principio de pertinencia.

3.1.3. El principio de voluntariedad.

3.2. La cuestión de la prolongación en el tiempo de la vigilancia de la salud.

3.3. Reconocimientos Médicos de Ingreso/Prelaborales.

3.3.1. Metodología de actuación.

3.3.2. Obligatoriedad legal de los reconocimientos médicos previos.

3.4. Reconocimientos Médicos Iniciales.

3.5. Reconocimientos Médicos Periódicos.

3.5.1. Condiciones materiales.

3.5.2. Organización del trabajo.

3.5.3. Duración del trabajo.

3.5.4. Modos de remuneración.

3.5.5. Promoción profesional.

3.5.6. Otros condicionantes del entorno.

3.6. Reconocimientos Médicos Específicos.

3.7. Otros Reconocimientos Médicos.

**IV.- GARANTÍAS DEL TRABAJADOR EN LA VIGILANCIA DE LA SALUD:
LA CONFIDENCIALIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.**

4.1. Garantías de índole personal.

4.1.1. Personal con acceso directo y completo a la información sobre vigilancia de la salud.

4.1.2. Personal con conocimiento mediato sobre la información de la vigilancia de la salud.

4.1.3. El Código Internacional de Ética para los profesionales de la salud en el trabajo.

4.2. Garantías en el tratamiento de la información derivada de los controles médicos. La confidencialidad.

V.- ELEMENTOS FORMALES DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD.

5.1. La determinación de los sujetos obligados.

5.2. La concreción de <<términos y plazos>>.

5.3. Contenido y forma de la comunicación.

5.4. Efectos del incumplimiento de la comunicación a la Autoridad laboral.

5.5. La acotación temporal de la documentación sobre vigilancia de la salud.

CAPITULO V:

LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS.

I.- CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PREVENCIÓN.

II.- LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DERIVADA DE LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS.

2.1. Infracciones y sanciones relativas a la información sobre riesgos laborales.

2.1.1. Infracción del deber de información preventiva por parte de las ETTs.

2.1.2. Infracciones del deber de información preventiva por parte de la EU.

2.2. Infracciones por incumplimiento de los deberes formativos.

2.2.1. La infracción sobre el porcentaje destinado a formación.

2.2.2. La comprobación previa de los medios destinados a la formación preventiva.

2.2.2.1. La comprobación previa desde la óptica de la ETT.

2.2.2.2. El aseguramiento de la formación preventiva desde la óptica de la EU.

2.2.3. La infracción sobre la gratuidad de la formación preventiva.

2.3. Responsabilidad derivada de la vigilancia de la salud de los trabajadores en misión.

III.- RESPONSABILIDAD SOCIAL: EL RECARGO DE PRESTACIONES.

3.1. La naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones.

3.2. El sujeto responsable en el recargo de prestaciones.

IV.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL.

V.- LA RESPONSABILIDAD PENAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

Presentación.

En el presente trabajo de investigación, abordamos la siempre controvertida materia de la prevención de riesgos laborales pero aplicada al ámbito específico de las Empresas de Trabajo Temporal, como figura legal de la cesión de mano de obra. Se analiza por tanto, todo el conglomerado de obligaciones surgidas como consecuencia del contrato mercantil , el contrato de puesta a disposición (CPD) entre dos empresas, la ETT y la empresa usuaria, por el que se cede *temporalmente* a un trabajador *en misión*.

Por lo tanto, este estudio se centra en el análisis de la prevención de riesgos laborales pero centrado en la figura del trabajador en misión, es decir, pese al título de: <<*La prevención de riesgos laborales en las Empresas de Trabajo Temporal*>>, interesa analizar la materia preventiva del trabajador –o conjunto de trabajadores- que constituyen la actividad de las ETTs, es decir, el trabajador cedido, y por ello, no se analiza la materia preventiva de la ETT como empresa como empleadora y titular de contratos de trabajo con trabajadores –incluidos los de estructura y los de operativa-, sino en la medida en que ésta constituye una figura especial por la actividad que representa y sobre todo como sujeto activo de la relación triangular que caracteriza a este ámbito.

En definitiva, se trata de escudriñar la seguridad y salud laboral a través de la legislación española como trasfondo de la legislación marco europea. Y este análisis se realiza, por cuestiones sistemáticas, mediante el estudio de los cuatro pilares que, a nuestro juicio, conforman la prevención de riesgos laborales en el ámbito de las ETTs, a saber: la igualdad de trato, la información preventiva, la formación sobre riesgos y la vigilancia de la salud, pero siempre referida al trabajador en misión.

Por último, y como no podría ser de otra manera, se ha consignado en el capítulo quinto de este trabajo, el tejido de responsabilidad con diferente naturaleza y finalidad que se generan ante el eventual incumplimiento de las obligaciones empresariales -ETT y EU-, pudiendo ser éstas de índole administrativa, social, civil o incluso, para los casos de mayor gravedad, la responsabilidad penal.

CAPÍTULO I:

GESTACIÓN NORMATIVA Y FUNDAMENTOS DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL ÁMBITO DE LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL.

I.- INTRODUCCIÓN.

La regulación de las Empresas de Trabajo Temporal en España representa un hito importante en el nuestro marco de relaciones laborales al permitir una figura necesaria para acometer la flexibilidad que precisa el tejido empresarial contemporáneo para conseguir mayores cuotas de productividad y niveles más eficientes en la gestión de personal.¹

Esta mayor flexibilidad laboral exige como contrapartida el establecimiento de una serie de obligaciones tendentes a garantizar los derechos de los trabajadores contratados bajo este sistema en todos y cada uno de los ámbitos en los que se desenvuelven este tipo de relaciones laborales.²

Uno de los ámbitos en los que revista mayor importancia esa compensación *tuitiva* es el concerniente al terreno de la prevención de riesgos laborales, ya que en

¹ Según los datos publicados del último *Anuario del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, a 31/12/2003, se firmaron un total de 1.191.140 contratos de puesta a disposición (CPDs), incrementándose esta cifra durante el 2004 hasta un total de 2.209.477 contratos de esta naturaleza.

² No han faltado posturas reticentes en diversos órdenes –social, político, jurídico, económico, etc.– acerca de la legalización en España de las ETTs, tanto con anterioridad a su regulación en 1994 como con posterior actuación de estas empresas en el mercado de trabajo. No obstante, la *Exposición de Motivos* de la norma reguladora de las ETTs de 1994, aporta una postura de sensatez no exenta de pragmatismo acerca de la legalización de esta figura afirmando al respecto que <<desde el convencimiento de que los riesgos que se han imputado a las empresas de trabajo temporal no derivan necesariamente de la actividad que realizan, sino en todo caso, de una actuación clandestina que permite la aparición de intermediarios en el mercado de trabajo capaces de eludir sus obligaciones laborales y de seguridad social, se hace necesario, teniendo en cuenta lo previsto sobre cesión de trabajadores en el artículo 2 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, (...) establecer ahora su régimen jurídico, garantizando mediante los adecuados requisitos, limitaciones y controles, el mantenimiento, en todo caso, de los derechos laborales y de protección social>>.

él se sitúan dos de los elementos más trascendentales como son el de la seguridad en el trabajo y el de la salud del trabajador.

Con la legalización³ y posterior regulación en España de las denominadas *Empresas de Trabajo Temporal* (ETTs)⁴ unida a la aparición de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁵ (LPRL), se marca un hito en nuestro ordenamiento laboral, que ha supuesto una de las acciones normativas más importantes⁶, constituyendo una interesante vía de investigación tendente a exponer y analizar cada uno de los aspectos más relevantes que integran esta materia preventiva en relación con este sector del prestamismo de mano de obra.

Esta vía de investigación presenta para nosotros un interés doble. Por una parte, proporciona un interesante análisis sobre la cobertura legal acerca de una materia tan importante como es la seguridad y salud laboral, pero, en este caso, en relación con una figura desconocida en nuestro ordenamiento hasta entonces como son las ETTs. Y al mismo tiempo, y casi de manera recíproca al planteamiento anterior, podemos decir que

³ Mediante la promulgación del Real Decreto-Ley (RD-L) 18/1993, de 3 de diciembre, *de medidas urgentes de fomento de la ocupación* (BOE de 7 de diciembre). Con anterioridad a esta norma, la actividad de las ETTs estaba prohibida en España por estar encuadrada dentro de la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el art. 43.1 ET, teniendo como excepción –y por ende precedente legal de la figura de las ETTs- el RD-L 2/1986, de 23 de mayo, *por el que se gestiona la sociedad estatal de estiba y desestiba de buques* (BOE de 27 de mayo), y en la que la sociedad estatal mantiene la condición de empleador mientras las empresas de estibadores portuarios deben acudir a ella para solicitar trabajadores a los cuales forma y retribuye, mientras que las respectivas empresas de estibadores ejerce las funciones de dirección y control, además de la responsabilidad en el cumplimiento de las medidas de seguridad y salud en el trabajo.

⁴ Como es sabido, la legalización se produce a través del art. 2 de la *Ley 10/1994, de 19 de mayo, de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación* (BOE de 23 de mayo), pasando a formar parte dicho precepto del contenido del art. 43 del RD 1/1995, de 24 de marzo, *por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores* (BOE de 29 de marzo). No obstante, el régimen jurídico de las ETTs no se materializó hasta la promulgación de la *Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal* (BOE nº 131, de 2 de junio), la cual se complementa con el *R.D. 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal* (BOE nº 27, de 1 de febrero, rectificación de errores: BOE nº 87, de 13 de abril). Para DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., <<Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal>>, *Relaciones Laborales 2001* (t. I), pg.: 244, <<la preocupación esencial de la L 14/1994 y, especialmente, su reglamento de desarrollo ha sido la regulación exhaustiva de los aspectos administrativos de las ETT, con cierta dejación de una regulación más clara de los aspectos jurídicos del contrato de puesta a disposición y, sobre todo, de la relación laboral existente entre la ETT y el trabajador en misión.>>

⁵ Ley 31/1995, de 8 de noviembre (BOE nº 269, de 10 de noviembre), cuya entrada en vigor se produjo el 11 de febrero de 1996.

⁶ Materializada en la V legislatura de la Democracia española.

destaca la inclusión, por vez primera, de una figura como las ETTs en el seno de una norma sobre prevención de riesgos en el trabajo.⁷

Desde siempre, la seguridad e higiene se ha planteado sobre tres tipos de medidas: normativas, inspectoras y técnico-preventivas. No obstante, la prevención de riesgos laborales en el seno de las ETTs, dadas sus particulares características, debe tener un carácter más incisivo y pormenorizado, necesitando por ello de un *plus* normativo.

Paradójicamente esa necesidad de mayor rigurosidad que precisan las ETTs y sus trabajadores en la regulación de las materias sobre prevención de riesgos laborales para compensar la debilidad emanada de su propia idiosincrasia, no se ha visto compensada por la vía convencional, tanto a nivel de los convenios colectivos de empresa como estatal. Así, basta traer a colación como ejemplo el contenido del *Capítulo XII del IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal* en cuyo art. 47 (único precepto de este capítulo del Convenio), se expresa que *<<ambas partes se comprometen a desarrollar las acciones necesarias que afectan a la seguridad y la salud en el trabajo, así como cuantas medidas sean precisas para el cumplimiento de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normas de desarrollo>>*. Junto a esta obviedad, el propio precepto se limita a añadir en su apartado 2.) que *<<por lo que se refiere de manera específica a los trabajadores puestos a disposición de las empresas usuarias, ambas partes velarán especialmente por el cumplimiento de lo establecido en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, Ley 14/1994 de 1 de junio y Real Decreto 216/1999 de 5 de febrero y demás normativa de desarrollo aplicable.>>*

En consecuencia, el Convenio Colectivo a nivel estatal existente para el sector de las ETTs, se ciñe exclusivamente al obvio cumplimiento de la legislación vigente, sin mostrar pretensión de dar pie a desarrollar, para su propio ámbito y del que por ende resulta de mayor y prioritario interés por ser los propios actores, cualquier regulación complementaria sobre esta importante materia.

⁷Recuérdese que la norma que regulaba hasta ahora esta materia era la O.M. de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (OSHT), fecha en la que obviamente no estaba legalizada la cesión de mano de obra y aún menos la figura de la cesión de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal.

No obstante, si que existe una necesidad de mayor rigurosidad y especificidad normativa tanto nacional como europea. Prueba de esta necesidad *tuitiva* son tanto el art. 28 de la LPRL como la Directiva en la que este precepto se fundamenta. Ambas normas centran su atención en torno a *cuatro ejes fundamentales*, a saber:

- * igualdad de trato
- * información
- * formación
- * vigilancia de la salud.

El estudio de estos cuatro pilares va a constituir el "*nudo gordiano*" de la prevención de riesgos en el sector de las ETTs, lo que nos servirá además como hilo conductor para el presente estudio.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS EN EL SECTOR DEL TRABAJO TEMPORAL.

Hasta llegar al marco normativo en el que actualmente nos encontramos, ha sido preciso avanzar previamente por un sendero ciertamente tortuoso tanto en materia de prevención de riesgos laborales como sobre todo por la aplicación de ésta a la figura de las ETTs. Sobre las necesidades y vicisitudes que han promovido, justificado el alcance de la actual normativa sobre seguridad y salud laborales, nos encargaremos en los siguientes apartados.

2.1. La necesidad de regulación de las ETTs en España.

La gestación de la regulación de las ETTs en España responde a *tres* factores principales, a saber: adecuación de la realidad socioeconómica a las necesidades

empresariales para atender demandas puntuales de trabajadores; adaptación a los países de nuestro entorno; y todo ello y como tercer factor la deficiente gestión de los servicios públicos de intermediación en el mercado laboral. Veamos seguidamente cada una de las causas apuntadas.

2.1.1. Adaptación de la realidad socioeconómica a las necesidades empresariales.

Las sociedades modernas, industrializadas y democráticas aspiran al pleno empleo y al máximo de bienestar social de sus ciudadanos lo que sin duda conlleva costes que en no pocas ocasiones entran en colisión con intereses empresariales que bajo el signo lícito de lograr determinados objetivos y dividendos accionariales persiguen el mayor ajuste en la dimensión de las plantillas con el fin de sanear sus respectivos balances financieros.

Nos encontramos, por tanto, con una disyuntiva de compleja solución, ya que, por un lado, hallamos la sempiterna aspiración de lograr el *pleno empleo* como icono del denominado <<Estado del bienestar>> propio de las sociedades modernas e industrializadas. En el otro lado de la ecuación, tropezamos, sin embargo, con los intereses empresariales preocupados por dimensionar a la baja sus plantillas y emplear así y en cada momento *exclusivamente* a la mano de obra que realmente necesitan.⁸

Para lograr este complicado equilibrio, el Estado –apoyado por las fuerzas sindicales- intenta paliar las bolsas de desempleo que el mercado laboral no puede asumir, recurriendo a subvencionar mediante prestaciones asistenciales y o contributivas el poder adquisitivo básico de las familias situadas en el porcentaje

⁸ Estas tendencias se intensifican sobre todo en la década de los años setenta con la mirada puesta en lo que ha venido en denominarse la <<flexibilidad laboral>> y que persigue la adaptación de las empresas a una realidad cada vez más cambiante y dinámica. Vid. DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral* (MT y SS), Madrid, 1996, pg: 29. En el mismo sentido vid. SALA FRANCO, T., <<El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo>>, en AA.VV. (coord. RIVERO LAMAS, J.), *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993, pg: 13; MONEREO PEREZ, J.L. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, 1996, pg: 114 y ss., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., <<Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español>>, *Revista de Trabajo* n° 74, 1984, pg: 29.

marginal que resta hasta alcanzar el pleno empleo. Por su parte, las empresas recurren a la contratación temporal para evitar así la sobresaturación de sus estructuras y contratando mano de obra adicional para atender las necesidades de servicios o funciones concretas y sobre todo limitadas en el tiempo.⁹

No obstante lo anterior, y dentro de estas necesidades determinadas de personal, las empresas no sólo presentan una demanda *cuantitativa* de mano de obra sino que además se trata de una necesidad *cualitativa* para atender funciones especializadas o tareas no estables, precisando para ello que los trabajadores que vayan a incorporarse temporalmente a sus respectivas estructuras esté ya formado y dispuesto para ser operativo de manera inmediata o al menos en el espacio de tiempo más breve posible.¹⁰

Es precisamente en el seno de estas necesidades de duración limitada tanto cualitativa como cuantitativa de mano de obra preparada en la que se circunscriben las ETTs, en las que se concilian las necesidades empresariales con las de proporcionar empleo a los trabajadores aunque sea temporal en la creencia de que más vale tener un trabajo precario que un trabajo inexistente.

Existían por tanto, dos escollos de índole legal que impedían la absorción de las demandas empresariales en los términos que acabamos de exponer: la excepcionalidad de la contratación por tiempo determinado, así como la calificación de ilegalidad de la

⁹ Estas necesidades obedecen a fórmulas propias de <<descentralización productiva>>, las cuales se producen <<cuando una empresa –empresa principal- encomienda a otras u otras empresas jurídicamente independientes –empresas auxiliares- el desarrollo de una determinada actividad productiva o de una fase del proceso productivo, de tal forma que estas últimas desarrollan su actividad para la primera de forma autónoma, sirviéndose para ello de una estructura empresarial independiente, lo que incluye también su propia plantilla de trabajadores.>>, cfr. CRUZ VILLALÓN, J., <<Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratos y subcontratas>>, *Relaciones Laborales (tomo I)*, 1992, pp: 114 y 115.

¹⁰ En el caso de las ETTs la empresa usuaria exterioriza parte de su plantilla a través del recurso a la ETT, logrando de este modo una mayor adaptación de la mano de obra a los cambios de la demanda. En este sentido, la actividad desarrollada por las ETTs constituye una manifestación específica del fenómeno de la *descentralización productiva*, poniéndose manifiesto a través de la relación triangular –ETT, EU y trabajador en misión- que caracteriza a este tipo de relaciones, que no obstante, plantea estas ventajas de la *flexibilización* pero al mismo tiempo, presenta los problemas derivados de de la determinación de la *empresa responsable* y complicándose sobremanera a medida que aumenta el grado de *atomización* de la empresa principal, un enmascaramiento de las dimensiones de la plantilla, la elusión de algunas normas sectoriales de origen sectorial así como de la mayoría de las cargas y responsabilidades que el ordenamiento laboral atribuye al empresario. Sobre estas cuestiones, *vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Madrid, 1992, pg: 23; y también ROMÁN DE LA TORRE, M.D. <<La situación jurídico-laboral de las empresas de trabajo temporal en España>>, *Relaciones Laborales (tomo I)*, 1991, pg: 16.

cesión de trabajadores de una empresa a otra. Veamos someramente cada uno de estos obstáculos.

Hasta el momento de aprobarse la Ley 14/1994, reguladora de las ETTs, el Estatuto de los Trabajadores (ET)¹¹ establecía distintas modalidades de contratación temporal para atender las necesidades puntuales de mano de obra de las empresas¹², contenidas en su art. 15, como excepción a la naturaleza indefinida del contrato. En este sentido, la primera regulación que se promulga es el RD 1989/1984, de 17 de octubre para la *contratación temporal para el fomento del empleo*¹³, al que siguió el RD 2104/1984, de 21 de noviembre. Comprendía cinco modalidades de contratación temporal justificadas bajo otras tantas causas¹⁴, a saber: *para la realización de una obra o servicio determinado*¹⁵, *por circunstancias de la producción*¹⁶, *para el lanzamiento de una nueva actividad*¹⁷, *contratos de interinidad*¹⁸, *fijos discontinuos*¹⁹.

Pese a que en esos momentos previos a la gestación de la regulación de las ETT en España, se imponía –*ex lege*– el carácter indefinido de las contrataciones, materializado mediante el art. 15 ET, lo cierto es que la realidad laboral discurría por derroteros muy diferentes a este mandato legal. Nuestro tejido empresarial era reticente

¹¹ Ley 8/1980, de 10 de marzo.

¹² En este sentido, ya existía un antecedente normativo del ET que establecía la posibilidad de contratación de duración determinada. Nos referimos a la *Ley 16/1976 de Relaciones Laborales*, cuyo art. 15 permitía la contratación para obra o servicio determinado, trabajos eventuales, interinidad, o en empresas de naturaleza singular.

¹³ En virtud del cual las empresas puede emplear por tiempo determinado *para la realización de sus actividades cualquiera que sea la naturaleza de las mismas*>>.

¹⁴ Sobre la compatibilidad entre la contratación temporal y las ETTs, *vid.* STS de 4 de febrero de 1999 (AS-2022).

¹⁵ Debía tratarse de una obra o servicio <<*con autonomía y sustantividad propia*>>, limitados en el tiempo y de <<*duración incierta*>>, pero matizando que <<*la duración será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio*>>, *cfr.* art. 2.2.b) RD 2104/1984.

¹⁶ Entendiendo por estas circunstancias de la producción la <<*acumulación de tareas o exceso de pedidos*>>, pudiendo tener una duración máxima de 6 meses dentro de un período de 12.

¹⁷ Ideado para aquellos casos en que la empresa <<*amplía sus actividades como consecuencia del lanzamiento de una nueva línea de producción, un nuevo producto, servicio o de la apertura de un nuevo centro de trabajo*>>, contando con una duración que no puede ser inferior a 6 meses ni superior a tres años.

¹⁸ Creada con el fin de sustituir a trabajadores de la empresa con reserva de puesto de trabajo. Su duración <<*será la del tiempo durante el que subsista el derecho de reserva del puesto de trabajo sustituido*>>.

¹⁹ Destinado a aquellos contratados para <<*empresas con actividades de temporada o campaña, que no exijan la prestación de servicios todos los días del año, mediante labores cíclicas o intermitentes*>>.

a la contratación indefinida²⁰ provocando unos índices muy elevados de temporalidad en la contratación.

Con todo y así, los empleadores no se encontraban realmente cómodos bajo esta regulación sobre contratación temporal. Era preciso algo más que la posibilidad de contratar a un trabajador por tiempo determinado, siendo necesario que esos mismos trabajadores cuenten además con la información y formación adecuada para incorporarse al puesto de trabajo requerido en el menor tiempo posible.²¹

En otro orden de cosas, pero en estrecha relación con los escollos anteriormente mencionados, se encontraba el art. 43 ET, por el que se prohibía la <<cesión ilegal de mano de obra>>²², en cuyo supuesto de hecho, lógicamente, quedarían encuadradas las actividades de las ETTs.²³

Así, el art. 43.1 ET disponía: <<Se prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan.>>²⁴

²⁰ Pese a los constantes subvenciones, exenciones, bonificaciones y ayudas a la contratación indefinida que los sucesivos gobiernos han venido concediendo a este tipo de contratación.

²¹ Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, op. cit. pg: 47, <<el recurso a las ETT ya no se utiliza sólo como un medio de lograr la flexibilidad en la gestión de la mano de obra; el trabajo “temporero” se emplea, crecientemente, para lograr una descentralización de algunas de las funciones de personal, como las de selección reclutamiento y formación, diversificándose, de otro lado, las tareas desempeñadas por los trabajadores temporales, que no solamente ejecutan trabajos ocasionales y de baja cualificación sino trabajos permanentes de alta especialización.>>

²² El art. 43 ET no era una norma pionera en prohibir la cesión de mano de obra. El primer antecedente histórico que reconoce de manera directa y expresa esta prohibición se halla en el decreto-Ley de 15 de febrero de 1952 *sobre responsabilidad de carácter civil y penal por incumplimiento de leyes laborales y de Seguridad Social*, el cual a su vez se fundamentaba en el art. 3 de la *Ley de Contrato de Trabajo* 1931, acogido posteriormente sin modificaciones en el mismo artículo del *Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo* de 1944. No obstante cabe indicar que el art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo estaba basado en el art. 2 del *Código de Trabajo* de 1926.

²³ Según MARTÍN VALVERDE, A., <<Cesión de Trabajadores>> en *Comentarios a las Leyes Laborales (tomo VIII)*, Madrid, 1982, pg: 296, el cometido de las ETTs es <<proveer de mano de obra interna o eventual, normalmente de media o alta cualificación, a otras empresas en situación de penuria de personal imprevista o transitoria, y que no justifica un aumento de plantilla, ni se puede llevar a cabo mediante el recurso a las horas extraordinarias.>>

²⁴ Para MARTÍN VALVERDE, A., , op. cit. pg: 289 y ss., el art. 43 ET <<constituye una interposición en el contrato de trabajo, ya que por medio de las actividades que en el artículo 43 se relatan, se da lugar a una relación triangular, en la que la posición jurídica de empleador la ocupan dos personas: el titular ficticio o aparente, y el real o utilizador de la mano de obra, frente al otro polo de la relación en el que aparece el trabajador cedido.>> Añadiendo que las <<consecuencias que se prevén para los infractores de la prohibición del párrafo 1 del precepto, no pueden ser

En relación con este art. 43 ET, el extinto *Tribunal Central de Trabajo* (TCT) señalaba en su sentencia de 31 de julio e 1985 (RA-5069) que <<*su finalidad es la persecución de la especulación de la mano de obra, razón por la que su infracción tiene que tener alguna intencionalidad ilícita*>>. Cuestión ésta que escapa a la de finalidad de las ETTs en las que el establecimiento de garantías y obligaciones tienden a evitar la producción de las conductas que precisamente condena el referido precepto estatutario.

El mismo TCT señala, a través de su sentencia de 14 de abril de 1989 (RA-2413), que el art. 43 ET <<*prohíbe y sanciona (...) el tráfico de mano de obra, esto es, la cesión encubierta efectuada por una empresa aparente*>>.

En el caso de las ETT, dicha apariencia queda fuera de toda sospecha ya que la razón de ser de este tipo de empresas queda fijada de antemano por la propia legislación, no existiendo por tanto empresario “*oculto*” que pueda defraudar los derechos de los trabajadores por él contratados y despejándose así cualquier duda acerca de la posibilidad de que pueda existir fraude le ley.²⁵

2.1.2. Armonización legislativa con los países de nuestro entorno.

El contexto social, económico y jurídico en el que se encontraban los países europeos al acabar la *II Guerra Mundial*, permitía albergar fórmulas de flexibilidad

aplicadas al supuesto de la mediación porque (...) por hipótesis, el mediador desaparece y pierde toda relación con el trabajador y con la empresa utilizadora una vez que ha suministrado al trabajador.>>, y en conclusión, <<*para que entre en juego la prohibición del artículo 43 ET, se exige una actividad de reclutamiento y contratación de trabajadores para cederlos o prestarlo (...) también se sanciona la utilización de los servicios de los trabajadores cedidos sin incorporarlos a la empresa (...), se sanciona el fenómeno de la interposición en el contrato de trabajo con carácter especulativo (...) no queda incluido el fenómeno de la mediación lucrativa en el contrato de trabajo que se sanciona mediante las normas de colocación*>>.

²⁵ Para VALDÉS DAL-RÉ, F., <<*Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio*>>, *Relaciones Laborales*, 1993 (tomo I), pg:43, gracias a las ETTs sus trabajadores <<*además de obtener experiencia y formación a la espera de conseguir un empleo estable, encuentran la posibilidad de lograr un trabajo “a la carta” y personalizado; mediante la actividad de suministro de mano de obra que llevan a cabo las ETT, estas otras reducen los costes fijo y, sobre todo, crean una organización de trabajo más elástica y flexible, dotándola de una notable capacidad de respuesta frente a los requerimientos cambiantes del mercado.*>>

laboral en las que podían incardinarse *cómodamente*²⁶ las actuales ETTs²⁷, denominadas <<agencias retribuidas de colocación>> según la nomenclatura empleada por el *Convenio 96 OIT*.²⁸

La pionera en regular las ETTs tal y como las conocemos hoy²⁹, fue Holanda en 1965 (<<*de vet op her ter beschikking stellen van arbeidskrachten*>>)³⁰,

Si bien las legislaciones mencionadas constituyeron la vanguardia de esta figura laboral, ya en la primera mitad de los años setenta la mayoría de los países europeos habían regulado positivamente las ETTs³¹, restando un pequeño grupo de países, entre las que se encontraba, además del nuestro, Grecia e Italia, que mantenían la prohibición de las ETTs.³²

De esta forma se constituyeron dos grupos de países en torno a esta materia, los que eran tolerantes, en primera instancia y más tarde reguladores, de los que formaban el “*área de la prohibición*”³³, si bien, a principios de los años ochenta, en los

²⁶ Según el Dictamen del Director General de la OIT de 1965, a instancias del gobierno sueco, se entendía que las ETTs podían tener cabida dentro de el Convenio 96 OIT de agencias retribuidas de colocación, ya que éste <<*puede aplicarse en los casos donde se establece una relación contractual entre el trabajador y una agencia, y no entre el trabajador y la persona o la empresa a cuya disposición ha sido colocado por la agencia*>>. Vid. FONTANA, I, <<*Las empresas de trabajo temporal en las normas comunitarias y el Derecho Internacional del Trabajo*>>, *Revista de Trabajo* n° 88, 1987.

²⁷ Sobre el origen histórico de las ETTs en el ámbito anglosajón, vid. MOORE, *The temporary help service industry: historical development, operations and scope*>>, *18 Industrial Labor Relations Review*, 1965, pg.: 554.

²⁸ *Convenio 96 OIT* relativo a las *agencias retribuidas de colocación*, de 8 de junio de 1949 (con entrada en vigor el 18 de julio de 1951) y ratificado por España por Instrumento de 29 de abril de 1971 BOE 12 de mayo de 1972). Como veremos más adelante, este Convenio dedicado a las <<*Agencias Retribuidas de Colocación*>> fue sustituido por el Convenio 181 OIT relativo a las <<*Agencias de Empleo Privadas*>> con un alcance más amplio y actualizado de la realidad del mercado de trabajo a nivel mundial.

²⁹ El hecho de ser la pionera sirvió para influir de manera decisiva en el conjunto de las legislaciones nacionales que sucedieron a esta legislación holandesa.

³⁰ Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Cesión de trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal*, *op. cit.*, pp: 64 y ss.

³¹ En opinión de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., <<*Las Empresas de Trabajo Temporal en la Europa comunitaria*>>, *Relaciones Laborales, 1991-I*, pp: 160-161, esta proliferación legislativa obedece –entre otros factores-, <<*a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17-XII-1970, que, en un asunto de seguridad social de trabajadores migrantes, reconocía este fenómeno y consideraba que la ETT era el auténtico empleador.*>>

³² Sobre el desarrollo de la legislación sobre ETTs en Europa, vid. BLANPAIN, R. (*coord.*), *Temporary work in modern society*, Deventer, 1978.

³³ Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F., <<*Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio*>>, *op. cit.*, pg: 42, para el que los países que no formaban parte de

ordenamientos de España³⁴, Italia³⁵ y Grecia <<se abre o reabre la discusión sobre la conveniencia o no de otorgar a la actividad de trabajo temporal carta de ciudadanía, pese a que el debate se saldará con un resultado negativo>>³⁶.

2.1.3. Deficiente gestión de los servicios públicos de intermediación.

Junto a la posibilidad de contratación no indefinida y de trabajadores aptos para incorporarse de manera inmediata, se palpaba una tercera demanda empresarial consistente en que se permitiera una gestión en la intermediación³⁷, y que una vez aprobada –cuestión ésta nada baladí-, dicha gestión fuese eficaz y sobre todo eficiente.³⁸

Una contratación de un trabajador que además de temporal permitiera que éste sea operativo en una empresa que desconoce y en un tiempo reducido requería de unas dosis de agilidad en la gestión que, hasta la fecha –e incluso hasta nuestros días- los servicios públicos de intermediación eran incapaces de acometer.

este “*área de prohibición*” habían pesado más <<motivos de oportunidad política vinculada a las singularidades concurrentes en cada uno de estos países que a razones de fondo>>.

³⁴ En España la prohibición se establecía a través del art. 43 ET. Sobre esta prohibición, vid. BORRAJO DACRUZ, E., en <<Cesión de trabajadores>>, AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid, 1982.

³⁵ La prohibición italiana quedaba establecida a través de la Ley 1369/60, quedando vetado el arriendo o subarriendo, o en cualquier otra forma, la ejecución de prestaciones de trabajo mediante el empleo de mano de obra contratada y retribuida por el arrendador o intermediario, sea cual sea la naturaleza de la obra o servicios a que se refieren dichas prestaciones.

³⁶ Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F., <<Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio>>, *op. cit.*, pg: 42.

³⁷ En virtud del art. 1 del Convenio 88 OIT, relativo a la organización del servicio de empleo, se establece la obligación de los Estados firmantes de <<garantizar el mantenimiento de un servicio público y gratuito de empleo>>. Este Convenio 88 OIT fue adoptado por la OIT el 9 de julio de 1948, y siendo ratificado por España el 14 de enero de 1960 (BOE del 11 de enero de 1961).

³⁸ Según MARTÍN VALVERDE, A., <<Cesión de trabajadores>>, *op. cit.*, pg: 296, <<la empresa de trabajo temporal funciona de forma semejante a un servicio privado de colocación, aunque hay que precisar que se diferencia del mismo en que no facilita la colocación de trabajadores, sino que pone a disposición de otras empresas trabajadores que ya ha contratado, y respecto de los que asume determinados riesgos y obligaciones (paga los salarios, cotiza ala Seguridad Social, etc)>>.

En consecuencia, nos encontramos con un primer escollo como es el del *monopolio de la intermediación laboral* por parte del Estado³⁹, y además, como segundo óbice, las empresas tropezaban con una situación de *esclerosis burocrática* en la gestión de la intermediación por parte de ese monopolio.

El organismo español encargado de la intermediación laboral pública fue encomendada -en exclusiva⁴⁰- al *Instituto Nacional de Empleo*, más conocido por sus siglas como el *INEM*, que se mostraba como el órgano de *colocación* del Estado, dotado de férreas connotaciones burocráticas que le convertían en ineficaz para el fin por el que había sido concebido, llegando a convertirse más en un *registrador del desempleo* que en un verdadero instrumento dinamizador del mercado de trabajo.

El excesivo *intervencionismo* del INEM se hizo patente a través de la redacción del art. 42 de la *Ley Básica de Empleo* (LBE)⁴¹, el cual estableció entre otras obligaciones: *a) obligación del empresario de acudir a las oficinas de empleo para contratar a trabajadores; b) visado y registro de los contratos; c) obligación de los trabajadores de inscribirse en la oficina de empleo; d) obligación de empresario y trabajador de comunicar la terminación del contrato; y e) obligación de las empresas de solicitar cuantos datos sean pedidos por el Organismo de empleo*. Como puede apreciarse se trata de una institución que sólo transpira desde su creación rigidez y burocracia que en poco o nada se parecen a las exigencias que el mercado laboral y sobre todo el tejido empresarial precisaban en esa época.

Sin embargo, bajo el prisma del art. 2.a) LBE, el INEM servía de instrumento al Estado como impulsor de las políticas activas de empleo, y pretendía con normas como la anteriormente transcrita acoger la iniciativa privada y encauzarla hacia la convergencia entre empresario –como oferente de empleo- y al trabajador –demandante

³⁹ Se trata de un prerrogativa en exclusiva del Estado que no puede ser objeto siquiera de *transferencia* a las Comunidades Autónomas o Administración periférica del Estado, recibiendo de hecho estos organismos el mismo tratamiento en orden a la contratación que el resto de las empresas privadas, según disposición del art. 42.5 LBE.

⁴⁰ La única variación que ha experimentado el INEM desde su creación hasta nuestros días es que ha perdido esa *exclusividad* en la intermediación.

⁴¹ Ley 51/1980, de 8 de octubre.

de servicios- con el de << *aumentar el nivel de empleo, potenciar las industrias y sectores con una utilización intensiva del factor trabajo* >>⁴².

Demostrada la escasa fe de las empresas de encontrar en el burocratizado registro de las oficinas del INEM el personal adecuado a sus necesidades y en el momento en el que éstas se producen, éste se ve abocado a acudir a otras fórmulas como empresas de selección cuya amplia oferta permite ajustarse al rol previamente solicitado.

Con el recurso a estas otras alternativas, se presenta de este modo una *excepción* a la obligatoriedad de acudir al INEM para contratar al candidato idóneo, puesto que una vez encontrado, éste se inscribe en la correspondiente oficina del INEM y el empresario sólo tiene que acudir a su elección, toda vez que el art. 42.4 LBE permitía a las empresas << *elegir libremente a los trabajadores inscritos* >>, por lo que en estos casos –que en la práctica suponen un volumen considerable-, la tarea del INEM se limita a *contabilizar* y registrar la contratación efectuada entre empresario y trabajador. De esta forma se produce la quiebra de la obligatoriedad de contratación a través del INEM⁴³, y que algún autor ha calificado como << *cauces extrainstitucionales de colocación* >>⁴⁴.

Esta ineficacia en la gestión de la intermediación laboral por parte del INEM, llevaba aparejada de forma indisociable un segundo escollo para satisfacer las demandas empresariales, y que consistía precisamente en que se trataba de un monopolio público, quedando vetada cualquier intervención en este sentido al sector privado.⁴⁵ En consecuencia, no sólo el organismo encarga de la intermediación era

⁴² Cfr. art. 2. a) LBE.

⁴³ El art. 42.4 LBE establece varios supuestos en los que se produce la quiebra a esta obligatoriedad, a saber: 1) cuando no existe oficina de empleo en la localidad; 2) cuando no se encontrasen los trabajadores solicitados; 3) Cuando por la Oficina no se facilite al trabajador solicitado en el plazo de tres días; 4) cuando se lleven a cabo convocatorias públicas para celebrar pruebas objetivas de acceso; 5) cuando se haga publicidad de oferta para contratar directamente al trabajador << *que considere idóneo* >>.

⁴⁴ Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, F., << *Servicios públicos de empleo y contratación laboral* >>. *Comentarios a las Leyes Laborales (Tomo I)*. Madrid, 1983, pg: 245.

⁴⁵ No obstante, las empresas de selección de personal estaban autorizadas, si bien éstas no actúan como intermediadoras –en sentido estricto- sino como “*buscadoras del candidato idóneo*” que, según hemos visto más arriba, sí estaban permitidas por el art. 42 LBE.

ineficaz sino que además *sólo* era posible éste, sin posibilidad de dar pábulo a otras fórmulas de intermediación.

En efecto, el art. 16.2 ET establecía como norma general lo siguiente: <<*se prohíbe la existencia de agencias privadas de colocación, de cualquier clase y ámbito funcional, que tenga por objeto la contratación laboral de todo tipo*>>. ⁴⁶

No obstante, la propia inercia socioeconómica y las tendencias de flexibilización laboral y descentralización productiva condujeron a la eliminación del referido monopolio en la intermediación del INEM⁴⁷, plasmándose jurídicamente a través de la ya citada Ley 10/1994, y en particular mediante la aprobación de las <<*Agencias Privadas de Colocación sin ánimo de lucro*>>⁴⁸ y las ETTs.⁴⁹

Además, la ratificación por España⁵⁰ del *Convenio 181 OIT*, de 19 de junio de 1997, por el que se regulan las <<*Agencias de Empleo Privadas*>>⁵¹, y que sin duda

⁴⁶ Los antecedentes de esta prohibición los encontramos en el art. 12 de la *Ley de Relaciones Laborales* que los toma a su vez del ya mencionado Convenio 96 OIT. Dichas normas establecían la supresión progresiva de las agencias privadas de colocación –el Convenio 96 OIT las denomina <<*agencias retribuidas de colocación*>> dado su carácter lucrativo-, las cuales, mediante cualquier fórmula organizativa (sociedad, institución, oficina, etc.), procuran empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador mediando precio. También se incluyen en esta prohibición las agencias de esta índole aunque no tengan fines lucrativos. No obstante, para entender la razón teleológica de esta radical prohibición debemos contextualizar esta norma tanto en el tiempo en el que fue gestada –al finalizar la *II Guerra Mundial*- como el hecho de que se trata de una norma de proyección internacional, y por tanto con afectación tanto de los países industrializados como los denominados *países en vías de desarrollo*, siendo precisamente en éstos últimos en los que se prodigaba el tráfico ilegal de mano de obra en los que el subdesarrollo provocaba situaciones cercanas a la esclavitud y que la OIT pretendía atajar de raíz a través de normas como su Convenio 96. Sin embargo, el propio Convenio entendía lo injusto de toda generalización y señala dos excepciones a la norma general, y que son: *a)* casos especiales para categorías definidas por la legislación nacional, y *b)* cuando la colocación no pueda efectuarse satisfactoriamente por el servicio público de empleo.

⁴⁷ Vid. CASAS BAAMONDE, M. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., <<*La ruptura del monopolio público de colocación y fomento del empleo*>>, *Relaciones Laborales* nº 6 y 7 de 1994.

⁴⁸ Cfr. RD 735/1995, de 5 de mayo (BOE nº 108, de 8 de mayo), reformado parcialmente mediante Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 10 de octubre de 1995 (BOE nº 249, de 18 de octubre). Aunque la aprobación de ambas figuras mediante la Ley 10/1994 fue paralela, sin embargo, la actividad de las ETTs va más allá que el de las agencias privadas de colocación, ya que aquéllas ceden trabajadores por ellas contratados a otras empresas mientras que la actividad de las segundas se reduce a poner en contacto a demandantes y oferentes de empleo.

⁴⁹ La justificación de la aprobación de ambas figuras la encontramos en la propia *Exposición de Motivos* de la Ley 10/1994, por la que se pretende agilizar la gestión de los servicios públicos de mediación, los cuales <<*no pueden abarcar la totalidad de las cada vez más complejas y diversificadas ofertas de empleo cuya respuesta adecuada requiere la máxima especialización*>>, y con la mirada puesta en <<*luchar contra el paro y potenciar nuestra capacidad generadora de empleo*>>.

⁵⁰ Cfr. BOE nº 219, de 19 de septiembre de 1999. De conformidad con los arts. 94 y 96 de nuestra Constitución, los convenios internacionales <<*una vez publicados oficialmente es España, formarán*

supuso un respaldo más, acerca de una figura que desde su aprobación se ha mirado con recelo pero que dada su operatividad en el tejido empresarial actual⁵², y a la que de este modo se le otorga un soporte de índole internacional que se traduce en la consagración de la figura de las ETTs en el mundo y en España en particular.⁵³

Este Convenio 181 OIT supuso además la puesta al día de su antecesor en esta misma materia, el Convenio 96 OIT de 1949 y al que ya hemos hecho referencia.

Así, el preámbulo del Convenio 181 OIT expresaba diversas razones por las que era preciso redactar un nuevo convenio, y entre las que cabe destacar las siguientes: <<Consciente de la importancia que representa la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo; recordando que la conferencia Internacional del Trabajo en su 81ª reunión, 1994, consideró que la OIT debería proceder a revisar el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado) 1949; considerando que el contexto en el que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del mencionado Convenio; (y) reconociendo el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado de trabajo>>.

Dentro de este convenio 181 OIT conviene destacar –a los efectos del presente estudio- la referencia expresa que realiza sobre la seguridad y salud laboral. Así su art. 11 dispone que <<todo Miembro adoptará, de conformidad con la legislación y práctica nacionales, las medidas necesarias para asegurar que los trabajadores empleados por agencias de empleo privadas previstas en el apartado b) del párrafo 1

parte del ordenamiento interno.>> Sin embargo, en este caso, la norma interna –LETT- ya estaba vigente –incluso ya había experimentado su reforma mediante Ley 29/1999-, por lo que dicho convenio OIT ha pasado desapercibido al no alterar ninguna de las normas en materia de ETTs.

⁵¹ El art. 1 del Convenio 181 OIT define como *agencia de empleo privada* a <<toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo : b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución>>.

Como puede apreciarse dentro del concepto de <<agencia de empleo privada>> que empleo el Convenio 181 OIT queda encuadrada la figura de las ETTs.

⁵² Junto a este convenio internacional cabe traer a colación en lo atinente a prevención de riesgos laborales, el *Convenio OIT n° 155*, de 22 de junio de 1981, ratificado por España el 26 de julio de 1985, en particular su art. 16, relativo a las garantías sobre las condiciones en el lugar de trabajo.

⁵³ Según el último *Anuario del Ministerio de Trabajo y Servicios Sociales*, las ETTs existentes en 2002 eran: 335, en 2003: 226; y a 31/12/2004: 342. Ello nos da una idea de la evolución que han experimentado este tipo de empresas en los últimos años, que nos permite tomar conciencia de la madurez de este mercado de la cesión –ya legal- de trabajadores.

del artículo 1 gocen de una protección adecuada en materia de: g) seguridad y salud en el trabajo>>. Entendemos que esta referencia puede resultar ociosa si la contemplamos desde el prisma de las sociedades occidentales⁵⁴, en las que la seguridad y salud laboral está contemplada y regulada para el conjunto de los trabajadores y por extensión a los trabajadores cedidos temporalmente a empresas usuarias. Sin embargo, conviene recordar que esta norma internacional presenta un alcance a nivel mundial y por ende a países en desarrollo en los que la cultura preventiva se halla en una fase embrionaria o inexistente para el conjunto de los trabajadores, y por ello se hace necesario recordar que se haga extensivo el derecho a la seguridad y salud laboral a los trabajadores contratados por agencias de empleo privadas.

2.2. La normativa comunitaria como marco legislativo de referencia.

Con anterioridad a la aparición en España de ambas legislaciones, es decir, la relativa a empresas de trabajo temporal y, por otro lado, la de prevención de riesgos laborales entendida como regulación unificada y sistemática sobre esta materia, existía ya un conjunto de normas pertenecientes al ámbito de la *Comunidad Económica Europea* (CEE) atinentes a materias de seguridad y salud laboral y también de empresas de trabajo temporal.

Así, en materia de prevención sobre riesgos laborales existía –y aún se halla vigente- la Directiva 89/391/CEE. Esta Directiva actúa como verdadera de referencia, de ahí que se la conozca también como *Directiva-marco*, dado su carácter programático aunque de aplicación directa en muchos de sus aspectos como tendremos ocasión de comprobar en el presente estudio.

Por su parte, también existía –y continúa existiendo- una norma comunitaria específica cuyo objeto es precisamente la regulación de la seguridad laboral en el ámbito del trabajo temporal, entendiendo por éste tanto a las relaciones laborales de duración determinada como las realizadas a través de ETTs. Nos referimos a la

⁵⁴ V. gr. España en la que no sólo ya existía esta figura en forma de ETT sino que además ya había regulado específicamente la materia de la seguridad y salud laboral para este tipo de empresas.

*Directiva 91/383/CEE, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal*⁵⁵, y que sin duda ha supuesto el referente más importante en la gestación de nuestra normativa interna, siendo de obligada y omnipresente la alusión a esta norma a la hora de tratar todos y cada uno de los elementos que integran el presente tema.

Junto a las citadas normas de Derecho sustantivo, cabe reseñar, siquiera someramente, la existencia de una norma que aún se encuentra en fase embrionaria⁵⁶ y que, si bien no nos sería útil desde una óptica de análisis del Derecho positivo, si que en cambio podemos considerarla muy necesaria a la hora de conocer las *tendencias* que en materia de ETTs se destilan por nuestro entorno más inmediato dentro de la Unión Europea. Nos referimos a la denominada <<*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal*>>. Seguidamente veremos con más detenimiento cada una de estas normas.

2.2.1. La Directiva 91/383/CEE, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

Hasta que la Directiva 91/383/CEE se convirtió en una regulación específica como norma positiva de Derecho Comunitario derivado⁵⁷, transcurrió un largo y tortuoso proceso que arranca desde el *Primer Programa de Acción Social de la Comunidad*, aprobado por *Resolución del Consejo* de 21 de enero de 1974⁵⁸, el cual incluía entre sus objetivos una armonización de las distintas legislaciones en materia de trabajo temporal, concretándose una de sus actuaciones específicas a través de la

⁵⁵ *Directiva del Consejo de 25 de junio de 1991.*

⁵⁶ Puede resultar paradójico que pese a tratarse de una norma inconclusa y en fase de gestación, ya haya sido objeto de modificación, si bien sobre esta versión modificada aún no existe acuerdo. Dicha modificación ha sido operada mediante el <<*Texto de la Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativas a las condiciones de trabajo temporal*>>. Bruselas, 28 de noviembre de 2002 (COM 2002) 701 Final, 2002/0072 (COD).

⁵⁷ Contemplado en el art. 118-A) del Tratado CEE.

⁵⁸ DOCE, serie C, nº 13, de 12 de febrero.

Resolución del Consejo de 18 de diciembre de 1979⁵⁹, sobre *el tiempo de trabajo*, que incluía diversas modalidades de contratación temporal y de duración determinada entre las que se encontraba la realizada a través de empresas de trabajo temporal.

Sobre esta materia se plasmaron diversas propuestas de directivas, siendo la primera de ellas la de 7 de mayo de 1982⁶⁰, modificada a su vez por la de 3 de abril de 1984⁶¹. No obstante ninguna de estas propuestas de directiva vio la luz como norma positiva debido en gran medida al cambio de rumbo que experimentó la política social comunitaria con la llegada del *Acta Única Europea* y la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales* de 9 de diciembre de 1989.

No obstante, del Programa de Acción de la Comisión sobre la Carta⁶² se derivó un informe, conocido como <<*Documento Papandreu*>>⁶³, sobre los contratos de trabajo que no sean por tiempo completo o de duración indefinida, acompañando a este informe la presentación de tres propuestas de directiva sobre las condiciones de estas modalidades de trabajo atípico, siendo una de ellas la destinada a completar las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores temporales, la cual fue presentada el 29 de junio de 1990⁶⁴, siendo modificada a su vez el 5 de diciembre del mismo año⁶⁵, y pasando el 25 de junio de 1991 a convertirse finalmente en la Directiva 91/383/CEE que estamos comentando.⁶⁶

⁵⁹ DOCE serie C, nº 1, de 4 de enero de 1980.

⁶⁰ DOCE serie C, nº 128, de 19 de mayo.

⁶¹ DOCE serie C, nº 133, de 21 de mayo.

⁶² Posiblemente, lo más llamativo de este nuevo empeño de la Comisión de abordar de manera global las formas particulares de empleo, estableciendo una base de disposiciones fundamentales en el ámbito comunitario a fin de garantizar un mínimo de coherencia entre estas distintas formas de contrato, corriendo el riesgo en caso contrario, de favorecer distorsiones de la competencia.

⁶³ Cuya denominación oficial fue: <<*Formas particulares de empleo*>>, comunicación de la Sra. Papandreu –nombre de la autora y denominación con la que ha quedado rebautizado dicho informe-, efectuada el 11 de junio de 1990 (Bruselas).

⁶⁴ DOCE serie C, nº 224/8, de 8 de septiembre

⁶⁵ DOCE serie C, nº 305/12

⁶⁶ En palabras de VALDÉS DAL-RÉ, F., <<*Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio*>>, *op. cit.*, pg: 46, la aprobación de esta Directiva <<*no solamente no ha despertado especial interés sino que, a un nivel más profundo de ideas, ha provocado una intensa desilusión, al frustrar las expectativas de poder contar en el ámbito comunitario con una reglamentación general con la que se eliminasen o, al menos se atenuasen, las diferencias entre trabajo típico y trabajo atípico o "formas particulares de empleo", como gusta decir a la Comisión, al tiempo que se armonizasen los regímenes salariales y de Seguridad Social que inciden en el mercado de trabajo y se traducen en factores de distorsión de la competencia y de incremento del "dumping" social.*>>

Esta Directiva, que como puede apreciarse es cronológicamente anterior a la ley 31/1995, ha servido sin duda de base al legislador nacional para regular esta materia dentro del sector de las ETTs. Buena prueba de ello es el hecho de que en la propia *Exposición de Motivos* de la misma se especifique lo siguiente: <<La presente Ley transpone al Derecho español la citada directiva (89/391/CEE), al tiempo que incorpora al que será nuestro cuerpo básico en esta materia disposiciones de otras Directivas cuya materia exige o aconseja la transposición en una norma de rango legal, como son las Directivas 92/85 CEE, 94/33 CEE y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.>>

Partiendo de esta premisa se comprende con facilidad la similitud existente entre la Directiva y nuestra norma sobre prevención de riesgos en las ETTs contenida en el art. 28 LPRL⁶⁷, siendo en realidad ésta una mera transposición de aquella como acabamos de señalar. De hecho, durante el debate parlamentario que precedió a nuestra Ley sobre Prevención de Riesgos, ninguno de los grupos parlamentarios con representación tanto en el *Congreso de los Diputados* como en el *Senado*, realizaron enmienda alguna sobre el inicial art. 28 del *Proyecto de Ley*.⁶⁸

No obstante, conviene indicar que la Directiva 91/383/CEE, que sirve de base al actual art. 28 LPRL, es a su vez un complemento normativo⁶⁹ de otra directiva anterior, concretamente la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*, la cual actúa como auténtica *Directiva-marco*⁷⁰ en materia de seguridad y salud laboral a nivel de Derecho comunitario.

Pero además de estas normas correspondientes al Derecho positivo comunitario, existe una normativa europea todavía en fase de gestación sobre ETTs y a la que seguidamente nos referimos.

⁶⁷En el anteproyecto de Ley cambiaba la numeración de este precepto siendo el art. 27 el regulador de esta materia en el seno de las ETTs.

⁶⁸Sobre las enmiendas presentadas sobre este Proyecto de Ley, cfr. el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 12 de enero de 1995 (BOCG nº 99-1), 7 y 27 de febrero de 1995 (BOCG nº 99-2 y 3) y 17 de marzo de 1995 (BOCG nº 99-5).

⁶⁹El propio enunciado de la directiva establece este carácter de complementariedad.

⁷⁰De hecho esta norma es más conocida como *Directiva-Marco* que como la Directiva 89/391/CEE.

2.2.2. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal.

La <<Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por Empresas de Trabajo Temporal>>⁷¹, surgida con el ánimo de <<convertir a la Unión en la economía del conocimiento más competitiva y más dinámica del mundo>>⁷², se estructura en tres capítulos y doce artículos, a través de los cuales pretende armonizar la regulación de los Estados miembros de la unión Europea en el ámbito de las ETTs.

El propio texto justifica esta necesidad de una directiva sobre esta materia en razón de tres ejes fundamentales. En primer término, por la <<gran diversidad>> que caracteriza la situación jurídica de los trabajadores cedidos por ETTs dentro de la UE.⁷³ En segundo lugar, la idea en virtud de la cual <<la cesión de trabajadores debería responder a las necesidades de flexibilidad de las empresas y a las necesidades de conciliar la vida privada y profesional de los trabajadores; por otra parte contribuye a la creación de puestos de trabajo, así como a la participación y a la inserción en el mercado de trabajo>>. Y como tercer eje, esta Directiva está orientada a mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por ETTs tanto en el terreno de la estabilidad en el empleo como en las atinentes a la <<protección de su salud y seguridad>>, disfrutando al menos de las mismas condiciones de las que disfruta los que la Propuesta de Directiva denomina como <<trabajador comparable>>⁷⁴ de la empresa usuaria.

⁷¹ Bruselas, 20 de marzo de 2002 COM (2002) 149 Final. 2002/0072 (COD).

⁷² Cfr. *Exposición de Motivos* de esta Propuesta de Directiva.

⁷³ Sobre esta dispersión legislativa en Europa, vid. BLANPAIN, R., <<Temporary work and the law. The E.C. Directive and Proposals>>, en AA.VV., *Temporary work and labour law of the European Community and Members States*, Netherlands, 1993.

⁷⁴ El art. 3 de la *Propuesta de Directiva* define como <<trabajador comparable>> al <<trabajador de la empresa usuaria que ocupa un puesto idéntico o similar al ocupado por el trabajador puesto a disposición por la empresa de trabajo temporal teniendo en cuenta la antigüedad y las cualificaciones y competencias>>.

No obstante, si bien esta Propuesta aún se halla en fase embrionaria, ha sido objeto de modificación a través del <<*Texto de la Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal*>>⁷⁵, presentando dos tipos de *enmiendas*, las atinentes al contenido –tales como la excepción a la igualdad en la remuneración, el umbral para el cómputo de la representatividad, etc.–, y las que tienen por objeto añadir claridad o precisión a los conceptos del articulado, si bien hay que diferenciar las que han sido aceptadas por la Comisión de las que no lo han sido, quedando claro que a día de hoy *no existe acuerdo* sobre este texto.

III. JUSTIFICACIÓN Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS ETTs.

Desde las primeras regulaciones acerca de la figura de las ETTs unida a la toma de conciencia de la mayor afectación que sobre esta figura adquiere la prevención de riesgos laborales hasta conjugar ambas materias que den como resultado una regulación específica como nuestro art. 28 LPRL y el RD 216/1999, ha transcurrido todo un proceso jurídico orientado a regular las especiales circunstancias que rodean a esta forma específica de relación de trabajo. Seguidamente esbozaremos las razones tanto jurídicas como de hecho que a nuestro juicio han marcado el camino hasta conformar la regulación que actualmente tenemos.

3.1. Justificación jurídica y fáctica de esta normativa.

El deber de velar por la seguridad y la salud de los trabajadores presenta una justificación inmediata, derivada directamente del mandato constitucional contenido en

⁷⁵ Bruselas, 28 de noviembre de 2002 COM (2002) 701 Final, 2002/0072 (CAD)

el art. 40.2 de nuestra Carta Magna⁷⁶, al establecer que: <<los poderes públicos (...) velarán por la seguridad e higiene en el trabajo>>

Este derecho constitucional ha sido trasladado a su vez a la esfera del Derecho positivo laboral, siendo sus mayores exponentes los arts. 4.2.d) y 19.1 ET. En ellos se garantiza a todos los trabajadores tanto el derecho *a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene* como a *una protección eficaz en materia de seguridad e higiene*.⁷⁷ Es lógico pensar que, pese a las peculiaridades de su trabajo, los trabajadores al servicio de las ETTs son también trabajadores y por lo tanto también se hallan bajo el manto protector de estos derechos.

Es más, son precisamente estas especiales características de las relaciones laborales en las ETTs lo que ha justificado no sólo la cobertura legal general en materia de seguridad y salud laboral, sino que se han establecido una regulación adicional sobre la materia, dotada de unas especiales garantías para estos trabajadores. Entre estas notas diferenciadoras destacan principalmente dos, el carácter *dual* de la figura del empresario por un lado, y por otro, la corta vigencia de los contratos.⁷⁸

Estas circunstancias se traducen en la práctica en una serie de situaciones que pueden condensarse fundamentalmente en tres:

- a) escasa o nula integración en la empresa usuaria,
- b) desconocimiento del lugar y de los medios técnicos empleados por la empresa en la que desarrollan su actividad, y,

⁷⁶ También cabría invocar a este respecto el *derecho a la vida y a la integridad física y moral* de la persona, ya que éstos <<son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercitados en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer>>. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, <<El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo>>, *Actualidad Laboral* nº 4, 1992. En el mismo sentido, la sentencia 88/1985, de 19 de junio, del Tribunal Constitucional ha entendido que la existencia de una relación laboral <<no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano>>.

⁷⁷ Según el último *Anuario del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, la siniestralidad en España fue en el 2003 de: 954.847; en el 2004: de 955.744 accidentes de trabajo; siendo las enfermedades profesionales de 26.857 durante todo el año 2003 y de 28.728 en el 2004.

⁷⁸ Estas circunstancias fueron puestas de manifiesto en el apartado 58 del *Documento Papandreu*.

c) dificultad en el control de la salud una vez finalizada la prestación de los servicios (*misiones*) en la empresa usuaria.

Todas estas circunstancias tienen sin duda un efecto directo en materia de salud y seguridad laboral⁷⁹, haciendo que estos trabajadores cedidos por ETTs se encuentren más expuestos que el resto de trabajadores *-convencionales-* a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales⁸⁰, lo que justifica sobradamente la existencia de un tratamiento específico en materia de prevención de riesgos laborales, ya que a los factores de riesgo tradicionales⁸¹, va a sumarse uno nuevo, derivado precisamente del ingreso en la empresa a través de un contrato de trabajo de los considerados *atípicos*⁸², es decir, esta modalidad contractual va a convertirse por sí misma en un potencial generador de accidentes o enfermedades derivadas del trabajo.⁸³

Por los motivos apuntados, nos encontramos que si bien ya existían sendas regulaciones en materia de prevención de riesgos laborales tanto a nivel de Derecho interno como comunitario, no existía un tratamiento específico en materia de prevención de riesgos aplicable a la figura de las ETTs. Por lo tanto podemos decir que la gestación de una regulación preventiva *propia* para las relaciones de trabajo a través de este tipo de empresas no se inició con el nacimiento de la figura de las ETTs, y aún menos de manera paralela al desarrollo más o menos constante y progresivo de las diferentes normas sobre seguridad y salud laboral.

⁷⁹ Según recoge el *Documento Papandreu*, el índice de siniestralidad es mucho mayor para los trabajadores contratados bajo una modalidad de trabajo temporal que para los trabajadores contratados por tiempo indefinido. Baste citar como ejemplo el de Francia, en la que en 1986 el índice de siniestralidad para los trabajadores temporales fue del 12,1% frente al 5,2% para el resto de los trabajadores.

⁸⁰ Cfr. el cuarto considerando de la Directiva 91/383/CEE cuando afirma que <<según las investigaciones llevadas a cabo, se concluye que en general los trabajadores con relación laboral (...) en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales>>.

⁸¹ Tales como el medio de trabajo, la maquinaria empleada, las circunstancias o características personales del trabajador, etc.

⁸² Sobre la incidencia de la temporalidad contractual en la siniestralidad laboral, vid. PITA YÁÑEZ, C., DOMÍNGUEZ MANZANO, B., <<Los accidentes laborales en España: la importancia de la temporalidad>>, DL, n° 55, 1998, pg.: 37.

⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, <<Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal>>, *Relaciones Laborales*, (Tomo I), 1992, pg. 343. En el mismo sentido vid. SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. (Dir.) *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, Madrid, 2004. En materia de prevención, vid. FERNÁNDEZ MARCOS, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Madrid, 1996.

Así pues, partiendo de la base de la existencia de una normativa preventiva previa al nacimiento de las ETTs tal y como las conocemos hoy, el tratamiento dispensado inicialmente a los trabajadores cedidos por ETT fue el mismo que se otorgaba a cualesquiera otro trabajador. Aquí el hecho de la cesión carecía de relevancia en cuanto a la prevención de riesgos se refiere.

Así pues, en la Europa comunitaria en la que existía la figura de las ETTs, si bien no asumida por todos sus Estados miembros –entre los que, según hemos indicado más arriba, no se encontraba España-, la normativa de referencia era la Directiva 89/391/CEE que como ya hemos indicado más arriba actuaba como Directiva-marco sobre en materia de seguridad y salud del conjunto de los trabajadores.

Con la progresiva asimilación de la figura de las ETTs en la Europa comunitaria, se fue comprobando la necesidad de una regulación específica para el ámbito de las ETTs, motivada por las razones fácticas que hemos reseñado más arriba y que ya fueron recogidas en el mencionado *Informe Papandreu*, siendo éste promotor de la Directiva 91/383/CEE que si bien no con carácter exclusivo, regula la mejora de la seguridad y salud para los trabajadores cedidos por ETTs.

Teniendo esta norma comunitaria como referencia y convergiendo en un espacio de tiempo relativamente próximo, aparecieron en España la primera regulación sobre ETTs en 1994. Y un año más tarde se produjo la unificación en un texto legal de toda la regulación *profusa, confusa y difusa* que representaba la prevención sobre riesgos laborales. De este modo, y concientes de la importancia de la materia preventiva que para las ETTs representa, unida a la obligada transposición de las normas comunitarias –en particular la Directiva 91/383/CEE- esta nueva LPRL destinó su art. 28 a la prevención sobre riesgos en las ETTs.

No obstante, dada la dimensión y relevancia de esta materia, un único precepto se demostró insuficiente desde un principio, siendo por ello preciso el desarrollo reglamentario de este art. 28 LPRL a través del *Real Decreto 216/1999, de 6 de febrero*,

*sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal*⁸⁴.

Este RD 216/1999 nace con una triple vocación. Por una parte, persigue <<garantizar el derecho de los trabajadores al mismo nivel de protección de su seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios>>.

Además, y a nuestro juicio como finalidad principal, esta norma reglamentaria se presenta como una regulación que permita paliar las lagunas de la norma primigenia sobre ETTs (LETT) y también complementar las disposiciones de la norma principal sobre prevención de riesgos laborales (LPRL), en el sentido de <<concretar mediante el presente Real Decreto, las medidas necesarias para la ejecución de los deberes y obligaciones específicos de las empresas de trabajo temporal y de las empresas usuarias en la contratación y desarrollo de este tipo de trabajo>>.

Como tercer pilar de este RD 216/1999, su propia *Exposición de Motivos* destaca el establecimiento de determinadas actividades que quedarán proscritas para recurrir a la figura de las ETTs, señalando al respecto que <<en razón de su especial peligrosidad, deben quedar excluidos de la celebración de contratos de puesta a disposición>>.

Son precisamente el establecimiento de estos principios, obligaciones y límites los que otorgan una importancia trascendental a una materia crucial como es la prevención de riesgos laborales pero aplicado de manera específica a una figura como las ETTs que lo requería desde el primer momento en que la misma se instauró en nuestro ordenamiento laboral. además, una vez legalizada y establecidas las ETTs en nuestro tejido empresarial, es menester estar en consonancia con la norma europea que le precede y específica sobre la materia, y a la que nos hemos referido más arriba.

⁸⁴ BOE nº 47, de 24 de febrero de 1999.

3.2. Acotación terminológica y ámbito de aplicación.

Una vez justificada la necesidad de una regulación específica para las ETTs en orden a tratar la prevención de riesgos laborales, interesa determinar el objeto al cual va referida dicha regulación y el alcance de la misma.

3.2.1. Acotación terminológica de los principales conceptos.

Como cuestión previa, interesa acotar sobremanera el concepto de <<Empresa de Trabajo Temporal (ETT)>>, así como la determinación de la actividad que desempeñan dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, el art. 1 LETT define <<empresa de trabajo temporal>> como <<aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados.>> Pese a la aparente claridad de esta definición legal, empero, la norma no ofrece el concepto de la ETT sino la actividad que ésta realiza.⁸⁵

Tampoco las Directivas comunitarias atinentes a la materia ofrecen una definición del concepto de ETT⁸⁶, si bien ofrecen la determinación de otros conceptos. Y a nivel de las legislaciones europeas podemos decir que, si bien más que definir la ETT como tal, si existe, en cambio, una cierta *uniformidad* a la hora de considerar el concepto de *empresario* -con sus derechos y obligaciones- que cede trabajadores a otras empresas, desligándolo así del concepto de *agencias retribuidas de colocación*.

Así, en Francia, el art. L.124-1 del *Code du Travail*⁸⁷ dispone que <<empresa de trabajo temporal es toda persona o corporación cuya actividad exclusiva es la de poner a disposición provisional de usuarios, trabajadores que en función de una

⁸⁵ En este sentido, el RD 216/1999 como norma de desarrollo tampoco dispone ningún precepto dedicado a definiciones.

⁸⁶ Únicamente la Directiva 89/391/CEE (Directiva-Marco) determina el concepto de <<empresario>> como <<cualquier persona física o jurídica que sea titular de la relación laboral con el trabajador y tenga la responsabilidad de la empresa y/o establecimiento>>.

⁸⁷ Ordenanza n° 82-131, de 5 de febrero de 1982.

calificación convenida, contrata y remunera a este efecto>>⁸⁸. Por su parte, el art. 13 de la ley británica⁸⁹ señala que son empresas que <<*proporcionan personas empleadas por la persona que lleva a cabo la actividad para que actúen por, y bajo el control de, otra persona de cualquier tipo*>>.

En consecuencia, y a falta de una definición legal determinante, es preciso acudir a una definición doctrinal del concepto de ETT, según el cual son <<*aquellas empresas de servicios cuya actividad empresarial consiste en el suministro temporal de trabajadores a otras empresas, clientes o usuarias, con el fin de satisfacer sus necesidades temporales de mano de obra, en cuanto a cantidad y calidad de ésta; a tal fin seleccionarán, contratarán y formarán a un colectivo de trabajadores que pondrán a disposición de las empresas que contraten sus servicios, garantizando que los trabajadores suministrados se acomodan a lo acordado por ambas empresas*>>.⁹⁰

Cuestión aparte es la relativa al concepto de <<*trabajador*>>. Aquí la normativa interna no establece ningún concepto sobre el particular. Sin embargo, en la normativa comunitaria dicho concepto es definido pero en un sentido muy diferente según la norma de que se trate.

Así, mientras que la Directiva 91/383/CEE no establece ninguna definición al respecto, la Directiva-Marco –al igual que hiciera con el concepto de <<*empresario*>> que acabamos de ver- si que define en su art. 3 el concepto de <<*trabajador*>>, entendiéndolo por tal <<*cualquier persona empleada por un empresario incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al*

⁸⁸ Por su parte, el art. 1.1 de la ley de Luxemburgo sobre ETTs de 19 de mayo de 1994, define al *empresario* de éstas como <<*toda persona física o jurídica, cuya actividad comercial consiste en contratar y remunerar a trabajadores con el fin de ponerlos a disposición provisional de usuarios para el cumplimiento de una tarea precisa y no duradera denominada “misión”, autorizada en virtud del artículo 5 de la Ley de 24 de mayo de 1989 sobre contrato de trabajo.*>> En términos muy similares a las normas francesa y luxemburguesa se expresa la norma portuguesa a través del art. 2 del Decreto-Ley 358/1989, de 17 de octubre.

⁸⁹ *Employ Agencies Act*, de 18 de julio de 1973.

⁹⁰ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, op. cit., pp: 29-30.

servicio del hogar familiar>>. Sin embargo, no aparece ninguna referencia expresa al concepto que interesa para nuestro estudio del trabajador en *misión*⁹¹.

Por su parte, este concepto de trabajador se aborda desde más de una perspectiva en la Propuesta de Directiva 2002/0072. Así, el art. 3 de esta propuesta define como <<trabajador>> a <<toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo y de conformidad con las prácticas nacionales>>. Vemos como pese a tratarse de una norma encaminada a regular las relaciones de trabajo a través de ETTs, dicha definición puede ser aplicable a cualquier índole de trabajador, no ciñéndose por tanto - y como sería de esperar- al ámbito de trabajador en misión. Sin embargo, dentro del mismo art. 3 de la Propuesta de Directiva 2002/0072 encontramos a renglón seguido el *novedoso* concepto de <<trabajador comparable>>, entendiéndose por tal al <<trabajador de la empresa usuaria que ocupa un puesto idéntico o similar al ocupado por el trabajador puesto a disposición por la empresa de trabajo temporal teniendo en cuenta la antigüedad y las cualificaciones y competencias>>.

Paradójicamente no encontramos en esta propuesta de regulación la definición de <<trabajador cedido>> o <<trabajador en misión>>, tratándose de éste un concepto de mayor interés y sobre todo con un acomodo más adecuado en una norma como la Propuesta de Directiva 2002/0072 que pretende servir de marco de referencia en materia de ETTs dentro del ámbito europeo, máxime cuando este concepto no ha sido definido por una regulación similar previa.

Para finalizar con este bloque previo sobre definiciones, cabría traer a colación los conceptos que sirven de base y subyacen a lo largo del presente estudio. Nos referimos a los conceptos relacionados estrictamente con la <<prevención>>. Aquí, a diferencia de lo que sucede con los que conceptos que hemos examinado anteriormente, la definición de los mismos es más prolija tanto a nivel de Derecho interno como europeo.

⁹¹ Si bien el concepto de trabajador en misión no aparece definido en ninguna de las normas comunitarias, si en cambio, la Propuesta de Directiva 2002/0072 establece el concepto de <<misión>> como <<el período durante el cual el trabajador cedido es puesto a disposición de la empresa usuaria>>.

Así, el art. 4 LPRL dedicado de manera incontrovertible –según reza su epígrafe- al capítulo de las <<Definiciones>>, establece una serie de conceptos entre los que destacaremos seguidamente algunos de ellos.

En primer lugar nos encontramos con el término <<prevención>>, el cual según el art. 3 LPRL debe entenderse como <<el conjunto de actividades o medidas adoptadas o previstas en todas las fases de actividad de la empresa con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo.>> También encontramos este concepto en la normativa comunitaria. Así, el art. 3.d) de la Directiva 89/391/CEE define <<prevención>> como <<el conjunto de disposiciones o de medidas adoptadas o previstas en todas las fases de la actividad de la empresas, con el fin de evitar o de disminuir os riesgos profesionales>>. Podemos apreciar como nuestra norma interna ha transcrito en su integridad la definición dada por la esta norma comunitaria y cronológicamente anterior a la nuestra.⁹²

Por último resulta de obligada referencia la inclusión en este apartado de la definición que nuestro ordenamiento interno hace del concepto <<riesgo laboral>>.⁹³ Así, el art. 4 LPRL considera que debe entenderse por tal, <<la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo>>.

3.2.2. *Ámbito de aplicación.*

En cuanto al <<ámbito de aplicación>> de esta normativa, cabe poner de relieve que tanto la normativa comunitaria como el art. 28 LPRL regulan conjuntamente la seguridad y la salud de los trabajadores tanto de las ETTs como de aquellos que se encuentran sometidos a una relación de duración determinada. Esta regulación conjunta

⁹² Con la nimia salvedad de que en una se emplea la expresión <<riesgos profesionales>> y en el art. 4 LPRL se opta por la expresión <<riesgos derivados del trabajo>>, a nuestro juicio más acertada y omnicomprensiva del término.

⁹³ Sobre este término la normativa comunitaria no ha efectuado ninguna definición.

unida a la nomenclatura empleada pueden conducir a confusiones que es preciso aclarar desde el principio.⁹⁴

En primer lugar, el hecho de que se regulen conjuntamente la seguridad y salud laboral de ambos tipos de trabajadores no implica que el régimen jurídico-contractual de éstos sea también igual, sobre todo cuando en realidad el único punto de conexión que justifica esta regulación conjunta no es otro que el hecho de ser relaciones laborales sometidas a *término* y por lo tanto sometidas a una serie de características particulares que les diferencia de las relaciones laborales típicas o de carácter indefinido.

En segundo lugar, se habla de <<trabajadores con una relación laboral de duración determinada>>. Ello obliga a deslindar del ámbito de aplicación tanto a trabajadores *a tiempo parcial* como a los denominados *fijos discontinuos*, ya que, si bien su relación no es a jornada completa, sí en cambio, se diferencian de los anteriores en que su prestación en la empresa presenta un carácter más cercano a lo estructural que a lo coyuntural, lo que no les hace por ello merecedores de una especial protección como sucede con los trabajadores cuya actividad en el seno de la empresa es meramente transitorio, y por lo que el desconocimiento de las instalaciones y peculiaridades de la misma les expone con mayor facilidad a ser víctimas de potenciales riesgos y accidentes laborales. Por consiguiente, ambas clases de trabajadores deben quedar desde el principio *excluidos* de la aplicación de esta normativa.⁹⁵

Para evitar cualquier tipo de confusión al respecto, la propia Directiva 91/383/CEE se encarga de delimitar el tipo de trabajo al que se destina su regulación. De esta manera define a los trabajadores con contrato de duración determinada a los sometidos bajo: <<*toda relación laboral regulada por un contrato de trabajo de duración determinada, celebrado directamente entre el empresario y el trabajador, en*

⁹⁴ Lo que debiera haber dado lugar en alguna medida a la regulación por separado de ambas figuras. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, <<La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva (CEE) sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales>>, en *Actualidad Laboral* nº 12, 1992, pg. 218.

⁹⁵ Resulta curiosa la separación que sobre el concepto laboral de *tiempo* realiza MARTINS CATHARINO, J., <<El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal>>, *Revista Española de Derecho del Trabajo* (julio-sept. 1982), pg: 332, para el que <<el concepto de temporalidad o transitoriedad, es generalmente relativo, genérico y ambiguo, comprendiendo varios grados (...) el concepto de temporalidad insita en el de empresa de trabajo temporal (...) una temporalidad específica y nueva>>.

el que se determine el final del contrato mediante condiciones objetivas, tales como una fecha precisa, que se concluya una tarea determinada, que suceda un hecho determinado>>.

Y por lo que al trabajo de las ETTs se refiere éste aparece definido en la citada norma como: <<*toda relación laboral entre una empresa de trabajo temporal, que es el empresario, y el trabajador, cuando éste último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o un establecimiento usuarios.*>>

Como puede apreciarse se trata de una terminología muy próxima a la empleada en nuestro ordenamiento para conceptualizar este tipo de relaciones de trabajo, si bien en el caso español, la Ley 14/1994, en su art. 1, no define a los trabajadores de una ETT sino lo que debe entenderse por ésta.

3.2.3. Exclusiones del recurso a las ETTs.

Junto al ámbito de aplicación que acabamos de ver, existe un ámbito vetado para el cual las empresas no pueden recurrir a los servicios de una ETT. Esta exclusión viene determinada en un *doble sentido*, es decir, dándose por un lado exclusiones en cuanto a la actividad, y por otro, exclusiones en cuanto a la contratación. La primeras hacen referencia a las actividades que tienen prohibido el recurso a los servicios de una ETT, mientras que las segundas se dirigen a vetar aquéllas causas en la contratación por las que una ETT no puede contratar a un trabajador para cederlo a una empresa usuaria.⁹⁶

Además, nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado la importancia que una exclusión de esta índole se merece, al establecer como infracción <<*muy grave*>>, en el art. 18.3.b): <<*Formalizar contratos de puesta a disposición para la*

⁹⁶ Esta exclusión es variada en lo atinente a los países de nuestro entorno. Así, en Dinamarca, las ETTs sólo pueden actuar en los sectores de oficinas y comercio quedando vetado al resto de actividades empresariales. La exclusión afecta sobre todo al sector de la construcción (Alemania, España, Holanda, Francia, etc.). Además, en los Países Bajos la prohibición del recurso a las ETTs se amplía –además de a la construcción– al sector metalúrgico y en el puerto de Róterdam.

realización de actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente.>>

Del mismo modo pero con respecto a las infracciones destinadas específicamente a las EUs, el art. 19.3.b) LISOS considera como infracción <<*muy grave*>>, lo siguiente: <<*La formalización de contratos de puesta a disposición para la realización de aquellas actividades y trabajo que por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud se determinen reglamentariamente, entendiéndose cometida una infracción por cada contrato en tales circunstancias.*>>

Se aprecia, empero, en ambos preceptos una discrepancia entre el contenido del RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)* y el RD 216/1999, en cuyo art. 8 se establecen precisamente estas actividades prohibidas. Por consiguiente, no alcanzamos a comprender como en el precepto legal contenido en la LISOS (año 2000) se habla de un ulterior desarrollo reglamentario de estas actividades peligrosas que, sin embargo, se hallaba vigente desde más de un año antes (año 1999).

Veamos seguidamente las características específicas de cada una de estas tipologías de exclusión que acabamos de mencionar.

3.2.3.1. Exclusión por la actividad.

Sobre esta exclusión motivada por la actividad de la potencial empresa usuaria, la primera nota que llama la atención viene dada por el rango de la normativo en el que la misma se circunscribe, es decir, por la norma en la cual se establece dicha exclusión. En este sentido cabe decir que tal exclusión aparece

contemplada en el art. 8.b) de la Ley 14/1994, si bien este precepto se limita a relegar a un ulterior desarrollo reglamentario dicha exclusión.⁹⁷

A tal fin, el desarrollo reglamentario ha venido de la mano del art. 8 RD 216/1999, prohibiéndose bajo el epígrafe de <<Actividades y trabajos de especial peligrosidad>> hasta un total de nueve actividades diferentes relacionadas en otros tantos apartados.⁹⁸

Así, el art. 8 RD 216/1999 establece que <<no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad:

- a) *Trabajos en obras de construcción a los que se refiere el anexo II del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre*⁹⁹, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.¹⁰⁰
- b) *Trabajos de minería a cielo abierto y de interior a los que se refiere el artículo 2 del Real Decreto 1389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en las actividades mineras, que requieran el uso de técnica minera.*¹⁰¹
- c) *Trabajos propios de las industrias extractivas por sondeos en superficie terrestre a las que se refiere el artículo 109 del Reglamento General de*

⁹⁷ En este sentido, el art. 8.b) LETT establece la exclusión del recurso a las ETTs <<para la realización de actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad, para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente>>.

⁹⁸ Una exclusión similar aparece contemplada en otros ordenamiento de países europeos, v. gr. el apartado 2º del art. L. 124-2-3 del Código de Trabajo de Francia, al señalar que <<en ningún caso el contrato de trabajo puede ser concebido: 2º). Para efectuar trabajos particularmente peligrosos que figuran en la lista establecida por Orden del Ministerio de Trabajo y que constituyen trabajo que son objeto de vigilancia médica especial de conformidad con la reglamentación de Medicina del Trabajo. Esta Orden fija igualmente las condiciones en las que el Director del Departamento de Trabajo y Empleo puede excepcionalmente autorizar una derogación a esta prohibición.>> Por su parte, resulta llamativo el art. 7 de la ley británica (*Employ Agencies Act*) al considerar fuera de al ámbito de aplicación de la norma sobre ETTs a determinados colectivos (personas que hayan sido militares, marineros de la marina mercante, presidiarios, etc.) más que a una actividad específica, y además, dicha exclusión obedece a criterios de política social y no así por razones de potencial siniestralidad.

⁹⁹ BOE nº 256, de 25 de octubre.

¹⁰⁰ Modificado por RD 2.177/2004, de 12 de noviembre (BOE nº 274, de 13 de noviembre).

¹⁰¹ BOE nº 240, de 7 de octubre.

*Normas Básicas de Seguridad Minera, modificado por el Real decreto 150/1996, de 2 de febrero.*¹⁰²

- d) *Trabajos en plataformas marinas.*¹⁰³
- e) *Trabajos directamente relacionados con la fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos, regulado por el Reglamento de explosivos, aprobado por el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero.*¹⁰⁴
- f) *Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 53/1992, de 24 de enero, sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.*¹⁰⁵
- g) *Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos¹⁰⁶, mutágenos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, que aprueba el reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio, sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, y sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico.*
- h) *Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico*¹⁰⁷.

¹⁰² Sobre esta materia a nivel europeo, vid. *Directiva del Consejo 82/501, de 24 de junio de 1982, relativa a los riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales* (DOCE, L 230, de 5 de agosto).

¹⁰³ Vid. *Real Decreto 258/1999, de 12 de febrero, por el que se establecen disposiciones mínimas sobre la protección de la salud y la asistencia médica de los trabajadores en el mar.*

¹⁰⁴ Vid. *RD 681/2003, de 12 de junio (BOE nº 145, de 18 de junio), sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas en el lugar de trabajo.*

¹⁰⁵ Sobre esta actividad, vid. *Real Decreto 413/1997, de 21 de marzo (BOE del 24 de julio), sobre protección operacional de los trabajadores externos con riesgo de exposición a radiaciones ionizantes por intervención en zona controlada*, así como el *Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes*

¹⁰⁶ Al respecto, vid. *Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.*

¹⁰⁷ Dentro de la normativa europea sobre esta materia, vid. *Directiva del Consejo 80/1107, de 27 de noviembre de 1980, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la*

i) *Trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.*>>¹⁰⁸

Como puede apreciarse se trata de actividades que presentan un componente de riesgo y complejidad técnica considerable que de no ser excluidas para los trabajadores en misión, añadiría a los riesgos propios de todo trabajador temporal, un estado más incisivo opuesto a la seguridad y salud de estos trabajadores.¹⁰⁹

3.2.3.2. *Exclusiones en la contratación.*

Del mismo modo que apartado b) del art. 8 LETT dispone las actividades vetadas para la contratación con ETTs, el mismo precepto establece en sus otros tres apartados –apartados a), c) y d)- las prohibiciones para celebrar CPDs.

Así, los tres casos en los que, según el art. 8 LETT, <<las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición>> son:

exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo (DOCE, L-327, de 3 de diciembre).

¹⁰⁸ Sobre esta actividad, *vid. Real Decreto 614/2001, de 8 de junio (BOE nº 148, de 21 de junio), sobre disposiciones mínimas para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico.*

¹⁰⁹ Especial atención nos merece la prohibición –generalizada en los países de nuestro entorno- para el sector de la construcción para recurrir a las ETT, *vid. MERCADER UGUINA, J.R. <<Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal (Notas al Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero)>>*, en *Relaciones Laborales 1999-I*, pg: 1145. Llama no obstante la atención el criterio contrario a la tendencia europea anteriormente descrita, por parte de la STSJ-País Vasco de 30 de diciembre de 2002 (RA-931), al considerar que una interpretación restrictiva de la prohibición de celebrar CPDs para los trabajos de obras en construcción con riesgos especialmente graves de caída en altura, entendiéndose que <<no alcanza a cualquiera en los que concurra este riesgo, sino cuando lo sea con singular gravedad, debiendo destacarse que el precepto en cuestión exige la concurrencia de esos dos adjetivos, en muestra inequívoca de que únicamente se dará cuando el riesgo de caída sea frecuente y, además, con resultados extraordinariamente lesivos para el trabajador caído>>. Por su parte la STSJ-Vasco (Sala de lo Social, Sección Única), de 30 de diciembre de 2003 (AS-2003/931), con independencia de otros motivos de falta de formación, condena a la ETT y a la EU por la contratación prohibida de un trabajador que sufrió un accidente en una obra de construcción, atentando dicha contratación no sólo con el art. 8 RD 216/1999, sino también con el *Anexo II* del RD 1627, de 24 de octubre, *por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.*

1ª) <<Para sustituir a trabajadores en huelga>>.¹¹⁰

Con esta medida el Legislador ha tratado de evitar la conculcación de un derecho esencial para los trabajadores como lo es el derecho de huelga, la cual carecería de efectividad y contenido si durante la misma la actividad de los trabajadores declarados en tal situación no se viera afectada como consecuencia de la sustitución por personal cedido por una ETT.

2ª) <<Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la contratación la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que se pretendan cubrir por despido improcedente o por las causas previstas en los artículos 50, 51 y 52, apartado c) del Estatuto de los Trabajadores, excepto en los supuestos de fuerza mayor>>.

Como puede apreciarse en este segundo caso, el Legislador ha pretendido evitar con esta disposición la destrucción de empleo -más o menos estable- a través de la desviación de la actividad de esos puestos de trabajo por la vía del recurso a las ETTs, lo que a nuestro modo de ver podría constituir un fraude ley, la subvertir la finalidad necesaria de las ETTs como instrumento de agilidad y eficacia en la competitividad y productividad empresarial, en un instrumento conversor –cuando no generador- de trabajo precario.

3ª) <<Para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal>>.

Entendemos que la finalidad de esta medida es evitar fenómenos especulativos de mano de obra o de abusiva subcontratación laboral, con el riesgo que ello podría acarrear de pérdida de derechos o menoscabo de garantías para los trabajadores en misión.

¹¹⁰ En el mismo sentido se establece esta prohibición en otras normas de países de nuestro entorno, v. gr. el art. L.124-2-3 del *Code du Travail* francés (Ley 90-613, del 12 de julio de 1990).

En definitiva, creemos que el Legislador ha plasmado en un texto de rango legal una serie de cautelas con el fin de evitar que se desvirtúe la finalidad de las ETTs con el consiguiente riesgo que ello podría representar para los trabajadores contratados bajo esta fórmula.

IV. LA IGUALDAD DE TRATO EN MATERIA DE PREVENCIÓN.

La igualdad de trato de se perfila como el primero de los *cuatro pilares* sobre los que entendemos se asienta la prevención de riesgos laborales en el terreno específico de las ETTs.¹¹¹ Si bien, podemos observar fácilmente como toda la regulación sobre ETTs se halla trufada de este espíritu de igualar –que no uniformar¹¹²– todos los aspectos que atañen a los trabajadores cedidos a empresas usuarias, con el fin de evitar, en la medida de lo posible, agravios o desequilibrios manifiestos en cuanto a los derechos laborales de los trabajadores de estas empresas y los trabajadores en misión.¹¹³

¹¹¹ Si bien es cierto que esta *igualdad de trato* constituye –en las regulaciones sobre la materia de los países de nuestro entorno– un aspecto importante para el trabajo a través de ETTs, también hay que destacar que dicha igualdad *sólo es unánime* en estas legislaciones europeas con respecto a la seguridad y salud en el trabajo, y con independencia de la armonización que sobre esta materia se pretende a través de la Directiva 91/383/CEE. Así, fuera de los aspectos exclusivamente relacionados con la seguridad y salud laboral, la igualdad de trato varía en función de cada país; v. gr., en Irlanda y Gran Bretaña se exige una antigüedad mínima para tener acceso a determinados derechos o beneficios. Sin embargo, el art. 15 de la ley luxemburguesa se presenta en términos muy parecidos a los de nuestra regulación, al disponer que *<<los trabajadores temporales tendrán acceso en la empresa usuaria en las mismas condiciones que los trabajadores de esta empresa, respecto de las instalaciones colectivas de comedores y a los medios de transporte de los cuales pueden beneficiarse estos asalariados.>>*

¹¹² Cfr. fundamentos jurídicos 2 y 3 STCo 56/88 y STCo 148/90, en la que se expone que *<<no puede pretenderse la aplicación del régimen jurídico previsto para sujetos distintos o para supuestos distintos, en definitiva, para situaciones no comparables>>*. Además, el fundamento jurídico 4 de la STCo 177/88, de 10 de octubre, afirma que *<<no resulta negada la posibilidad de distinguir entre los diferentes grupos de trabajadores de un determinado ámbito a efectos de negociación colectiva, por cuanto las diferencias de regulación convencional no implican de por sí una violación del principio de igualdad >>*; y añadiendo no obstante que *<<el principio de igualdad y no discriminación impone limitaciones a la negociación colectiva : no caben diferencias de trato que no tengan una justificación objetiva y razonable>>*, en el mismo sentido, cfr. fundamento jurídico 2 STCo 52/87.

¹¹³ Una de las primeras medidas que se acordaron al respecto consistía en la equiparación de salarios entre los trabajadores en misión y los trabajadores de la EU, aplicándose aquéllos el salario del convenio sectorial aplicable a la EU en la que eran temporalmente cedidos. En este sentido, el art. 30 del II Convenio Colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (BOE de 3 de marzo de 1997), establecía un proceso de los datos retributivos de los diferentes convenios colectivos sectoriales de encuadramiento de las empresas usuarias, con objeto de iniciar con efectos de 1 de enero de 1998 un proceso de *convergencia salarial* del personal en misión con el Convenio sectorial correspondiente a la actividad de la empresa usuaria donde se produzca la prestación de actividad laboral, con el

La primera de las garantías que establece tanto la LPRL como la normativa comunitaria existente en materia de prevención de riesgos laborales, parte del genérico y elemental -aunque no siempre respetado- *principio de igualdad de trato*, el cual queda enfatizado en el art. 28.1 LPRL de la siguiente manera: <<Los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal, deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios.>>¹¹⁴

Y a renglón seguido se formula esta misma obligación pero esta vez en sentido negativo, es decir, expresando lo que queda prohibido por esta Ley: <<La existencia de una relación de trabajo de las señaladas en el párrafo anterior no justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.>>¹¹⁵

Llama la atención que en el mismo precepto se hable en primera instancia de <<mismo nivel de protección>> y en segundo término de <<diferencia de trato>>. A nuestro modo de ver, la explicación que ello puede presentar sería -además de ser una réplica de la norma comunitaria de la que trae causa- la de equiparar a todos los trabajadores en cuando a lo que son las medidas tácticas y concretas de la protección, es decir, ofrecer bajo el mismo rasero las acciones preventivas concretas al conjunto de trabajadores sin mirar la empresa a la que pertenecen la modalidad contractual mediante la cual desempeñan su actividad en la EU.¹¹⁶

objetivo puesto en que el 31 de diciembre de 1999 se equipararan definitivamente los salarios del trabajador en misión con el salario del convenio colectivo aplicable a la EU en la que prestaban sus servicios. Finalmente -y a nuestro modo de ver de manera plausible- esta equiparación fue elevada a rango legal a través de la Ley 29/1999, constituyendo el actual art. 11.1 LETT.

¹¹⁴ Cfr. Dictamen nº 8 del Consejo Económico y Social <<sobre el anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales>>, Sesión del Pleno de 19 de octubre, pg. 119.

¹¹⁵ En el art. 2.2 de la Directiva 91/383/CEE -de la que es fiel copia el precepto español- se expresa una garantía adicional al decir: <<en particular en lo que se refiere al acceso a los equipos individuales de protección.>> No alcanzamos a entender la omisión por parte del Legislador español de esta garantía.

¹¹⁶ El tratamiento de esta cuestión en el ordenamiento francés resulta llamativa, estableciéndose en el art. L 124-4-5 Code du travail: <<Los equipos de protección individual son provistos por la empresa usuaria. No obstante, ciertos equipos de protección individual personalizados, definidos por la vía convencional o acuerdo colectivo, pueden estar facilitados por la empresa de trabajo temporal.>> Y

En cuanto a la segunda expresión referida a la diferencia de trato, entendemos que el Legislador¹¹⁷ ha tratado de insistir, de subrayar el que, al igual que en otras materia pero sobre todo en ésta -por cuanto tiene de trascendente la seguridad y salud laboral-, se extienda y aplique con el máximo rigor el principio de *no discriminación*.

Esta prescripción de igualdad de trato supone, en cierto modo, una redundancia normativa si tenemos en cuenta que el propio art. 17 ET¹¹⁸ establece, con carácter general, la no discriminación en materia de condiciones de trabajo.

No obstante esta circunstancia no debe extrañarnos si tenemos en consideración que la Directiva 91/383/CEE establece en su art. 2.2 lo injustificado de <<una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a la protección de la seguridad y de la salud en el trabajo>>.

Además, en este mismo precepto se enuncia, en su apartado 1º), que esta Directiva tiene por *objeto* garantizar a los trabajadores temporales y de las ETTs <<el mismo nivel de protección>> que el resto de los trabajadores de <<la empresa y/o del establecimiento usuarios>>, lo que recalca aún más si cabe la finalidad igualitaria y de equilibrio de esta norma.

Según la amplia doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, la alegación de la violación del principio de igualdad exige siempre que exista un elemento de comparación, teniendo que existir un *tertium comparationis* válido¹¹⁹ que debe aportar el que reclama la pretendida discriminación.

seguidamente aclara: <<Los trabajadores en misión no deben soportar el coste de los equipos de protección individual.>>

¹¹⁷ Debe entenderse el Legislador de la Directiva 91/383/CEE y por ende, en cuanto que es una transposición de esta norma, el Legislador español.

¹¹⁸ Sobre la concreción del art. 17 ET de lo expresado en el art. 14 de la Constitución, vid . sentencias TCo 59/82 y 34/84 .

¹¹⁹ Cfr. fundamento jurídico 3) de la STCo 148/90, de 1 de octubre.

CAPITULO II:

LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS LABORALES EN LAS ETTs.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

Tradicionalmente, una de las cortapisas que otrora se han esgrimido para objetar la legalización de las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs), ha sido precisamente la posibilidad de ocultación de información a través de la interposición legal de éstas de aspectos relacionados con la EU. Por ello, una de las principales preocupaciones tanto del Legislador como de la Administración laboral, como, a la postre, por las propias empresas implicadas tanto usuarias como del propio sector de las ETTs, ha sido la de articular mecanismos estructurales de transparencia en unos casos, de control en otros, y sobre todo de transmisión de la toda la información precisa; y que como veremos a lo largo del presente trabajo, esta información adquiere una relevancia trascendental en todas sus manifestaciones, en todos sus niveles y en toda su dimensión cuando se trata de prevenir los riesgos laborales, en la medida en que de ella depende la seguridad y salud de los trabajadores contratados por las ETTs para ser puestos a disposición de las EUs.

Así pues, uno de los pilares fundamentales en los que se basa la prevención de riesgos laborales, tanto a nivel general como al nivel específico de las ETTs¹²⁰, es precisamente el de la información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos los trabajadores, ya sea por los riesgos derivados de las funciones y tareas que realizan como por los que puedan proceder de las propias instalaciones o de las

¹²⁰ Con el fin de lograr este objetivo de trascendental relevancia, no en vano el art. 14 LPRL dispone que los <<derechos de información, consulta y participación, (...), en los términos previstos en la presente Ley, forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.>>

herramientas y maquinaria que puedan emplear a la hora de realizar la actividad laboral que les corresponda.

Para el estudio de esta información que pudiéramos denominar *información preventiva*, nos centraremos en el análisis de toda la legislación atinente a esta materia, tanto a nivel interno como europeo, como en los mecanismos a través de los cuales se articula esta obligación, de cara a los destinatarios legalmente establecidos para recibir la misma, esto es: trabajadores en misión, los empresas implicadas –ETT y EU- y los representantes de los trabajadores de éstas; y por último la preceptiva información que debe enviarse a la Administración laboral.

Junto a ello, hemos incluido un apartado dedicado a las infracciones tipificadas por nuestro Ordenamiento jurídico-laboral, así como las correspondientes sanciones previstas por la Ley para los casos en los que alguno de los empresarios implicados incumple esta importante obligación. Además a este respecto, la reforma operada en la LPRL a través de la Ley 54/2003, ha modificado de manera específica alguno de los preceptos relativos a la prevención de riesgos laborales.

II.- LA INFORMACIÓN SOBRE RIESGOS LABORALES ENTRE LA ETT Y LA EU.

Teniendo presente la realidad innegable que supone la dualidad de empresarios para los trabajadores en misión, debemos partir del reconocimiento de ciertas facultades empresariales a favor de la EU que, de existir una relación normalizada de <<empresario único>>, no tendrían cabida. En efecto, el art. 15.1 LETT señala que <<las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas>> por la EU¹²¹.

¹²¹ A diferencia de lo establecido en el art. 6.1 LETT, en el que se prevé el sometimiento del trabajador en misión al << poder de dirección >> de la EU. La interpretación que ve en el art. 15.1 LETT una atribución de la EU del ejercicio de un poder de dirección cuya titularidad corresponde a la ETT ha sido defendida, entre otros, por VALDÉS DAL-RÉ, <<Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal>>, en *Reforma de la legislación laboral*.

De este modo la LETT ha optado por atribuir el ejercicio del poder de dirección de los trabajadores en misión –con todo lo que ello conlleva, y en particular en lo atinente a la prevención de riesgos laborales- a la empresa en la que dichos trabajadores prestan efectivamente sus servicios. De este modo, si el contrato de trabajo sigue siendo el título jurídico que justifica el poder de dirección del empresario, es ahora el CPD el *título jurídico* que justifica que el mismo pueda ser ejercido por un sujeto distinto al empresario de la relación laboral; en el bien entendido de que no se trata de un supuesto de "delegación" del poder de dirección de la ETT en favor de la EU a través del CPD, sino que tal atribución tiene un origen legal en el art. 15.1 LETT y se produce por la simple celebración del CPD sin que sea preciso que en éste nada se diga al respecto.¹²²

Por otro lado, en lo referente a la legislación sobre riesgos laborales reguladora de la materia, el art. 28.5 LPRL establece en su párrafo segundo que <<la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas.>> Y en el mismo art. 28.5 LPRL pero en su primer párrafo dice que <<corresponderá, además, a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones en materia de información previstas en los apartados 2 y 4 del presente artículo.>>¹²³

Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García. Madrid, 1995, pg: 80. En el mismo sentido, DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVÓ, <<La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada>>, *Relaciones Laborales 1996-II*, pg: 33 y PÉREZ YAÑEZ, R., <<El reparto de poderes empresariales entre Empresa de Trabajo Temporal y Empresa Usuaria respecto a los trabajadores en misión>>, *Relaciones Laborales 1998-I*, pg.: 25. Por lo demás esta atribución del ejercicio del poder de dirección a quien no ostenta la condición de empresario es la prevista en el art. 17.1 RD-Ley 2/1986, de 23 de marzo, por el que se regula la relación especial de estibadores portuarios y del que ha tomado su tenor literal el art. 15.1 LETT que nos ahora ocupa.

¹²² Vid. SAGARDOY BENGOCHEA, <<Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal>>, en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995, pg.: 103, para quien la LETT atribuye la titularidad a la ETT, siendo ésta la que delega en la EU su ejercicio. En el mismo sentido, vid. ROMÁN DE LA TORRE, <<La situación jurídico-laboral de las Empresas de Trabajo Temporal en España>>, *Relaciones Laborales 1991-I*, pg.: 26.

¹²³ Como más adelante analizaremos con detenimiento, los apartados 2 y 4 del art. 28 LPRL van referidos a la información sobre riesgos laborales, controles médicos, cualificaciones y medidas de protección; y por lo que se refiere al apartado 4 a la información para con los representantes de los trabajadores.

Como puede observarse, para que la información sobre riesgos laborales adquiera toda su dimensión y eficacia, precisa de la conjunción y recíproco auxilio de las dos empresas que conforman -junto con el trabajador en misión- la consabida *triangularidad* que caracteriza a las relaciones laborales a través de ETTs.¹²⁴

Pudiera decirse que se trata de un fenómeno de “*feed-back*” en el que es precisa la decidida colaboración de cada uno de los elementos subjetivos que integran esta cadena, de suerte que sin la adecuada información de una para con la otra es imposible alcanzar el objetivo último que no es otro que garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores en misión. Cuando este flujo de información no funciona, bien por negligencia o incluso por mala fé de alguna de las empresas, los resultados nocivos para el trabajador no tardan aparecer en forma de accidente de trabajo con importantes secuelas en algunos casos.¹²⁵

En cuanto a la legislación europea, la obligación de la EU de información sobre riesgos laborales se halla presente tanto en la Directiva-marco de 1989 como en la normativa europea específica sobre prevención de riesgos en las ETTs a través de la Directiva 91/383/CEE. Sin embargo, difiere en gran medida el tratamiento que una y otra norma hacen respecto del ámbito concreto de la obligación de colaboración informativa de la EU hacia la ETT.

Así, mientras que la Directiva-marco –que por principio es más genérica y por ello menos concreta sobre estos extremos- establece esta obligación informativa de la EU enfocada hacia los tres elementos subjetivos implicados en la materia (ETT,

¹²⁴ Para MORENO VIDA, M.N., *El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal*, Granada, 2005, pg: 68; <<*se trata del sistema de información indirecto previsto por el art. 7 Directiva (91/383/CEE) mediante el cual la información circula desde la empresa usuaria hacia la ETT y de ésta al trabajador antes de la adscripción de éste y a través del contrato de puesta a disposición, sin perjuicio de las obligaciones de información directas que tiene la empresa usuaria en relación con los trabajadores cedidos y con los representantes.*>>

¹²⁵ Vid. STSJ-Castilla-León (Burgos) de de 5 de noviembre de 2004 (JUR-2004/186523), en el que se produjo el accidente de una trabajadora con secuelas muy graves al volcar la carretilla automotora que conducía para cargar cajas cuando en el CPD el puesto a ocupar que la EU comunicó a la ETT era para la expedición de quesos, sin que en ningún momento el puesto requiriera la conducción de vehículo alguno o utilización de maquinaria, motivo por el cual la ETT no formó a la trabajadora objeto del siniestro en tal utilización y sin que, obviamente, la EU obviara nada respecto de la ausencia de formación en ese sentido de la trabajadora, consignando al efecto una ficha de riesgos entre ambas empresas en el que los riesgos del puesto eran leves y genéricos.

trabajadores en misión y representantes de los trabajadores); por lo que a la Directiva 91/383/CEE se refiere –teóricamente más específica y concreta-, ésta sólo dispone la obligación informativa de la EU referida únicamente hacia los trabajadores en misión, marginando así las relaciones entre ambas empresas implicadas con lo que ello conlleva. Además, esta Directiva específica para las ETTs deja el campo libre para que las diferentes legislaciones internas de los Estados miembros regulen lo que estimen pertinente sobre el particular.

Superada esta paradoja de que la directiva genérica sea la que trate ésta y otras cuestiones de manera más lata que la directiva específica de 1991, centraremos nuestra atención en el articulado de la Directiva 89/391/CEE dentro de este apartado dedicado a la información de la EU hacia la ETT por ser la única norma europea que junto con la española LPRL, regulan la información preventiva entre empresas.

En efecto, el art. 10 de la Directiva-marco, bajo el epígrafe de <<Información de los trabajadores>>, regula en tres apartados las obligaciones informativas hacia otros tantos elementos subjetivos, esto es, los trabajadores en misión, la ETT y los representantes de los trabajadores; estando dedicado su apartado segundo a la información de la EU respecto de <<los empresarios de los trabajadores de las empresas y/o establecimientos exteriores>>, entre los que, entendemos, tienen fácil acomodo las ETTs.

Así, el art. 10.2 de la Directiva-marco dispone que <<el empresario¹²⁶ adoptará las medidas adecuadas para que los empresarios¹²⁷ de los trabajadores¹²⁸ de las empresas y/o establecimientos exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento reciban, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, las informaciones adecuadas relativas a los puntos considerados en las letras a) y b) del apartado 1, destinados a los trabajadores en cuestión.>>

Estos apartados van referidos precisamente a <<los riesgos para la seguridad y la salud, así como las medidas y actividades de protección o de prevención que

¹²⁶ Estaría referido a la EU.

¹²⁷ Aquí serían las ETTs.

¹²⁸ En este caso serían los trabajadores *en misión* puestos a disposición de la EU y contratados laboralmente por las ETTs.

afecten tanto a la empresa y/o al establecimiento en general como a cada tipo de puesto de trabajo y/o de función>>, esto por lo que se refiere al art.10.1.a) de la Directiva-marco. Y por su parte, el art. 10.1.b) de la misma norma europea dispone que la EU dará todas las informaciones necesarias correspondientes a <<*las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 del art.8*>> de la misma directiva, aunque este reenvío por ahora no nos interesa traerlo a colación por estar referido a los representantes de los trabajadores y no a los propios trabajadores (en misión), a cuyo estudio nos referiremos en ulteriores apartados de este trabajo.

2.1. Contenido obligatorio sobre información preventiva relativo a la celebración del CPD.

El art. 2 del RD 216/1999, bajo el epígrafe <<*Disposiciones relativas a la celebración del contrato de puesta a disposición*>>, se encarga de señalar los requisitos tanto materiales como formales que debe suministrar la EU a la ETT. Este contenido se complementa, en lo que podríamos denominar como una *segunda fase* con las obligaciones trazadas por el art. 4 del mismo RD 216/1999, bajo el incontrovertible título de <<*obligaciones de la empresa usuaria previas al inicio de la prestación de servicios del trabajador*>>.

Partiendo de esta separación en dos fases, esto es, lo que representa, en *primera* instancia, la *celebración del CPD*, de lo que supone una *segunda* fase existente entre dicha celebración y la *puesta a disposición efectiva del trabajador*, nos encontramos con un conjunto de obligaciones distintas pero tendentes a un mismo objetivo consistente en la prevención de riesgos laborales a través del suministro por parte de la EU de la adecuada información. En el presente apartado estudiaremos por separado cada uno de los parámetros y elementos sobre los que está obligada a informar la EU en cada una de las dos fases anunciadas anteriormente.

En este sentido el art. 2 RD 216/1999 se divide en tres apartados atinentes a los deberes informativos que la EU ha de llevar a cabo en el momento justo de la *celebración del CPD*; y que precisamente en su apartado 3.) señala al respecto que

las <<informaciones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo deberán incorporarse en todo caso al contrato de puesta a disposición.>> Dado que el CPD siempre ha de constar *por escrito*¹²⁹, con ello se consigue una mayor *seguridad jurídica*, no sólo para las empresas implicadas –ETT y EU- sino también para el propio trabajador en misión que, de este modo, consigue saber de antemano y de manera fehaciente una serie de informaciones de vital importancia para el desempeño de su actividad laboral y, sobre todo, para su propia seguridad y salud en el trabajo.

Junto a ello, resulta obligada la alusión inmediata al *momento* de la celebración del contrato. Surge aquí la primera disquisición ya que se trata de un proceso –el de la celebración- que se haya aún inconcluso, en la medida en que las partes –ETT y EU- no han firmado todavía dicho contrato. Por lo tanto se trata de una obligación algo paradójica, toda vez que debe cumplirse antes de que se inicie propiamente la relación jurídica materializada en un contrato –en este caso el CPD- y del cual emanan las distintas obligaciones entre los contrayentes¹³⁰, siendo precisamente una de ellas la información sobre riesgos laborales.¹³¹

Una muestra de que esta obligación informativa debe realizarse precisamente en un momento en que el CPD aún no se ha firmado y, por lo tanto, se trata de un proceso contractual no concluido, la tenemos justo al comienzo del art. 2.1 RD 216/1999 al disponer que <<con carácter previo a la celebración del contrato de

¹²⁹ Cfr. art. 6.3 LETT que establece que el CPD <<se formalizará por escrito en los términos que reglamentariamente se establezcan.>> Hay que hacer notar que este apartado ha permanecido invariable desde la Ley 14/1994, siendo sólo afectado por la reforma que supuso la Ley 29/1999 el apartado 2 del mismo precepto. Entendemos que la ley reformadora de 1999 podría haber modificado este art. 6.3 LETT en la medida en que ya estaba desfasada o superada la referencia a la expresión <<... en los términos que reglamentariamente se establezcan>>, toda vez que ya habían sido promulgados tanto el reglamento de la misma LETT por el RD 4/1995, de 13 de enero, como el RD 216/1999, de 5 de febrero, referido a las exigencias mínimas que deben incorporarse al CPD en materia de prevención de riesgos laborales. Creemos por tanto que la pérdida de oportunidad en cuanto a la modificación de la referida expresión alusiva al *ulterior desarrollo reglamentario* induce claramente a un error puesto que parece dejar por inacabada una importante cuestión que, empero, ha sido ya definitivamente completada, con mayor o peor fortuna, pero desarrollada al fin y al cabo.

¹³⁰ Debemos recordar en todo momento que el CPD es un contrato de naturaleza mercantil y por tanto genera derechos y obligaciones únicamente para las empresas firmantes del mismo, esto es para la ETT y la EU.

¹³¹ Sobre el origen contractual de esta obligación de información, *vid.* SSTs (Civil) 3 de octubre de 1995 (RJ 1995/7097), 4 de julio de 1996 (RJ 1996/5558) y 19 de julio de 1996 (RJ 1996/5802). Y en particular, sobre un caso de responsabilidad por falta de información preventiva del que derivó un accidente laboral del trabajador de una ETT, *cfr.* STSJ-Cataluña de 19 de octubre de 1998 (AS 1998/4210).

puesta a disposición, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal (...)>>¹³²

Por lo que al *contenido material* se refiere, este art. 2.1 RD 216/1999 continúa diciendo que la EU deberá informar a la ETT <<*sobre las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, sobre sus riesgos profesionales y sobre las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas, todo ello desde el punto de vista de la protección de la salud y la seguridad del trabajador que vaya a ser contratado y de los restantes trabajadores de la empresa usuaria.*>>

Del transcrito fragmento del art. 2.1 RD 216/1999, podemos extraer, de entrada las siguientes dos conclusiones:

1ª) El contenido informativo que debe suministrar la EU a la ETT por imperativo de este precepto que estamos comentando, puede agruparse en torno a dos parámetros diferentes entre sí pero convergentes en cuanto a su finalidad última, y que podíamos clasificar del siguiente modo: *requerimientos funcionales y especificaciones de los riesgos del puesto de trabajo*, por un lado, y por otro, *requerimientos personales del trabajador*.

Se trata en definitiva de una mera concreción de cara a las ETTs del contenido informativo que, con carácter más general, el art. 28.2 LPRL¹³³ impone al *empresario*, en este caso a la EU, al expresar que los trabajadores a los que va dedicado este precepto <<*reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales determinadas, la exigencia de controles médicos especiales o la existencia de riesgos*

¹³² Cabe recordar que esta obligación previa también se contiene en el art. 16.2 LETT, pero referida sólo a la obligación de informar de la EU con respecto a los trabajadores puestos a su disposición, y no con respecto a la ETT como es el caso que ahora nos ocupa. Obligación sobre la cual la LETT guarda silencio tanto en su versión de 1994 como en la de 1999.

¹³³ Recuérdese que este art. 28 LPRL no está destinado en exclusiva a los trabajadores de las ETTs, sino como su propio epígrafe nos indica se halla dedicado a las <<*relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal*>>.

específicos del puesto de trabajo a cubrir, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a los mismos.>>¹³⁴

2ª) La segunda conclusión consiste en que la información en materia de prevención de riesgos laborales no es sólo una cuestión que atañe a los trabajadores cedidos por la ETT a la EU, sino que puede incidir de manera muy directa en los *trabajadores de estructura* de la propia EU, y en especial en el *entorno preventivo* de éstos. Se trata, pues, de que los trabajadores pertenecientes a la plantilla de la EU¹³⁵, sean informados, y en consecuencia sean conscientes de la existencia de trabajadores *externos* -en cuanto a la organización interna de la empresa-, y *provisionales* -en cuanto a la permanencia coyuntural en el seno de la EU-; que les permita adoptar las decisiones más adecuadas en lo relativo a la prevención de riesgos laborales, y en particular en lo que a reparto de tareas –sobre todo las peligrosas-¹³⁶, y medidas de emergencia¹³⁷, se refiere.

¹³⁴ Dejando de lado todas las cuestiones relativas a la vigilancia de la salud a través de controles médicos periódicos que serán objeto de estudio aparte y pormenorizado más adelante, podemos observar que el contenido obligacional en materia de información se centra en dos pilares: las características subjetivas del trabajador en misión y los riesgos propios derivados del puesto de trabajo a cubrir, tanto en su dimensión física como funcional.

¹³⁵ Con independencia de que éstos se hallen vinculados a la EU mediante contrato indefinido o temporal.

¹³⁶ En el caso de realizar un reparto de las tareas y actividades a realizar, habría que ser conscientes que los trabajadores en misión de la ETT desconocen en mayor grado que los trabajadores que pertenecen a la propia EU, las peculiaridades y circunstancias tanto de las instalaciones, maquinaria y actividades que se realizan en el seno de la EU, y que ese menor conocimiento les hace –según se ha expuesto repetidamente y en particular por el *Informe Papandreu*- más vulnerables y proclives a ser sujetos pasivos de cara a los riesgos laborales y a los accidentes de trabajo que pudieran derivarse de su actividad en la EU. Además no debemos olvidar que el art. 8 del RD 216/1999, bajo la rúbrica <<Actividades y trabajos de especial peligrosidad>>, señala de conformidad <<con lo dispuesto en el artículo 8, párrafo b), de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, no se podrán celebrar contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad>>, un elenco sobre estas actividades que por sus características están vetadas para los trabajadores en misión. Por ello al hablar de reparto de tareas, hay que excluir -por mandato legal- de antemano las actividades mencionadas en el mencionado precepto.

¹³⁷ Esta toma de conciencia iría encaminada a que, ante el supuesto práctico de una evacuación (v. gr. por incendio), los trabajadores de plantilla de la EU sepan que existen en el seno de las instalaciones de su empresa, trabajadores que no pertenecen a la misma y que se encuentran puntualmente trabajando para la EU, y que por lo tanto, desconozcan o, en su caso, no posean la suficiente destreza o conocimiento a la hora de adoptar con agilidad y eficacia las medidas más adecuadas para evitar accidentes laborales, ya sean de los propios trabajadores en misión de la ETT como que por la impericia de éstos puedan afectar negativamente a las acciones preventivas o de emergencia del resto de trabajadores que trabajan en la EU.

Seguidamente analizaremos en dos bloques cada uno de los grupos que sobre información preventiva debe suministrar la EU en el momento de la celebración del CPD, según acabamos de apuntar en la primera de las dos conclusiones precedentes. Para una mejor sistemática, clasificaremos estos dos bloques informativos agrupándolos en: información preventiva funcional y del puesto de trabajo, y por otro lado en información preventiva personal del trabajador en misión.

2.1.1. Información preventiva de carácter funcional y del puesto de trabajo.

La obligación de informar al trabajador en misión sobre los riesgos del puesto de trabajo, ya a parece contemplada tanto en la norma comunitaria como en la pionera normativa reglamentaria sobre ETTs. Así, el art. 7.1 de la Directiva 91/383/CEE obliga a que la EU <<*especifique a la empresa de trabajo temporal (...) las características propias del puesto de trabajo que se vaya a desempeñar.*>> Y dentro de nuestra normativa, el art. 14.e) RETT dispone dentro del contenido obligatorio mínimo del CPD, la información atinente a los <<*riesgos profesionales del puesto de trabajo a cubrir*>>. Pero será con el RD 216/1999 cuando este contenido informativo específico se desarrolle en los términos que seguidamente veremos.

Bajo los conceptos de *funcional y del puesto de trabajo*, pretendemos agrupar al conjunto de informaciones que el art. 2.1 RD 216/1999 denomina como <<*características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar*>>. Se trata, pues, de desgranar una a una las informaciones precisas que la EU debe facilitar a la ETT en torno a esos dos parámetros expresados, a saber: *puesto de trabajo*, por un lado, y *tareas a desarrollar* en él, por otro.

Así, en primer término, la importancia que presenta toda información relativa al <<*puesto de trabajo*>>, no sólo tiene trascendencia en cuanto al espacio físico –con todas sus posibles variables y características-, sino también a los *medios y materiales* en él empleados para trabajar, así como al conjunto de las *instalaciones*

en las que se ubica dicho puesto de trabajo y, por supuesto, las medidas preventivas para hacer frente a tales riesgos.

En este sentido, el art. 2.2 RD 216/1999 continúa diciendo que esta información <<deberá incluir necesariamente los resultados de la evaluación de riesgos del puesto de trabajo a cubrir, con especificación de los datos relativos a:

- a) *Riesgos laborales de carácter general existentes en el centro de trabajo y que pudieran afectar al trabajador, así como los específicos del puesto de trabajo a cubrir.*
- b) *Medidas de prevención a adoptar en relación con los riesgos generales y específicos que pudieran afectar al trabajador, con inclusión de la referencia a los equipos de protección individual que haya de utilizar y que serán puestos a su disposición.*¹³⁸
- c) *Formación en materia de prevención de riesgos laborales que debe poseer el trabajador.*¹³⁹
- d) *Medidas de vigilancia de la salud que deben adoptarse en relación con el puesto de trabajo a desempeñar, especificando si, de conformidad con la normativa aplicable, tales medidas tienen carácter obligatorio o voluntario para el trabajador y su periodicidad.>>*

Así pues, el trabajador en misión precisará unas medidas preventivas u otras en función de si la información dada por la EU a la ETT indica que el puesto de trabajo se desarrolla en un edificio o por el contrario en un espacio abierto, si es estático o móvil¹⁴⁰, condiciones climatológicas o ambientales¹⁴¹, manipulación de

¹³⁸ Se trataría de una extensión práctica del *principio de igualdad de trato* que en materia de prevención de riesgos laborales consagra el art. 28.1 LPRL cuando alude a que los trabajadores <<... contratados por empresas de trabajo temporal, deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios.>>

¹³⁹ Sobre la formación preventiva se hace un amplio desarrollo en sendos apartados más avanzados de este trabajo.

¹⁴⁰ No tendrán los mismos riesgos un trabajador que desarrolle su actividad en un edificio, o incluso dentro de este mismo edificio en un determinado puesto que no requiera movilidad por el mismo (v.

sustancias tóxicas¹⁴², utilización de maquinaria específica¹⁴³ o herramientas de cierta complejidad que impliquen a su vez un grado de formación específico para su manejo¹⁴⁴.

gr. el puesto de cajero/a de un hipermercado o el de recepcionista) que un trabajador que realice su trabajo desplazándose geográficamente por distintos puntos más o menos determinados (v. gr. el puesto de repartidor, y dentro de éste, también serán diferentes los riesgos en función de si esa ruta ha de recorrerla en vehículo a motor o caminando).

¹⁴¹ Los riesgos en un lugar cálido o frío pondrán de manifiesto unos riesgos u otros que al mismo tiempo condicionarán también el uso de unos Equipos de Protección Individual (EPI) u otros (v. gr. un trabajador que realice su trabajo en una cámara frigorífica o en una gasolinera).

¹⁴² Cfr. STSJ-Cataluña de 6 de julio de 1999 (AS 1999/3140) sobre el accidente por intoxicación de un trabajador en misión por falta de la preceptiva información sobre prevención de riesgos laborales, señalando en su redacción que <<la hoja de seguridad del producto (tóxico) establece protección de las vías respiratorias, protección de los ojos y de las manos, habiéndole la empresa (EU) proporcionado unos guantes de goma, así como tampoco ninguna de las dos empresas codemandadas (ETT y EU) le informó (al trabajador en misión) de los riesgos y peligros del mencionado producto (...) la LPRL obliga al empresario a informar a los trabajadores temporales antes de iniciar la actividad acerca de los riesgos a que están expuestos (...), la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en lo relacionado con la seguridad y salud de los trabajadores, de la información acerca de las características propias de los puestos de trabajo, siendo en definitiva la responsable de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo>>.

¹⁴³ Vid. STSJ-Cataluña de 19 de octubre de 1998 (AS 1998/4210). Y por lo didáctica que resulta al caso, cfr. la sentencia del Juzgado de los Social nº 6 de Alicante de fecha 30 de mayo de 2002 (AS 2002/2053), sobre el accidente laboral de un trabajador en misión, en el que el juzgador dictaminó que <<centrado el problema en si dichas deficiencias en la máquina y la correcta falta de información en la misma (...) corresponde, sin embargo a la usuaria la material adopción de las medidas de seguridad dirigidas a la evitación del daño (...) configura una responsabilidad a título de culpa (civil) que no debe ser compartida por la ETT, a la que ni alcanza aquella legal obligación, ni en cualquier caso una relación de causalidad que se manifieste como “adecuada”, a un daño que, o bien se produce por un defectuoso funcionamiento de la máquina propiedad de la empresa usuaria, o por la falta de adopción de las correspondientes medidas de seguridad.>>

¹⁴⁴ A este respecto resulta interesante traer a colación la sentencia del Juzgado de lo Social (secc. nº 3) de Pamplona 23 de octubre de 2003 (AS-3503), en el que se produce un accidente del trabajador en misión cuando la EU le cambia de puesto de trabajo según se desprende de su relato fáctico al afirmar que incorporado el trabajador a su puesto de trabajo <<de peón de almacén, a los pocos días se le ordenó que pasase a desarrollar su trabajo en otro puesto, y, en concreto, en el puesto de corte con sierra cinta horizontal ..., (si bien) inicialmente compaginó las labores de almacén con las de acompañante del operador habitual de la sierra de cinta, David, quién le fue enseñando el manejo de la máquina hasta que se marchó de vacaciones (...) realizando desde entonces Iker las funciones de corte sólo, quién recibió informaciones sobre el manejo de la máquina de corte por el operador habitual de la misma en períodos cortos de tiempo, siempre inferiores a una hora, cuando había poca carga de trabajo en el almacén>>. Aquí el Juzgador concluyó que <<el accidente no se hubiera producido de haber existido las graves infracciones de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales por parte de dicha empresa y, en concreto, al haber cambiado la empresa usuaria de puesto de trabajo al trabajador accidentado de forma absolutamente indebida, teniendo en cuenta que fue contratado como peón para realizar exclusivamente tareas de mozo de almacén, transporte de materiales, carga y descarga, y, en cambio, fue destinado al puesto de trabajo de corte con sierra de cinta horizontal, puesto de trabajo que requiere una mayor cualificación y preparación que los requeridos para los de mozo de almacén, y sin que el trabajador hubiera sido formado por la empresa “Adecco” sino en los riesgos propios de tareas de almacén, pero no en los riesgos de utilización de máquinas y menos de máquinas que puedan conllevar el riesgo de cortes, y todo por el incumplimiento de contrato de puesta a disposición por parte de la empresa “Aldaz-Echarri, S.A.”, en el que expresamente se indicaba que el contrato a celebrar era para la categoría de peón y para realizar tareas de almacén, incumplimiento al que se suma el hecho de que, una vez indicado al trabajador que debía trabajar en la máquina de corte con sierra, no recibió la debida información sobre los riesgos específicos del nuevo puesto a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que iba a estar expuesto ya que fue contratado para cubrir

Al hilo de lo anterior, y en relación con la información relativa al puesto de trabajo, el propio art. 2.1 RD 216/1999 continúa diciendo que <<la celebración de un contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la preceptiva evaluación de riesgos laborales, conforme a lo dispuesto en los artículos 15.1.b) y 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el capítulo II del Reglamento de los Servicios de Prevención.>>¹⁴⁵

A este respecto, los arts. 15.1.b)¹⁴⁶ y 16¹⁴⁷ LPRL hacen referencia a la evaluación de los riesgos laborales; mientras que el capítulo II del Reglamento de los

un puesto de peón de almacén y sin comunicárselo a la empresa de trabajo temporal se le cambió indebidamente a otro puesto de trabajo (...), debiendo la empresa usuaria informar a la empresa de trabajo temporal, para que ésta pueda cumplir con su obligación de informar a su vez a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los trabajadores a los puestos de trabajo, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas>>.

¹⁴⁵ Sobre la falta de evaluación, *cfr.* la STSJ-Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 4 de mayo de 2005 (AS-1035) consideró responsables a ambas empresas (ETT y EU), la segunda por no haber realizado ni la evaluación de riesgos ni la planificación de la actividad preventiva, y a la primera (ETT), por haber celebrado contrato de puesta a disposición con la EU sin que ésta tuviera realizada esta evaluación, por lo que se constata el incumplimiento de formación suficiente y adecuada así como la información al trabajador sobre los riesgos del puesto de trabajo, toda vez que éstos no habían sido evaluados.

¹⁴⁶ El art. 15 LPRL está dedicado a los <<Principios de la acción preventiva>> y trae causa del artículo precedente, lo que se coteja si atendemos a la expresión que inicia este precepto al establecer que <<el empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior ...>>. Cabe destacar que los principios que aparecen en este art. 15 LPRL coinciden en su literalidad con los expresados en el art. 6 de la Directiva-Marco. Todos los principios reflejados en ambas normas denotan <<una fuerte carga declarativa como principios generales>>, *cfr.* GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, 1996, pg: 113. Dentro de este precepto, destaca su apartado 1.b) el principio consistente en <<evaluar los riesgos que no se puedan evitar>>, y que deviene de una situación de *excepcionalidad* para aquellos casos en los que los principios precedentes no hayan tenido cabida práctica o virtualidad jurídica. Por supuesto, tales principios se hayan inspirados –como no podía ser de otra manera– en la *prevención* y en ningún caso en la *reparación del daño*; de aquí que adquiera una especial dimensión el *tandem* constituido entre la prevención y la evaluación.

¹⁴⁷ La Ley 54/2003 ha modificado la redacción de los apartados 1) y 2) de este precepto, además de cambiar el título del mismo por uno más grandilocuente que es casi una definición completa del mismo, pasando así a denominarse <<Plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de los riesgos y planificación de la actividad preventiva>> en lugar del escueto título anterior de <<Evaluación de los riesgos>>. De este extenso precepto cabe destacar *tres* vertientes fundamentales, a saber: el contenido de la evaluación, el momento o momentos en los que debe practicarse, y en tercer lugar, el modo o procedimiento de hacerlo. Además, algunos autores afirman sobre este artículo que <<se fundamenta en la idea de que, sin un conocimiento previo y concreto del medio de trabajo, de sus condiciones y de su repercusión en el terreno de la salud, no es posible planificar la prevención ni articular medida alguna correctamente diseñada. Y la evaluación de los riesgos es la forma mediante la cual la Ley obliga al empresario a adquirir esos conocimientos y a conseguir esas informaciones.>> *Cfr.* GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, op. cit.*, pg: 123.

Servicios de Prevención¹⁴⁸, está destinado a la <<organización de recursos para las actividades preventivas>> regulando distintos aspectos de esta materia entre sus artículos 10 a 22, ambos inclusive.

2.1.2. Información preventiva personal del trabajador en misión.

En este apartado tratamos los *elementos subjetivos* que componen el contenido de la información que en materia preventiva está obligada a suministrar la EU a la ETT. En este sentido, el art. 2.1 RD 216/1999 dispone que <<con carácter previo a la celebración del contrato de puesta a disposición, la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal sobre (...) las aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales requeridas>>. Se trata por tanto de informar acerca de las aptitudes –en sentido amplio- que el *candidato* a ser contratado por la ETT para ser cedido a la EU debe presentar de cara a desarrollar su actividad laboral con las suficientes garantías –*a priori*- de que va estar en condiciones de hacer frente a los riesgos derivados de dicha actividad.

Esta obligación de informar la EU ya venía recogida en el art. 7.1 de la Directiva 91/383/CEE, dedicado precisamente a la información, estableciendo la obligación de que la EU <<especifique a la empresa de trabajo temporal, en particular, la cualificación laboral exigida>>.

Más adelante, cuando en España fueron legalizadas las ETTs, esta obligación informativa se trasladó, como no podía ser de otra manera, a nuestra normativa. Así, con anterioridad a la regulación específica de la prevención de riesgos laborales en las ETTs a través del RD 216/1999, la norma de desarrollo de la LETT ya estableció el contenido *mínimo* que debe contener el CPD para atender esta obligación informativa. Así, el art. 14.d) RETT establece que el CPD debe informar sobre <<el contenido de la prestación laboral y cualificación requerida>>.

¹⁴⁸ Real Decreto 39/1997, de 17 de enero (BOE nº 27, de 31 de enero).

Tras otear los antecedentes normativos de esta obligación, creemos oportuno realizar una serie de consideraciones centradas en el art. 2.1 RD 216/1999 con el fin de acotar de manera más precisa los términos del contenido de la información referida.

Primera. Una primera consideración que cabe poner de manifiesto es que este art. 2.1 RD 216/1999 implica una ampliación normativa derivada de la disposición genérica de sus normas predecesoras, tanto del art. 28.2 LPRL como del art. 7 de la Directiva 91/383/CEE. En este sentido, el art. 28.2 LPRL dispone que la EU <<adoptará las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad, los trabajadores (..) reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales determinadas>>. Por su parte, el art. 7 de la Directiva 91/383/CEE tan sólo hace una referencia sucinta a la necesidad de información de la EU a la ETT acerca de <<la cualificación laboral exigida>>.

Sin duda parece que las exigencias acerca de los requerimientos subjetivos del trabajador en misión han aumentado a medida que la normativa sobre la materia ha avanzado en el tiempo, esto al menos en el aspecto terminológico, ya que si observamos el contenido de las tres normas en cuestión –Directiva, LPRL y RD 216/1999-, las tres presentan una finalidad prácticamente idéntica.

Segunda. Junto a la anterior consideración podemos destacar del art. 2.1 RD 216/1999 el establecimiento de unos requerimientos personales, los cuales no tanto les capacita para desempeñar un determinado puesto de trabajo -para el que sin duda pueden existir varios candidatos en la base de datos de *aspirantes a trabajadores en misión* de la ETT-, sino que de entre los posibles candidatos a ser cedidos a la EU, la ETT selecciona y decide -en base a la información previa facilitada por la EU- con todas las consecuencias y responsabilidades que esta decisión conlleva, a qué trabajador contrata

finalmente para cederlo a la EU en función, insisto, de los requerimientos que ésta le ha formulado en el momento de la celebración del CPD.

Por lo tanto, cuando el art. 2.1 RD 216/1999 habla de <<*aptitudes, capacidades y cualificaciones profesionales*>> no lo hace de cara a que el aspirante a trabajador en misión de la EU tenga *en abstracto* una determinada formación académica que le habilite para una profesión o que sus aptitudes y capacidades presenten unos parámetros aceptables que le sitúen dentro de la *normalidad*; en realidad lo que este precepto eleva a la categoría de norma reglamentaria es que la EU informe a la ETT del *perfil preventivo* que precisa para hacer frente con garantías a los riesgos de un determinado puesto o de unas determinadas tareas, y que, en consecuencia, la ETT, en base a esa información se sienta obligada a poner a ese *cariotipo* específico de trabajador que la EU precisa para una tarea o puesto concreto.¹⁴⁹

Como paradigma de la reflexión anterior es interesante traer a colación la sentencia del TSJ-Cataluña de 6 de julio de 1999 (AS-3140) al señalar que la <<*LPRL obliga al empresario a informar a los trabajadores temporales antes de iniciar la actividad acerca de los riesgos a que están expuestos (...) si bien es cierto que el actor¹⁵⁰ efectuó las funciones antes descritas¹⁵¹ con protección adecuada de guantes de goma que evitaban el contacto dérmico de las manos, y la preexistencia de un cuadro de acné facial que no comunicó, no es menos cierto que no se constata acreditado que al actor se le hiciera reconocimiento médico alguno antes de iniciar la relación laboral ni se le informó de las características concretas del puesto*

¹⁴⁹ Parafraseando el texto bíblico podríamos traer a colación la conocida frase de <<*muchos serán los llamados pero pocos los elegidos*>>, en el sentido de que si la EU precisa cubrir un puesto de *soldador industrial*, es posible que la ETT tenga registrados en su base de datos a varios candidatos que posean formación y experiencia en ese campo, pero es posible que, una vez pasados por el tamiz de la información concreta y específica sobre los riesgos del puesto que existen en la EU, no todos los candidatos estén en condiciones de ser cedidos por la ETT con garantías suficientes de que su seguridad y salud laboral quede debidamente asegurada. Por ejemplo, no sería admisible un mismo soldador para trabajar en altura o al aire libre y expuesto a las inclemencias de la meteorología que otro que, aún siendo igualmente soldador y con experiencia suficiente, no tenga unas capacidades personales de resistencia al vértigo o al calor sofocante del período estival que puede padecer en según que zonas geográficas y a determinadas horas del día.

¹⁵⁰ Trabajador puesto a disposición por una ETT.

¹⁵¹ Estas funciones son: <<*A tenor de la cláusula séptima del contrato en cuestión el objeto del mismo consistirá en manipular bidones, cargar sacos, trabajar en el reactor y llevar toro*>>.

de trabajo; que hubiere podido evitar el resultado de “rosácea facial” consecuencia de la manipulación de aquellas sustancias durante dos horas, con infracción de aquellos preceptos de la LPRL.>> cabe apreciar en este caso con claridad como las aptitudes del trabajador no encajan con el perfil preventivo que se requería para ese puesto y que de haber sido conocidas por la empresa, o bien haber sido informado con exactitud el trabajador de tales circunstancias específicas del puesto, la incorporación sería rechazable desde la óptica preventiva y de ese modo, el accidente laboral en cuestión – afortunadamente leve- no se habría producido.

2.2. Contenido obligatorio de la EU previo al inicio de la prestación de servicios del trabajador.

Como consecuencia o continuación de las obligaciones expresadas anteriormente, y que en aras de una sistemática jurídica y cronología se anteponen igualmente en el texto normativo de referencia, tras las obligaciones informativas <<relativas a la celebración del contrato de puesta a disposición>> contenidas en el art. 2 RD 216/1999, nos encontramos en el art. 4 de la misma norma con las <<obligaciones de la empresa usuaria previas al inicio de la prestación de servicios del trabajador>>. Es decir, se trata de un escalón ulterior ya que en uno se trata de las obligaciones en el momento de la génesis contractual y ahora se trata de analizar estas obligaciones en la fase intermedia entre el momento inmediatamente posterior a la celebración del CPD pero, sin embargo, previa al inicio de la prestación laboral efectiva.

Si en el art. 2 RD 216/1999 nos encontrábamos con una serie de obligaciones para la EU en materia de información para con la ETT –y el trabajador contratado por ésta para ser puesto a disposición de la EU-, en materia de prevención de riesgos laborales; ahora, en el art. 4 RD 216/1999, se establecen del mismo modo una serie de obligaciones para la EU en materia también de información preventiva. El cambio que subyace entre ambos preceptos radica en que mientras que en el art. 2 RD 216/1999 estas obligaciones en materia de información preventiva estaban referidas

al *momento* de la celebración del CPD; el *momento* en el que actúa el denominador común del art. 4 RD 216/1999 está dedicado a un episodio ulterior y más avanzado en el *iter* de la puesta a disposición del trabajador de la ETT, como es el momento inmediatamente anterior a que dicho trabajador se incorpore a la estructura de la EU.

Como continuación o consecuencia que es de las obligaciones informativas que aparecen en el art. 2 RD 216/1999, el art. 4 del mismo texto normativo, contiene igualmente obligaciones para la EU sobre información preventiva, pero en este caso, dichas informaciones adquieren una cierta condición de “*feed-back*”¹⁵², ya que constituyen la lógica consecuencia de las informaciones que anteriormente haya ofrecido la EU a la ETT en el momento de la celebración del CPD.

En definitiva, se trata ahora de que la EU constatare que la ETT se ha hecho eco de las informaciones dadas por la EU en primera instancia, y que, en consecuencia, la ETT ha *comprendido* y cumplido con los parámetros y requerimientos contenidos en esas informaciones impartidas por la EU, y que hemos analizado en el apartado anterior.

El contenido obligacional de este art. 4 RD 216/1999 está referido tanto a información que debe recibir de la ETT como la que la propia EU debe suministrar al trabajador puesto a su disposición. Veamos seguidamente cada uno de los contenidos que integran este precepto.

1º) Con respecto a la información que, por ese efecto “*feed-back*”, la EU <<*deberá recabar*>> de la ETT <<*para asegurarse de que el trabajador puesto a su disposición*>> reúne una serie de condiciones. La redacción de este primer párrafo del art. 4.1 RD 216/1999 puede inducir a error, en la medida en que pueda confundirse el hecho de estar ya el trabajador a disposición de la EU con el hecho aún no consumado de formar parte de la estructura productiva de la EU, es decir, puede que el CPD ya haya sido firmado y que por ello el trabajador se encuentre ya *jurídicamente* puesto a disposición de la EU, y cuestión muy distinta es que ese mismo trabajador

¹⁵² Término anglosajón muy utilizado en el argot empresarial para referirse a procesos de retroalimentación o sucesión de acciones recíprocas por las que interactúan dos o más elementos.

no se halle *físicamente* a disposición de la EU por no haber iniciado propiamente la actividad laboral el referido trabajador en misión, como no podía ser de otra manera por imperativo –entre otros- del propio encabezamiento del art. 4 RD 216/1999, que dictamina el carácter *previo al inicio de la prestación de servicios del trabajador* de este deber informativo.

En este sentido, el art. 4.1.a) RD 216/1999 obliga a la EU a asegurarse de que el trabajador puesto a su disposición <<*ha sido considerado apto a través de un adecuado reconocimiento de su estado de salud para la realización de los servicios que deba prestar en las condiciones en que hayan de ser efectuados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el artículo 37.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención.*>>

2º) Más conocida nos resulta la información contenida en el art. 4.1.b) RD 216/1999 ya que guarda una íntima relación con los elementos subjetivos que ya se especificaban en el art. 2 del mismo texto normativo y que hemos analizado en un apartado anterior. Así se exige que la EU verifique que el trabajador puesto a su disposición <<*posee las cualificaciones y capacidades requeridas para el desempeño de las tareas que se le encomienden en las condiciones en que vayan a efectuarse y cuenta con la formación necesaria, todo ello en relación con la prevención de los riesgos a los que pueda estar expuesto, en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en sus disposiciones de desarrollo.*>>¹⁵³

3º) El siguiente apartado, el art. 4.1.c) RD 216/1999 impone a la EU la comprobación de que el trabajador puesto a su disposición <<*ha recibido las informaciones relativas a las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, a las cualificaciones y aptitudes requeridas y a*

¹⁵³ Sobre la formación preventiva existe un extenso análisis en capítulo aparte en el que se trata, entre otros, la verificación de esta formación del trabajador en misión.

los resultados de la evaluación de riesgos a las que hace referencia el artículo 2 de este Real Decreto.>>¹⁵⁴

En definitiva, este precepto se presenta como una reiteración del anterior apartado *b)*, al insistir¹⁵⁵ en la referencia a las <<*cualificaciones y aptitudes requeridas*>>. También puede verse como una continuación de los contenidos informativos que ya aparecían en el art. 2 RD 216/1999 en relación a los riesgos propios de cada puesto de trabajo y su evaluación, pero ahora relacionados con un *momento* distinto como es el de la etapa previa al inicio de la prestación laboral y no ya el de la celebración del CPD, lo que supone una semejanza de contenidos informativos pero correspondientes a hitos cronológicamente diferenciados dentro de ese *iter* que mencionábamos más arriba.¹⁵⁶

III.- EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN PREVENTIVA A LOS TRABAJADORES EN MISIÓN.

Para sistematizar con mayor rigor esta materia estudiaremos la misma desde la una doble perspectiva, es decir, analizando por una parte las respectivas obligaciones desde la óptica de la EU y de la ETT, de un modo similar al que hemos empleado en apartados anteriores. Y por otra parte, observaremos el tratamiento normativo de esas informaciones preventivas pero desde el prisma *subjetivo* de los

¹⁵⁴ Cfr. el art. 16 LPRL en relación con la evaluación de riesgos laborales se realiza para el conjunto de los trabajadores.

¹⁵⁵ Empleamos el término *insistir* ya que se repiten prácticamente las mismas expresiones en ambos apartados *b)* y *c)*- del mismo art. 4.1 RD 216/1999, en concreto la que alude a las <<*cualificaciones y capacidades requeridas*>>, correspondiente al apartado *b)* , y la expresión <<*cualificaciones y aptitudes requeridas*>> perteneciente al apartado *c)*. Como puede apreciarse, las expresiones son idénticas, tan sólo cambia la palabra <<*capacidades*>> por <<*aptitudes*>> que, además pueden interpretarse como sinónimas, dando como resultado una variación prácticamente inapreciable en ambas expresiones.

¹⁵⁶ En definitiva, son prácticamente los mismos contenidos pero en una etapa más avanzada dentro del proceso de incorporación del trabajador en misión a la EU, por lo que es válido el análisis realizado anteriormente sobre esos mismos contenidos.

destinatarios de las mismas, esto es, de los *trabajadores*, en general¹⁵⁷, y de los *trabajadores en misión*, en particular. Y junto a ello, analizaremos la incidencia de esta información con respecto a los *representantes de los trabajadores*, en la medida en que presentan un papel crucial como garantes de la seguridad y salud laboral de sus representados.

3.1. Contenido de la obligación.

Según se desprende tanto del art. 28.2 LPRL como de los arts. 3 y 7 de la Directiva 91/383/CEE, la obligación consiste *básicamente* en que los trabajadores en misión <<reciban información>>. Por lo tanto, para que este deber se cumpla *el empresario* está obligado a *dar* la correspondiente información en materia de prevención de riesgos laborales.

En definitiva, se trata de una recepción informativa para los trabajadores correlativa con una <<obligación de dar>> una determinada información en materia preventiva. Recuérdese que de conformidad con nuestro Código Civil, las obligaciones consisten en <<dar>>, <<hacer>> o <<no hacer>>¹⁵⁸. En el caso de la obligación que nos ocupa podría pensarse que se trata de una obligación de <<dar>> (información preventiva). Sin embargo, el verbo elegido no debe llevarnos a confusión, dado que lo sustantivo de la obligación que nos ocupa consiste en realidad en una <<obligación de hacer>>, es decir, en una acción que se materializa en el hecho de *informar* (<<hacer>>) sobre (<<alguna cosa>>) riesgos laborales.

Alguna duda más nos puede ofrecer la catalogación de la *naturaleza jurídica* respecto de los trabajadores en misión en cuanto a la posibilidad de que esa información que *el empresario* está obligado a *hacer* encubre a su vez una obligación –igualmente imperativa- de *recibirla* por parte de los trabajadores en misión. Se

¹⁵⁷ Esta información preventiva afecta a todos los trabajadores, tanto los de la EU como los propios trabajadores cedidos por la ETT.

¹⁵⁸ Cfr. art. 1.088 Código Civil en virtud del cual : <<Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer, alguna cosa.>>

trataría, pues, de dilucidar si estos trabajadores en misión tienen un *deber de recibir* esa información preventiva que tanto les afecta, en lugar de un *derecho a recibirla*.

Para llegar a una conclusión relacionada con la anterior cuestión, cabe realizar previamente una reflexión en virtud de la cual, si nos acogemos a la literalidad del art. 28.2 LPRL, este precepto establece que la obligación del empresario consiste en que éste <<*adoptará las medidas necesarias para garantizar que (...), los trabajadores (...) reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos*>>. Se trata por tanto de una obligación consistente en *garantizar* un determinado fin, es decir, el contenido de la obligación no se agota en dar información a los trabajadores en misión sin más, sino en *garantizar* que éstos la *reciban*. Cabría pues afirmar que si bien la *interpretación literal* de la Ley es la obligación de informar, una *interpretación teleológica* de la misma consistiría en realidad en *garantizar la recepción* de esa información preventiva. Por nuestra parte, entendemos que esta segunda interpretación finalista es la acertada y acorde plenamente con el espíritu de una *cultura preventiva* que nuestra legislación expresa.

En consecuencia, la obligación no se cumple en su totalidad, podríamos decir –en términos civilistas- que no se *perfecciona*, entre tanto los trabajadores en misión no sólo han sido informados o el empresario les ha facilitado información preventiva, sino hasta que éste esté en condiciones de garantizar que los destinatarios de la misma la han recibido. Sólo así cabría hablar del cumplimiento de este deber informativo, no bastando pues con la mera acción de informar por parte del empresario.¹⁵⁹

¹⁵⁹ En la práctica, podría fácilmente suceder que el empresario ofreciera información suficiente y adecuada a los trabajadores en misión, v. gr. a través de un manual, un dossier, un tríptico, una sesión informativa, un vídeo, etc., pero que por cualquier motivo, los destinatarios de la misma, los trabajadores en misión, no la lean o no asistan. Así pues, en caso de accidente o denuncia, no cabría aquí por parte del empresario alegar como excusa que él les entregó un manual o que convocó mediante carta o tablón de anuncios una sesión informativa o una página Web en Internet de la empresa en el que uno de sus *links* sea el contenedor de esta índole de información; sin asegurarse que los trabajadores a los que convocó hayan asistido o se hayan leído y entendido la información que les facilitó a través de ese manual, sesión o web. Los trabajadores podrían afirmar –en sentido estricto- que lo que ellos han recibido no es información preventiva sino meramente el soporte de la misma o la simple posibilidad de acceder a ella.

3.1.1. Contenido material de la obligación para la EU.

Por lo que al contenido material de esta información preventiva, la regulación de la misma aparece en el art. 28.2 LPRL complementado reglamentariamente por los arts. 4.1 *in fine* y 4.2 RD 216/1999, así como a nivel comunitario en el art. 3 y de la Directiva 91/383/CEE. Veamos seguidamente el régimen jurídico que establece cada uno de ellos.

Como norma básica, el art. 28.2 LPRL dispone que el <<empresario adoptará las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad, los trabajadores a que se refiere el apartado anterior reciban información de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales determinadas, la exigencia de controles médicos especiales o la existencia de riesgos específicos del puesto de trabajo a cubrir, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a los mismos.>>

Por su parte, pero en íntima conexión con el precepto legal que acabamos de transcribir y del cual procede, se halla el art. 4.1 *in fine* y 4.2 del RD 216/1999.

Así, el primero de ellos art. 4.1 *in fine* RD 216/1999 establece que <<la empresa usuaria informará al trabajador puesto a su disposición de los riesgos existentes para su salud y seguridad, tanto de aquellos que concurren de manera general en la empresa como de los específicos del puesto de trabajo y tareas a desarrollar, y de las correspondientes medidas y actividades de prevención y protección, en especial en lo relativo a las posibles situaciones de emergencia.>>

En cuanto al segundo de los preceptos reglamentarios reseñados más arriba – art. 4.2 RD 216/1999- tan sólo indicar que no hace sino enfatizar -aún más si cabe- la importancia del cumplimiento de esta información preventiva, añadiendo como única novedad –posiblemente para disimular esa insistente reiteración-, el hecho de que la obligación se formula de manera *negativa*, es decir, formula la obligación en el sentido de lo que <<la empresa usuaria>> no debe hacer bajo ningún concepto, y esto consiste precisamente en que <<no permitirá el inicio de la prestación de

servicios en la misma de un trabajador puesto a su disposición hasta que no tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones del apartado -1- anterior.>>¹⁶⁰

Pese a la apariencia de similitud casi idéntica entre el precepto legal (art. 28.2 LPRL) y el artículo reglamentario (art. 4.1 *in fine* RD 216/1999), esconden tras de sí diferencias en cuanto al contenido que ambos predicen, acorde con el rango y la concreción que cabe esperar de cada uno de ellos.

Así, una primera diferencia que encontramos se sitúa en que mientras el art. 28.2 LPRL presenta como destinatarios a <<los trabajadores a que se refiere el apartado anterior>>, es decir, *en plural* y tanto para los de las ETT como para los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada; por el contrario, el art. 4.1 *in fine* va destinado <<al trabajador puesto a su disposición>>, esto es, excluye la regulación sobre la materia preventiva de otros trabajadores que no sean los trabajadores contratados por ETTs.¹⁶¹ Además, a diferencia del art. 28.2 LPRL habla del trabajador *en singular*, considerando que esta información debe realizarse de manera individualizada en el buen entendimiento en que los riesgos afectan igualmente a cada trabajador por separado.¹⁶²

Una segunda diferencia queda de manifiesto en la *amplitud del contenido* que presenta la norma reglamentaria con respecto al contenido –paradójicamente más concreto– del precepto legal. Así, mientras el art. 4.1 *in fine* RD 216/1999 habla de riesgos <<que concurren de manera general ... como de los específicos del puesto de trabajo y tareas a desarrollar>>, el art. 28.2 LPRL alude únicamente a <<los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular>>.

¹⁶⁰ La aparición en este art. 4.2 RD 216/1999 de una *doble negación* (<<no permitirá>> y <<hasta que no tenga>>) nos da una idea bastante aproximada del énfasis que el Legislador ha querido imprimir a la necesidad de dar una adecuada información preventiva, para así remarcar la importancia que esta materia tiene en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo.

¹⁶¹ No obstante, esta exclusión normativa en cuanto al *ámbito personal* de la norma tiene una contundente explicación en la medida en que el RD 216/1999 tiene como finalidad la <<seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal>>, es decir, se trata de una norma muy específica acotada tanto por la materia como por los destinatarios a los que va dirigida. Y por su parte, el art. 28.2 LPRL, por su rango legal y, por ende, su carácter más generalista y omnicompreensivo, va destinado a un conjunto de trabajadores más amplio que bajo el denominador común de la *temporalidad* se encuentran más amenazados por los riesgos laborales.

¹⁶² Sobre el carácter individualizado y directo de transmitir por parte del empresario esta información preventiva, *cfr.* art. 18.1 LPRL.

Dentro de ese contenido más *específico* o *particular* al que se refieren ambas normas, podemos también descifrar algunos matices –no tanto así diferencias- entre cada una de ellas.

De este modo, cabe observar que ambos preceptos hacen referencia dentro de los *riesgos específicos* a <<las medidas de protección y prevención>>, en el caso de la norma reglamentaria, ésta añade además de las medidas <<las actividades de protección y prevención>>¹⁶³.

La razón posiblemente haya que situarla en que las <<medidas>> parecen indicar más un carácter de *reacción* frente a un riesgo que ya se ha producido, mientras que al añadir en este precepto reglamentario el concepto de las <<acciones>>, ello puede interpretarse como un paso más, un desarrollo normativo que avance e incluya la posibilidad de ejercer prevención en el sentido etimológico del término, pudiendo así tomar las decisiones más adecuadas con anticipación a la producción de un riesgo o de sus nocivas consecuencias, caso de no poder evitarlo.¹⁶⁴

En otro orden de cosas, y por lo que a la regulación comunitaria se refiere, sólo la Directiva-marco habla de <<medidas y actividades de protección o de prevención>>.¹⁶⁵ Cabe poner de relieve también que en el art. 28.2 LPRL sólo se hace referencia a las <<medidas>> y no como sucede en el art. 4.1 RD 216/1999 en que, al igual que la Directiva-Marco, ambas aluden al concurso de <<medidas y actividades>>, creyendo por nuestra parte que resulta más adecuada la conjunción de ambos conceptos por expresar un carácter omnicomprensivo y una visión más completa de la prevención de riesgos laborales.

¹⁶³ También llama la atención el *orden* en que cada una de las normas sitúan los conceptos de *protección* y *prevención*. Así en el art. 28.2 LPRL se habla de <<medidas de protección y prevención>>, mientras que en art. 4.1 in fine establece <<medidas y actividades de prevención y protección>>, esto es, en el primero se antepone el término de *protección* al de *prevención*, mientras que en el segundo la *prevención* precede a la *protección*. A nuestro juicio, entendemos más adecuada la fórmula reglamentaria, toda vez que la protección siempre es una expresión concreta y particular de prevención y, por tanto, encuadrable dentro de este concepto, razón por la cual, debería estar relegado ordinalmente el concepto de protección con respecto al de prevención.

¹⁶⁴ Se trataría en definitiva de una actuación más *proactiva* que *reactiva*.

¹⁶⁵ Sorprende sobre todo que utilizando la fórmula que más tarde repetiría el art. 4.1 RD 216/1999, en esta norma paradigmática se sitúen en un mismo plano los términos de <<protección o prevención>>, dando a entender que se trata de actividades o medidas de diferente contenido, cuando en realidad, entendemos que toda protección es una especie de prevención y no a la inversa.

Continuando con las cuestiones terminológicas, advertimos que la Directiva 91/383/CEE alude a los términos: <<*cualificaciones y aptitudes*>>, términos éstos que son igualmente empleados por nuestra legislación nacional a través del art. 28.2 LPRL¹⁶⁶.

Por último señalar que el art. 3.2) de la Directiva 91/383/CEE relega a una ulterior concreción legislativa de cada Estado miembro, conceptos tales como <<*cualificaciones o aptitudes profesionales particulares o de un control médico especial*>>, o bien el de <<*riesgos elevados específicos vinculados al puesto de trabajo a cubrir*>>. Sin embargo, tras la promulgación de las normas nacionales españolas, éstos conceptos no han experimentado ampliación o concreción ulterior que los defina de manera acorde con el imperativo de la norma comunitaria.¹⁶⁷

3.1.2. Contenido material de la obligación para la ETT.

Nuestro derecho interno a través del art. 28.5 LPRL establece al respecto que la ETT informará <<*a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas.*>>

Este precepto encuentra su origen en el art. 7.2 de la Directiva 91/383/CEE al enunciar que la ETT <<*pondrá en conocimiento de los trabajadores implicados el conjunto de estos elementos*>>, si bien este precepto está dedicado a la información que deben transmitirse la ETT y la EU entre sí, no encontrando por ello ningún precepto de esta normativa comunitaria que obligue a la ETT a informar al trabajador

¹⁶⁶ No así en su norma de desarrollo (art. 4.1 RD 216/1999) en la que, pese a ser una regulación más específica sobre la materia, sin embargo no alude en dicho precepto a estos dos conceptos. Ello contrasta con la inclusión a nivel comunitario de estos términos en la norma más específica (Directiva 91/383/CEE) y no en la más generalista como lo es la Directiva-Marco.

¹⁶⁷ A día de hoy, conceptos tales como: <<*aptitudes*>>, <<*cualificaciones*>>, <<*control médico especial*>>, etc., continúan representando una entelequia de concreción legal o reglamentaria inexistente, pudiendo completarse únicamente por la vía de la interpretación doctrinal, literal o acudiendo a protocolos profesionales desvinculados de todo carácter normativo y por ende de capacidad ejecutiva aunque sí práctica.

que va a ceder. Como puede apreciarse, esta situación ha sido corregida por nuestra legislación interna como seguidamente tendremos ocasión de constatar.

Según el art. 28 LPRL el contenido de la obligación para la ETT –la de informar¹⁶⁸- es doble, ya que ha de dirigirse tanto a las características del puesto de trabajo –en un doble sentido a su vez como es la *localización* física del puesto¹⁶⁹, así como de la *actividad*-, como de la *cualificaciones*¹⁷⁰ que debe presentar el trabajador.¹⁷¹

3.2. Elementos subjetivos de esta obligación informativa.

El art. 28.2 LPRL establece que el <<empresario¹⁷² adoptará las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad, los trabajadores a que se refiere el apartado anterior¹⁷³ reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la necesidad de cualificaciones o aptitudes profesionales determinadas, la exigencia de controles médicos especiales o la existencia de riesgos específicos del puesto de trabajo a cubrir, así como las medidas de protección y prevención frente a los mismos.>>

Como consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico interno de la legislación comunitaria, este precepto resulta -una vez más- una copia casi literal de su predecesor normativo europeo, y en particular, del art. 3 de la Directiva

¹⁶⁸ Información que a su vez se sustenta en la información que le presta la EU según señala el propio art. 28.5 LPRL.

¹⁶⁹ Sobre el desarrollo reglamentario de esta información, *cfr.* art. 4.1.c) RD 216/1999.

¹⁷⁰ *Cfr.* art. 4.1.b) del RD 216/1999.

¹⁷¹ Sobre los elementos que integran el análisis de este contenido informativo, *vid. supra.* apartado 2.2 de este capítulo, denominado: <<Contenido obligacional de la EU previo al inicio de la prestación de servicios del trabajador>>.

¹⁷² Aquí cabe entender como <<empresario>> tanto al de la ETT como al de la EU ya que ambos se hayan firmemente implicados en la consecución de los objetivos preventivos de estos trabajadores, si bien hay que significar una vez más que el empresario de la EU presenta una relevancia más activa en la medida en que es el responsable de la ejecución de la actividad laboral de su empresa que es precisamente donde se concentran precisamente los riesgos laborales.

¹⁷³ El artículo anterior a que se refiere (art. 28.1 LPRL) establece que son <<Los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal>>.

91/383/CEE¹⁷⁴. En efecto, el art. 3.1 de esta Directiva establece que <<previamente a cualquier actividad asumida por cualquier trabajador que mantenga una relación laboral de las contempladas en el artículo 1, éste sea informado por la empresa y/o establecimiento usuarios de los riesgos a que vaya a estar expuesto.>>

Estos trabajadores que determina el art.1 de la Directiva 91/383/CEE son los que presentan una <<relación laboral regulada por un contrato de trabajo de duración determinada, celebrado directamente entre el empresario y el trabajador, en el que se determine el final del contrato mediante condiciones objetivas, tales como una fecha precisa, que se concluya una tarea determinada, que suceda un hecho determinado>>¹⁷⁵ Y a renglón seguido en el apartado 2) de este mismo precepto, y referido a los trabajadores que nos interesan en este estudio, se establece su ámbito de aplicación para <<toda relación laboral entre una empresa de trabajo temporal, que es el empresario, y el trabajador, cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o un establecimiento usuarios.>>

A efectos de determinar los *elementos subjetivos* que intervienen en esta obligación. Se trata, pues, de dar la consabida respuesta al <<quién>> respecto de la obligación de informar, tanto en su vertiente *activa* –quién o quiénes están obligados a dar esa información-, como en su parte *pasiva* –quién o quiénes tienen la obligación¹⁷⁶ de recibirla-.

Queda claro así que por lo que respecta al lado *pasivo* de la obligación, esto es a los *destinatarios* de este deber de informar, éstos son los trabajadores, pero en este caso concreto que regula este precepto, no se trata de los trabajadores en su conjunto, sino de los *trabajadores en misión*.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Artículo éste que de entrada ya señala su “obligada” remisión a la Directiva-marco mediante la fórmula <<sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 89/391/CEE (...)>>

¹⁷⁵ Compruébese como el ámbito de aplicación personal o subjetivo del art. 1. en su apartado 1) de la Directiva 91/383/CEE coincide con las relaciones de trabajo estipuladas en el art. 15 ET.

¹⁷⁶ Cabe recordar que además de un derecho inexcusable para estos trabajadores, presenta sobre todo una vertiente de obligación en la medida en que los trabajadores no pueden disponer válidamente de ese derecho (art. 3 ET), es decir, carecen por completo de la opción que les otorga el ostentar un derecho de ejercerlo o no. Nada de eso, están *obligados* a que sobre ellos se ejerza ese derecho que ellos mismos presentan y de cuyo ejercicio se responsabiliza hasta sus últimas consecuencias al empresario.

¹⁷⁷ Cfr. art. 1.2) de la Directiva 91/383/CEE.

Por otro lado, por lo que a la vertiente *activa* de esta obligación informativa se refiere, esto es, a los sujetos obligados a dar esta información preventiva, la respuesta no resulta tan inmediata, y por ello precisa de alguna matización por nuestra parte.

La primera duda que interesa dilucidar es si esta obligación ha de hacerla el *empresario*, o bien los *representantes de los trabajadores*.

Si traemos a colación el art. 18 LPRL como el precepto en el que de manera genérica se establece el deber de información preventiva, en él se indica de forma explícita la arrogación de tal deber al afirmar que en <<*las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores la información a que se refiere el presente apartado se facilitará por el empresario a los trabajadores a través de dichos representantes; no obstante deberá informarse directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos.*>>

Ante el precepto transcrito podemos extraer como conclusión que la obligación corresponde al *empresario*, haya o no representantes de los trabajadores, y ello por dos razones fundamentales:

1^a) La primera es consecuencia directa del mandato legal para el empresario de informar personalmente y por él mismo a los trabajadores <<*de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo*>>, y precisamente esta circunstancia es la que soportan los trabajadores en misión y que la regulación específica en materia preventiva para estos trabajadores, esto es, art. 28.2 LPRL y art. 4.1 RD 216/1999, obliga al empresario a tener muy presente.

2^a) La segunda conclusión parte de la idea de que es el empresario el *sujeto activo* que decide la contratación del trabajador, procediendo ya desde el inicio a su clasificación profesional, disponiendo –en su caso- de la

movilidad funcional del mismo, todo ello en conexión con las facultades organizativas que el ordenamiento jurídico otorga al empresario.¹⁷⁸

En otro orden de cosas, y dentro de la conjunción normativa tanto nacional como comunitaria, se observan igualmente algunos matices que requieren ser precisados. Así, mientras la Directiva establece que la obligación de informar sobre riesgos laborales a los trabajadores en misión corresponde a <<la empresa y/o el establecimiento usuarios>>, sin más; el art. 28.5 LPRL señala una *dualidad* respecto a esta obligación, ya que en su párrafo primero señala que corresponderá a la EU <<el cumplimiento de las obligaciones en materia de información>>. Y en el segundo párrafo de este mismo art. 28.5 LPRL indica que <<la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados>>.

Se produce de este modo un deber de información que pudiéramos denominar como un <<deber derivado>>, toda vez que la información que reciben los trabajadores en misión no la reciben directamente de la EU sino de la ETT que les contrata laboralmente, y ello pese a que el primer párrafo del art. 28.5 LPRL establece claramente que el deber de informar es de las EU y no de la ETT.

Sin embargo, de la lectura completa del art. 28.5 LPRL se infiere que la obligación de informar es claramente de la EU, pero que dicha obligación no lo es respecto de los trabajadores en misión sino para con la ETT. Y que ésta a su vez -y por ello decimos que de forma <<derivada>>- asume de manera indirecta un deber de informar a los trabajadores en misión que inicialmente le correspondía a la EU, pero que por ser estos trabajadores contratados de manera laboral y directa por la ETT, ésta asume la obligación de realizar esas contrataciones, de conformidad y bajo los parámetros informativos que previamente le ha facilitado la EU, y por supuesto, todo ello antes de que inicien su actividad en la usuaria, es decir, antes de que los referidos trabajadores se conviertan en <<trabajadores en misión>>.

¹⁷⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* GARRIDO PEREZ. E., <<La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995>>, *Relaciones Laborales*, nº 20/1997, pp: 39-40.

No obstante, cabe aludir someramente a esta <<información derivada>> pero más en el terreno del art. 41 LPRL que en el precepto dedicado a los trabajadores de las ETT, todo y así que se trata de una información cuya fuente se halla en quiénes resultan también obligados a aportar información sobre seguridad y salud laboral, concretamente nos referimos a fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria equipos, productos y útiles de trabajo. Para el caso de las ETTs, la redacción del art. 41 LPRL no prevé que sean los sujetos anteriormente mencionados los que deban suministrar dicha información a los trabajadores afectados directamente por sus productos, maquinaria, etc., sino de manera <<derivada>> y a través del *empresario* –ETT y/o EU-, en tanto en cuanto es éste el deudor de la protección de sus trabajadores.¹⁷⁹

IV.- LA INFORMACIÓN PREVENTIVA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

Como cuestión terminológica previa cabe señalar que la LPRL no ha delimitado conceptualmente el término de <<representantes de los trabajadores>>¹⁸⁰, probablemente debido a que dicha definición aparece regulada de forma específica a través de otras normas de rango legal de nuestro ordenamiento jurídico.¹⁸¹

Sin embargo, la normativa comunitaria en materia preventiva, y más concretamente la Directiva 89/391/CEE, se ha encargado de definir esta acepción

¹⁷⁹ Además, aún en el supuesto de que alguno de estos fabricantes, productores, etc. incumpliera la obligación informativa a la que viene obligada, sería el empresario, en suma, el que en ningún caso estaría exento de sus responsabilidades contractuales, pues es él quien <<debe responder frente a los trabajadores en virtud de la deuda de seguridad que tiene contraída con cada uno de ellos, porque no sólo responde por los actos propios, sino por los de aquellas personas de quienes debe responder (art. 1903 Código Civil) y porque está obligado a emplear los mejores medios por encima de los reglamentariamente exigidos>>, Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., <<Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales>>, op. cit., pg: 264. En el mismo sentido, vid. GARRIDO PEREZ, E., <<La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995>>, op. cit. pg: 43.

¹⁸⁰ Tanto en su versión de 1995 como en las posteriores modificaciones legales a través de la Ley 54/2003.

¹⁸¹ Cfr. art. 10.3 LOLS y arts. 62 y ss. ET, principalmente.

dentro de su articulado, cuestión ésta que, empero, no aparece recogida en la Directiva 91/383/CEE, posiblemente porque la Directiva-marco –cronológicamente anterior- ya lo había definido, o bien porque sobrepasaría su ámbito, si bien, sí regula esta información a través de su art. 6.

Por consiguiente, la Directiva-marco, bajo el incontrovertible epígrafe de su art. 3 (<<Definiciones>>), establece en su apartado c) que se entenderá por <<representante de los trabajadores con una función específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores: cualquier persona elegida, nombrada o designada, de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales, como delegado de los trabajadores para los problemas de la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo>>. ¹⁸²

Finalmente, la opción terminológica acogida por nuestro Legislador ha sido la adoptada por la normativa comunitaria, instituyéndose así la figura de los *Delegados de Prevención* ¹⁸³.

Por otra parte, cabe poner de relieve que este derecho a la información preventiva se encuadra dentro de lo que algún autor ¹⁸⁴ ha denominado como <<derechos de información pasivos>>, debido a que en ellos la iniciativa de la información corresponde al empresario, y por ello los representantes de los trabajadores carecen de la posibilidad de comprobar la veracidad de la información o exigir información suplementaria.

A este respecto, entendemos que traer a colación el art. 64 ET para solventar esa aludida “pasividad” no sería plausible en la medida en que dicho precepto, bajo

¹⁸² La inclusión en el art. 3.c) de la Directiva-marco como conceptos sinónimos los de <<persona elegida, nombrada o designada>> no ayuda precisamente a dilucidar la distinción que, a nuestro juicio, se hace en nuestro ordenamiento entre los <<trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención>> y los <<representantes de los trabajadores>>, ya que, según veremos más adelante, en el primer caso se trata de trabajadores ciertamente nombrados y/o designados por el empresario y, en consecuencia, se trata de trabajadores *no elegidos*, mientras que en el segundo, el de los representantes, preside el concepto de *elección*, y por tanto fruto de un proceso electoral y no así de la decisión puramente empresarial.

¹⁸³ Manteniendo, empero, el diseño orgánico de los mismos con la supervivencia bajo otra nomenclatura de los otrora denominados <<Comités de Seguridad e Higiene>>.

¹⁸⁴ GONZALEZ ORTEGA, S., <<Derecho a la salud y control de los trabajadores>>, *Relaciones Laborales 1990-I*, pg: 84.

el epígrafe de <<competencias>>¹⁸⁵ sólo recoge la posibilidad de que el comité de empresa reciba <<información, que le será facilitada trimestralmente, al menos>> y siempre sobre materias generales referidas a la empresa pero más de carácter estratégico¹⁸⁶ que las atinentes a cuestiones muy puntuales y concretas como son las señaladas por el art. 28.4 LPRL.¹⁸⁷

Tan sólo el apartado 9º-b) de este mismo art. 64 ET establece el derecho por parte de los miembros del comité de empresa a la <<vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 de esta Ley.>> Sin embargo, este precepto estatutario únicamente habilita, a través de su apartado 5), la posibilidad de que los <<órganos internos de la empresa competentes en materia de seguridad y, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores en el centro de trabajo>>. Se aprecia así, con un carácter claramente *subsidiario* para los miembros del comité de empresa, el derecho a *intervenir* sobre aspectos de seguridad y salud laboral pero sólo ante el supuesto de que <<aprecien una probabilidad seria y grave de accidente por la inobservancia de la legislación aplicable en la materia>>.¹⁸⁸

A nuestro modo de ver, este asidero legal carecería en la práctica de operatividad, en la medida en que se parte de una actuación *subsidiaria* y ante una situación realmente comprometida, es decir, cuando se tiene por parte de los miembros del comité una constancia fehaciente del incumplimiento acerca de la regulación preventiva. Es por ello que, en los casos en los que no hay una situación de accidente grave, o simplemente en los que no existe información sobre las medidas atinentes a la prevención de riesgos laborales -y por ende no se conoce la

¹⁸⁵ Debe advertirse que el art. 64 ET emplea –a nuestro entender de manera errónea– el término <<competencias>> para determinar en realidad los derechos de los miembros del comité de empresa, eminentemente en materia informativa.

¹⁸⁶ Aspectos tales como: <<la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa, así como acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados y de los supuestos de subcontratación.>>

¹⁸⁷ A este respecto, el art. 51 del IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal, bajo el epígrafe: <<Competencias de los órganos de representación de los trabajadores en la empresa de trabajo temporal>>, se limita a realizar una reproducción del art. 64 ET.

¹⁸⁸ Y ello siempre y cuando el SP no intervenga dado su carácter de especialidad sobre la materia.

observancia o inobservancia de las mismas-, la fiscalización de la seguridad y salud laboral por la vía de la información preventiva de los miembros del comité de empresa se convierte prácticamente en una entelequia.

4.1. Elementos subjetivos que integran esta información preventiva.

Al igual que en apartados anteriores, a la hora de hablar de *elementos subjetivos* en orden a una determinada obligación, se trata de analizar tanto al *sujeto obligado* como al *sujeto destinatario* de la misma y exponer así el diferente régimen jurídico por el que se rige cada uno de ellos.

Así, en apartados anteriores, hemos concluido que el *sujeto activo* o responsable de ofrecer esta información preventiva es el *empresario* en sentido amplio¹⁸⁹. Si bien, en el ámbito de las ETTs, el art. 28.5 LPRL determina claramente que la obligación de informar a los representantes de los trabajadores corresponde a la EU, es decir, es el *empresario* -de la EU- el que debe informar a los representantes de sus propios trabajadores, quedando al margen de esta obligación –según hemos apuntado más arriba- el empresario de la ETT.

Cuestión más controvertida, empero, supone la determinación, en el caso de los representantes de los trabajadores, de acotar el *sujeto pasivo* o *destinatario* de esa información sobre riesgos laborales. Cabe albergar incluso la posibilidad de que este destinatario se convierta en un *sujeto plural* tanto *cuantitativa* como *cualitativamente*, como más adelante veremos.

Junto a lo anterior, una primera distinción que conviene dilucidar desde un principio –sobre todo por la confusión a la que ello nos puede conducir- es la que diferencia a los <<*trabajadores designados por el empresario*>> para desempeñar tareas preventivas -y que aparecen referidos en el art. 28.4 LPRL-, de los

¹⁸⁹ Tanto el empresario de la ETT como el de la EU.

<<representantes de los trabajadores>> que aparecen contemplados en el segundo párrafo del art. 28.5 LPRL.

La coincidencia en ambos casos consiste precisamente en que ambos –trabajadores designados y representantes de los trabajadores- aparecen configurados en el mismo texto legal (LPRL) como *destinatarios* ambos de información en materia preventiva, y más concretamente, como *receptores de idéntico contenido informativo* aunque formulado con distintas palabras, esto es: <<deberá informar a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención o, en su caso, al Servicio de Prevención (...) de la incorporación de los trabajadores a que se refiere el presente artículo>>, según expresa el art. 28.4 LPRL. Y en cambio, el art. 28.5 LPRL, en su párrafo *in fine*, señala al respecto que la EU <<deberá informar a los representantes de los trabajadores en la misma de la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal>>.

Como puede apreciarse, en el supuesto del art. 28.4 LPRL se habla de los trabajadores temporales en general, y en el art. 28.5 LPRL se alude específicamente a los trabajadores procedentes de la ETT.¹⁹⁰ Sin embargo, la diferencia sustancial, en definitiva, radica en que mientras en el art. 28.4 LPRL los *destinatarios* de esa misma información son los <<trabajadores designados>>, en el art. 28.5 LPRL se habla directamente de <<representantes de los trabajadores>>. La naturaleza jurídica es distinta ya que en un caso –*representante de los trabajadores*- responde a criterios de *representatividad*¹⁹¹; y en otro caso –*trabajadores designados*-, su origen es puramente *organizativo*, es decir, el empresario ha optado por *delegar* esa función en unos determinados profesionales en materia preventiva –SP- o trabajadores formados a tal fin.

En cualquier caso, en los próximos apartados trataremos por separado la diferente naturaleza y régimen jurídico de ambos grupos de trabajadores,

¹⁹⁰ Lo que conlleva igualmente que en el art. 28.4 LPRL el sujeto obligado sea el *empresario*, en general y sin especificar si se trata del empresario de la ET o de la EU, mientras que en el art. 28.5 LPRL se determine de manera directa que el sujeto obligado es el empresario de la EU.

¹⁹¹ Producto de un proceso legalmente establecido y en base a criterios de elegibilidad, democracia interna en las empresas, etc.

diferenciando claramente lo que son los representantes de los trabajadores de lo que son los *trabajadores prevencionistas*¹⁹², en unos casos, o profesionales de la prevención, en otros.

En consecuencia, el Legislador presta un régimen jurídico distinto dentro del deber de información sobre riesgos laborales que, en todo caso tienen los empresarios, en función de la tipología representativa de los destinatarios de esa información preventiva, así como de la naturaleza de los mismos según se trate de trabajadores en calidad de representantes -en sentido estricto- de los trabajadores asumen tareas de prevención de riesgos y por ende son receptores legales de la información preventiva; o bien se trate de trabajadores designados por el empresario para encargarse de labores de prevención de riesgos laborales, pero aquí, dicha labor no es asumida por su naturaleza representativa sino por su *profesionalidad* –en el sentido literal del término-, en tanto que existe una prestación de servicios específicos en el terreno de la prevención de riesgos laborales, aunque, al igual que los anteriores también son legales y legítimos destinatarios de la información preventiva que venimos comentando.

A modo de conclusión podríamos decir que si bien ambos grupos de trabajadores son igualmente receptores de información preventiva, se diferencian entre sí por su naturaleza representativa, en unos casos, o profesional, en otros, y, en consecuencia con un régimen jurídico diferente. Cabría afirmar -en otros términos- que ni todos los representantes de los trabajadores realizan tareas preventivas, ni todos los que realizan tareas preventivas son representantes de los trabajadores.

4.2. Tipologías de *representación* en materia preventiva.

¹⁹² Si bien este vocablo no es recogido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por cuestiones de orden práctico y al margen de las semánticas, con este concepto pretendemos aglutinar al conjunto de personas que se encargan de la prevención de riesgos laborales pero desde una perspectiva diferente a la representativa, y por ello, desde una vocación más técnica, si bien en unos casos dichas funciones no constituirán las tareas esenciales de la actividades de los trabajadores –trabajadores designados-, en otras el desempeño de estas funciones preventivas serán realizadas como dedicación profesional preferente SP propio y sobre todo en el caso de los SP ajenos-.

A este respecto habría que hablar de las distintas tipologías de *representación* que cabe efectuar en el terreno de la prevención de riesgos laborales. Y dentro de estas tipologías, separar tanto la naturaleza de la representación y el contenido informativo que cabe conceder a cada una de ellas, distinguiendo en todo momento lo que supone la información a los representantes de naturaleza legal o sindical.

Por lo que respecta a la tipología de los representantes de los trabajadores, en un primer momento, cabría hacer una *triple distinción* dentro de estos destinatarios que, genéricamente, encuadramos bajo el concepto común de la <<*representación de los trabajadores*>>. Así, nos encontramos, por una parte, con lo que se ha venido en denominar <<*representación institucional*>>¹⁹³, la cual a su vez se subdivide en dos tipos de representación, a saber: la <<*representación unitaria*>> y la <<*representación sindical*>>.

Junto a esta representación institucional se encontraría una *tercera* que podríamos denominar como <<*representación especializada*>> por razón de la materia, siendo en este caso la representación destinada específicamente a la prevención de riesgos laborales y que viene instaurada por el conjunto de la legislación sobre riesgos laborales y en concreto por la LPRL, constituyendo así los <<*Delegados de Prevención*>>¹⁹⁴ y los <<*Comités de Seguridad y Salud*>>¹⁹⁵.

Respecto al primero de los grupos de representación anteriormente mencionados, la <<*representación unitaria*>>¹⁹⁶ -esto es: *Delegados de Personal*¹⁹⁷

¹⁹³ Son los que aparecen conceptuados genéricamente como los <<*representantes de los trabajadores*>>, o incluso en muchos casos como <<*representantes legales de los trabajadores*>>, v. gr. cfr. art. 21.3 LPRL.

¹⁹⁴ El art. 35.1 LPRL dispone que los <<*Delegados de Prevención son los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo.*>> Indicando a continuación en el punto 2.) Del mismo precepto que los delegados de Prevención <<*serán designados por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación previstos en las normas a que se refiere el artículo anterior (...)*>>

¹⁹⁵ El art. 38.1 LPRL define al *Comité de Seguridad y Salud* como <<*el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos.*>>

¹⁹⁶ Como es sabido, este grupo está integrado por las figuras del *Delegado de Personal* y *Comité de Empresa* bajo el epígrafe de <<*órganos de representación*>> de la *Sección Primera del Capítulo I <<Del derecho de representación colectiva>> del Título II <<De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa>>* del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁹⁷ El art. 62.1 ET establece que la <<*representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de 50 y más de 10 trabajadores corresponde a los delegados de personal.*>>

y *Comités de Empresa*¹⁹⁸-, cabe afirmar que como *elementos subjetivos* de esta obligación informativa, se trata de *sujetos colectivos con responsabilidades entrecruzadas*¹⁹⁹ en materia de prevención de riesgos laborales, toda vez que los *Delegados de Prevención* que formarían parte de ese tercer grupo que hemos denominado de representación especializada, han de ser necesariamente miembros de los órganos de representación institucional²⁰⁰, a la par que forman parte de los *Comités de Seguridad y Salud laboral*²⁰¹.

Por lo tanto, nos encontramos ante una situación compleja de cargos y funciones que además se produce en el seno de las respectivas EUs pero con los trabajadores que en ellas se encuentran en misión y que pertenecen a otras empresas –sus respectivas ETTs-.

Esta situación provoca la generación de diversas incógnitas que intentaremos despejar, y que serían tales como: qué representación tienen los trabajadores de las ETTs cuando se encuentran en misión²⁰²; si estos trabajadores en misión formarían parte del cómputo a efectos de determinar el número de cada tipo de representantes que corresponde a cada empresa, sobre todo teniendo en cuenta la brevedad de la permanencia de tales trabajadores; etc.

Igualmente podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría.>>

¹⁹⁸ Por su parte el art. 63.1 ET define al *Comité de Empresa* como el <<órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de 50 ó más trabajadores>>.

¹⁹⁹ Cfr. GARRIDO PEREZ, E., <<La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995>>, *op. cit.* pg.: 32.

²⁰⁰ Ya sea como delegados de Personal o como miembros del Comité de Empresa o como Delegados Sindicales.

²⁰¹ En cierta medida estos comités constituyen la herencia de los antaño <<Comités de Seguridad e Higiene>> implantados mediante Orden Ministerial de 21 de septiembre de 1944. No obstante sobre el carácter representativo de éstos hay división doctrinal. Así, para algún autor <<la característica fundamental de estos órganos internos es que no son, al menos en su totalidad electivos, por lo que su representatividad es muy escasa>>, cfr. GONZALEZ ORTEGA, S., <<Derecho a la salud y control de los trabajadores>>, *Relaciones Laborales* 1990-I, pg.: 253. No obstante, CRUZ VILLALÓN, J. <<La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos profesionales>>, *Temas Laborales* nº 26, 1993, pg.: 25, apunta en relación a estos comités y bajo su normativa, que <<su composición mixta no excluye necesariamente su condición de institución representativa de intereses>>.

²⁰² Ya hemos indicado al principio de este estudio que dejamos al margen a los *trabajadores de estructura*, cuya representatividad no difiere de la propia que pueden tener cualquier otra empresa sea o no perteneciente al sector del empleo temporal.

4.3. Criterios cuantitativos para la designación de los representantes de los trabajadores en materia preventiva.

Según la normativa europea, tanto en el supuesto de designación de trabajadores para tareas preventivas como en el supuesto del recurso a un SP interno o externo, el número de integrantes de los mismos corresponde determinarlo a cada Estado miembro.²⁰³ En el caso del ordenamiento español habría que combinar fundamentalmente los preceptos que sobre el particular establece tanto la LOLS²⁰⁴ y el ET²⁰⁵ en relación con la propia LPRL para conocer la composición numérica que precisa cada órgano para obtener presencia -y en consecuencia *representación*- en materia de seguridad y salud laboral.

En este sentido, el art. 6 RD 216/1999 establece las disposiciones relativas a <<*la organización de las actividades preventivas*>> tanto en la ETT como en la EU. Debemos entender por tanto que se trata en este precepto de criterios cuantitativos pero a efectos organizativos y no así electorales o representativos. En consecuencia, habría que diferenciar los criterios en aras del cómputo de los trabajadores en misión en orden a la composición de órganos de naturaleza preventiva, de lo que serían los criterios cuantitativos pero únicamente con la finalidad de encauzar las actividades preventivas en función del cómputo de "*destinatarios adicionales*" procedentes de la cesión de trabajadores mediante ETTs.

En este sentido, el art. 6.1 RD 216/1999 establece que las EUs <<*contabilizarán el promedio mensual de trabajadores puestos a su disposición por empresas de trabajo temporal en los últimos doce meses, con el fin de determinar los*

²⁰³ Cfr. art. 7 de la Directiva-Marco y vid. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. <<*La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español*>>, *Relaciones Laborales 1991-I*, pg.:1233. En este sentido, la ley de Luxemburgo sobre ETTs de 1994 dispone en su art. 17.2 que <<*los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores puestos a disposición en la empresa usuaria son considerados para el cálculo de efectivos de la empresa en el prorrateo de su tiempo de presencia en ésta en el curso de los doce meses precedentes*>>, si bien en el siguiente párrafo la propia norma aclara que los trabajadores anteriormente mencionados <<*son excluidos del recuento de contingentes cuando sustituyen a un trabajador ausente o a un trabajador cuyo contrato de trabajo está suspendido.*>>

²⁰⁴ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE de 8 de agosto).

²⁰⁵ Cfr. arts. 62 y ss. ET.

medios, recursos y modalidades de organización de sus actividades de prevención conforme a lo dispuesto en el capítulo III del Reglamento de los Servicios de Prevención.>>

Y a mayor abundamiento, el segundo párrafo del apartado 3ª) del propio art. 6 RD 216/1999 dispone que *<<los trabajadores designados o, en su caso, los servicios de prevención de la empresa de trabajo temporal y de la empresa usuaria deberán coordinar sus actividades a fin de garantizar una protección adecuada de la salud y seguridad de los trabajadores puestos a disposición. En particular deberán transmitirse cualquier información relevante para la protección de la salud y la seguridad de estos trabajadores>>*.

Por su parte, y en relación con el cómputo de los trabajadores en misión relativos a los órganos encargados de la podemos observar como el art. 38.2 LPRL señala que para avalar la creación de un *Comité de Seguridad y Salud*²⁰⁶ es preciso contar con un mínimo de 50 trabajadores, lo que a su vez implica la existencia previa de un *Comité de Empresa*²⁰⁷, así como un *Delegado Sindical*²⁰⁸.

Otra cuestión a tener presente es la valoración que cabe hacer respecto de la incidencia de los trabajadores en misión tanto en el *cómputo* como en los *ratios* de los distintos órganos representativos con competencias en materia de prevención de riesgos laborales.²⁰⁹

En principio, la *incidencia cuantitativa* de los trabajadores en misión respecto del número de representantes debe entenderse nula. Sin embargo, tanto la normativa general (ET y LOLS) como la específica sobre riesgos laborales hacen referencia al

²⁰⁶ El art. 38.2 LPRL señala que se *<<constituirá un Comité de Seguridad y Salud en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 ó más trabajadores.>>* Y a continuación añade que el Comité de seguridad y Salud *<<estará formado por los delegados de Prevención, de una parte, y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de los Delegados de Prevención, de la otra.>>*

²⁰⁷ Cfr. art. 66.1 ET *<<El número de miembros del comité de empresa se determinará de acuerdo con la siguiente escala: c) de doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, 13>>*.

²⁰⁸ Cfr. art. 10.1 LOLS. Sobre la correlación numérica entre los representantes de los trabajadores, cfr. GARRIDO PEREZ, E., *<<La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995>>*, op. cit., pg.: 49.

²⁰⁹ Sobre esta incidencia en otros países, cfr. *infra*. 4.5. *El establecimiento de esta obligación en otros países de nuestro entorno*.

número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo, sin entrar a detallar las posibles *incidencias cualitativas* de éstos. Por tal motivo, puede plantearse la duda acerca de si los trabajadores en misión, al convertirse *temporalmente* en trabajadores de la EU entrarían a formar parte de ese cómputo numérico en el que se basa la composición de los órganos de la EU.²¹⁰

Partiendo de esa *temporalidad* de los trabajadores en misión, una respuesta sobre este particular nos vendría dada mediante el art. 35.3.b) LPRL al significar que, a efectos de determinar el número de Delegados de Prevención, los trabajadores <<contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la designación.>>²¹¹

Pese a la literalidad del precepto transcrito, entendemos que los trabajadores en misión, aunque temporales, lo son de la ETT y no de la EU, produciéndose de este modo una *representatividad unidireccional* en la medida en que los representantes de los trabajadores de la EU lo son también de los trabajadores de la ETT, pero, en cambio, éstos a su vez *no cuentan en pro* de la elección de los representantes que por mor del art. 28.5 LPRL les representarán.

Sobre este aspecto, la legitimación tanto activa como pasiva en la representatividad de los trabajadores en misión queda en cierto modo *huérfana*, ya que por su temporalidad resulta compleja su participación en un proceso electoral, al tener que coincidir necesariamente la vigencia de su contrato con su inclusión en el censo electoral tanto para ser candidato como votante de una determinada formación sindical que concurra a esta índole de comicios en el orden social.

En este sentido, únicamente el art. 53 del *IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal*, dispone que <<dadas las especiales características de la prestación de servicios en las empresas de trabajo temporal, el ámbito para la celebración de elecciones para Delegados de Personal y miembros del Comité de

²¹⁰ Hay que hacer notar que la Ley 54/2003 no ha efectuado modificación o aclaración alguna sobre este extremo en relación con la normativa anterior, manteniendo así las dudas que pudieran existir al respecto.

²¹¹ Añadiéndose seguidamente que <<cada doscientos trabajados o fracción se computarán como un trabajador más.>>

Empresa será el provincial.>> Y aclarando a renglón seguido que <<se constituirá un Comité de Empresa en aquellas empresas que sumen en dicho ámbito un número no inferior a 50 trabajadores>>.²¹²

4.4. El contenido de la información preventiva a los representantes de los trabajadores.

En relación al contenido -en sentido estricto- de la información preventiva para los representantes de los trabajadores, el art. 28.5 LPRL señala que la EU <<deberá informar a los representantes de los trabajadores en la misma de la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal.>>

En términos muy similares se expresa el art. 4.3 RD 216/1999, lo que sin duda llama la atención ya que su aportación jurídica sobre la materia es de escasa sustantividad²¹³, disponiendo así que la EU <<informará a los delegados de prevención, o en su defecto, a los representantes legales de los trabajadores, de la incorporación de todo trabajador puesto a disposición por una empresa de trabajo temporal, especificando el puesto de trabajo a desarrollar, sus riesgos y medidas preventivas, y la información y formación recibidas por el trabajador.>>

Las únicas aportaciones que habría incorporado esta norma reglamentaria sería la de completar el contenido informativo y y la de incorporar a los representantes de los trabajadores como destinatarios de la información preventiva. Veamos seguidamente cada una de ellas.

²¹² La propia norma convencional añade a este respecto que <<si no se alcanzara dicho número, se elegirán el número de Delegados de Personal que corresponda.>>

²¹³ Entendemos que aquí se ha desperdiciado una oportunidad muy importante al no desarrollar reglamentariamente este contenido obligatorio, sobre todo, teniendo en cuenta que, además de tratarse de una norma de desarrollo, es cronológicamente posterior –tres años y medio- y por ello la práctica jurídica ha podido adquirir un grado de madurez que permita conocer las lagunas al respecto, y por ende completar o complementar el exiguo contenido de la norma legal.

Con respecto a la aportación consistente en aclarar el carácter subsidiario de los representantes de los trabajadores *en general*, ante el supuesto de que no existiera -siquiera coyunturalmente²¹⁴- en el seno de la EU los consabidos delegados de prevención. Entendemos que la finalidad que esta inclusión persigue es la evitar la falta de esta específica información²¹⁵ a los representantes de los trabajadores, sin olvidar que los delegados de prevención son igualmente y de manera simultánea representantes de los trabajadores si bien con unas competencias específicas, por lo que en caso de ausencia de éstos, se ha optado reglamentariamente por el recurso a la información a la representación genérica antes de obviar o amortizar dicha información.

Según veremos más adelante en el apartado correspondiente, en el mismo precepto y a renglón seguido se especifica que <<la información a que se refiere el párrafo anterior será igualmente facilitada por la empresa usuaria a su servicio de prevención o, en su caso, a los trabajadores designados para el desarrollo de las actividades preventivas.>>

La otra aportación que realiza el art. 4.3 RD 216/1999 consiste en definir los *tres* aspectos básicos sobre los que debe versar el contenido de la información que la EU debe suministrar, a saber: *a)* puesto de trabajo a desarrollar por el trabajador cedido, *b)* riesgos y medidas preventivas, y *c)* formación e información recibidas.

En relación con los preceptos que hemos transcrito más arriba, esto es art. 28.5 LPRL y 4.3 RD 216/1999, podemos extraer desde el principio *tres* aspectos de referencia que nos servirán como hilo conductor para exponer y analizar el contenido material de esta información preventiva.

En *primer* término nos encontramos con un *deber* amplio –como es el informativo- pero para un destinatario muy concreto como lo es la *EU*, y sólo ésta. Aquí la ETT queda al margen de esta obligación. En *segundo* lugar se establece un contenido relativo a este deber de informar pero muy exiguo. Y como *tercer*

²¹⁴ *V.gr.* en el supuesto de que el/los delegado/s de prevención se encontrara/n en situación de IT, vacaciones, comisión de servicios, etc.

²¹⁵ No confundir con una situación de *desinformación* que habría que ubicarla en intereses espurios y alejados por ende del espíritu y la letra de la norma.

elemento a examinar dentro de este contenido informativo, destaca el carácter *tuitivo* que el Legislador ha querido imprimir a los derechos que la LPRL otorga a todos los trabajadores y que por las especialidades y breve estancia de los trabajadores en misión, no deben privar a éstos.

Así aporta como contenido la *potestad*²¹⁶ para los trabajadores en misión de acudir a la protección del "paraguas" tutelar de los representantes de los trabajadores no suyos sino los de la empresa en la que desarrollan su actividad. Veamos a continuación cada uno de estos aspectos con mayor detenimiento.

4.4.1. La EU como único sujeto obligado.

Con respecto a la primera de las cuestiones planteadas, relativa a la determinación de la EU como único destinatario responsable del cumplimiento de este deber informativo destaca precisamente ese matiz, el de no compartir esta obligación con la otra empresa implicada en estas relaciones triangulares, esto es la ETT.

La explicación que podemos otorgar a esta responsabilidad única y no compartida podemos situarla en *tres* razones fundamentales.

Primera. La esencia de este deber consiste en informar sobre la adscripción de trabajadores de la ETT en la EU²¹⁷ y por tanto, dirigida a los representantes de los trabajadores de ésta. Tal situación sólo puede producirse –obviamente- en el seno de la EU como consecuencia precisamente de la actividad empresarial y sindical de ésta. Por lo que no existiendo actividad generadora de riesgos en la ETT ni representantes de ésta a los que informar,

²¹⁶ No se trata de una obligación en la medida en que si no hay ninguna reclamación en materia preventiva no es obligatorio en tal caso poner en marcha este proceso. Sin embargo, en caso de que exista, el procedimiento habilitado por la normativa a tal efecto es a través de los representantes de los trabajadores de la EU o del SP de ésta.

²¹⁷ Así como de los tres elementos reseñados relativos al puesto de trabajo que indica el art. 4.3 RD 216/1999.

carece de sentido que ésta -la ETT- adquiriera un deber de información sobre aspectos que no le atañen.²¹⁸

Segunda. De este modo, queda excluida cualquier obligación de carácter informativo para la ETT con respecto a los representantes de los trabajadores de la EU, siendo, por otro lado, esta exclusión lógica si tenemos en cuenta que los destinatarios de esa información son sujetos completamente ajenos a la conocida relación triangular que preside estas relaciones a través del recurso a las ETTs.

Además de esa *inconexión* de la ETT con los representantes de los trabajadores de la EU, aquélla los desconoce y otrosí es conveniente que así sea, puesto que de lo contrario se obligaría a las ETTs a conocer de antemano un elenco interminable de representantes de los trabajadores de las empresas ajenas que requieran sus servicios, lo cual, amén de la complejidad que ello conlleva, restaría gran parte de la operatividad que precisa y caracteriza especialmente al sector de la ETT.²¹⁹

La LETT ya prevé que la información sobre riesgos laborales se efectúe entre las empresas implicadas, esto es, la ETT y la EU, y que cualquier contenido de carácter informativo que precisen los representantes de los trabajadores de ésta última pueden ser ofrecidos por el empresario de la EU, dada esa relación de inmediatez existentes entre la EU y los representantes de sus trabajadores que no así entre la ETT y estos últimos.

Además, otra posibilidad de ser informados a este respecto los representantes de los trabajadores de la EU es precisamente a través de los

²¹⁸ Aunque existieran tales representantes de los trabajadores de la ETT resultaría un tanto paradójico que éstos estuvieran informados de un hecho –la adscripción de trabajadores en misión en una EU– que es el objeto mismo de la actividad de la propia ETT. Además, si esta información fuese precisada por los representantes de los trabajadores de la ETT, el fundamento jurídico en la que se basaría no sería tanto el art. 28.5 LPRL como el art. 64 ET que anteriormente hemos descrito.

²¹⁹ No obstante, esta cuestión podría quedar resuelta mediante el envío al órgano de representación de los trabajadores de la EU de una carta certificada con acuse de recibo –siquiera genérico, v. gr. como destinatario: <<al comité de empresa de la EU, s.a.>>-, un correo electrónico (v. gr.) o cualquier otro medio que se estime oportuno y que sobre todo pueda cumplir de manera fehaciente con el deber de informar a estos representantes.

propios trabajadores en misión, ya que, de conformidad con el art. 17.1 LETT éstos <<*tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral*>>, y por imperativo del art. 3.2 RD 216/1999, los trabajadores en misión <<*deberán ser informados previamente por la empresa de trabajo temporal*>>.

Pensemos además que en la práctica, las necesidades de personal a cubrir por una ETT requieren de una enorme agilidad y que en la práctica, entre la petición de personal a una ETT y la efectiva adscripción de los trabajadores cedidos por ésta en el seno de la EU, tan sólo median unos días o incluso horas. Por ello, si a esta complejidad añadimos una nueva y encima con *actores* ajenos a la relación triangular básica y que por tanto son desconocidos *a priori* –salvo que se trate de relaciones continuas y muy habituales entre empresas-, y ello sin contar con que en la casi totalidad de las ocasiones estos representantes son *plurales* tanto en el sentido cuantitativo, como en relación a su filiación sindical de procedencia, al pertenecer a sindicatos diferentes con escasas o nulas relaciones entre sí cuando no enfrentadas.

Tercera. Como tercer razonamiento podemos afirmar que la ETT contrata a estos trabajadores en misión no para incorporarlos a su empresa como personal de estructura sino para cederlos desde el origen a otra empresa distinta -la EU- y además por un tiempo generalmente breve, lo que dificulta sobremanera la posibilidad de perfilar esa representatividad laboral así como todo el proceso y contenido institucional que ello conlleva.²²⁰

Con el fin de solventar esta cuestión, la LETT ha previsto en su articulado los mecanismos para subsanar de algún modo estas aparentes

²²⁰ Para que existieran representantes de los trabajadores en el seno de la ETT sería preciso la realización de *elecciones*, lo que conlleva un proceso no exento -de suyo- de una cierta complejidad – v. gr. la fijación de un censo, tanto de electores como de candidatos, tan efímero-. Junto a ello precisaría de una *prolongación temporal* por parte de los trabajadores que surjan como representantes, lo cual difícilmente casa con la naturaleza temporal intrínseca que define a estos trabajadores y a las relaciones laborales por ellos generadas. Además de esa prolongación temporal, se precisaría de una estabilidad que permitiera la creación de órganos –unipersonales y colegiados- que posibilitara el ejercicio propio de las funciones inherentes a los Delegados de Personal y Comités de Empresa.

lagunas. Así, el art. 13 LETT²²¹ -bajo el epígrafe: <<Negociación colectiva>>- , dispone que <<en ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimadas para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las Organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la Comisión negociadora cuando de ella formen parte tales Organizaciones.>>²²²

Por consiguiente, a nuestro modo de ver y por las tres razones expuestas resulta plausible esta exclusión de obligaciones informativas sobre riesgos laborales de las ETTs para con los representantes de los trabajadores de la EU.

4.4.2. El contenido mínimo para la EU.

En cuanto al *segundo* punto que hemos indicado más arriba relativo al deber de informar la EU <<a los representantes de los trabajadores en la misma de la adscripción de los trabajadores>> en misión, podemos afirmar que, si bien puede parecer un deber extraordinariamente simple, sin embargo tiene tras de sí una trascendencia considerable.

No obstante lo anterior cabe poner de relieve que este contenido legal del art. 28 LPRL se ha visto desarrollado reglamentariamente a través del art. 4.3 RD 216/1999, *especificando* al respecto que la EU informará sobre <<el puesto de trabajo a desarrollar, sus riesgos y medidas preventivas y la información y formación recibidas por el trabajador>>. De este modo el contenido de la

²²¹ Tanto en su texto original de 1994 como tras la reforma de 1999 que no ha modificado el art. 13 LETT relativo a la negociación colectiva.

²²² Cabe destacar que éste es el único precepto que establece una fórmula de representación unitaria para solventar las ausencias que la representación legal en el sector de las ETTs pudiera presentar. Ni la legislación laboral básica ni las normas específicas relativas al sector del empleo temporal han regulado este aspecto tan importante de las relaciones laborales, y menos aún en lo atinente a los derechos y obligaciones existentes entre la prevención de riesgos laborales y la representación de los trabajadores. Tampoco la normativa comunitaria ha desarrollado fórmula alguna, ya sea a través de la Directiva-Marco, o bien mediante la Directiva 91/383/CEE que de manera específica regula la prevención de riesgos laborales en para las ETTs.

información se hace más conciso y determinado y no precisando por ello de mayores reflexiones sobre el particular.

En consecuencia, la trascendencia de este contenido obligatorio posee una gran relevancia en cuanto a su contribución finalista en la prevención de riesgos laborales, y en concreto, en lo atinente a las acciones preventivas que puedan y deban desarrollarse en el conjunto de la actividad laboral de la EU, sobre todo porque con el cumplimiento de este contenido se permite dotar de una fluidez informativa en sentido *bidireccional* tanto a los trabajadores en misión como a los de la EU a través de sus respectivos representantes.

Así se permite que los unos –los trabajadores en misión- puedan recibir información de los otros –los representantes de los trabajadores-, a la par que éstos pueden de este modo atender cualesquiera reclamación en materia preventiva que pudieran plantearle aquéllos. Y a su vez, tales representantes de la EU puedan dar cumplida información tanto a sus representados como a los propios trabajadores en misión, evitando así tanto los riesgos como la posible conculcación de los derechos que como el resto de los trabajadores asiste a los trabajadores puestos a disposición por la ETT.

El impedir esta recíproca información constituiría un hecho contemplado por la propia norma preventiva como <<*infracción grave*>>. Así, el art. 47.11 LPRL tipifica <<*el incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.*>>²²³

Además de lo anteriormente expresado, mediante la información contenida en el art. 28.5 LPRL se consigue un efecto práctico en varias facetas de la acción preventiva, como por ejemplo el que a la hora de diseñar planes de evacuación se

²²³ Con la misma calificación y en términos idénticos se expresa el art. 12.11 LISOS al tipificar, como <<*infracción grave*>>, el incumplimiento <<*de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.*>>

cuenta –tanto cualitativa como cuantitativamente²²⁴- con la existencia de estos trabajadores en misión, y que por ello sean informados de las salidas de emergencia, medios de extinción, formación preventiva ante cambios técnicos, etc.; junto con la dotación, además, de los correspondientes *equipos de protección individual* que se precisen.²²⁵

4.4.3. El carácter tuitivo o finalista de la obligación.

El párrafo *in fine* del art. 28.5 LPRL establece la *potestad*²²⁶ para los trabajadores en misión de poder dirigirse a los representantes de los trabajadores <<en el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley>>.²²⁷

En este sentido cabe afirmar que la LPRL es clara a la hora de indicar el contenido para el cual estos trabajadores en misión pueden dirigirse a los representantes de la EU. No obstante, esta cuestión aparentemente diáfana se complica si atendemos a una cuestión gramatical²²⁸ que podría variar considerablemente la razón teleológica de este derecho que el Legislador ha puesto en manos de los trabajadores en misión. Nos referimos a que en el art. 28.5 LPRL dice textualmente <<podrán dirigirse ... “en” el ejercicio de los derechos>>, y no ha empleado –no sabemos si consciente o inconscientemente- la interjección finalista

²²⁴ A la hora de diseñar un plan de evacuación es imprescindible cuantificar los efectivos que serán precisos para lograr ese objetivo además de conocer de antemano la ubicación precisa de los mismos, las funciones que realizan, los riesgos a los que pueden estar expuestos, el material necesario – vestuario, extintores, etc.-

²²⁵ Con esta finalidad práctica y de sentido común conseguiremos igualmente satisfacer uno de los requerimientos legales contenidos –entre otros- en el art. 28.1 LPRL acerca de la *igualdad de trato* en materia de prevención de riesgos laborales para estos trabajadores en misión.

²²⁶ Aunque el texto legal únicamente emplee la fórmula <<podrán>>, entendemos que este término debe interpretarse como sinónimo de posibilidad, ya que no existe ninguna obligación o deber legal a priori, por lo que si no existe necesidad por parte de los trabajadores en misión o bien los propios representantes de los trabajadores existentes en la EU ya velan por el correcto ejercicio de los derechos contenidos en la LPRL, este precepto pierde virtualmente su contenido. Por tal motivo entendemos correcto hablar de *potestad* en la medida en que la Ley otorga a estos trabajadores en misión el *poder* de ejercerla o no.

²²⁷ En términos muy similares se expresa el art. 14.2 del IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal al indicar que <<durante el plazo de vigencia del contrato de puesta a disposición el personal puesto a disposición tendrá derecho a (...) canalizar cualquier reclamación en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria.>>

²²⁸ Se emplea la preposición <<en>> y no la preposición finalista <<para>>.

<<podrán dirigirse ... “para” el ejercicio de los derechos>>. Por tal motivo, desconocemos -en principio- si se trata de una *potestad finalista*, o por el contrario se trata de una *potestad tuitiva*.

Si atendemos a la *interpretación finalista*²²⁹ ello podría significar que la razón teleológica del Legislador ha podido ser la de servir de *puerta de entrada* a una potencial *ampliación* de las potestades reivindicativas –y por ende de índole distinta a los derechos propiamente contenidos en la LPRL- empleando para tal fin como “llave” a estos representantes de la EU.

La segunda interpretación posible, a la que más arriba hemos denominado como *tuitiva*, consistiría en garantizar que los trabajadores en misión puedan ejercer –como el resto de los trabajadores- el conjunto de derechos que la LPRL les otorga, pero única y exclusivamente los que aparecen contenidos en esta Ley.

A nuestro modo de ver, esta controversia debe resolverse mediante una interpretación más cercana a la tesis *teleológica* que a la *tuitiva*, si bien, el empleo de la preposición <<en>> puede inducir a error, habiendo sido más adecuada para esta interpretación a nuestro entender el uso de la preposición <<para>>.

Por consiguiente, entendemos que la *interpretación teleológica* del Legislador presenta en su favor *dos argumentos* fundamentales, a saber: el argumento extensivo de la interpretación, así como el argumento legal contenido en el art. 9 y sobre todo el 17.1 de la LETT. Seguidamente exponemos cada uno de ellos.

Primero. El argumento número uno parte de la base de que el criterio de la interpretación *tuitiva* significaría que la finalidad que el Legislador ha buscado en el art. 28.5 LPRL sería prácticamente *nula*, al reducir a una expresión meramente formal la garantía de unos derechos ya poseídos, pero empleando para ello únicamente el *vehículo* que aporta la mediación de los representantes de los trabajadores en la EU. Y que por otra parte, el conjunto de los trabajadores ya tienen garantizados –incluso por la vía sancionadora- a

²²⁹ En tal caso lo correcto hubiera sido el empleo de la preposición <<para>> en lugar de la preposición existente <<en>>.

través del articulado de la LPRL y que en el caso de los trabajadores en misión tienen materialmente por la vía de la *igualdad de trato* que contempla el propio art. 28 LPRL en su apartado *I.*), sin la necesidad que plasma el art. 28.5 LPRL de acudir a una intervención de terceros –los representantes de los trabajadores de la EU- salvo para cuestiones puramente formales, ya que, insisto, desde el punto de vista material ya tienen garantizados tales derechos sin precisar intervención alguna.

Segundo. Otro argumento a favor de la interpretación teleológica nos viene dado por la vía del art. 17.1 LETT²³⁰ al indicar que los trabajadores en misión <<tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral.>> En consecuencia, la LETT amplía el contenido por el que los trabajadores en misión pueden dirigir a los representantes de la EU cualquier reclamación relacionada con sus *condiciones de ejecución del trabajo*²³¹, entre las que se incluyen, claro está, las relativas a la prevención de riesgos laborales.

No obstante los anteriores argumentos que acabamos de reseñar no pueden ser tenidos como argumentos absolutos o excluyentes. Así, una interpretación diferente a las anteriores podría asirse en la dicción *literal* en virtud de la cual el Legislador dispone sólo y exclusivamente lo que ha dispuesto a través del correspondiente precepto legal del art. 28.5 LPRL, no teniendo cabida de este modo una ulterior interpretación *-teleológica-* a esta norma.

Como argumento a favor de esta segunda –y diferente- interpretación cabe traer a colación el art. 4.3 RD 216/1999, al señalar en su primer párrafo que <<*el*

²³⁰ Junto con este precepto cfr. art. 9 LETT modificado por la Ley 29/1999.

²³¹ Si bien este concepto de <<*condiciones de ejecución*>> es bastante amplio y abarca más allá de las cuestiones estrictamente preventivas, también debemos tener presente que ello no debe inducir a pensar que pueda servir –como ya apuntábamos más arriba- de “*cheque en blanco*” para dirigir por esta vía reclamaciones atinentes a todas las materias. En este sentido, cfr. GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., en *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., pg.: 185; al señalar que <<*son estos mismos representantes el medio a través del que podrán los trabajadores ejercitar sus derechos en materia de seguridad y salud laboral*>>.

*trabajador*²³² podrá dirigirse a estos representantes²³³ en el ejercicio de sus derechos reconocidos en el presente Real Decreto y, en general, en el conjunto de la legislación sobre prevención de riesgos laborales.>>

Así las cosas, podemos llegar a la conclusión de que si el desarrollo reglamentario -que es cronológicamente posterior a la LPRL en casi cuatro años- no ha enmendado o ampliado los términos en los que ya se expresaba el art. 28.5 LPRL es porque sencillamente no ha estimado conveniente ampliar o reinterpretar dicho contenido, sirviendo así este precepto reglamentario de ratificación de que la posibilidad de acudir a los representantes de los trabajadores de la EU está pensada y planteada única y exclusivamente para atender cuestiones privativas de la prevención sobre riesgos laborales, debiendo dejar el resto de reclamaciones sobre un contenido diferente al preventivo para los propios representantes de los trabajadores de las respectivas ETTs.²³⁴

V.- EL DEBER DE INFORMACIÓN AL PERSONAL PREVENCIÓNISTA.

Como punto de partida, podemos destacar que la normativa europea específica sobre ETTs se hace un tratamiento conjunto de los SP y de los

²³² Aquí la norma reglamentaria, a diferencia de la redacción del art. 28.5 LPRL, habla de <<trabajador>> en *singular*. A nuestro modo de ver, la trascendencia práctica que puede presentar este paso del plural al singular es que la reclamación puedan formularse igualmente de manera individual y por ello sin necesidad de que tales demandas deban afectar a un conjunto de trabajadores o puedan afectar a derechos que deban ejercitarse de manera colectiva. Además, cabe entender que los riesgos pueden ser diferentes para cada trabajador o para cada puesto de trabajo, o que puedan afectar -por razones subjetivas- de manera diferente a un trabajador que a otro, pudiéndose dar incluso la paradoja de que lo que para un determinado trabajador sea un riesgo para otro sea una incomodidad o simplemente nada. Y entendemos igualmente más acertada este paso a la consideración del trabajador en misión en singular en la medida en que en muchas ocasiones la EU sólo contrate a un único trabajador a través de la ETT, por lo que si siguiéramos literalmente la redacción del art. 28.5 LPRL podría deducirse -*in extremis*- que dicha posibilidad de reclamación a los representantes de la EU está reservada únicamente para *reclamaciones colectivas*.

²³³ Según indica el propio precepto estos representantes son los <<representantes de los trabajadores>>.

²³⁴ A este respecto, el propio art. 17.1 LETT confirma que el derecho de los trabajadores en misión a presentar reclamaciones a través de los representantes de la EU es exclusivamente cuando aquéllas se refieren a las <<condiciones de ejecución de su actividad laboral>>, entre las que hay que contar primordialmente con las relativas a la prevención de riesgos laborales.

trabajadores designados de las tareas preventivas. Así, el art. 6 de la Directiva 91/383/CEE, bajo el epígrafe: <<servicios de protección y de prevención>>, dispone que <<los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que los trabajadores, servicios o personas designados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 89/391/CEE²³⁵, para ocuparse de las actividades de protección y de prevención de riesgos profesionales estén informados de la adscripción de los trabajadores que tengan una relación de trabajo de las contempladas en el artículo 1)²³⁶, en la medida necesaria para que, los trabajadores, servicios o personas designados puedan ocuparse de manera adecuada de sus actividades de protección y de prevención respecto a todos los trabajadores en la empresa y/o establecimiento.>>²³⁷

Dentro de nuestra legislación, el art. 28.4 LPRL establece que el <<empresario>>, entendiendo en nuestro caso como tal el de la EU, <<deberá informar a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención o, en su caso, al servicio de prevención previsto en el artículo 31 de esta Ley de la incorporación de los trabajadores a que se refiere el presente artículo, en la medida necesaria para que puedan desarrollar de forma adecuada sus funciones respecto de todos los trabajadores de la empresa.>>

Como seguidamente tendremos ocasión de ver en este apartado y a diferencia del anterior, se trata de un precepto dirigido no a los representantes de los trabajadores sino a los trabajadores encargados de la prevención –prevencionistas-, ya sea de manera profesional o bien por designación del empresario.

²³⁵ El art. 7 de la Directiva 89/391/CEE está referido igualmente a los <<servicios de protección y de prevención>>, regulándose así de manera conjunta el deber de información del empresario, aunque cambia el contenido de la información preventiva, el cual, lógicamente, no consistirá en informar de la adscripción de trabajadores cedidos por una ETT como sucede en la norma específica como deber de la EU.

²³⁶ Como es sabido, dentro del concepto de <<los trabajadores>> contemplados en el art. 1 de la Directiva 91/383/CEE se encuentran los trabajadores cedidos por una ETT.

²³⁷ Esta regulación separada de los representantes de los trabajadores, por una parte, y por otra, de los SP y trabajadores designados para tareas preventivas es una tónica en nuestra normativa interna y en la regulación comunitaria, igual que también es una constante en ambas normativas la regulación de determinados aspectos teniendo como destinatarios de manera conjunta a estos últimos, esto es, a los SP y a los trabajadores designados para encargarse de las tareas preventivas, debido, fundamentalmente, a una razón de similitud funcional.

Además podemos traer a colación la aportación del art. 4.3 RD 216/1999 cuando a renglón seguido del primer párrafo especifica que <<la información a que se refiere el párrafo anterior será igualmente facilitada por la empresa usuaria a su servicio de prevención o, en su caso, a los trabajadores designados para el desarrollo de las actividades preventivas.>>

De este modo, la norma reglamentaria ha ampliado –siquiera mínimamente- el contenido de la norma legal, al indicar que la información *debe llegar a todos*, no sólo a los representantes de los trabajadores –elegidos por éstos- sino también a los trabajadores con responsabilidades en la materia que hayan sido elegidos por el empresario. Además, este precepto reglamentario añade que la información debe suministrarse *por igual*²³⁸ a ambos grupos de trabajadores con competencias preventivas²³⁹.

A nuestro juicio, una posible explicación de esta ampliación reglamentaria de los destinatarios sobre la información acerca de la incorporación de trabajadores cedidos por ETTs, radicaría, paradójicamente, en las consecuencias legales del incumplimiento por parte de la EU de la citada información, es decir, no se advierte realmente el conjunto de destinatarios de esta información hasta que no entra en juego el precepto sancionador y por el que se amplía de manera indirecta y sorpresiva el abanico de destinatarios, como seguidamente tendremos ocasión de comprobar.

Así, el art. 47.17 LPRL establece como *infracción grave*, <<el incumplimiento del deber de información a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de prevención o, en su caso, al servicio de prevención de la incorporación a la empresa de trabajadores con relaciones de trabajo temporales,

²³⁸ Así parece inferirse de la expresión <<la información (...) será igualmente facilitada>>. Ello nos hace suponer que el medio empleado para facilitar esa información sea también igual, es decir, si es por escrito será para ambos por escrito, si es verbalmente lo debería ser para ambos grupos. Sin embargo, a nuestro modo de ver entendemos que el empresario puede emplear los medios que emplee cotidianamente, puede que con unos la haga llegar mediante nota interna o como *punto de la orden del día* de una reunión con el comité de empresa mientras que para con los otros trabajadores (SP) pueda emplear v. gr. el correo electrónico, en cualquier caso lo sustantivo que dicha información, y más concretamente el contenido de ésta, llegue en los mismos términos para *todos* con independencia del *medio* que para ello el empresario de la EU emplee.

²³⁹ Esto es, tanto a los designados por los trabajadores –representantes- como los designados por el empresario –SP si existe-.

*de duración determinada o proporcionados por empresas de trabajo temporal.>>*²⁴⁰

Entendemos que de esta forma, el Legislador se ha corregido a sí mismo, poniendo en sus justos términos a los destinatarios de esta información, y no reduciendo el deber de la misma exclusivamente a los representantes legales de los trabajadores como así se expresa de manera tajante en el art. 28.5 LPRL.

No nos parecería acertada, a nuestro juicio, una interpretación literal -y por ende restrictiva- del art. 28.5 LPRL, en el sentido de obligar a la EU a informar *única y exclusivamente* a los representantes legales de los trabajadores, vetando de ese modo tal información al resto de trabajadores implicados en la actividad preventiva o profesionales encargados de la misma. Además, de acogerse el empresario (EU) a dicha redacción literal, incurriría paradójicamente en la infracción que más adelante establece en el mismo cuerpo legal el art. 47.17 LPRL.

En consecuencia, nos encontramos paradójicamente que si la EU acata de forma literal y excluyente el contenido del art. 28.5 LPRL estaría incurriendo de manera automática en la conducta tipificada por el art. 47.17 LPRL, al no informar de manera simultánea y por igual²⁴¹ al SP y/o trabajadores designados cometería la infracción *-grave-* que contempla el art. 47.17 LPRL.²⁴²

5.1. Acotación subjetiva.

²⁴⁰ Resulta llamativo que con la refundición de la LISOS operada mediante el RD-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, el precepto correspondiente de este texto legislativo, art. 12.18 LISOS, haya copiado literalmente el contenido del - cronológicamente anterior- art. 47.17 LPRL. Así, el art. 12.18 LISOS señala al respecto, como *infracción grave*, el incumplimiento del deber de información *<<a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de prevención o, en su caso, al servicio de prevención de la incorporación a la empresa de trabajadores con relaciones de trabajo temporales, de duración determinada o proporcionados por empresas de trabajo temporal.>>*

²⁴¹ Cfr. art. 4.3 RD 216/1999.

²⁴² Según veremos más adelante, *vid. infra.* apartado 5 del presente trabajo, el art. 12.18 LISOS tipifica la misma conducta que el referido art. 47.17 LPRL.

Podemos destacar como primera reflexión la posible *duplicidad* de contenidos que pudiera existir entre el art. 28.4 y 28.5 LPRL, ya que en ambos se obliga al empresario a informar de la incorporación de trabajadores en misión aunque teniendo destinatarios diferentes ya que en el art. 28.4 LPRL éstos son <<*los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención o, en su caso, al servicio de prevención*>>, mientras que en el art. 28.5 LPRL tales destinatarios son <<*los representantes de los trabajadores*>>.

Además cabe añadir otra diferencia como es que en el art. 28.5 LPRL el contenido de la información ha de suministrarla la EU –no *el empresario* como concepto genérico-, y versa sobre <<*la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal*>>.

Por su parte, el art. 28.4 LPRL va referido a que *el empresario* –no expresamente el de la EU- debe informar a los trabajadores designados o SP <<*de la incorporación de los trabajadores a que se refiere el presente artículo*>>, ampliando de este modo el contenido de la información a que se refiere el art. 28.5 LPRL, ya que como es sabido este art. 28 LPRL está dedicado no sólo a los trabajadores en misión sino también a cualquier trabajador que tenga un *contrato de duración determinada*.

En consecuencia, *el empresario* de la EU deberá informar *doblemente* de la adscripción de trabajadores cedidos por la ETT, tanto a los *trabajadores designados* o *SP* , en cumplimiento del art. 28.4 LPRL, y *además* a los *representantes de los trabajadores* por mandato del art. 28.5 LPRL, según se ha expuesto en el apartado anterior.

Cabe añadir que esta postura se ve reforzada por el la norma reglamentaria, ya que en el art. 4.3 rd 216/1999 la información que de be suministrar la EU va referida tanto a los representantes de los trabajadores –párrafo primero del precepto- como a los prevencionistas –párrafo segundo-, y en ambos casos el contenido que debe dirigirse a los mismos es idéntico.

De este modo no se produce esa aparente duplicidad ya que aunque el contenido de la información sea idéntico, no así los destinatarios de tal información que serán diferentes.

Segundo. En segundo término cabe destacar que los trabajadores a que se refiere el precepto que hemos transcrito más arriba –art. 28.4 LPRL- son <<trabajadores designados>>²⁴³ por el empresario, es decir, representan no tanto a los trabajadores como a los derechos inherentes a los mismos, pero además y paradójicamente sin ser elegidos por éstos. Son designados para desempeñar tareas tan importantes como es la seguridad y la salud laboral o, como enuncia la propia norma, para encargarse de las <<actividades de protección y prevención>>²⁴⁴.

5.2. Alternativa o complementariedad del Servicio de Prevención.

Otra cuestión que conviene dilucidar parte del reenvío que realiza el art. 28.4 LPRL al art. 31 LPRL, situación ésta que llama la atención, ya que este precepto está dedicado a los <<Servicios de Prevención>> -en adelante SP- pese a que no los denomina así, empero, en el art. 28.4 LPRL. Ello puede inducir a la duda de si el Legislador ha querido separar conscientemente a ambos grupos de trabajadores, es decir, separar los trabajadores <<designados>> del art. 28.4 LPRL de los trabajadores integrantes de un SP y, por tanto, contenidos en el art. 31 LPRL.

Se plantea la duda, por tanto, de si el recurso a un SP se plantea como una medida complementaria a la designación de trabajadores, o por el contrario, se trata

²⁴³ El concepto de <<designados>> expresa muy a las claras el origen *no democrático* de estos trabajadores y que puede expresar una contraposición intrínseca al concepto de <<representante>> cuyo origen puede situarse en una elección previa por parte de los representados y no en una elección unívoca del empresario. Cuestión distinta es que esta designación empresarial pueda llevar aparejada una *consulta* previa de los representantes de los trabajadores, dejándose en todo caso esta práctica a los usos empresariales o a la negociación colectiva, en los casos, sobre todo, de empresas de un cierto volumen.

²⁴⁴ Los términos <<protección y prevención>> son sin duda más restrictivos y concretos que los omnicomprendivos de <<seguridad y salud laboral>>, sin embargo, los primeros suelen estar referidos a tareas más específicas como pueden ser precisamente las que se atribuyen a los trabajadores del *Servicio de prevención*. Podría afirmarse que las funciones referidas a la <<seguridad y salud laboral>> pertenecen más al terreno de la *estrategia*, mientras que las atinentes a la <<protección y prevención>> están generalmente más orientadas hacia la *táctica*.

de una medida obligatoria para aquellos supuestos en los que, por las circunstancias que expone el propio art. 30 LPRL, no sea factible la designación empresarial de trabajadores de conformidad con lo establecido en dicho precepto.

En definitiva cabe despejar la incógnita de si la designación de uno o varios trabajadores para hacerse cargo de las tareas preventivas de acuerdo con lo que los arts. 30.1 LPRL y 7.1 de la Directiva-marco, se presenta como una *alternativa* al establecimiento de un SP –propio o ajeno-, o en sentido opuesto, la constitución de este SP es *complementario* con el nombramiento de trabajadores de la empresa.

A este respecto, ya algunos autores²⁴⁵ han puesto de relieve las dificultades que tiene el art. 30 LPRL para ser inteligible. Como seguidamente veremos son varias las interpretaciones que pueden formularse sobre el particular.

Primera. Una interpretación que podemos extraer de la farragosa redacción del art. 30 LPRL pasaría por considerar que si la empresa ha optado por el establecimiento de un SP ya no sería precisa la designación de trabajadores por parte del empresario, máxime si, además, el empresario ha optado por un *SP propio*, ya que en tal caso, podría resultar una duplicidad de recursos y una yuxtaposición de funciones.

Segunda. Podemos llegar al mismo resultado interpretativo que el anterior pero derivada de una causa diferente, en aquellos supuestos en los que únicamente exista SP y no trabajadores designados, cuando la designación de éstos obedezca a insuficiencia <<para organizar dichas actividades de protección y de prevención>>²⁴⁶

²⁴⁵ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit. pg.: 194, al afirmar que el art. 30 LPRL <<es de no fácil comprensión, hasta el punto de que sin recurrir a un análisis sistemático con el título del capítulo en que está ubicado, con el siguiente artículo y con el art. 7 de la Directiva-Marco, no es posible alcanzar una inteligencia sobre el mismo.>>

²⁴⁶ Cfr. art. 7.3 Directiva-marco.

En este caso ni se trataría de una decisión en base a dos opciones sino más bien de una obligada solución motivada por la insuficiencia de recursos adecuados²⁴⁷ para atender las actividades preventivas.²⁴⁸

Tercera. Si bien las interpretaciones anteriores pueden considerarse factibles, éstas tropiezan de plano si realizamos una interpretación *literal* del art. 30 LPRL. Así, de la interpretación de este precepto parece inferirse que habrá trabajadores designados para las actividades preventivas aún cuando exista un SP –interno o externo- constituido. Como asidero de esta conclusión podemos traer a colación la redacción del art. 30.2 LPRL cuando enuncia que los trabajadores designados <<colaborarán entre sí y, en su caso, con los servicios de prevención>>. Es decir, para sentar que con meridiana claridad la *compatibilidad* de competencias entre trabajadores designados y SP.²⁴⁹

Cuarto. Una interpretación en la línea de la anterior pero más matizada, es aquella que considera imprescindible la existencia de uno o más trabajadores designados por el empresario para atender las actividades preventivas, si bien, deja a la *discrecionalidad* de este empresario el recurso a un SP, si considera que las actividades preventivas no quedan adecuadamente cubiertas por los trabajadores por él designados.²⁵⁰

Esta interpretación se ve reforzada, además, si atendemos a lo expresado por el art. 47.15 LPRL, cuando califica como infracción grave, el <<no designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades

²⁴⁷ El art. 31.1 LPRL señala como elementos de esta *insuficiencia* incardinándolos con <<el tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o de la peligrosidad de las actividades desarrolladas>>.

²⁴⁸ Llama la atención que sea el art. 31.1 LPRL dedicado a los servicios de prevención el que establezca las insuficiencias que deben presentar las empresas para que no dispongan de trabajadores designados para las funciones de protección y prevención y no el art. 30 LPRL que es el que regula dicha designación.

²⁴⁹ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995 de prevención de riesgos laborales*, op. cit., pg: 196, para los que <<esta solución es un poco apresurada>>.

²⁵⁰ Esta falta readequación puede ser tanto *cuantitativa*, por falta de medios materiales o de recursos humanos, como *cualitativa*, derivada de carencias técnicas o dificultad en la cobertura de todas las acciones que la actividad preventiva requiere por la amplitud o dificultad de la propia actividad empresarial.

de protección y prevención en la empresa o no organizar o concertar un Servicio de Prevención cuando ello sea preceptivo>>.

En conclusión, y a la vista de las posibles interpretaciones expresadas, creemos que la designación de uno o varios trabajadores es obligada, y que por tanto, no se trata de una alternativa a elección libre del empresario entre SP o trabajadores designados, sino que la única alternativa es la de constituir o concertar un SP una vez que se haya producido la designación de trabajadores, y siempre y cuando, claro está, la constitución de dicho SP no sea preceptiva.

Así pues, trasladando esta conclusión al ámbito de la obligación de la información preventiva que nos ocupa, a nuestro parecer, la interpretación correcta pasaría por informar a los trabajadores designados por el empresario que, en cualquier caso siempre existirán, y que, si además –debido al volumen o complejidad de la empresa en cuestión-, se da la circunstancia de que existe un SP, en tal caso se informará *además* a los trabajadores que integran el mismo, pero dejando constancia, en todo caso, de que dicha información se efectuará en paralelo a la que se emite hacia los trabajadores designados.

La clave se halla, a nuestro juicio, en que no se trata de una alternativa sino de una garantía adicional que no provoca incompatibilidad entre las informaciones a ambos grupos de trabajadores. Sería una información que actuaría a mayor abundamiento y no son incompatibles entre sí.

5.3. Coexistencia funcional entre los sujetos prevencionistas.

Dada la pluralidad de sujetos que pueden dedicarse a las actividades preventivas a través de la decisión del empresario –ya sea por designación en unos casos y mediante contratación en otros-, y a los que pese a su diferente tratamiento jurídico hemos agrupado bajo la designación común de *prevencionistas*, interesa

explicar la coexistencia entre los mismos así como disipar las posibles cuestiones que pudieran afectar a la compatibilidad de funciones entre los mismos.

Se plantea en primer lugar la incógnita de si pueden coincidir en un mismo trabajador ambas condiciones , es decir, la de trabajador designados y miembro de un SP. Es más, se plantea también la interrogante de si la <<designación>> del art. 28.4 LPRL y del art. 31 LPRL es *compatible* entre sí, o bien, puede simultanearse además con el desempeño de actividades representativas y/o sindicales.

A nuestro modo de ver, la cuestión debe dilucidarse basándose más en una formulación *alternativa* que en una mera *disyuntiva*²⁵¹, como así parece desprenderse –*prima facie*- de la redacción del art. 28.4 LPRL, al decir: << *o, en su caso* >>. Interpretamos, pues, que el Legislador no otorga al *empresario* –de la EU- la posibilidad de elegir -bajo su propio criterio empresarial- entre informar a unos determinados trabajadores previamente designados, *o*, informar al SP.

La solución a esta disyuntiva pasa por la obligación en virtud de la cual el empresario de la EU debe informar a los trabajadores que hayan sido << *designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención* >>, es decir, por él mismo.²⁵² Todo ello, empero, con independencia de que éstos –los *trabajadores designados*- sean integrantes –o no- de un SP conforme a las exigencias del art. 31 LPRL.

²⁵¹ Sobre el régimen jurídico de las <<*obligaciones alternativas*>>, *cfr.* arts. 1.131 a 1.136 CC. En estos preceptos no se establece una definición de tales obligaciones, por lo que se hace preciso recurrir a la interpretación doctrinal. A este respecto *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, (tomo 3º), Madrid, 1986, pp: 152-157..

²⁵² El hecho de que el empresario *designa* a una serie de trabajadores <<*en cumplimiento del deber de prevención*>>, según indica el art. 30.1 LPRL, no debe inducir a la confusión de considerar que con esta designación el empresario da cumplimiento a sus obligaciones de seguridad, transfiriéndola a los trabajadores que nombra para hacerse cargo de las tareas preventivas. Esta hipotética confusión no debería producirse, sobre todo porque las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales pesan sobre el empresario y además generan por definición una responsabilidad intransferible, debido sobre todo al papel que ocupa el empresario en el contrato de trabajo como *deudor de seguridad* que además contrae de manera singular con todos y cada uno de los trabajadores que se hallan bajo su ámbito, como así se desprende además de los arts. 14.2, 15.1, 15.2 LPRL y 123 LGSS. A mayor abundamiento, los arts. 5.2 y 7 de la Directiva-Marco, relativos a las responsabilidades del empresario y a los SP, respectivamente; vienen a confirmar que la designación de trabajadores o el recurso a un SP no eximen de responsabilidad al empresario de sus responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales. En este sentido *vid.* GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, pg.: 137.

Como conclusión podríamos afirmar que en aquéllos casos en los cuales, por las características de la EU exista un SP ya constituido, éste tiene atribuidas como tal esas funciones. Y que, por el contrario, en aquéllas EUs en las que no exista el referido SP²⁵³, no por ello el empresario estará *dispensado* de la obligación de informar que le viene impuesta por el art. 28.4 LPRL. Antes al contrario, lo que podrá –y deberá– hacer es dar la oportuna información preventiva a los trabajadores por él designados y que, además, por exigencia del propio art. 28.4 LPRL tengan asignadas las <<actividades de protección y prevención>>²⁵⁴.

Junto a la anterior reflexión, se plantea la cuestión de la coincidencia en una misma persona de ser miembro de un órgano de representación laboral o sindical y a la vez formar parte de un SP o haber sido designado por el empresario para encargarse de las actividades preventivas de conformidad con los arts. 30 y 31 LPRL.

A nuestro modo de ver, esta incógnita se resuelve claramente a favor de la compatibilidad entre ambas funciones, es decir, la representativa y la prevencionista.

Debe entenderse que, tal y como hemos resuelto más arriba, se trata de figuras de diferente naturaleza jurídica y por ende con finalidad distinta, si bien por mor del art. 28 LPRL la información que debe dar el empresario a unos y otros es prácticamente idéntica.

Del modo de proceder que acabamos de explicar en ambos casos, permite dar cumplida satisfacción al fin último de la norma preventiva que no es otro que el

²⁵³ Esta aparente *subsidiariedad* tiene su origen en el art. 7.3 de la Directiva-Marco que concibe la designación de trabajadores propios como la primera opción y, caso de carencia de personal adecuado en la empresa, se podrá recurrir a servicios externos. Sobre esta cuestión *cfr.* GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., pg.: 195, al considerar que en las dificultades del art. 7.3 de la Directiva-Marco puede que haya influido la errónea redacción en español de dicho precepto, aclarándose la cuestión <<cuando se mira, por ejemplo, el texto en inglés de dicho artículo, donde se lee que cuando las medidas de prevención y protección no se puedan organizar “for lack of competent personnel in the undertaking and/or establishment”, es decir, por carencia de personal competente en la empresa o establecimiento, se podrá recurrir a servicios o personas externas a la empresa.>>

²⁵⁴ Esta obligación procede del art. 7.1 de la Directiva-Marco al establecer que <<el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales de la empresa y/o establecimiento.>>

ofrecer toda la información necesaria en materia preventiva al conjunto de los trabajadores que desempeñen su trabajo en esa EU.

5.4. Otras fórmulas de sujetos prevencionistas.

Si bien las fórmulas más empleadas para la realización de actividades preventivas son las ya expuestas en los arts. 30 y 31 SP, nuestra legislación en materia de prevención de riesgos laborales admite algunas otras figuras que actúan, en unos casos, como complemento de las ya mencionadas, y como alternativa en otros, como es el caso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Seguidamente veremos la incidencia que cada una de ellas puede presentar en el ámbito de las ETTs.

Según el art. 31 LPRL no sólo cabe la posibilidad de que la empresa –EU– carezca de *SP propio*, sino que éste puede ser *concertado externamente*, o incluso, en las empresas de menos de *seis* trabajadores puede ser el propio empresario el encargado de las tareas asignadas al SP²⁵⁵. Ello supone un ejemplo palmario de que lo importante no es tanto quién debe informar²⁵⁶ como el propio hecho de que la información preventiva llegue a quien debe llegar y así alcanzar el fin último indicado.

La Ley 54/2003 de *reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales* ha introducido como importante *novedad* el art. 32 bis) LPRL²⁵⁷, bajo el epígrafe de <<Presencia de recursos preventivos>>, y estableciéndose en su apartado 4.) que <<el empresario podrá asignar la presencia de forma expresa a

²⁵⁵ Cfr. art. 30.5 LPRL.

²⁵⁶ Si el empresario es el que se ha designado a sí mismo para encargarse de las tareas preventivas, podría producirse una situación surrealista al estar obligado a informarse a él mismo, lo que desde él punto de vista metafísico resulta cuando menos complejo sobre todo si nos planteamos cuestiones como la de demostrar que dicha obligación de informar se ha cumplido, v. gr. mediante la firma de un documento con acuse de recibo, por el que el *empresario* (Sr. “X”) da por informado al *encargado de las tareas preventivas* de su empresa (Sr. Y) cuya identidad personal coinciden (el mismo Sr. “X”); y todo ello no por casualidad sino por dar satisfacción al mandato legal contenido en el art. 28.4 LPRL.

²⁵⁷ Introducido mediante el art. 4, apartado *tres* de la Ley 54/2003, bajo el epígrafe: <<Organización de recursos para las actividades preventivas>>, introduciendo este art. 32 bis) dentro del *Capítulo IV* de la LPRL.

uno o varios trabajadores de la empresa que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios en las actividades o procesos a que se refiere el apartado 1 y cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones del nivel básico.>> Añadiendo a renglón seguido que en este supuesto <<tales trabajadores deberán mantener la necesaria colaboración con los recursos preventivos del empresario.>>

A nuestro modo de ver se trata, en la práctica, de otorgar al empresario la posibilidad -si concurren las circunstancias previstas en el apartado 1.) del art. 32 bis)- de establecer una tercera categoría de trabajadores con competencias -si bien más atenuadas²⁵⁸- en las actividades preventivas, y que pueden interactuar de forma simultánea con los trabajadores designados y con el SP.

Así, en un centro de trabajo, podrían tener implicación en las actividades preventivas tres categorías de trabajadores, a saber, los trabajadores designados -por la vía del art. 30 LPRL-, los pertenecientes al SP -establecidos mediante el art. 31 LPRL-, y además de los anteriores, los trabajadores designados por mor del art. 32 bis) LPRL.

Si trasladamos esta tercera categoría de trabajadores al ámbito de las ETTs, cabría considerar que este nuevo precepto -art. 32.bis) LPRL- podría servir de base jurídica para que un trabajador perteneciente a la ETT como trabajador en misión, o contratado por ésta a tal fin²⁵⁹, fuese encargado de esta presencia preventiva, convirtiéndose de este modo, más en un trabajador designado por el empresario pero, ahora, de la ETT y no de la EU.

Puede parecer claro que la intención del Legislador a la hora de establecer este nuevo precepto no ha sido ésta, ya que de serlo, la habría introducido

²⁵⁸ Debemos entender que la finalidad de estos trabajadores es más la garantizar una *presencia física* de unos trabajadores que tengan conocimientos preventivos que puedan actuar a modo de “*infantería de primera línea*” en aquellos centros en los que, por las causas que apunta el apartado 1.) del art. 32 bis), se precise la presencia constante y sobre todo física de unos trabajadores con capacidad para actuar en materia preventiva.

²⁵⁹ Pensemos en el supuesto *ad hoc* en que una EU que contrata habitualmente y de forma masiva a trabajadores de una determinada ETT.

específicamente para tal fin, ampliando de este modo el contenido propio del art. 28.5 LPRL, puesto que es éste el lugar que por sistemática jurídica le correspondería.

No obstante, el -o los trabajadores- procedente de esta "redesignación" o "designación de trabajadores bis)", adquiriría las tareas inherentes a tal designación no tanto por la vía del art. 28.5 LPRL sino como consecuencia de una interpretación amplia del art. 28.4 LPRL relativo a la designación empresarial.

Además, caso de producirse la *redesignación* en el sentido que acabamos de expresar, el párrafo *in fine* de este art. 32 bis) aclara que dicho trabajador no tendría que ser de la EU dada la *colaboración* que de él se requiere para <<con los recursos preventivos de empresario>>, en este caso de la EU.

Junto a todo lo anterior, nuestro ordenamiento laboral permite una *cuarta posibilidad*²⁶⁰, contemplada por el art. 32 LPRL²⁶¹, por la que las <<Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales>> pueden desarrollar <<las funciones correspondientes a los servicios de prevención, con sujeción a lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 31.>> Y en este sentido, el art. 22 del Reglamento de los Servicios de Prevención²⁶² dispone que la actuación <<de las Mutuas de trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como servicios de prevención se desarrollará en las mismas condiciones que las aplicables a los servicios de prevención ajenos, teniendo en cuenta las prescripciones contenidas al respecto en la normativa específica aplicable a dichas Entidades.>>²⁶³

Por otro lado resulta llamativo comprobar que el art. 28.4 LPRL emplee la expresión << puedan desarrollar sus funciones respecto de todos los trabajadores de la empresa >>. El término omnicompreensivo << todos >> revela sin duda una

²⁶⁰ Recuérdese que las otras tres son la gestión directa por el empresario, la segunda a través de un *SP ajeno* y la tercera a través de un *SP propio*, siendo por tanto la cuarta la consistente en gestionar la prevención a través de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

²⁶¹ Este precepto no ha sido modificado por la Ley 54/2003, de 12 diciembre (BOE nº 298 de 13 de diciembre). Sin embargo se añade un nuevo art. 32 bis) LPRL.

²⁶² RD 39/1997, de 17 de enero (BOE nº 27, de 31 de enero), teniendo su art. 22 el epígrafe: <<Actuación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como servicios de prevención>>.

²⁶³ Sobre esta posibilidad, *vid.* SAN MARTÍN AGUILAR, L.F., <<Consideraciones generales acerca del nuevo Reglamento de los Servicios de prevención>>, *Capital Humano*, nº 104, op. cit., pg: 37.

intencionalidad del Legislador acorde, entre otras cosas, con el espíritu de globalidad y acción de conjunto en el que se basa toda la normativa sobre prevención de riesgos laborales tanto a nivel nacional como de la Unión Europea.²⁶⁴

VI.- DERECHO COMPARADO DEL DEBER DE INFORMACIÓN PREVENTIVA.

Como es sabido la implantación de las ETTs es generalizada en el conjunto de los países de la Unión Europea aunque con diferentes matices, grados de aceptación y control. No obstante, la obligación de información a los representantes de los trabajadores acerca de la incorporación de trabajadores pertenecientes a ETTs se presenta diversa, pasando desde la regulación específica -de los ordenamientos alemán y francés- hasta su no regulación, pasando por un conjunto de legislaciones que tan sólo se centran en la cuantificación –o no- de estos trabajadores en misión a efectos de determinación de la plantilla de la EU.²⁶⁵

Como regulación paradigmática acerca de esta obligación informativa se encuentra la regulación alemana sobre las ETTs –*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)*-²⁶⁶, la cual viene a decir que aunque los empleados de la ETT no son incluidos por la AÜG en el cómputo de la plantilla de la empresa cliente en lo concerniente a la normativa sobre representación y participación del personal, los órganos creados por éste deberán ser informados por el empresario de la utilización de estos servicios en el seno de la EU.²⁶⁷

²⁶⁴ V. gr., cfr. art. 15.1.h) LPRL, sobre el principio de <<adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual>>, así como el art. 5.1 de la Directiva-marco al disponer que <<el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo.>>

²⁶⁵ Sobre el distinto tratamiento de estas regulaciones, vid. RODRIGUEZ-PIÑERO-ROYO, M.; *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, op. cit., pp: 64-80.

²⁶⁶ Su publicación corresponde a.<<in der Fassung der Bekanntmachung von 14. Juni 1985 (BGBl I S. 1068) zuletztgeändert durch Artikel 3 des Beschäftigungsförderungsgesetzes (BeschfG 1994) vom 26. Juli 1994 (BGBl I S. 1786).

²⁶⁷ Como puede apreciarse la normativa alemana sintoniza en gran medida con la regulación española tanto de la LOLS como de los arts. 17 LETT y 28.5 LPRL.

Por su parte, las legislaciones francesa²⁶⁸ y belga²⁶⁹ sobre la materia señalan que los trabajadores de las ETTs serán incluidos en las plantillas de las respectivas empresas clientes a los efectos de aplicación de las leyes laborales y los derechos para los trabajadores en ellas contenidos, sin indicar, en cambio, obligación específica de informar a los representantes de los trabajadores de la incorporación de trabajadores en misión.²⁷⁰

No obstante, entendemos que esta obligación huelga en la medida en que los representantes de los trabajadores pueden estar ya informados sobre estas incorporaciones a través de la mera notificación numérica derivada del incremento en sus respectivas plantillas derivados precisamente de la incorporación de trabajadores cedidos por ETTs.

En esta línea, merece especial mención la regulación de Luxemburgo²⁷¹ al indicar en su art. 33 que *<<el empresario (EU) está obligado a consultar previamente al comité mixto de empresa o, en su defecto, a los delegados competentes de personal, cuando prevea tener que recurrir al trabajo temporal o a la prestación de mano de obra.>>* Y a continuación, en el apartado 2) del mismo precepto señala que el empresario (EU) *<<debe someter al comité mixto de empresa, o en su defecto, a los delegados de personal, bajo su petición, los contratos de puesta a disposición concluidos con el empresario de trabajo temporal.>>* Como puede observarse, en esta regulación la obligación de informar va más allá tanto en contenido como en el *iter* de incorporación de los trabajadores en misión a la EU.

Además, la regulación luxemburguesa se presenta muy próxima a la nuestra al contemplar igualmente las relaciones de información del trabajador en misión y los representantes de los trabajadores de la EU. Así, el art. 27.4 de esta ley

²⁶⁸ Cfr. *<<Loi n° 90-613 du 12 juillet 1990 favorisant la stabilité de l'emploi par l'adaptation du régime des contrats précaires (art. L-124)>>*

²⁶⁹ Cfr. *Loi sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise à la disposition d'utilisateur*, de fecha 24 de julio de 1987.

²⁷⁰ Tan sólo en la regulación francesa encontramos en su art. L. 124-20 una intervención de los representantes de los trabajadores -aunque no relacionada directamente con el terreno preventivo- al establecer que las *<<organizaciones sindicales representativas pueden ejercer en justicia todas las acciones en aplicación del presente capítulo a favor de un asalariado sin tener que justificarlo con un mandato del asalariado. Éste debe haber sido advertido.>>*

²⁷¹ Cfr. *Loi du 19 mai 1994 portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire (Memorial Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg 31 mai 1994)*

luxemburguesa dispone que <<el trabajador puesto a disposición puesto a disposición no puede hacer valer su derecho de sufragio ni activo ni pasivo a delegado de personal o comité mixto de empresa ni del consejo administración de la empresa usuaria>>.

No obstante lo anterior, el trabajador en misión << puede ejercer en la empresa usuaria el derecho de reclamar, de consultar a los delegados de personal, así como a acceder a los informes personales que le conciernen conforme a las disposiciones de la ley de 18 de mayo de 1979 sobre reforma de los delgados de personal>>.

Nos encontramos por una parte que el *contenido* de la información es más amplio que el del resto de las legislaciones sobre la materia –incluida la española–, tratándose en puridad más de una *consulta* que de una mera *notificación* informativa ya que requiere de la concurrencia de una comunicación sobre una intención de contratación y no sobre la incorporación ya efectuada de trabajadores en misión²⁷², y por otra parte, dicha comunicación ha de ser previa, variando así el *iter* de esa incorporación. Además incrementa igualmente el contenido obligacional al requerir –si así lo exigen los *representantes de los trabajadores*– la información a cerca de los CPDs una vez suscritos los respectivos contratos con la ETT.

Por último, nos encontramos con el grupo de regulaciones tales como la británica²⁷³, la austriaca²⁷⁴ o la norteamericana²⁷⁵, en las que se guarda silencio acerca de la obligación de informar a los representantes de los trabajadores en relación con la incorporación de trabajadores procedentes de una ETT.

En definitiva, esta obligación presenta en derecho comparado un amplio espectro dentro del cual la regulación española sobre el particular se hallaría en un

²⁷² A diferencia del resto de regulaciones que están basadas en *hechos consumados*, esto es, la obligación consiste en informar pero sobre la adscripción de trabajadores en misión una vez que la incorporación de éstos ya se ha producido.

²⁷³ Cfr. *Employment Agencies Act 1973*.

²⁷⁴ Cfr. *Arbeitskräfteüberlassungsgesetz-AÜG (Österr. Recht, 1/12/1988)*

²⁷⁵ Cfr. *Title 5 (Government Organization and Employees), Chapter 34, sec 3402 Federal Employees Part-Time Career Employment Act of 1978*.

plano intermedio entre el silencio absoluto y la rígida fiscalización por parte de los representantes de los trabajadores.

CAPITULO III:

LA FORMACIÓN SOBRE RIESGOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN.

I.- INTRODUCCIÓN.

La formación constituye uno de los tres pilares básicos en los que se fundamenta la prevención de los riesgos laborales, No en vano, ya en la <<Exposición de Motivos>> de la norma básica española en materia preventiva, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), va a señalar que <<la información y la formación de los trabajadores dirigidas a un mejor conocimiento tanto del alcance real de los riesgos derivados del trabajo como de la forma de prevenirlos y evitarlos, de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las características de las personas que en él desarrollan su prestación laboral y a la actividad concreta que realizan>>.

Esta formación en prevención de riesgos laborales adquiere una mayor relevancia, si cabe, para los trabajadores puestos a disposición por las ETTs. En esta línea, cabría pues deslindar, por un lado, lo que es la formación genérica de los trabajadores, de lo que sería la formación específica en materia de prevención de riesgos laborales, distinguiendo a su vez dentro de ésta, la formación que, por sus especiales características u circunstancias, debe impartirse a los trabajadores cedidos a empresas usuarias por las ETTs.

Este deber de formación adquiere una importancia sublime cuando se traslada al ámbito del empleo temporal, y en particular de las ETTs, consagrándose de manera positiva –fundamentalmente- a través del articulado de la Directiva 91/383/CEE, así como dentro de nuestro Derecho interno en el art. 28 LPRL y RD 216/1999.

Al análisis y estudio pormenorizado de esta formación preventiva en el seno de las ETTs dedicamos el presente capítulo.

II. FORMACIÓN GENÉRICA Y FORMACIÓN PREVENTIVA.

La formación es uno de los derechos que asiste a todo trabajador y, por ende se convierte en uno de los deberes principales que el empresario debe procurar, bien sea con sus propios medios o concertando éstos, y contando además con la colaboración de los poderes públicos. Por tanto, esta obligación de formación se presenta como una necesidad para el trabajador, mostrándose en el caso de la formación sobre prevención de riesgos laborales como un derecho insoslayable para el trabajador, en la medida en que ésta contribuye a la seguridad y salud laboral. De la distinción de cada una de ellas y de la finalidad y características de cada índole de formación, nos dedicaremos en los siguientes apartados.

2.1. Formación Genérica: El deber de formación como mandato legal en nuestro Derecho positivo.

En primer lugar, este deber de formación no es sino una de las múltiples caras de la poliédrica necesidad de formación y readaptación profesional ya consagrado en el art. 40.2 de la Constitución Española²⁷⁶, al disponer que los <<*poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales, velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.*>>

²⁷⁶ Esta norma constitucional ha sido desarrollada por los arts. 4.b), 19.4 y 23 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -en adelante ET- (BOE de 29 de marzo).

De una primera lectura de este precepto constitucional se infiere una serie de mecanismos más prácticos que ideológicos acerca de las vías principales por las que deben discurrir las líneas maestras de la Administración Pública en aras de diseñar sus políticas en materia de prevención laboral.

La translación a la legislación laboral de estos principios constitucionales en materia formativa, da lugar a la existencia de un derecho fundamental –y en contrapartida un deber inexcusable para los empleadores- contemplado en el art. 4.2.b) ET según el cual todos los trabajadores tienen derecho a la << ... *formación profesional en el trabajo.*>>²⁷⁷

2.2. La Formación Preventiva y sus diversas regulaciones.

Junto a esta formación genérica que acabamos de reseñar, debemos referirnos a una formación específica, centrada en los aspectos preventivos de ésta como elemento troncal en materia de seguridad y salud laboral, debiendo diferenciar a su vez entre la formación preventiva de los trabajadores en su conjunto y, la formación preventiva destinada a los trabajadores pertenecientes al sector de las ETTs. Cabe hacer hincapié en que la regulación de esta formación se realiza a todos los niveles y ámbitos, desde el internacional hasta la negociación colectiva, pasando por la normativa de la Unión Europea y las legislaciones internas de los distintos Estados miembros que la integran.²⁷⁸

²⁷⁷ El art. 23 ET desarrolla más ampliamente este derecho a la formación en el sentido de otorgar facilidades en materia de organización del tiempo de trabajo o de flexibilizar éste en pos de compatibilizar la actividad laboral con el desarrollo académico del trabajador.

²⁷⁸ Resulta paradójico que la denominada <<*formación preventiva*>> pese a estar presente en diversas regulaciones de distintos ámbitos, ninguna de ellas nos haya otorgado una definición de la misma, advirtiéndose en todas ellas el seguimiento de un patrón más descriptivo y anunciador de las obligaciones empresariales al respecto que calificador de estos términos, e igualmente más próximas al <<*deber ser*>> que al <<*ser*>>. Prueba de este afán más descriptivo que conceptual lo podemos encontrar en el art. 19.4 ET, 19 LPRL y 12 de la Directiva-marco.

En los siguientes apartados otaremos una visión global de las diversas regulaciones que tratan en el seno de sus respectivos contenidos la materia de la formación preventiva en los distintos ámbitos normativos, ya sea a nivel nacional o interno, supranacional o europeo.

2.2.1.- La formación preventiva a nivel supranacional.

A nivel supranacional, la norma más destacada en materia de formación sobre prevención de riesgos laborales es sin duda el Convenio nº 155 O.I.T. Este Convenio ratificado por España, establece diversas disposiciones en materia de formación preventiva sobre seguridad y salud laboral.

Así pues, en su art. 5.c) una orientación a los Estados miembros de incluir entre sus políticas laborales aspectos relativos a la formación en el sentido de incluir <<*la formación complementaria necesaria, calificaciones y motivación de las personas que intervienen, de una forma u otra, para que se alcancen niveles adecuados de seguridad e higiene*>>²⁷⁹.

En la misma línea, el art. 19.d) de este Convenio 155 O.I.T. dispone, a modo de normativa *directamente aplicable*, que <<*deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales sus trabajadores y sus representantes en la empresa reciban una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo.*>>

2.2.2. La formación preventiva en la Legislación de la Unión Europea.

²⁷⁹ Convenio nº 155 de la O.I.T. de 22 de junio de 1981, ratificado por instrumento de 26 de julio de 1985, *sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo* (BOE de 11 de noviembre de 1985).

Dentro del ámbito de las normas supranacionales pero sin alejarnos de nuestro ámbito normativo, la legislación emanada de la actual Unión Europea²⁸⁰ – antaño CEE- a través de diversas Directivas europeas²⁸¹,

2.2.2.1. La norma comunitaria genérica: La Directiva 89/391/CEE.

Del conjunto de Directivas que regulan la materia de la prevención de riesgos laborales, sin duda destaca como fundamental la <<Directiva del Consejo 89/391/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo>>²⁸². Esta norma comunitaria es más conocida como <<Directiva-Marco>>²⁸³, por ser la que regula de manera genérica todo lo relativo a la seguridad y salud laboral, y de la que han

²⁸⁰ La denominación de *Unión Europea* fue acuñada a través del *Tratado de Maastricht* de 7 de febrero de 1992. Este Tratado supone la culminación de un proceso de integración iniciado con la firma del *Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (C.E.C.A.)*, al que siguieron el *Tratado de la Comunidad Económica Europea (C.E.E.)* y el *Tratado de la Energía Atómica (EURATOM)*, firmados en Roma el 25 de marzo de 1957, por los países de Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia, Italia y la República Federal de Alemania. El conjunto de los tres Tratados reseñados constituyen lo que se ha venido en denominar <<*Comunidades Europeas*>>, compartiendo desde 1965 unas instituciones comunes, a saber: *Consejo de Ministros*, *Comisión Europea*, *Parlamento Europeo* y *Tribunal de Justicia*, así como todo un ordenamiento jurídico integrado que denominamos <<*Derecho Comunitario o Europeo*>>.

²⁸¹ Sobre aspectos generales de esta importante normativa europea, vid. GONZÁLEZ DE LENA ALVAREZ, F.; <<*La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas comunitarias: Balance y perspectivas a comienzos de 1989*>>; en *Relaciones Laborales 1989-1*, pp: 1296 y ss.

²⁸² El 12 de junio de 1989, el Consejo de Europa, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 118 A del Tratado de La CEE, por el que está obligado a establecer mediante Directivas las disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (adicionado por el art. 21 del Acta única de 1986), adoptó por unanimidad la Directiva 89/391/CEE, <<*relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*>>. Dicha norma se encuentra publicada en el Diario Oficial de la Comunidades Europeas (DOCE), serie L-183, de 29 de junio de 1989.

²⁸³ El término que se le aplica de Directiva-Marco nos ofrece una doble idea, ya que, por un lado nos traslada el pensamiento de que esta norma va a ser objeto de desarrollo normativo importante –incluso prolijo- de normas concretas que pasarán a regular cuestiones más específicas sobre cada uno de los aspectos que inciden en la seguridad y salud en el trabajo. Por otro lado se trata de una pretendida norma de *armonización*, sobre la que se asentarán las coordenadas *jurídico-políticas* de las sucesivas normas o *Directivas específicas* a las que nos hemos referido, como de hecho así ha sucedido. No obstante, hay que hacer notar que el contenido de esta Directiva contrasta sobremanera con lo estipulado por el art. 118-A del Tratado, ya que va dirigido directamente a <<*empresarios y trabajadores*>> y no a los legítimos destinatarios de toda Directiva que son los <<*Estados miembros*>>, lo que ofrece una idea de *singular aplicabilidad* directa por parte de esta norma comunitaria que a penas precisa de adaptabilidad ulterior por parte de las legislaciones internas de los distintos Estados miembros. De hecho, en materias como la que nos ocupa relativa a la formación preventiva, nuestra legislación interna ha *copiado literalmente* las disposiciones establecidas por la Directiva-marco.

emanado la práctica totalidad de las Directivas Específicas sobre seguridad y salud laboral²⁸⁴; así como las normas internas de los distintos Estados miembros que deben adaptar su legislación interna a los mandatos de esta importantísima norma comunitaria.²⁸⁵

En el seno de esta norma se encuentra su art. 12 que bajo el inequívoco epígrafe de <<*Formación de los trabajadores*>>, regula en cuatro apartados esta materia, correspondiendo los apartados 1,2 y 4 a obligaciones atribuidas exclusivamente al empresario, quedando el apartado 3 únicamente referido a los <<*representantes de los trabajadores que tengan una función específica en la protección y la seguridad de los trabajadores*>>, los cuales, según este apartado 3 del art. 12 de la Directiva, <<*tendrán derecho a una formación adecuada*>>²⁸⁶.

Por lo que respecta a las obligaciones estrictamente atribuidas a los empresarios, comenzaremos por destacar que el apartado 2 de este art. 12 hace referencia a <<*los trabajadores de las empresas exteriores*>>, dentro de las cuales pueden encuadrarse perfectamente los trabajadores de las ETTs. Sobre este particular, la Directiva señala en este art. 12.2 que el <<*empresario deberá garantizar que los trabajadores de las empresas exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento hayan recibido las instrucciones pertinentes en lo que respecta a los riesgos para la seguridad y la salud durante su actividad en su empresa y/o establecimiento.*>>²⁸⁷

²⁸⁴ Según lo prevenido en el art. 16 de la Directiva-marco, <<*a propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo*>>. Partiendo de esta premisa, las materias contenidas en el referido Anexo son las siguientes: <<*lugares de trabajo, equipos de trabajo, equipos de protección individual, trabajos con equipos de pantallas de visualización, manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares, obras temporales y móviles, pesca y agricultura.*>>

²⁸⁵ Esta adaptación de las legislaciones internas de los distintos Estados miembros de la UE a los mandatos de esta Directiva-marco deberá producirse, según impone su art. 18, con anterioridad al 31 de diciembre de 1992. Sin embargo, en el caso español, dicha adaptación no se produjo hasta la llegada de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, lo que supone un retraso de tres años respecto del plazo preclusivo establecido por la Directiva.

²⁸⁶ No se establece en este art. 12.3 ninguna obligación, tan sólo un derecho para los representantes de los trabajadores y, no todos, ya que se concreta de manera muy clara que sólo tendrán derecho a esta formación *aquellos representantes* que tengan una dedicación específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Además, al no quedar obligado de manera específica el empresario, se deja abierta la posibilidad de que sea la propia Administración la que satisfaga este derecho de los representantes de los trabajadores, ya sea de manera directa, o bien en segunda instancia a través de las asociaciones sindicales o de algún otro organismo público o privado.

²⁸⁷ Este art. 12.2 puede reconducirse a una plasmación concreta del art. 6.4 de la propia Directiva, en virtud del cual <<*cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias*

Por lo que respecta al apartado 1 del art. 12 de la Directiva, éste ha sido fielmente reproducido por el art. 19.4 ET, por lo que recomendamos el análisis que más adelante -y en el correspondiente apartado- se realiza de los elementos que integran ambas normas. No obstante podemos adelantar que en dicho art. 12.1 de la Directiva-marco se establece que el *<<empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación a la vez suficiente y adecuada en materia de seguridad y salud>>*. Y añade en el mismo precepto que *<<dicha formación deberá adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de nuevos riesgos, y repetirse periódicamente si fuera necesario.>>*

Por último, el apartado 4 de este art. 12 de la Directiva marco, se limita a señalar que la *<<formación prevista en los apartados 1 y 3 no podrá correr a cargo de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores.>>* Sin duda no deja de ser un anticipo de lo que posteriormente recogerá nuestra legislación interna al respecto, y en particular el art. 12.4 de la actual LETT que declara *<<nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de (...) formación>>*.

No quisiera finalizar este apartado sin hacer mención al *<<Proyecto de Directiva del Consejo relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo>>*, presentado por la Comisión Europea al Consejo el 29 de junio de 1990, en cuyo art. 2 se impone que *<<los trabajadores cubiertos por una relación laboral a tiempo parcial y/o de duración determinada deberán disfrutar del acceso a las acciones de formación profesional ofrecidas por la empresa, en condiciones comparables a la de los trabajadores a tiempo completo y por tiempo indefinido>>*.

Respecto a este artículo, y con independencia de las vicisitudes que dicho Proyecto pueda experimentar hasta que se convierta finalmente en Derecho positivo europeo, entendemos que cabe realizar, cuando menos dos observaciones al respecto.

empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la 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 de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes.>>

Por una parte, este precepto habla de <<acciones formativas>>, sin especificar, o al menos sin excluir ninguna clase de formación, por lo que podemos deducir perfectamente que la formación preventiva puede y debe quedar encuadrada dentro de este marco conjunto de extensión del derecho de formación para los trabajadores de las ETTs.

Por otro lado, el espíritu de esta norma no deja de ser una plasmación específica del <<principio de igualdad de trato>> para los trabajadores de las ETTs con respecto a los trabajadores de estructura de las empresas comunes, y que se halla presente en toda la normativa, tanto interna como europea. Por lo tanto, no estaríamos tanto en presencia de una novedad como de una plausible concreción con respecto a un derecho esencial para los trabajadores y trascendental para el caso de los trabajadores al servicio de las ETTs sobre tod en materia de formación preventiva.

2.2.2.2. *La norma comunitaria específica del Trabajo Temporal: La Directiva 91/383/CEE.*

Por otro lado, nos encontramos con la otra norma comunitaria que de manera más específica atiende toda la regulación de la prevención de riesgos laborales en relación con las ETTs y figuras afines. Nos referimos a la <<Directiva del Consejo 91/383/CEE, por la que se completan las medidas tendentes a promoverla mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal>>.

En primera instancia, hay que poner de relieve que hasta que esta regulación se convirtió en una norma positiva de Derecho Comunitario derivado²⁸⁸, transcurrió un largo y tortuoso proceso que arranca desde el Primer Programa de Acción Social de la

²⁸⁸ Cfr. LOPEZ GARRIDO, D., *El Tratado de Maastricht*, Madrid, 1992, pg. 23; en el que alude a la distinción entre el <<Derecho Comunitario originario>> como el Derecho integrado por los Tratados constitutivos de la actual Unión Europea, y el <<Derecho Comunitario derivado>> como el conjunto de normas emanadas del *Legislativo europeo* en forma de *Directivas* y *Reglamentos*.

Comunidad²⁸⁹, el cual incluía entre sus objetivos una armonización de las distintas legislaciones en materia de trabajo temporal, concretándose una de sus actuaciones específicas a través de la Resolución del Consejo de 18 de diciembre de 1979²⁹⁰, sobre *el tiempo de trabajo*, que incluía diversas modalidades de contratación temporal y de duración determinada entre las que se encontraba la realizada a través de empresas de trabajo temporal. Sobre esta materia se plasmaron diversas propuestas de directivas, siendo la primera de ellas la de 7 de mayo de 1982²⁹¹ modificada a su vez por la de 3 de abril de 1984²⁹².

No obstante ninguna de estas propuestas de directiva vió la luz como norma positiva debido en gran medida al cambio de rumbo que experimentó la política social comunitaria con la llegada del Acta Unica Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 9 de diciembre de 1989. No obstante, del Programa de acción de la Comisión sobre la Carta se derivó un informe, conocido como <<Documento Papandreu>>, sobre los contratos de trabajo que no sean por tiempo completo o de duración indefinida, acompañando a este informe la presentación de tres propuestas de directiva sobre las condiciones de estas modalidades de trabajo atípico, siendo una de ellas la destinada a completar las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores temporales, la cual fue presentada el 29 de junio de 1990²⁹³, siendo modificada a su vez el 5 de diciembre del mismo año²⁹⁴, y pasando finalmente el 25 de junio de 1991 a convertirse finalmente en la directiva que estamos comentando.

Dentro del análisis que podemos efectuar de esta norma comunitaria, cabe destacar como primera característica su *originalidad*, ya que si bien <<no es la primera vez que se va a tratar el trabajo temporal a nivel de la Comunidad, (...) si es la primera vez que se le va a dar un tratamiento específico desde la óptica de la salud laboral.>>²⁹⁵ No obstante, los diferentes artículos que integran este texto se hallan trufados de su concatenación y referencia a la Directiva-marco bajo la

²⁸⁹ Aprobado por Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, DOCE, serie C, nº 13, de 12 de febrero,

²⁹⁰ DOCE serie C, nº 1, de 4 de enero de 1980.

²⁹¹ DOCE serie C, nº 128, de 19 de mayo

²⁹² DOCE serie C, nº 133, de 21 de mayo

²⁹³ DOCE serie C, nº 224/8, de 8 de septiembre

²⁹⁴ DOCE serie C, nº 305/12

²⁹⁵ Cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO, M.C., <<Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal>>, en *Relaciones Laborales*, op. cit., pg. 336.

expresión <<sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo (...) de la Directiva 89/391/CEE, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que (...) >>²⁹⁶

Por lo que al tratamiento de la formación preventiva se refiere, la Directiva 91/383/CEE le dedica todo el contenido de su art. 4, encuadrado a su vez dentro de la <<Sección II>> rubricada como <<Disposiciones Generales>>²⁹⁷, estableciendo que <<sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 89/391/CEE, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que en los casos contemplados en el artículo 3²⁹⁸, el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia.>>

De la conjunción de este precepto y del art. 12 de la Directiva-marco, al que se remite al comienzo del mismo, se desprende la imposición de cara al empresario²⁹⁹ de garantizar que los trabajadores cedidos por la ETT hayan sido instruidos en con respecto a los riesgos del trabajo a desempeñar en el seno de la empresa usuaria. Además, según el art. 12.2 de la Directiva-marco esta instrucción deberá ser previa a la prestación efectiva de los servicios en la EU y habrá ser, en su conjunto, una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto

²⁹⁶ Así esta “coletilla” pueda apreciarse en los artículos 3, 4, 7, 8.1, etc., poniendo como referencia siempre alguno de los artículos de la Directiva-marco con los que guarda relación la materia de la Directiva específica sobre la que el correspondiente precepto de ésta va a versar.

²⁹⁷ Algún autor ha criticado la ubicación sistemática de esta directiva con respecto a los epígrafes y secciones II y III de la misma. Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO- ROYO, M.C., <<Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal>>, *Relaciones Laborales* (octubre 1992), *op. cit.*, pg. 350.

²⁹⁸ Este precepto reenvía a su vez al art. 1 de la propia Directiva 91/383/CEE, sobre todo en lo que al ámbito de aplicación se refiere y que debemos tener presente en todo momento, puesto que dicha norma comunitaria tiene una duplicidad de destinatarios, a saber: los trabajadores con una <<relación laboral regulada por un contrato de trabajo de duración determinada>>, por una parte; y por otra, los trabajadores con una <<relación laboral entre una empresa de trabajo temporal, que es el empresario>>.

²⁹⁹ Recuérdese la diferencia de destinatarios entre el precepto de una directiva y otra. Así, para la Directiva-marco el destinatario de la misma es <<el empresario>>. Para la Directiva 91/383/CEE, más específica y por ende más concreta y de *mas directa aplicabilidad* (en teoría), sin embargo los destinatarios de su art. 4 son <<los Estados miembros>>. Es obvio que el papel de una Directiva es el de servir de orientación a los distintos Estados miembros para que, eso sí, éstos adapten su legislación interna a lo que las mismas directivas establecen. Sin embargo, en el caso presente que comentamos, no de ja de sorprendernos que la Directiva más generalista o de principios más políticos –la Directiva 89/391/CEE- sea en la práctica la que muestra un contenido de casi *directa aplicabilidad*, y que por el contrario, la Directiva 91/383/CEE, referida a la regulación de una parcela muy concreta y con unos destinatarios bien definidos resulte más prosaica.

de trabajo a desempeñar teniendo en cuenta la cualificación y experiencia del trabajador, según requiere el art. 4 de la Directiva 91/383/CEE, añadiéndose que se repetirá y actualizará cuando sea preciso, por mor del art. 12.1 de la Directiva-marco.

Dado que nuestro actual Derecho positivo en materia de prevención de riesgos laborales encuentra su origen precisamente en estas normas comunitarias, cabe anticipar que a lo largo del presente trabajo serán continuas e imprescindibles las referencias a ambas directivas europeas

2.2.3. La formación preventiva a nivel de Derecho interno.

Por su parte, en lo que al ordenamiento jurídico español se refiere en materia de prevención de riesgos laborales, este derecho a la formación preventiva se transforma en un deber empresarial de protección contenido en el art. 19 LPRL al establecer que *<<el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.>>* Significando además que esta formación *<<deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario.>>*

En este sentido la LPRL pone de manifiesto lo que es una realidad cotidiana, ya que, si bien no existen dos trabajadores iguales, ni con características o circunstancias idénticas, es lógico pensar que la formación tendente a evitar los riesgos laborales que aquellos pudieran padecer, sea igualmente distinta y adaptada a cada caso particular. Se trata en definitiva de considerar la formación preventiva como una formación *<<ad hoc>>* que permita generar un conjunto de destrezas o articular una serie de procedimientos adecuados a cada caso para enfrentarse con eficiencia y eficacia a los riesgos a los que eventualmente pueda estar expuesto cada

trabajador de cada empresa.

Pero sin duda las normas clave sobre esta materia dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentran en el art. 28 LPRL y en su reglamento de desarrollo³⁰⁰ promulgado a través del RD 216/1999.

Con independencia del análisis pormenorizado que de ambas normas se realiza en el presente trabajo, podemos adelantar que el art. 28 LPRL, dedicado según reza su *ecléctica* rúbrica a las <<relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal>>³⁰¹, ordena esta formación preventiva para estos trabajadores, estableciendo en el segundo párrafo de su apartado 2), que <<recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.>>

Ambas regulaciones se fundamentan en el hecho de que la actividad laboral desarrollada a través de las ETTs conlleva una mayor exposición a los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siendo por ello necesario combatir ese mayor riesgo con medios adecuados, destacando –entre otros- el de la formación preventiva.

Estas disposiciones, unidas a determinados preceptos contenidos en otras regulaciones como la LETT, la LISOS o la LGSS, constituirán el marco de referencia normativo en que se fundamentará el presente estudio, cuyos elementos y características iremos desgranando en los siguientes epígrafes y apartados.

³⁰⁰ Ya la <<Exposición de Motivos>> de la LPRL avanza que <<esta Ley (...) se configura como una referencia legal mínima (...) como Ley que establece un marco legal partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas>>.

³⁰¹ Este precepto no hace sino trasladar al ordenamiento interno español las disposiciones de la Directiva 91/383/CEE, siendo su epígrafe casi idéntico al de la denominación esta Directiva europea.

III.- ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DEBER DE FORMACIÓN PREVENTIVA.

Para que la formación en materia de seguridad y salud laboral cumpla realmente con su objetivo final, es preciso dar el debido cumplimiento al conjunto de elementos que integran ese deber empresarial de impartir formación sobre prevención de riesgos laborales a los trabajadores que vayan a ser cedidos a las distintas EUs por sus respectivas ETTs.

Estos elementos a los que nos referimos pueden agruparse en torno a tres grupos o categorías fundamentales, a saber: subjetivos, objetivos y formales. En primer término nos encontramos con los de naturaleza *subjetiva*, esto es, los sujetos que intervienen en el cumplimiento de ese deber formativo. Por otro lado se hallan los de carácter *objetivo*, tales como el contenido, la duración, el coste, etc.. Por último no debemos olvidar los elementos de índole *formal*, a los que sin duda también nos referiremos y examinaremos en los siguientes apartados.

IV.- SUJETOS OBLIGADOS.

Dentro de la paradigmática relación <<*triangular*>> o <<*trilateral*>>³⁰² existente entre el trabajador con contrato *laboral* con la ETT y puesto a disposición de la EU mediante contrato *mercantil* de puesta a disposición con ésta, entra en juego un conjunto de recíprocas obligaciones entre las que ahora destacamos la de dar formación preventiva al trabajador en misión. Es claro que los sujetos obligados son tanto la EU como la propia ETT. Sin embargo, ni el fundamento, ni el contenido obligacional, ni siquiera las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse del incumplimiento formal y sobre todo material de este deber, actúan en un mismo plano.

³⁰² Sobre los conceptos de “triangularidad” o “trilateralidad”, cfr. RODRIGUEZ-PIÑERO-ROYO, M.C., *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, op. cit., pp: 82 y ss.

Veamos seguidamente en que medida y de qué manera incide esta obligación para cada una de las empresas –*sujetos obligados*- implicadas.

4.1. El deber de formación para la ETT.

Ya el segundo párrafo del art. 12.2 de la Ley 14/1994 establecía que los *<<trabajadores contratados para ser puestos a disposición de otras empresas deberán recibir de la empresa de trabajo temporal formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y prestando especial atención a los riesgos a los que vaya a estar expuesto.>>*

Con la llegada de la LPRL –cronológicamente casi año y medio después de la primera LETT-, la prevención de riesgos en general, y de forma particular la formación integrante de la misma dentro del ámbito de las ETTs, no había experimentado variación alguna, al menos en cuanto al terreno normativo se refiere. De hecho, este inmovilismo puede apreciarse de manera ostensible si comparamos las redacciones tanto del segundo párrafo del art. 12.2 de la Ley 14/1994 como del también segundo párrafo del art. 28.2 de la Ley 8/1995 cuando éste, al referirse a los trabajadores contratados por ETTs, establece que *<<recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.>>*³⁰³

La experiencia de varios años puso de relieve que la somera y ambigua redacción inicial de ambos preceptos planteaba diversas carencias y dificultades a la hora de su puesta en práctica. Ello motivó en gran medida su modificación a través de la Ley 29/1999 de los dos apartados del precepto en cuestión de la LETT de 1994, así como su ampliación, añadiendo al mismo dos nuevos apartados, del que nos interesa destacar ahora su apartado 3.), por estar dedicado a la formación preventiva,

³⁰³ Obsérvese la notable similitud entre ambos preceptos y su predecesor europeo, tanto en lo jurídico como en lo cronológico, el art. 12 de la Directiva 89/391/CEE

indicándose en él que toda ETT *<<deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto.>>*

De los anteriores preceptos se desprende que la formación preventiva forma parte del elenco de obligaciones que como empresario tiene la ETT en materia de prevención de riesgos laborales respecto de los trabajadores que contrata laboralmente, ya sea como *personal de estructura* para su propio funcionamiento interno –como cualquier otra empresa–, o bien como empleadora de trabajadores para ser cedidos a otras empresas (EUs) que precisen de sus servicios. En cualquier caso, queda claro que el deber de dar formación preventiva a los trabajadores en misión es responsabilidad de la propia ETT. Podemos constatar como diversas normas de distinto rango legal y ámbito de aplicación así lo determinan.

Así pues, el art. 28.5 LPRL, en su párrafo segundo es taxativo respecto del empresario obligado a dar esta formación preventiva, al señalar que la ETT *<<será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 de este artículo.>>*

No obstante lo anterior, si bien el Legislador español no ha querido dejar ninguna laguna acerca del empresario responsable de que los trabajadores reciban la preceptiva formación de referencia, también es cierto que podría generarse alguna duda por parte de la legislación europea, al percibir una cierta contradicción entre dos de sus directivas más importantes en materia de seguridad y salud laboral y a las que ya nos hemos referido: la Directiva-Marco y la Directiva 91/383/CEE.

En efecto, la Directiva-Marco establece en su art. 12.2 que el *<<empresario deberá garantizar que los trabajadores de las empresas exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento hayan recibido las instrucciones pertinentes en lo que respecta a los riesgos para la seguridad y la salud durante su actividad en su empresa y/o establecimiento.>>*

Si entendemos que las ETTs pueden ser consideradas como *empresas exteriores* –y de hecho así son consideradas-, el precepto comunitario designa como directo responsable al empresario en cuyo establecimiento se desarrolla la actividad de los trabajadores de las empresas externas, que para el caso concreto que nos ocupa sería la EU, y en consecuencia, el responsable de la formación preventiva no sería el empresario que contrata laboralmente a esos trabajadores, sino el empresario titular del *lugar* y para el que prestan sus servicios tales empleados externos, es decir, la EU.

En definitiva, el titular de los contratos -laborales- suscritos con los trabajadores que desarrollan su actividad en las instalaciones de otra empresa, cedería a ésta la responsabilidad formativa como parte de una responsabilidad global de garantizar la seguridad y salud laboral del conjunto de trabajadores que desarrollan su actividad laboral en las instalaciones de las que es titular.

Por su parte, y en aparente contradicción con lo anterior, la Directiva 91/383/CEE, al hablar de la formación preventiva de los trabajadores, establece en su art. 4 que *<<sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 89/391/CEE, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que (...), el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia.>>* Podemos apreciar, cómo en esta Directiva más específica para el ámbito de las ETTs, se deja a la libre voluntad de los respectivos legisladores de los Estados miembros, la decisión de designar el responsable de la formación en materia de seguridad y salud laboral de los trabajadores en misión.

Por nuestra parte entendemos que, aunque nuestro Legislador haya optado por atribuir a la ETT -y no a la EU- la formación preventiva, tal atribución obedece más a la propia naturaleza triangular del ámbito de las ETTs que a una determinación directa del Legislador de cada Estado miembro.

En efecto, si bien no cabe duda acerca de la *titularidad* de la ETT del deber de formar de manera suficiente y adecuada a los trabajadores con carácter previo a su puesta a disposición, también resulta evidente que el cumplimiento de ese deber no

puede ubicarse exclusivamente en el ámbito de la ETT, precisando para ello del decidido auxilio y cooperación de la EU para asegurar el buen fin de esa obligación.

El motivo de esta imperativa obligación obedece principalmente a que es la EU la que conoce de primera mano y con mayor rigor tanto el puesto de trabajo a cubrir, las tareas y funciones que en él se desempeñan, así como los posibles riesgos laborales que pudieran desprenderse del mismo.

En este sentido, el art. 28.5 LPRL en su párrafo tercero no ofrece dudas al indicar que la EU *<<deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas.>>*³⁰⁴

Por su parte, y como continuación de este deber recíproco *formación-información*, la regulación posterior acentúa esta colaboración, haciendo un mayor hincapié en los aspectos relevantes de la información y que inciden de manera decisiva en una formación suficiente y adecuada del trabajador en misión. En este sentido el RD 216/1999 es prolijo al respecto.

Así, el art. 3.3 del referido texto reglamentario impone que la ETT *<<deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia preventiva necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar.>>* Y en el siguiente párrafo añade que para lograr ese objetivo de aseguramiento, la ETT *<<comprobará fehacientemente que la formación del trabajador es la requerida y que se encuentra actualizada y adaptada a la evolución de los equipos y métodos de trabajo y al progreso de los conocimientos técnicos. En caso contrario, deberá facilitar previamente dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición pero será previo, en todo caso, a la prestación efectiva de los*

³⁰⁴ Sobre la necesidad de que el cumplimiento por parte de la ETT de dar formación depende inexorablemente de que la EU observe su obligación de informar previamente a la ETT, vid. MOLERO MARAÑÓN, M.L., *<<La reforma del contrato de puesta a disposición>>*, *Relaciones Laborales*, n° 5/2000, pg: 32

servicios.>>

Como puede apreciarse, en la formación preventiva de los trabajadores en misión, si bien la ETT es la responsable del cumplimiento de formar a estos trabajadores, igualmente resulta indudable que para el buen fin de ese objetivo, la EU tiene un papel amplio y decisivo, hasta el punto de que la propia norma establece un mecanismo automático para los casos en los que la EU detecte de forma precoz que el trabajador en misión no posee la formación preventiva necesaria, trasladándose temporalmente la responsabilidad a la EU de impartir esos conocimientos necesarios, sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir contra la ETT esa ausencia o insuficiencia de instrucción preventiva, y al margen de las responsabilidades sancionadoras que de ello pudieran derivarse. Al estudio de la formación preventiva vista desde la perspectiva de la EU dedicaremos el siguiente apartado.

4.2. El deber de formación desde la óptica de la EU.

Es claro que si la EU no facilita de manera solvente toda la información necesaria a la ETT, ésta difícilmente podrá cumplir con su deber de dar formación suficiente y adecuada a los trabajadores en misión. Por ello resulta de vital importancia asegurar y regular los términos en los que la EU suministra la información que la ETT precisa para dar cumplimiento exacto a su obligación..

Son varios los preceptos de diversas normas con distinto rango legal los que se han encargado de regular esta información. Sin embargo, y teniendo presente que la información constituye uno de los pilares básicos de la prevención según estudiamos en capítulo aparte, por ahora nos centraremos únicamente en la incidencia que ha tenido la información de la EU para con el deber de formación de la ETT, en las distintas normas del ámbito del trabajo temporal.

Así el art. 4. del RD. 216/1999, bajo el epígrafe <<*Obligaciones de la empresa usuaria previas al inicio de la prestación de servicios del trabajador*>>, en su apartado 1.) realiza un mandato a la EU que pudiera parecer contradictorio e

incluso surrealista con respecto a la cuestión informativa que venimos comentando. Así se indica que la EU <<*deberá recabar la información necesaria de la empresa de trabajo temporal*>>. Es aquí precisamente donde reside la paradoja, ya que si como venimos manteniendo es la EU la que debe dar información a la ETT para que ésta a su vez pueda cumplir con su deber de dar formación preventiva a los trabajadores por ella contratados, cómo es que ahora esa necesidad de informar se vuelve en sentido inverso.

La respuesta a esa aparente contradicción no radica tanto en *quién debe informar a quién*, sino *de qué* debe informar cada una de las empresas, es decir, no se trata tanto de deslindar el ámbito subjetivo de la obligación -que ya hemos aclarado en el anterior apartado-, sino de determinar el *contenido material* que debe comportar dicha información. Por decirlo en otros términos, podemos afirmar que el deber de informar es recíproco, bidireccional y no excluyente, y por tanto, ambas empresas están obligadas a facilitar información la una para con la otra. Sin embargo, lo que diferencia a ambas, y de ahí la solución a la paradoja presentada, radica en el *contenido* de esa información que cada una de las empresas está obligada a dar.

En efecto, para dar un satisfactorio cumplimiento al deber de dar formación preventiva a los trabajadores en misión, es necesario que tanto la ETT como la EU se otorguen recíprocamente información. Sin embargo, el contenido de esa información es diferente para cada una de las empresas. Así, hemos podido comprobar en el apartado anterior que la EU debe informar a la ETT sobre todo de los *riesgos del puesto de trabajo*, mientras que, como veremos a continuación, la ETT debe informar a la EU, sobre todo, de las *condiciones y circunstancias del trabajador*. Se trata en definitiva de dar información con contenidos distintos pero con una misma finalidad, garantizar la seguridad y la salud³⁰⁵ laboral de los trabajadores en misión a través de la formación preventiva.

Así pues, salvada la paradoja acerca de la información, nos centraremos a continuación en el análisis de los contenidos que debe incluir la información que la

³⁰⁵ Sobre esta cuestión, *vid.* GALA DURÁN, C. *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, *op. cit.*, pg: 136. En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ, M., <<*Posición de l trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: Puntos críticos*>>, *Actualidad Laboral* n° 34, 1994, pp: 127 y ss.

ETT ha de suministrar a la EU para que ésta pueda dar cumplida satisfacción a las obligaciones formativas.

El art. 4.1 del RD 216/1999 establece en tres subapartados la información que la EU debe recabar de la ETT con carácter previo al inicio de la prestación de servicios del trabajador en misión.

El primero de estos subapartados del art. 4.1 RD 216/1999, obliga a la EU a que se asegure de que el trabajador que va a ser puesto a su disposición por la ETT reúne como condición el haber *<< sido considerado apto a través de un adecuado reconocimiento de su estado de salud para la realización de los servicios que deba prestar en las condiciones en que hayan de ser efectuados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el artículo 37.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención.>>*

Como segunda información que debe recabar la EU de la ETT, ésta debe informar acerca de la condición que debe reunir el trabajador de poseer *<< las cualificaciones y capacidades requeridas para el desempeño de las tareas que se le encomienden en las condiciones en que vayan a efectuarse y cuenta con la formación necesaria, todo ello en relación con la prevención de los riesgos a los que pueda estar expuesto, en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en sus disposiciones de desarrollo.>>*

La tercera cuestión que debe controlar la EU, según dispone el art. 4.1.c) del RD 216/1999, consiste en cerciorarse de que el trabajador en misión ha recibido *<< las informaciones relativas a las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, a las cualificaciones y aptitudes requeridas y a los resultados de la evaluación de riesgos a las que hace referencia el artículo 2 de este Real Decreto.>>*

Sobre estos requerimientos, cabe traer a colación la redacción fáctica y las conclusiones jurídicas derivadas de la STSJ de Cataluña de 6 de julio de 1999 (AS 3140/1999), por la que se desestimó la demanda interpuesta por un trabajador contratado por una ETT que sufrió, en el seno de las instalaciones de la EU,

<<molestias e inflamación en la cara (...) pápulas en la nariz y el mentón>>³⁰⁶ al desempeñar funciones de <<operario con el nivel profesional dos, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Estatal de las Empresas de Trabajo Temporal de 22-2-1995>> con motivo de la manipulación de una sustancia denominada <<Basoplast 20 Conc>> en cuya <<hoja de seguridad>> se establece <<protección de las vías respiratorias, protección de los ojos y de las manos>>. A este respecto, la EU proporcionó al trabajador <<solamente unos guantes de goma>>, indicando igualmente la sentencia que <<ninguna de las dos empresas codemandadas –ni EU ni ETT- le informó de los riesgos y peligros del mencionado producto, especialmente la posibilidad de sensibilización en contacto con la piel>>, pero, esta conducta empresarial es disculpada por el juzgador en la medida en que, a su vez el trabajador <<con acné desde los 10 y 11 años y con antecedentes de asma bronquial (...), no comunicó el padecimiento de las referidas dolencias a la empresa de trabajo temporal ni a la empresa usuaria demandadas.>>

En este sentido, es más que probable que si la ETT hubiese realizado una adecuada labor de selección, el hecho no se hubiese producido, bien porque la ETT de suyo no le hubiese contratado para, precisamente, ser puesto a disposición de una EU que le reservaba un puesto de trabajo en el que las condiciones personales del trabajador no eran idóneas, o que de haber sido conocidas tales circunstancias por la EU, ésta hubiese procedido de manera más rigurosa con respecto al equipo de protección individual (EPI) del trabajador en cuestión.

Como puede observarse, se trata en definitiva de *fiscalizar* una serie de condiciones del trabajador contratado por la ETT y que va a ser puesto a disposición de la EU, y que por ello, ésta debe asegurarse de recibir esa información del sujeto que mejor –cuando no únicamente- puede conocer el cumplimiento de esas condiciones que se requieren del trabajador, siendo este sujeto la ETT.

La razón de que esta información sea solicitada por la EU a la ETT reside básicamente en que es ésta la que ha realizado todos los procesos previos a la

³⁰⁶ A este respecto, el relato fáctico nos indica en su punto VII que el trabajador <<fue reconocido por los servicios médicos de Asepeyo, (...) que se desprende del citado reconocimiento que la orientación diagnóstica, no puede considerarse como enfermedad profesional>>.

contratación laboral tales como la búsqueda, selección, formación y, por último -y tras avalar su idoneidad como trabajador para ser cedido a otra empresa-, su contratación laboral.

Si estos procesos previos a la contratación de selección y formación no han sido realizados de manera adecuada, o simplemente no se han efectuado, la EU debe verificarlos en toda su extensión y bajo las instrucciones marcadas por el art. 4 del RD 216/1999, impidiendo que el trabajador que no posea las condiciones requeridas comience la actividad laboral en su empresa. En este sentido, el art. 4.2 del RD 216/1999 es tajante al respecto al ordenar que la EU <<*no permitirá el inicio de la prestación de servicios en la misma de un trabajador puesto a su disposición hasta que no tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones del apartado (-1-) anterior*³⁰⁷.>> De lo contrario, y con independencia del régimen sancionador aplicable que más adelante estudiaremos, se estará minando uno de los pilares básicos en la prevención de riesgos laborales como es la formación preventiva.

Queda por último, concretar o materializar *el modo y la forma* en la que puede concluirse la verificación a la que está obligada la EU, esto es, establecer unas pautas que permitan comprobar el cumplimiento de la EU, o el de la ETT para con ésta, con el fin de poder conocer, en su caso, al infractor y evitar los percances que pudieran derivarse de ese eventual incumplimiento. En este sentido cabe destacar que el propio RD 216/1999 no establece ningún procedimiento normalizado al respecto³⁰⁸. Siendo así que, llegado el caso, toda la cuestión puede reconducirse a un mero mecanismo probatorio de los ya establecidos de manera general en el Derecho

³⁰⁷ Hace referencia a las tres obligaciones que hemos comentado más arriba, contenidas en otros tantos subapartados del art. 1.1 del RD 216/1999.

³⁰⁸ Tan sólo el art. 7 del RD 216/1999, relativo a la <<*Documentación*>> necesaria, establece en su apartado 2. La obligación para la EU de <<*informar por escrito a la empresa de trabajo temporal de todo daño para la salud del trabajador puesto a su disposición que se hubiera producido con motivo del desarrollo de su trabajo, a fin de que aquélla pueda cumplir, en los plazos y términos establecidos, con la obligación de notificación a la que se refiere el apartado 3 del artículo 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.*>> Como puede apreciarse esta documentación de carácter obligatorio sólo entra en juego tras la producción efectiva –dolosa o negligente–de un daño al trabajador en misión, de lo cual se colige, que no produciéndose daño alguno en la persona de cualquier trabajador en misión, no se hace obligatoria la *información por escrito* a la que se refiere el precepto transcrito. No obstante, y en aras de una mayor seguridad jurídica, sobre todo para las empresas implicadas, parece razonable que todo el trasiego de información que en materia preventiva deban dispensarse tanto la ETT como la EU, aparezca reflejado, cuando menos, por escrito, siendo indiferente para el caso la forma que presente el documento que contenga dichas informaciones.

español³⁰⁹.

En cambio, el art. 14 del RETT³¹⁰ puede resolver en cierto modo esta laguna dejada por el RD 216/1999, al indicar que el CPD <<*se formalizará siempre por escrito en el modelo oficial que se establece en el Anexo número 3 de este Real Decreto*>>, y precisamente uno de los apartados de este Anexo contiene como *dato obligatorio* que debe incluir todo CPD, el relativo a <<*Riesgos del puesto*>>, así como el destinado a <<*Equipos de protección individual*>>. Queda pues constancia documental por escrito y de manera obligatoria de la información preventiva por parte de la EU de los riesgos propios del puesto de trabajo que va a ocupar el trabajador en misión según le impone el art. 4.1, en el subapartado *c)*, del RD 216/1999.

Cosa distinta será la forma de verificar el cumplimiento de las aptitudes y características del trabajador en misión que ordenan comprobar los apartados *a)* y *b)* de este mismo precepto, para lo cual no existe, al menos de manera oficial, ni *forma* ni *formulario* para constatarlo.

V. EL ÁMBITO TEMPORAL DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA.

Todas las obligaciones tienen un *tempo* en el cual deben ser cumplidas o surten los efectos previstos por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el momento en el cual debe realizarse este proceso de formación y junto a ello la cuantificación en medidas de tiempo en el que debe efectuarse la obligación formativa sobre prevención de riesgos, constituye el eje crucial de los siguientes apartados.

Cabe destacar además, que en un ámbito como en el de las ETTs en el que el

³⁰⁹ Según dispone el art. 1215 de nuestro Código Civil, <<*Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del juez, por peritos, por testigos y por presunciones.*>>

³¹⁰ Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE de 1 de febrero. Corrección de errores BOE de 13 de abril).

factor “tiempo” representa un papel esencial para dotar de eficacia a la gestión que constituye un elemento muy importante de la idiosincrasia de estas empresas.

5.1. El dilema del “*cuando*” se realiza la formación preventiva.

La cuestión relativa al <<*Momento*>> en el que debe desarrollarse la formación preventiva ha quedado zanjado definitivamente mediante la reforma de la LETT a través de la Ley 29/1999. Y es que la anterior legislación sobre las ETTs no resolvía de manera satisfactoria -o sencillamente no lo planteaba- el dilema referente a <<*cuando*>> debe llevarse a cabo la formación preventiva en el marco de las relaciones triangulares existentes en el sector de las ETTs.

En efecto, hemos podido constatar en los apartados precedentes, como el art. 12.2 de la Ley 14/1994, establecía de forma tajante la obligatoriedad para las ETTs, de dar formación en materia de seguridad y salud laboral a los trabajadores contratados por ellas para ser puestos a disposición de otras empresas. Sin embargo no establece el *espacio temporal*, entendiendo por tal el *momento* y la *duración*, en el que esta obligación deba ser cumplida.³¹¹

Ante esta laguna legal que planteaba no pocas dificultades en la práctica, así como el oportuno debate doctrinal, dieron como resultado que la norma sobre la materia inmediata y cronológicamente posterior, resolviera, aunque sólo fuera inicialmente, este problema. Así el RD 216/1999, en su art. 3.3 pone de relieve el carácter *previo* de la formación preventiva mediante expresiones tales como <<*previamente a su (del trabajador) puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia preventiva necesaria*>>. Y de forma más incisiva se expresa en el párrafo *in fine* de este precepto reglamentario al señalar que <<*pero será previo (el momento de la formación), en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios.*>>

³¹¹ Tan sólo nos aporta una pista el hecho de que el apartado *in fine* de este art.12.2 de la LETT de 1994, señale expresiones en términos de futuro tales como <<*deberán recibir*>> y <<*a los que vaya a estar expuesto*>>, que denotan de por sí una acción inconclusa y que por tanto no ha sido aún realizada.

Con todo ello, la culminación positiva en un texto de rango legal, de este carácter previo de la formación preventiva ha tenido que esperar hasta la llegada de la Ley 29/1999, la cual, al disponer en su apartado 10 la nueva redacción del art.12 de la LETT, crea un apartado 3.), el cual dispone que <<*el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales*>>

Con esta respuesta de rango legal, se da por zanjado el dilema que apuntábamos más arriba acerca de cuál es el momento para impartir la necesaria formación en materia preventiva acerca de los riesgos que presenta, o puede presentar, el puesto a cubrir por el trabajador que va a ser cedido por la ETT a la EU.³¹²

Por último destacar que ni la Directiva-marco ni la Directiva 91/383/CEE establecen ninguna fórmula o disposición expresa con respecto a esta cuestión. Tan solo la Directiva 89/391/CEE emplea en su art. 12.2. la expresión <<*hayan recibido las instrucciones pertinentes en lo que respecta a los riesgos para la seguridad y la salud*>>. Podemos deducir que el recurso a la expresión en pretérito perfecto <<*hayan recibido*>>, implica una acción ya ejecutada, y por tanto, los trabajadores de las ETTs tendrán listas tales instrucciones con carácter previo a la posibilidad de que concurra algún riesgo laboral, y para ello, esa recepción de instrucciones tendrá que cumplirse necesariamente con anterioridad al inicio de la actividad que deben desarrollar en la EU.

5.2. La cuestión del cronograma en el proceso de impartición de la formación preventiva.

³¹² Esta formación, no obstante, debe tener presente en todo momento que sea suficiente y adecuada, como pone de manifiesto la STSJ-Castilla y León, (Burgos), de 16 de julio de 2003 (AS-247), señalando que el trabajador en misión <<*fue contratado por la empresa de trabajo temporal Gesdem ETT, S.L., el 10 de mayo de 1999, y que en esa misma fecha fue puesto a su disposición de la codemandada Conrack, S.L. (EU), por lo que difícilmente pudo recibir el trabajador ninguna formación teórica ni práctica por parte de la empresa de trabajo temporal, ya que no hubo prácticamente tiempo material para poder hacerlo*>>. De dicha falta de formación se derivó un grave accidente de trabajo.

Con respecto al cronograma o “*timing*”³¹³ o sucesión de procesos que ha de respetarse en cuanto a esta formación se refiere, hay que resaltar que las distintas normas existentes al respecto indican que la formación en materia de seguridad y salud laborales se llevará a cabo *durante* el tiempo de trabajo, es decir, dentro del transcurso de la jornada laboral. Surge así, pues, la duda acerca de si es la EU la que debe encarar este “*gravamen*” económico frente a un incuestionable *beneficio* social, o por el contrario, será la ETT la que deba descontar de su facturación a la EU final estas horas –económicamente no rentables- pero necesarias y, sobre todo legalmente obligatorias.

Subsiste por tanto la cuestión de si esta formación puede realizarse en el momento en el que el trabajador ya se encuentra al servicio de la ETT pero sin embargo aún no se halla puesto a disposición de la EU, es decir, el contrato aún no se ha *perfeccionado*, o al menos el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador, aunque sí puede estar ya celebrado y perfeccionado el contrato de puesta a disposición.

En este sentido, ante la duda de si este tiempo es o no tiempo de trabajo, algún autor considera que estos períodos formativos <<*han de considerarse como de ejecución del propio contrato, en la medida en que al trabajador también se le impone la obligación de asistencia y seguimiento diligente a esos períodos de formación*>>³¹⁴.

En el período de tiempo comprendido entre la detección de una necesidad puntual y objetiva de mano de obra en el seno de la EU, hasta que se produce un la cobertura efectiva de esa necesidad mediante la puesta a disposición en el seno de esta empresa de un trabajador –o trabajadores- contratado por la ETT; existe un camino o <<*iter*>> a seguir mediante una serie de sucesivos procesos concatenados, dentro de los cuales se encuentra el hito de impartir formación preventiva al

³¹³ Expresión anglosajona empleada en el argot empresarial para referirse a la sucesión de actividades y el tiempo al que deben circunscribirse las mismas.

³¹⁴ Cfr. CRUZ VILLALÓN, <<*El marco jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal.*>>, en *La Reforma laboral de 1994*, AA.VV, Madrid, 1994.

trabajador con carácter previo al inicio de su actividad laboral en la EU.

Si ya en el apartado anterior concluíamos que el trabajador debe recibir una formación suficiente y adecuada con carácter <<previo, en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios>>, surge ahora la duda acerca de en qué punto exacto de ese *iter*, al que nos hemos referido anteriormente, debemos ubicar la impartición de formación sobre riesgos laborales al trabajador contratado laboralmente por la ETT para ser cedido a la EU mediante contrato mercantil de puesta a disposición suscrito entre ambas empresas.

En torno a esta diatriba, son varios los planteamientos que cabe hacer al respecto, tales como si la acción formativa debe realizarse antes de la contratación laboral del trabajador o, si pese a estar ya contratado éste, es preciso, *en todo caso*³¹⁵, impartir esa formación, cuál de las empresas implicadas debe correr con los gastos de la formación, en qué instalaciones ha de desarrollarse esa formación tanto en su fase teórica como en su fase práctica suponiendo que hubiere tal diferenciación, etcétera. Se trata ahora en definitiva de conocer la intervención de cada una de las empresas en esa sucesión de procesos que, por emplear la terminología anglosajona aplicada al caso, denominaremos: el <<timing>> de la formación preventiva.

5.2.1. La formación preventiva como elemento de perfección del contrato.

Interesa dilucidar en este apartado dos cuestiones fundamentales. Por un lado, hasta qué punto la realización, o mejor aún la no realización, de la formación preventiva determina que el contrato de puesta a disposición se entienda *perfeccionado*. Y dentro de esta cuestión, es menester aclarar *qué naturaleza* se otorga a la formación preventiva en aquellos casos en los que se justifica la exención de esta formación.

³¹⁵ Expresión que, según hemos podido constatar, es la empleada por el art. 3.3 del RD 216/1999 para referirse a la obligatoriedad de dar formación preventiva previa a la prestación de los servicios del trabajador que vaya a ser puesto a disposición de la EU.

La segunda cuestión que interesa consiste en analizar si la formación preventiva ha de tener carácter obligatorio y previo al desarrollo de los servicios encomendados al trabajador, *cuándo* y *quién* de los dos empresarios se hace cargo de ejecutar, en toda su dimensión³¹⁶, esa acción formativa.

5.2.1.1. *La formación como elemento esencial del contrato.*

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, es decir, si dada la obligatoriedad de la formación preventiva, ésta se convierte en un *elemento esencial* para la validez del contrato, sin el cual el contrato sería incompleto. Para ello debemos traer a colación toda la teoría *civilista* acerca de la *perfección del contrato*. Además, y según veremos a continuación, existen situaciones en las que esta formación preventiva no se hace estrictamente precisa, es más, podría decirse que puede resultar incluso desaconsejable, pudiéndose entonces exonerar de la misma tanto a las empresas implicadas –ETT y EU- como al propio trabajador.³¹⁷

5.2.1.2. *La exención justificada de impartir formación preventiva.*

Tanto la legislación europea como diversas normas de nuestro ordenamiento laboral hablan de la obligatoriedad de impartir una formación preventiva <<*suficiente y adecuada*>> al trabajador que vaya a ser cedido a la EU, y que además debe ser <<*previa*>> a la prestación efectiva de los servicios que deba realizar dicho trabajador. Pues bien, como seguidamente veremos dicha obligatoriedad puede presentar sus excepciones ante la conjunción de determinadas circunstancias que, no sólo no obligan, en unos casos, sino que en otros resulta incluso aconsejable la no impartición de tales acciones formativas.

³¹⁶ Cuestiones tan importantes –y que más adelante analizaremos- como el programa de formación, el profesorado, los materiales necesarios, las instalaciones, etc.

³¹⁷ Sobre la *perfección* del CPD, Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, 1995, pp: 39 y ss.

El art. 19.1 LPRL dispone que <<en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.>> Podemos extraer de este precepto al menos tres conclusiones importantes.

En primer término, que el empresario lo que garantiza es la *recepción* de una formación preventiva suficiente y adecuada. Que, en segundo término, debe además prestarse con independencia tanto de la duración como de la modalidad contractual que vincule al trabajador con la empresa que le contrata laboralmente. Y en tercer lugar, que la obligación de dar formación preventiva no es una obligación que pudiéramos denominar de *tracto único*, sino que más bien se trata -a tenor de este precepto legal- de una <<obligación de tracto sucesivo>>, siendo precisa su repetición a modo de <<acción formativa de reciclaje>>³¹⁸, si es que las circunstancias así lo aconsejan y sin que ello implique una nueva contratación o modificación de ésta.

Teniendo presente las anteriores conclusiones la cuestión que se plantea ahora es la de conocer qué tratamiento deberíamos dispensar a un trabajador que tiene contrato indefinido con una determinada ETT. Y asimismo, nos preguntamos acerca de la formación preventiva que debería recibir un mismo trabajador que es contratado de forma prácticamente continua pero de forma temporal por distintas ETTs para trabajar, empero, para la misma EU, y dentro de ésta, en un mismo puesto de trabajo o de similar categoría o características.

La respuesta a estas dos situaciones no resulta en absoluto baladí, y la solución a las mismas requiere de un análisis que nos servirá, además, como hilo argumental para sostener la afirmación que hemos enunciado más arriba, acerca de la *exención* obligacional en materia formativa.

³¹⁸ Cfr. párrafo primero del art. 19 .1 LPRL

A.- El primer supuesto: el trabajador es fijo de plantilla de la ETT.

Nos encontramos ante un supuesto que basa su *peculiaridad*³¹⁹ más en el carácter indefinido del contrato laboral que en el hecho de desarrollarse éste en el seno de una relación triangular del ámbito de las ETTs. En efecto, las ETTs pueden celebrar contratos laborales de carácter indefinido, no así CPDs de carácter indefinido ya que éstos por naturaleza deben ser tan temporales como la causa –igualmente temporal- que justifica el recurso de la EU a la contratación a través de una ETT.³²⁰ En todo caso, la dificultad que plantearía este supuesto no estaría tanto en el contrato sino en las funciones que el trabajador realiza en las sucesivas misiones.³²¹ Por tanto la singularidad de este supuesto estribaría en el contenido de las sucesivas *órdenes de servicio* y las funciones asignadas mediante las mismas. Podrían darse dos tipos de situaciones diferentes: que pese a las sucesivas situaciones, el puesto y las funciones derivadas del mismo fuesen idénticas; y la otra situación es que los puestos sean diferentes. Seguidamente veremos cada uno de ellos.

En el primer caso, los riesgos son prácticamente los mismos, y por lo tanto, la formación para prevenir tales riesgos presentará un contenido idéntico o muy similar.

³¹⁹ Cabe recordar que esta situación de contratación indefinida por parte de una ETT puede resultar peculiar en nuestro actual sistema de relaciones laborales, pero no así en el sistema alemán en el que esta *peculiaridad* es, empero, la norma que dicta la <<Arbeitsnehmerüberlassungsgesetz>> (AUG) o <<Ley de préstamo de mano de obra>> de 7 de agosto de 1976.

³²⁰ Sobre la coincidencia temporal entre CPD y el contrato laboral que subyace, *Vid.* DEL REY GUANTER, S. & LEAL PERALVO, F., <<La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada>>, *Relaciones Laborales 13/1996*, *op. cit.*, pp: 29 y ss.

³²¹ *Cfr.* GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias.*, *op. cit.* pg.:139, al señalar que <<si el trabajador ha sido contratado por la ETT por tiempo indefinido, los períodos de formación se producirán una vez perfeccionándose el contrato de trabajo. Es decir, en el tiempo en que el trabajador se encuentra efectivamente al servicio de la ETT pero aún no ha sido puesto a disposición de una EU>>. En este sentido, *cfr.* CRUZ VILLALÓN, J., <<El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal>>, en *La Reforma Laboral de 1994* (M.R. ALARCÓN CARACUEL, Coord.), *op. cit.*, para el que estos períodos <<han de considerarse como de ejecución del propio contrato, en la medida en que el trabajador también se le impone la obligación de asistencia y seguimiento diligente a esos períodos de formación>>.

La solución a esta situación nos viene prácticamente resuelta por el art. 19.1 LPRL al enunciar que el trabajador –en este caso el contratado por la ETT para ser cedido- debe recibir una formación preventiva <<*tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.*>> Se observa de este modo que la modalidad contractual, en este caso la indefinida, no supone un obstáculo para recibir la formación preventiva que le corresponda. No obstante, si entendemos que un trabajador contratado de manera indefinida por una ETT presupone órdenes de servicio de una cierta duración en el tiempo –prolongadas pero nunca indefinidas-, debemos inferir que una vez superada la fase inicial de formación preventiva previa, dicha formación deberá estar más centrada en acciones de *reciclaje*, por haber transcurrido un cierto tiempo desde la primera acción formativa; o de una especie de *puesta al día* cuando se introduzcan las modificaciones a las que alude el citado art. 19.1 LPRL.

La segunda de las cuestiones planteadas más arriba tiene, a nuestro juicio, una respuesta más clara, ya que si los puestos son distintos, en cada orden de servicio aparecerá un puesto distinto a cubrir por el trabajador en misión, y por tanto, unos riesgos igualmente diferentes que precisarán de una formación individualizada y específica, según indica el art. 19.2 al decir que la formación preventiva <<*deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador*>>.

Por último indicar que este tipo de situaciones supone un porcentaje ínfimo del conjunto de contrataciones que realizan las ETTs para con su personal operativo o para ser cedido, y por no suele darse en la práctica salvo en trabajadores que por su especial cualificación sean “*retenidos*” por las ETTs para satisfacer demandas puntuales pero continuas de este perfil de profesionales.

*B.- El segundo supuesto: El trabajador siempre es cedido a la misma

EU y/o para el mismo puesto.

La exención del deber de dar formación preventiva puede encontrarse en un supuesto que, ante todo, debemos entender excepcional cuando no fraudulento, consistente en que un mismo trabajador sea contratado sucesivamente por una o por distintas ETTs para ser puesto a disposición de una misma EU y/o para el mismo puesto de trabajo. Se suscitan aquí diversas *hipótesis* que seguidamente vamos a tratar de desgranar una a una, teniendo como elemento común de todas ellas al *mismo trabajador* y a la *misma ETT*³²², y todo ello bajo el denominador común de exonerar al empresario del deber legal de dar a dicho trabajador formación preventiva.

1ª). Misma EU y mismo puesto de trabajo.

Con independencia de las posibles *prácticas fronterizas*³²³ entre el fraude y la *externalización* que pueda encerrar tras de sí una situación como ésta; lo cierto es que en realidad este sería el ejemplo paradigmático en el cual puede exonerarse a la empresa obligada del

³²² Ante el supuesto de que estas hipótesis se plantearan bajo la variable de que en lugar de ser la misma ETT éstas fuesen distintas, el resultado creemos que sería similar sólo que dejaría entrever una connivencia entre ese mismo trabajador y esa misma EU, dejando aquí fuera de sospecha a las distintas ETTs que en realidad únicamente servirían de instrumento para *camuflar* esas posibles actuaciones fraudulentas derivadas de las sucesivas contrataciones por parte de la EU recurriendo al empleo temporal de un mismo trabajador.

³²³ La *externalización* de procesos –*outsourcing* en la terminología anglosajona- es un fenómeno creciente y aceptado por las sociedades modernas con el discutible pero lícito fin de incrementar la productividad y rentabilizar costes mediante la especialización y la traslación de riesgos a otras empresas dedicadas a una porción específica del proceso global al que se dedica la empresa principal. Sin embargo, en una situación como la que hemos descrito con esta primera hipótesis, no parece ni lógico ni mucho menos plausible que, si una determinada empresa precisa “*continuamente*” cubrir un mismo puesto e incluso con el mismo trabajador cedido por una ETT, dando de este modo pábulo a pensar que se trata más bien de una práctica fraudulenta que de un proceso de externalización, al no querer cubrir de manera permanente un puesto de la EU que sí lo es, contraviniendo de ese modo la *causalidad de la temporalidad* que consagra nuestro ordenamiento jurídico de forma explícita en el art. 15 ET, al que por cierto nos remite el art. 6.2 LETT tras su nueva redacción por el apartado 5 de la Ley 29/1999, al decir que podrán celebrarse CPDs <<entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del estatuto de los Trabajadores.>> En consecuencia, si una EU recurre de manera continua a la cobertura de un mismo puesto, y además, por un mismo trabajador cedido por la misma –o distinta- ETT, en la práctica lo que puede estar encubriendo es un fraude de ley al *camuflar* esa presunta temporalidad con una sucesión de contrataciones de personal con sendas ETTs. Sobre estos supuestos de utilización fraudulenta de las ETTs, vid. SERRANO ARGÜELLO, N., <<Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo>>, *Relaciones Laborales*, 20/1999, pg: 70.

deber de impartir formación preventiva, dado que el trabajador ya conoce tanto a la EU como el puesto de trabajo en el que va prestar sus servicios y, por consiguiente, los riesgos inherentes al mismo; y para los cuales además ya ha recibido, con carácter previo a su primera contratación, una formación suficiente y adecuada. Tan sólo habría que tener presente una importante variable adicional consistente en verificar que el lapso de tiempo existente entre las sucesivas contrataciones no haya sido excesivo, teniendo especial cuidado en aquellas situaciones ya indicadas por el art. 19.1 LPRL relativas a repetir la formación preventiva cuando haya transcurrido un considerable paréntesis entre una puesta a disposición y la siguiente; o bien cuando en el puesto en cuestión, pese a ser el mismo, se hayan operado modificaciones tecnológicas o cambios en las funciones a desempeñar.

Si finalmente se constata que el tiempo transcurrido entre una puesta a disposición y la que le sucede es mínimo, entendemos por nuestra parte que la formación preventiva no sólo es prescindible, sino que además resultaría ociosa e ineficaz. Y todo ello sin contar con la pérdida tanto económica como de tiempo que podría derivarse de una reiterativa formación sobre riesgos laborales que el trabajador ya conoce sobradamente y que no beneficia a ninguna de las empresas implicadas.³²⁴

2ª). Misma EU y distinto puesto de trabajo.

Esta situación puede resultar más controvertida que la anterior, toda vez que es la EU la que debe informar a la ETT sobre los riesgos a los que el trabajador vaya a estar expuesto por ser aquella la que mejor conoce su propia empresa, el puesto de trabajo que pretende

³²⁴ Pese a este discutible razonamiento, la STSJ-Cataluña de 22 de julio de 1999 (AS-3161) considera que <<el hecho de que el actor (trabajador en misión accidentado) mantuviera o no anteriores relaciones laborales o de puesta a disposición con las demandadas (ETT y EU) deviene inoperante>>, máxime si tenemos en cuenta que el trabajador en misión sufrió un grave accidente laboral provocado –entre otros motivos- por una insuficiente y/o inadecuada formación preventiva.

cubrir y por ello los riesgos inherentes al mismo. Siendo así que si los riesgos inherentes a ese nuevo puesto de trabajo son muy similares a los del puesto que ese mismo trabajador cubrió en esa misma EU con anterioridad, y dado que la ETT ya ha sido informada por la EU sobre los riesgos de ese puesto distinto, y aún así, y en calidad de mejor conocedora de las aptitudes y experiencia del trabajador que contrata decide ponerlo nuevamente a disposición de la misma EU, debemos inferir que aquí la responsabilidad de impartir -o no- la obligatoria formación preventiva queda en gran medida en manos de ambas empresas, aunque no cabe duda de que formal y legalmente la principal obligada es la ETT.

Sin embargo, puede suceder que en aras de un mezquino abaratamiento del coste final del contrato, ambas empresas entren en connivencia aparentando que esa formación no es precisa. La EU informando a la ETT de que el puesto a cubrir es idéntico a los que ha cubierto ya con anterioridad ese mismo trabajador. Y la ETT, por su parte, exonerándose de dar formación preventiva argumentando que ese trabajador en concreto que pone a disposición de la EU ya ha trabajado para esa misma empresa y para ese mismo puesto de trabajo, y que por tanto el trabajador que cede es conocedor de los riesgos del mismo, concluyendo por ello en la innecesaria impartición de formación sobre seguridad y salud laboral.

Por nuestra parte debemos entender que, salvo maniobras fraudulentas como la que acabamos de comentar, lo lógico es que la EU informe con veracidad de la similitud real entre los distintos puestos que el trabajador en cuestión haya cubierto y el puesto al que ahora necesita dar cobertura. Y por su lado, la ETT debe corroborar, en la medida de sus posibilidades, la pretendida similitud entre ambos puestos y las características de su trabajador, para que una vez examinados tales extremos concluya acerca de si la formación que ya adquirió el trabajador durante su anterior misión le resulta válida, es decir, *suficiente y adecuada*, como para desprenderse del deber de dar

formación previa sobre riesgos laborales.

No obstante lo anterior, si oteamos la normativa sobre seguridad y salud laboral, nos encontramos con que la prevención debe orientarse sobre todo, en torno a los riesgos intrínsecos que presenta cada puesto de trabajo. Y en el caso particular de la formación, el propio art. 19.1 LPRL, en su párrafo segundo, señala que la formación preventiva *<<deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente si fuera necesario.>>*

En conclusión, si el nuevo puesto de trabajo presenta alguna diferencia o modificación sustancial con respecto al puesto que ese mismo trabajador ha desarrollado en esa misma EU, la ETT está obligada a desarrollar la correspondiente formación sobre riesgos laborales y con carácter previo a esa *nueva* puesta a disposición, por más que ni el trabajador ni las empresas implicadas sean unos desconocidos entre sí.

3ª). Distinta EU y mismo puesto de trabajo.

Ante esta hipótesis, debemos tener presente dos consideraciones previas antes de inclinarnos acerca de si en esta situación sería posible la exonerar de la consabida formación preventiva previa.

Por una parte, y según venimos reiterando, debemos tener en cuenta que la formación preventiva debe estar orientada principalmente hacia el *puesto de trabajo*, por lo que, si el puesto de trabajo, o mejor dicho las funciones a desarrollar dentro de él, ya son conocidos por el trabajador que va a ser puesto a disposición de la EU, cabe entender que, del mismo modo, los riesgos inherentes a ese

puesto y a sus funciones, ya son conocidos por el trabajador.³²⁵ Y si además tenemos en cuenta que el trabajador en cuestión ya posee la *experiencia*³²⁶.necesaria, todo ello puede ser determinante para dar uan respuesta u otra.

La otra consideración resulta más genérica y radica más en la propia concepción y filosofía de las ETTs. Y es que si las ETTs basan su razón de ser y su eficacia en la propia rapidez con la que pueden surtir de mano de obra a las empresas que precisen con inmediatez de sus servicios, es claro que para lograr ese objetivo, el trabajador que vaya a ser puesto a disposición de una EU debe *estar a punto*, al menos, lo deseable para esa EU es que el trabajador que la ETT vaya a cederle temporalmente se encuentre en las mejores condiciones de operatividad, incluyendo para ello el que el trabajador ya disponga de la consabida formación preventiva. Además, si bien cada empresa es distinta a todas las demás, también es cierto que en todas ellas existen una serie de puestos de trabajo -sobre todo en cuanto a personal de estructura³²⁷-, cuyas funciones son prácticamente idénticas, siendo igualmente idénticos los riesgos derivados de esos puestos, y por ende, siendo la formación preventiva semejante cuando no la misma.³²⁸

³²⁵ La principal referencia práctica para conocer o indagar acerca de la verdadera experiencia del trabajador en un determinado puesto de trabajo, se pueden extraer tanto del *curriculum vitae* que documentalmente aporta el trabajador –esto último no siempre es factible-, como de la entrevista más o menos en profundidad que el técnico o responsable de Recursos Humanos pueda efectuar al candidato a ser contratado por una ETT como al ya trabajador cedido a una EU. Sobre esta cuestión vid. STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 21 de marzo de 2000 (AS2000/1516).

³²⁶ El art. 28.2 LPRL señala en este sentido que los trabajador que vayan a ser puestos a disposición de una EU <<recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada, a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.>> En la misma línea se expresa el art. 4 de la Directiva 91/383/CEE al disponer que el trabajador debe recibir <<una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia.>>

³²⁷ Se suele considerar como <<Personal de Estructura>> al conjunto de trabajadores que prestan sus servicios en las áreas de gestión interna, tales como: Área Financiera, Recursos Humanos, Sistemas, Comercial y Administración. En definitiva, todas aquellas áreas de la empresa distintas a las de la propia operativa o producción de la actividad de la empresa de que se trate. Por lo general, este personal de estructura suele desarrollar su labor en un entorno de despachos y oficinas, razón por la que también se les suele denominar como <<Personal de Oficinas>>.

³²⁸ En este sentido, el personal de estructura que trabaja en las oficinas de una empresa, por lo general, se diferencia bastante poco del personal de oficina de otra empresa, al menos en cuanto a las funciones de cada puesto de trabajo existente en ellas, y de forma más palmaria en aquellas categorías que lo

La conclusión a la que llegamos finalmente sería que el trabajador *ya posee* con carácter *previo* una formación preventiva *suficiente y adecuada*, quedando diluida a nuestro entender, la obligación de instruir sobre riesgos laborales a *este* trabajador.

4ª). Distinta EU y distinto puesto de trabajo.

Esta situación en realidad no constituye una hipótesis de trabajo dado que no es excepcional, toda vez que resulta muy común que una misma ETT contrate de manera habitual a un mismo trabajador y que lo ceda a diversas empresas y para desempeñar en ellas distintos puestos de trabajo. Huelga decir en este caso que no cabe exoneración alguna de la formación preventiva, y que ésta debe prestarse en todo caso y con carácter previo a todas y cada una de las distintas puestas disposición o *misiones* que vaya a efectuar ese trabajador.

5.2.2. *La correlación de fases entre las empresas implicadas en la formación preventiva.*

Ya hemos concluido en epígrafes precedentes que la formación en materia de riesgos laborales para los trabajadores cedidos por ETTs a las respectivas EUs, ha de

requieren una elevada cualificación; v. gr. el personal administrativo. Este hecho, aplicado al ámbito de la formación preventiva, se constata aún más cuando observamos los manuales de información sobre prevención de los puestos de trabajo de oficinas, u observando los contenidos de los exiguos cursillos de formación preventiva que a este personal se imparte, y que en muchas ocasiones no va más allá de elevar a la categoría de *formación preventiva* lo que en muchas ocasiones es la aplicación de las reglas básicas del sentido común. Además -y según veremos más adelante-, esta formación preventiva no es preciso que la imparta el propio empresario responsable de la misma, pudiéndose *subcontratar* la misma con una empresa de formación especializada o Mutua de Accidentes de Trabajo –según dispone el RD 39/1999-; lo que en la práctica se traduce en muchas ocasiones en que empresas de diversos sectores y muy diferentes entre sí, compartan sin embargo el mismo programa y los mismos manuales de prevención por coincidir la misma entidad formadora o ser clientes de la misma Mutua.

tener ante todo, carácter *previo* al inicio de la prestación efectiva de los servicios en el seno de la EU. Pues bien, esta cuestión, aparentemente diáfana, se torna algo compleja a la hora de ubicar con precisión el cumplimiento de esa obligación formativa, al tiempo que compaginar ésta con las peculiaridades organizativas propias del funcionamiento de las ETTs.

Si bien el deber de dar formación preventiva al trabajador que va a ser cedido es competencia de la ETT, no resulta tan explícita la aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 19.2 LPRL, y atinentes al *tiempo* que es preciso dedicar a su impartición, estableciendo sobre el particular que dicha formación se desarrollará <<*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.*>> Este planteamiento en el caso de las ETTs resulta más difícil a la hora de llevarlo a la práctica, lo que unido a la falta de precisión que en tal sentido presentaba tanto la LETT de 1994 como su reglamento de desarrollo, motivaron numerosas dificultades, las cuales fueron decididamente resueltas tanto por el RD 216/1999 como por la Ley 29/1999; y a cuyo análisis dedicamos el presente apartado.

5.2.2.1. Jornada de trabajo y formación preventiva.

El primer escollo que tenemos que dilucidar parte de las previsiones contenidas en el art. 19.2 LPRL cuando indica que las acciones formativas en orden a prevención de riesgos laborales deben impartirse preferentemente en el horario de trabajo. Esta cuestión no presenta mayores problemas cuando se trata de relaciones laborales comunes, es decir, cuando existe una relación directa entre el empresario y el trabajador al que contrata, quedando así en el ámbito único y exclusivo del empresario la obligación y la responsabilidad de dar formación preventiva a su trabajador.

Por el contrario, en el caso de las relaciones laborales a través de ETTs, esta situación no se produce, puesto que es la ETT la responsable de formar al trabajador, el cuál a su vez, durante su *jornada de trabajo* se encuentra en las dependencias de la

EU. Pero es que además, el trabajador contratado por una ETT *no puede simultanear* la formación preventiva con su jornada laboral porque precisamente esta acción formativa debe impartirse con *anterioridad* al inicio de actividades en el seno de la EU, es decir, antes de trabajar de manera efectiva, y por consiguiente antes también de que el trabajador pueda iniciar cualquier jornada laboral en el seno de la EU.

Tan sólo sería admisible esta posibilidad ante el concurso de alguna de las hipótesis de *exención* de la formación preventiva que hemos explicado más arriba. Igualmente podría darse esta simultaneidad entre jornada laboral del trabajador *ya en misión* y formación preventiva en los casos que contempla el propio art. 19 en su apartado primero al referirse a las acciones formativas complementarias en materia de prevención <<*cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe* (el trabajador en misión) *o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo* >> No obstante, debemos entender que esta clase de situaciones está pensada para relaciones contractuales típicas y de una cierta duración en el tiempo; situaciones éstas que, en principio -y con las salvedades ya apuntadas anteriormente del recurso fraudulento a las ETTs-, no resulta propio que se planteen con trabajadores en misión.

La solución normativa a estas dificultades planteadas por las lagunas existentes en la legislación sobre ETTs de 1994, vino, en primer lugar, de la mano del art. 3 del RD 216/1999, y posteriormente por la Ley 29/1999, que acogiendo el criterio de la norma reglamentaria, modificó el art. 12 LETT añadiéndole un apartado 3º), que delimita de forma lata el alcance de la formación preventiva previa, clarificando que dicha formación se desarrollará <<*durante el tiempo necesario*>>, y añadiendo además que éste <<*formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición*>>.

En definitiva, si ante el caso particular que se nos presente, no caben situaciones de exención de la formación preventiva previa, la conclusión normativa a la que llegamos es que esa formación debe realizarse de manera previa y con absoluta independencia de la duración que ésta requiera. De lo contrario se estaría incurriendo en una conducta cuando menos imprudente y por ello sancionable. Cosa distinta es que una “*duración excesiva*” de la formación previa nos lleve a pensar en

una excesiva *onerosidad* que suponga el recurso a las ETT, ante una situación de esta naturaleza. No obstante, esta reflexión responde más a un problema presupuestario de tipo económico –a cuyo análisis dedicamos el siguiente epígrafe- que a un problema laboral de índole jurídica que, en todo caso, debe resolverse por parte del empresario que se plantee la cobertura de una necesidad de personal a través de una ETT o del recurso a otras fórmulas más comunes de contratación directa.

5.2.2.2. *Fase teórica y fase práctica de la formación preventiva.*

En otro orden de cosas cabe señalar que la formación preventiva viene siempre referida tanto a su *fase teórica* como a su *fase práctica*. En este sentido podemos destacar que normalmente será la *fase teórica* la primera en consumarse, pudiendo ser desarrollada la misma tanto en el seno de la ETT³²⁹ como en el de la EU³³⁰. No así la *fase práctica* que, entendemos, debería impartirse en el ámbito de la EU por la razones de proximidad e inmediatez que ya hemos apuntado más arriba, y toda vez que, por mor del segundo párrafo del art. 19.1 LPRL, la formación preventiva <<*deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador*>>.

Asimismo, también podemos deducir esta orientación práctica más enfocada hacia el entorno de la EU, cuando el art. 12.3 –introducido por la Ley 29/1999- dice que el trabajador que vaya a ser puesto a disposición de la EU <<*posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el*

³²⁹ Cabría aquí entender incluso que esta fase teórica de la formación puede tener connotaciones más genéricas y por ello, y si el trabajador contratado laboralmente por la ETT, no cabría esperar a que fuese firmado un determinado CPD con una EU para realizar esta acción formativa de contenidos teóricos, sino que puede ser desarrollada durante lapsos de tiempo que pudieran existir entre un CPD y el siguiente; dejando como formación más concreta y específica la que pueda darse en una ulterior fase práctica cuando exista un puesto determinado en la EU que haya decidido contratar los servicios de esa ETT y al trabajador por ella formado y cedido para tal fin.

³³⁰ Como ya se ha indicado anteriormente, tanto el art. 12.3 LETT como el art. 3.3 del RD 216/1999, señalan que la impartición de la formación no tiene por qué realizarse por la propia empresa obligada a ello, ni tampoco que si la formación práctica se realiza en el ámbito espacial de la EU, ésta no tiene por ello que destinar a parte de su personal a realizar esta acción formativa, pudiendo ser realizada por una empresa o entidad especializada en estas disciplinas. Cosa distinta será que si la EU asume con sus propios recursos, o con medios ajenos, el desarrollo de esa instrucción práctica, sea la que deba igualmente correr con los gastos derivados de la misma, como veremos en un ulterior apartado.

puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta la cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto.>>³³¹

5.3. Incidencia en los costes empresariales del tiempo dedicado a la formación preventiva.

Se trata sin duda de dos cuestiones muy interrelacionadas entre sí, ya que, el coste derivado de la acción o acciones formativas que lleve a cabo la ETT vendrá en gran medida condicionado por un factor fundamental como es el *factor tiempo*, es decir, por la duración que comporte esa instrucción suficiente y adecuada sobre los riesgos a los que vayan a estar expuestos los trabajadores en misión. Sin embargo, no es menos cierto que, si bien el factor de la duración es posiblemente el más importante en la determinación de los costes formativos, también es cierto que no es el único, ya que deben ser tenidos en cuenta otros parámetros tales como la naturaleza de la actividad a desarrollar³³², el número de trabajadores³³³, los medios empleados³³⁴ para garantizar la seguridad y la salud de estos trabajadores, el grado de

³³¹ Puede resultar algo paradójico este precepto en relación a lo que venimos comentando, al indicar que es la ETT la que debe comprobar que el trabajador posee ya esa formación teórica y sobre todo práctica que la norma le exige, cuando puede darse el caso de que esta segunda fase, *la práctica*, aún no haya tenido lugar por no haberse firmado el CPD, o si ya ha tenido lugar, la razón obedece a que el trabajador ya ha firmado el contrato laboral con la ETT y ésta a su vez el CPD con la EU, por lo que podríamos decir en este caso que el trabajador en misión estaría devengando todos sus derechos como trabajador pero sin realizar las tareas propias del mismo puesto que durante esa fase actuaría como un “*alumno en prácticas*” en el seno de la EU.

³³² En este sentido, podemos colegir que los costes formativos serán más onerosos en orden a prevenir los riesgos laborales derivados de una actividad peligrosa o que requiera mecha especialización que de una actividad que pudiéramos denominar de las *típicas o tradicionales*. A este respecto conviene recordar la prohibición del recurso a la contratación a través de ETTs, para las actividades que, por su especial peligrosidad, son enumeradas por el art. 8 del RD 216/1999, y en las que, sin duda representarán un coste económico elevado en orden al cumplimiento de la obligación formativa genérica contenida en el art. 19 LPRL, y que, sin embargo, dada su especial peligrosidad, la formación preventiva a través de ETTs no es que plantea cuestión alguna acerca de su coste, puesto que sencillamente están vetadas.

³³³ V.gr. los honorarios que devengará el *formador* del curso serán idénticos, o al menos muy similares, tanto para un grupo de alumnos compuesto por diez trabajadores que para un grupo constituido por veinte o más trabajadores, presentándose la verdadera repercusión en el coste unitario de la acción formativa.

³³⁴ El coste de los *medios* tiene su repercusión sobre todo en los costes de lo que hemos denominado como *formación práctica*, y sobre todo en *proporción directa* a la complejidad técnica de la actividad a desarrollar. En este sentido, debemos asumir que no tendrá la misma repercusión dentro del capítulo de *costes empresariales*, las acciones formativas en orden a prevenir los riesgos laborales de un trabajador que posteriormente vaya a ser cedido a una empresa en la que vaya a desempeñar las funciones de *grabador de datos informáticos* o tareas meramente administrativas, que los operarios

formación y experiencia previa de éstos, etc. Además, una cuestión importante que debe ser tomada en cuenta es la relativa a los recursos financieros, tanto privados como sobre todo públicos, a los que las empresas pueden recurrir para reducir o compensar en gran medida los costes económicos que conlleva toda acción formativa.

En cuanto al concepto estricto de *la duración* de las acciones formativas, las normas atinentes a la materia no establecen ninguna especificación sobre el particular, sobre todo en cuanto a términos *cuantitativos* se refiere; señalando tan sólo lo dispuesto en el art. 12.3 de la LETT³³⁵ al señalar que la ETT <<*deberá facilitar dicha formación al trabajador (...) durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta disposición*>>. Por lo tanto, la duración no resulta un *elemento tasado* dentro del deber de formación preventiva de las ETTs, puesto que se trata de un *elemento finalista* que se encuentra destinado a alcanzar el objetivo último de garantizar la seguridad y la salud laboral de los trabajadores de las ETTs en misión.

No obstante, de lo anteriormente expresado pudiera desprenderse la idea de que la duración de las acciones formativas en materia de prevención de riesgos

que vayan a ser destinados a trabajar en el seno de una cadena de montaje de una empresa de automoción. En este segundo caso los riesgos derivados del puesto de trabajo son mayores y de solución más compleja que los riesgos procedentes de un puesto administrativo, en el que básicamente la formación se reducirá a la prevención de riesgos derivadas del uso de pantallas de ordenador y nociones elementales de ergonomía tendentes a evitar daños posturales. Por desgracia, en este último grupo de trabajadores, la experiencia nos demuestra que las acciones formativas se han querido reducir a un nivel tan elemental que, en los casos más flagrantes, se concretan en el reparto de fotocopias, con el consiguiente incumplimiento de la normativa al respecto que establece que debe darse una formación en función de una evaluación previa y específica de cada puesto de trabajo de cada empresa. La proliferación de estas prácticas conduce a considerar la formación preventiva como un mero trámite burocrático más que hay que salvar ante la Administración laboral para evitar sanciones de la misma, convirtiendo de ese modo el término <<*cultura preventiva*>> en una mera entelequia.

³³⁵ Según hemos indicado en repetidas ocasiones, este tercer apartado del art. 12 LETT fue introducido por la Ley 29/1999, y por ello constituye una réplica prácticamente idéntica del segundo párrafo del art. 3.3 RD 216/1999, diferenciándose únicamente éste respecto de la redacción del precepto legal en que el texto reglamentario incluye el adverbio <<*previamente*>> entre las palabras <<*facilitar*>> y <<*dicha formación*>>. Consideramos plausible la exclusión del mencionado adverbio en el texto legal, ya que, a nuestro juicio, supone una redundancia de escasa utilidad y fuera de contexto, puesto que el carácter previo de la formación se incluye en otros apartados de estos textos normativos, y además se recuerda dicho carácter previo en la parte <<*in fine*>> de los apartados que comentamos mediante la expresión: <<*pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios*>>.

laborales tiene, para el caso de los trabajadores en misión, un carácter *ilimitado*³³⁶, una especie de “*cheque en blanco*” que las empresas implicadas, sobre todo la ETT –responsable de la formación-, pueden rellenar a su antojo y sin medida. La respuesta, obviamente, debe contestarse de forma negativa, ya que aseverar lo anterior sería *antieconómico* y por supuesto contrario a la propia filosofía del trabajo a través de ETTs³³⁷, las cuales son por definición *suministradoras de trabajadores*, y en ningún caso, pueden acabar convirtiéndose en “*suministradoras de alumnos*”, como sucedería si asumiéramos de forma literal la expresión <<*durante el tiempo necesario*>> que venimos comentando.³³⁸

VI.- EL CONTENIDO BÁSICO DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA Y SU RECICLAJE.

El art. 28.2 LPRL en su párrafo in fine expresa que los trabajadores a los que va destinado este precepto, es decir, trabajadores temporales y/o al servicio de ETTs, <<recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta

³³⁶ Como seguidamente veremos en este mismo apartado, la legislación sobre ETTs es parca a la hora de señalar la duración temporal de la formación, no así con respecto a los costes económicos sobre formación a los que el párrafo tercero del art. 12.3 LETT levanta el “techo” del 1% sobre la masa salarial que se consigna en el apartado 2 de este mismo precepto.

³³⁷ Sobre este planteamiento vid. MIÑARRO YANINI, M. <<*La formación en materia preventiva de los Trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal*>>, *Tribuna Social*, nº 126/2001, pg: 23.

³³⁸ Junto a esta reflexión, la duración de las acciones formativas estará *limitada* en la práctica totalidad de los casos por la supeditación de éstas a la propia <<*jornada de trabajo*>> según indica el art. 19.2 LPRL al decir que la formación preventiva <<*deberá impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo*>>, lo que supone una preferencia por la concurrencia entre las horas destinadas a la formación y el horario de la empresa en que se realice que, normalmente, y según hemos indicado más arriba, será el de la EU.

su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.>>

En atención al párrafo que acabamos de transcribir, el contenido formativo se nos presenta como una entelequia que, empero, debe ser satisfecha a toda costa con el fin de dar cumplimiento a los mandatos legalmente establecidos. Se trata, pues, de un contenido más bien finalista, en el que importa más el logro de un determinado fin que los medios empleados para conseguirlo; y en que se deja a las partes la elección de los medios. Y en contrapartida con lo anterior se deja en manos de los poderes públicos el establecimiento de ese fin último que no es otro que garantizar la seguridad y la salud laboral de los trabajadores en misión.

Sin embargo, pese a la patente indefinición del contenido material de la formación preventiva, dos términos destacan a la hora de concretar dicho contenido, como son los de <<suficiente>> y <<adecuada>>. Si atendemos a la intención finalista de la norma en aras a dar el obligado cumplimiento que se persigue, cabe entender, ya desde el principio, que lo que en realidad tratan de definir ambos conceptos es que la formación preventiva sea la necesaria tanto en cantidad como en calidad, es decir, que sea cuantitativamente suficiente, así como cualitativamente adecuada.

Al análisis de estas acepciones y de otras relevantes cuestiones dedicaremos los siguientes apartados.

6.1. Los conceptos de formación <<suficiente y adecuada>>.

A efectos del *contenido material* que debe presentar esta formación, la norma legal se limita a indicar únicamente que debe ser <<*suficiente y adecuada*>>, expresiones éstas de laxa ambigüedad que tan sólo pueden ser completadas o concretadas para cada caso específico atendiendo a dos circunstancias. La primera perteneciente a la esfera del trabajador, y la segunda correspondiente al ámbito del lugar de trabajo. A saber, la *cualificación y experiencia profesional* del trabajador, por una parte; y por otro lado, considerando *los riesgos profesionales a los que vayan a estar expuestos* estos trabajadores en misión.

Como consecuencia de lo anterior, podemos extraer una primera idea que nos ayude a llenar el contenido material de toda acción formativa de estos trabajadores en misión. Esta idea nos lleva a plantear la formación desde *dos parámetros*: las *características personales*³³⁹ del trabajador –conocidas por la ETT que le contrata-, y las *condiciones de trabajo*³⁴⁰ –conocidas por la EU e informadas al trabajador a través de la información de aquélla a la ETT-.

Así, la primera conclusión a la que podemos llegar respecto de las acepciones <<*suficiente y adecuada*>>, es que, en el terreno práctico, éstas se hallan

³³⁹ Por características personales del trabajador debe interpretarse tanto a las condiciones físicas y antropométricas del trabajador, como a las aptitudes intelectuales del mismo, encuadrándose dentro de éstas a su formación genérica o de base, como a su experiencia vital y sobre todo profesional en el sector de actividad o puesto de trabajo para el que haya sido contratado.

³⁴⁰ Entendiendo por tales tanto al grado de dificultad de las tareas propias del puesto y que debe desempeñar el trabajador en misión, como a las condiciones de mayor o menor peligrosidad derivada de los riesgos inherentes del puesto de trabajo a cubrir, en particular, y de las instalaciones de la EU en general.

estrechamente ligadas a los dos parámetros que acabamos de indicar. Por lo tanto, para conocer si el contenido de una determinada acción preventiva *cumple* con los requerimientos legalmente previstos, tendremos que ponerla en conexión con los riesgos propios de las tareas que van a desempeñarse y de la experiencia y cualificación de los trabajadores que van a realizarlas.³⁴¹

Una segunda reflexión al hilo de lo anterior que podemos extraer en orden a determinar los parámetros concretos de lo que debe suponer una formación <<*suficiente y adecuada*>>, se centra en torno a los *sujetos responsables* que tienen el conocimiento real de ambos parámetros, esto es: *condiciones del trabajador*, por un lado, y, del *lugar y tareas* que van a desarrollar en él, por otro.

En cuanto al primero de ellos, *las condiciones del trabajador* en general, y de su experiencia y cualificación profesional en particular, ya hemos concluido en apartados precedentes que el sujeto responsable y conocedor de las mismas es la *ETT*, por cuanto que es la empresa que lo contrata, y por tanto, conoce sus *aptitudes* y *actitudes*, así como su trayectoria laboral –su experiencia- a través de su *curriculum vitae*. En consecuencia, partiendo de tales conocimientos, la ETT es la empresa que está en mejores condiciones de saber *qué niveles* son precisos completar o complementar para dar la debida satisfacción a las exigencias legales de impartir a los trabajadores en misión una formación <<*suficiente y adecuada*>>.

En la línea de lo anteriormente expresado, y por lo que a la segunda circunstancia se refiere, es decir, *los riesgos* a los que vayan a estar expuestos derivados tanto de las tareas como del lugar de trabajo en que van a desarrollarse, aquí podemos traer a colación una conclusión expresada en anteriores apartados, consistente en que el sujeto responsable que se encuentra en inmejorables

³⁴¹ Sobre la cualificación y experiencia que presentan los trabajadores contratados por las ETTs para ser puestos al servicio de las EUs, el sindicato *Comisiones Obreras (CC.OO)*, realizó un estudio en 1999 denominado <<*Empleo y empresas de trabajo temporal (1994-1998)*>>, según el cual se desprende que el 63% de estos trabajadores posee un nivel de estudios igual o inferior al graduado escolar, el 51% presenta edades comprendidas entre los 16 y 29 años de edad y siendo la edad media global de 26,8 años. De estos datos se deduce que, al menos en los que a formación y experiencia de partida de los trabajadores contratados por ETTs, es francamente escasa, y que como contrapartida a esa bisoñez las distintas normas legales insisten sobremanera en dotar de una formación, al menos en materia preventiva, que ni su bagaje académico ni su experiencia profesional les permite tener en la mayor parte de las ocasiones.

condiciones de conocer las circunstancias en que van a desenvolverse los trabajadores en misión es, sin duda alguna, la *EU*, por cuanto que conoce de primera mano tanto el *lugar*³⁴² como la *actividad* que se realiza en el seno de sus propias instalaciones.³⁴³

En cualquier caso, y según hemos concluido en apartados precedentes, la ETT es la legalmente responsable de que *su trabajador* reciba la mejor formación preventiva o que, como mínimo, ésta sea <<*suficiente y adecuada*>>.

Además, el nuevo art. 12.3 de la LETT³⁴⁴ muestra esta conclusión con términos aún más incisivos al establecer que la ETT <<*deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su*

³⁴² Dentro de este <<*lugar*>> debemos incluir no sólo el espacio físico en el que se desarrollan las distintas funciones y tareas de cada trabajador, sino que además tenemos que considerar con mayor importancia si cabe, el empleo de la maquinaria y utillaje necesarios para desempeñar esas tareas y que precisamente es donde radican las mayores dificultades y los mayores riesgos y por ello es donde deben concentrarse las acciones formativas tendentes a prevenirlos.

³⁴³ Para entender en la práctica todo esto, cabe traer a colación –por lo didáctico de la misma–, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Alicante de 30 de mayo de 2002 (AS 2002/2053), cuyo relato fáctico dice que desde la incorporación a la EU del trabajador cedido a ésta por la ETT, <<*fue designado para hacerse cargo de la máquina abridora batidora de borra, denominada diablo, habiendo realizado previamente, labores de ayuda al trabajador responsable de la misma durante tres días y durante dos o tres horas al día a los efectos de adquirir práctica sobre el trabajo a desarrollar. En el momento del accidente, que se produjo en el turno de noche, (...) al observar (el trabajador en misión) que del embudo de salida de la batidora porcupino no salía la fibra, interpretó que se había producido un atasco, precisamente en el propio tambor o a la salida del mismo, y tras pulsar el mando de paro general de la máquina y comprobar que la máquina estaba parada, se dirigió hacia el embudo de salida de la materia, abrió una ventana que dicho embudo tenía en su superficie superior e introdujo por ella la mano dirigiéndola hacia el tambor. Al acercar la mano al tambor, resultó que éste conservaba todavía un importante movimiento de inercia y con la cuchilla y las púas seccionó o amputó los dedos 1º, 2º y 3º de la mano derecha.*>> Como respuesta jurídica a estos hechos, el juzgador entendió que <<*al margen del alcance de la responsabilidad de la ETT respecto del acta de infracción realizada a la misma, la empresa usuaria también incumplió sus obligaciones en materia de seguridad en el trabajo reglamentariamente impuesta (...) habida cuenta de lo establecido en el artículo 19.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 14.2, 15.1, 16.2, 19, 28.1, 2 y 5, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995, al no facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores, antes de que comiencen a desempeñar cualquier puesto de trabajo acerca de los riesgos y peligros que en él puedan afectarle, y sobre la forma métodos y procesos que deben observarse para prevenirlos para evitarlos (...) a pesar de que el citado empresario dispuso de algunas medidas para la enseñanza en el uso de la máquina denominada diablo por parte del trabajador, que recibió las instrucciones en el centro de trabajo durante un pequeño número de horas a lo largo de tres días, éstas no fueron lo suficientemente adecuadas para la instrucción, no sólo del manejo, como así se desprende de la declaración de hechos probados, sino preferentemente y como finalidad propia de la prevención de riesgos y peligros que en él puedan afectarle*>>.

³⁴⁴ Este precepto trae causa de la norma reglamentaria que cronológicamente precedió a la Ley 29/1999, en concreto del primer párrafo del art. 3.3 RD 216/1999.

cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto.>>

Profundizando un poco más cabe destacar que el art. 3.3 RD 216/1999 exige no sólo la comprobación de que el trabajador posea <<la formación teórica y práctica en materia preventiva>>, sino que avanza un paso más y determina, además, que se verifique <<fehacientemente que la formación del trabajador es la requerida y que se encuentra actualizada y adaptada a la evolución de los equipos y métodos de trabajo y al progreso de los conocimientos técnicos.>> Ello significa que el contenido material de la formación preventiva tenga un carácter *dinámico*, y que por tanto, no se limite únicamente al cumplimiento de las acciones formativas iniciales, sino que se les otorgue un contenido finalista que las convierta en una verdadera formación *suficientemente adecuada*.

Así, en los supuestos en que se produzca algún cambio de funciones desempeñadas por el trabajador en misión o se introduzca una nueva tecnología, es la EU la que debe poner en conocimiento de la ETT estas circunstancias para que ésta proceda a realizar la formación oportuna, como así podemos inferir del art. 19.1 LPRL. Por tanto, aunque la EU pueda hacer uso de la <<movilidad funcional>> del art. 39.1 ET, como manifestación de su poder de dirección, en el caso de producirse el accidente de un trabajador en misión por esta circunstancia, la ETT –en principio– quedaría exonerada de responsabilidad cuando el trabajador carezca de la formación o experiencia adecuada para el nuevo puesto o las nuevas funciones ordenadas por la EU.³⁴⁵

Por su parte, la legislación comunitaria también se hace eco de este contenido *binómico*, en cuanto a lo que sobre esta materia debe entenderse por formación <<suficiente>> y <<adecuada>>. Y lo hace tanto a través de la Directiva 91/383/CEE como de la Directiva-Marco, aunque es en esta última en la que se hace una relación más profusa de lo que debe integrar una verdadera formación preventiva para que obtenga los *apellidos* de *suficiente y adecuada*.

³⁴⁵ En este sentido, *vid.* STSJ de Navarra de 23 de octubre de 2003 (RA-3503), al producirse el accidente de un trabajador en misión debido a la nueva adscripción del mismo por la EU.

Así, mientras la Directiva 91/383/CEE –específica en materia de prevención para las ETTs- se limita a señalar en su art. 4 que <<los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que (...) el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia>>, la Directiva-Marco –supuestamente más genérica- contempla una serie de cuestiones de mayor calado que deben tenerse presente a la hora de satisfacer las obligaciones formativas para con los trabajadores en misión.

Así, el art. 12.1 de la Directiva 89/391/CEE establece que <<el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación a la vez suficiente y adecuada en materia de seguridad y de salud y, en particular en forma de informaciones e instrucciones, con motivo de:

- su contratación,
- una mutación o cambio de función,
- la introducción o cambio de un equipo de trabajo,
- la introducción de una nueva tecnología,

y específicamente centrada en su puesto de trabajo o en su función.>>

Y a renglón seguido añade que <<dicha formación deberá:

- adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de nuevos riesgos, y
- repetirse periódicamente si fuera necesario.>>

Podemos afirmar, en primer término, que el precepto transcrito separa, por una parte, lo que pueden ser las *causas* que originan la obligación de impartir formación preventiva, de lo que son, a renglón seguido, los *contenidos necesarios* que dicha formación debe presentar, aunque a nuestro juicio, se olvida de algunos parámetros muy importantes que debieran formar parte de esos contenidos formativos mínimos, para centrarse únicamente en el reciclaje de la instrucción preventiva.³⁴⁶

³⁴⁶ Vid. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., <<La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español>>, op. cit., pp:

Por otra parte, y en lo atinente a las *causas* que hemos visto en el precepto transcrito y por las que se genera tanto la obligación como la necesidad de impartir formación preventiva a los trabajadores, cabe realizar algunas matizaciones a cada una de ellas.

En primer lugar se cita como *motivo* de impartir formación *suficiente a la vez que adecuada* al trabajador, el de <<*su contratación*>>. A este respecto cabe recordar la gran incidencia que tiene en la prevención de los riesgos laborales la modalidad contractual empleada, y muy especialmente su *temporalidad*³⁴⁷, debiendo ser ésta, a nuestro juicio, *directamente proporcional* a la necesidades de formación, precisamente para contrarrestar la brevedad en la duración del contrato.

En segundo término, las otras *tres causas* o motivos que se indican en el art. 12.1 de la Directiva-Marco responden a un mismo patrón como es el de la variación en la *función* a desempeñar, o la introducción de alguna novedad *tecnológica* o en los *equipos de trabajo* que incida en el desarrollo de la actividad laboral. A nuestro modo de ver, empero, creemos que el art. 12.1 de la Directiva-Marco incurre en una innecesaria redundancia, ya que la práctica totalidad de los cambios introducidos en los equipos de trabajo suelen provenir de la aparición de alguna novedad tecnológica.

En definitiva, se trata de prevenir los riesgos laborales que pudieran derivarse de las funciones del puesto de trabajo, mediante la formación precisa tanto en cantidad como en calidad que permitan garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores, en términos muy similares a lo que nuestra legislación interna ha traspuesto de estas normas europeas cronológicamente anteriores, y materializados, sobre todo, en el art. 28 LPRL.³⁴⁸

1221 y ss.. Así como GONZALEZ DE LENA LAVAREZ, F., <<*La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas comunitarias. Balance y perspectivas a comienzos de 1989*>>, en *Relaciones Laborales 1989-I*, pp: 1296 y ss.

³⁴⁷ Sobre la especial incidencia que presenta la temporalidad en la siniestralidad laboral ya aparecen recogidas sobremano en el denominado <<*Informe Papandreu*>>. En cuanto al escenario en el que fueron elaboradas las Directivas relativas a esta materia, vid. BLANPAIN, R., <<*La situación del trabajo temporal en Europa*>>, en *Revista de Trabajo*, 1982, pp: 12 y ss.

³⁴⁸ Cabe reseñar que sobre esta materia no existe a fecha de hoy ninguna sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Desconocemos, no obstante, si esta ausencia

6.2. Contenido teórico y contenido práctico de la formación preventiva.

Otro criterio de clasificación del contenido formativo en materia de prevención de riesgos laborales consiste en diferenciar lo que es la instrucción teórica del aprendizaje meramente práctico.

En este sentido, el art. 12.3 de la LETT de 1999³⁴⁹, establece en su párrafo primero esta distinción al decir que la ETT *<<deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar>>*.³⁵⁰

Sin embargo, esta distinción no se aprecia en ninguna de las dos Directivas comunitarias reguladoras de la materia, limitándose tan sólo a requerir que sea una formación *suficiente y adecuada*. lo que unido a su anterioridad cronológica con respecto a nuestra LPRL y sobre todo nuestra LETT, nos indica que se trata de una

jurisprudencial obedece a una nula litigiosidad sobre la materia –de hecho a nivel interno o estatal ya es de por sí muy escasa-, o bien, la relativa *juventud* de la norma no ha permitido aún que llegue a esta instancia europea alguna causa judicial.

³⁴⁹ Como es sabido este apartado 3º se añadió a la redacción del art. 12 de la LETT mediante la Ley 29/1999, sin embargo, ya en el art. 3.3 RD 216/1999 se aludía por primera vez a esa distinción entre el contenido teórico y el contenido práctico de esa formación, al expresar que la ETT deberá asegurarse de el trabajador contratado por ella para ser cedido *<<posee la formación teórica y práctica en materia preventiva necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar.>>*

³⁵⁰ Destaca el hecho de que el art. 28 LPRL no realice distinción alguna sobre esta dualidad formativa. Por su parte, empero, el art. 19.1 LPRL, relativo a la formación en prevención de riesgos laborales para el conjunto de los trabajadores, sí hace referencia a esta distinción al señalar que *<<el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva>>*, de lo que se desprende que, para nuestro Legislador, este tipo de formación debe reunir, además de las condiciones de *<<suficiente y adecuada>>*, las de presentar un contenido teórico y uno práctico. Cabe afirmar así que este precepto nacional mejora o amplía sensiblemente al art. 12.1 de la Directiva-Marco del que trae causa, y no siendo por ello una mera transposición de éste. Cabe añadir, además, que tanto este art. 19.1 LPRL como el 12.3 LETT ya implican por sí mismos una mejora con respecto a nuestra legislación nacional básica, en particular el art. 19.4 ET que, bajo la desfasada rúbrica de *<<Seguridad e higiene >>*, tan sólo impone al empresario el deber de que la formación sobre esta materia sea *<<práctica>>* y *<<adecuada>>*, requerimientos éstos cuantitativa y cualitativamente inferiores a los referidos en nuestra actual regulación sobre la materia.

distinción *acuñada* únicamente por nuestro ordenamiento jurídico³⁵¹ y que, de algún modo, mejora o complementa a la normativa comunitaria.

En cualquier caso, toda acción formativa que se precie, sea de la índole que fuere, debe combinar en sus dosis adecuadas, tanto la enseñanza de conocimientos teóricos o conceptuales, con el aprendizaje de los métodos y procesos específicos de cada puesto de trabajo, incluyendo en su caso, claro está, la *familiarización* en el manejo de la maquinaria y herramientas que se precisen para el desempeño de las tareas que vaya a desempeñar el trabajador en misión.

A este respecto, cabría distinguir dos situaciones o momentos separados o diferenciados entre sí, pero al mismo tiempo, en paralelo a cada una de las modalidades formativas tanto teóricas como prácticas.³⁵²

Partiendo de esta premisa, la *formación teórica* sería, a nuestro modo de ver, *atemporal*, en cuanto al momento de su impartición, y en todo caso, *previa* a la formación práctica. Es por ello que, dado que esta formación no tiene un momento determinado para impartirse –lo que en ningún caso quiere decir que no se imparta-, cabe entender que puede –y debe- realizarse en todo momento, o al menos en cualquier momento.

Lógicamente, y con independencia de a qué empresa corresponda este tipo de formación, la única que está en condiciones de desarrollarla es la ETT, ya que es la que puede disponer del trabajador en todo momento si éste está contratado por tiempo indefinido, o bien puede proponerle algún contenido teórico para que mantenga unos niveles adecuados de formación de cara a próximas o sucesivas misiones.

Creemos además que esta formación teórica que corresponde a la ETT puede encuadrarse perfectamente en el deber de formación genérica al que están obligadas

³⁵¹ Dentro de nuestro ordenamiento jurídico pero referido a la formación preventiva del conjunto de los trabajadores, cabe recordar igualmente que el art. 19.1 LPRL hace referencia a que <<cada trabajador reciba una formación teórica y práctica>>.

³⁵² Sobre la distinción en dos fases diferenciadas correspondientes al capítulo de la formación preventiva, cfr. GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, op. cit., pg: 138.

las ETTs por mor del art. 12 LETT, y a la que han de destinar los oportunos recursos, con un mínimo legal establecido del 1% de la masa salarial.³⁵³

Esta cuestión del porcentaje destinado a formación, aparece contemplado en el Capítulo XI del *IV Convenio Estatal de Empresas de Trabajo Temporal*, el cual bajo el epígrafe <<Formación Profesional>>, señala en su art. 46.1 que <<con la finalidad de dar cumplimiento a la obligación general de suministrar al personal de puesta a disposición la formación necesaria y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, las empresas de trabajo temporal destinarán con periodicidad anual el 1 por ciento de la masa salarial a la cobertura de las necesidades de formación de los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias>>.

Y en relación con lo anterior, y como claro reflejo de la importancia que para el sector de las ETTs presenta la prevención de riesgos laborales, es imprescindible traer a colación el art. 46.2 de IV Convenio Colectivo de las ETTs, al disponer que la cantidad del 1% de la masa salarial destinada a formación <<será incrementada en un 0,25 por ciento de la masa salarial, prestando con dicho incremento especial atención a la formación en materia de prevención de riesgos y salud laboral>>.

Por lo que respecta a la *formación práctica*, ya hemos indicado en alguna ocasión que la que se encuentra en mejor disposición de conocer tanto las instalaciones como la maquinaria empleadas en ellas, es sin duda la EU. Por ello, de cara a una formación práctica, y dado que la formación debe <<estar centrada específicamente el puesto de trabajo o función de cada trabajador>>³⁵⁴, lo más adecuado es realizar este tipo de formación en el seno de la propia EU, en la medida en que los riesgos <<derivados del puesto del puesto de trabajo y del centro de trabajo concretos donde el trabajador en misión va a operar y no son conocidos por la ETT, ni esta tiene capacidad para formar de los mismos al trabajador en misión. Esta parte de la formación claramente corresponde, su materialización, a la empresa usuaria, porque estos riesgos y las medidas de protección y prevención

³⁵³ Sobre la cotización de esta cuota formativa, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. *Las Empresas de Trabajo Temporal en España*, Valencia, 1994, pg.: 115.

³⁵⁴ *Cfr.* art. 19.1, párrafo segundo, de la LPRL.

correspondientes son, con toda seguridad, diferentes de una empresa usuaria a otra>>³⁵⁵

Por otro lado, nada impide que sea la EU la que asuma estas labores formativas pero no por ello la obligación jurídica que, en todo caso, corresponde a la ETT. No obstante, algún convenio colectivo se ha pronunciado en contra de que la formación preventiva de los trabajadores en misión se lleve a cabo en el seno de la EU.³⁵⁶

En definitiva, se trata de que cada fase formativa sea la adecuada de cara a conseguir el objetivo último de la seguridad y la salud laboral.

VII.- LA GESTIÓN FINANCIERA DE LOS COSTES DERIVADOS DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA.

Toda acción empresarial, sea de la índole que sea, genera una serie de costes que, en el caso que nos ocupa de la formación sobre prevención de riesgos laborales, pueden reconducirse a través de la oportuna gestión financiera de los mismos. Veamos seguidamente y con detenimiento las controversias suscitadas en torno a los costes derivados de las acciones formativas en materia de prevención de riesgos laborales.

Ya en las primeras épocas de la revolución industrial que propició el desarrollo sostenido de un tejido empresarial, y hasta fechas muy cercanas, no existía en absoluto un verdadero sistemas de prevención de riesgos laborales, ni mucho menos una cultura en materia de seguridad y salud laboral. Lo que primaba era la producción³⁵⁷, quedando reducido a un mero papel marginal todas las

³⁵⁵ Cfr. CRESPIÁN ECHEGOYEN, J., *Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 1998, pg:235.

³⁵⁶ En este sentido, cfr. art. 31 del convenio colectivo de la empresa de trabajo temporal <<*Tempo Grup, ETT.S.A.*>> (DOGC 28/12/1998)

³⁵⁷ Sobre las distintas etapas de la Era Industrial, vid. GIDDENS, A., *Sociología*, Madrid, 1995, pp: 527 y ss.

cuestiones relativas a accidentes laborales que tan sólo adquirirían protagonismo como noticias de las negras páginas de sucesos y no como sintomatología de un auténtico problema social.

Es más, el concepto de <<enfermedad laboral>> sencillamente no existía. Así pues no es de extrañar que en el pensamiento de la época, los trabajadores en cuanto que personas, padecen enfermedades sin más, sin “apellidos”, y que en ningún caso son producto de su actividad laboral sino del propio devenir de la vida. Al mismo tiempo se consideraba al <<accidente laboral>> como una incidencia más de la actividad productiva al que había que acoger con el estoicismo que el progreso y el desarrollo industrial conllevaban.

Todas las medidas de prevención de riesgos laborales eran tildadas de freno que restaba eficacia a la frenética actividad productiva, por lo que en ningún caso se consideraban como una aportación favorable a la consecución de los objetivos empresariales uniconvergentes en la producción en términos cuantitativos.

El avance de las presiones sociales y sindicales, unido a la notable envergadura que representan los costes –no sólo económicos- derivados de la siniestralidad laboral en el conjunto de la competitividad empresarial, consiguieron un nuevo planteamiento de esta ideología, a la par que un creciente interés por todas estas cuestiones.

Hoy en día, y tras la promulgación de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, unida a todo su desarrollo normativo, podemos afirmar que la situación se ha transformado sensiblemente, si bien aún no se han alcanzado las cotas que serían deseables para hablar de una verdadera cultura preventiva en el seno del tejido productivo y empresarial. Así las cosas, cabe afirmar que existen ya muchas empresas que entienden que un adecuado sistema de prevención de riesgos laborales no sólo no es perjudicial ni ralentizador para la actividad empresarial sino que influye favorablemente en el clima laboral, la propia productividad y la cuenta de resultados de la empresa.

Todo lo anterior, se consigue, precisamente, gracias a una reducción de costes por la vía de la reducción de las bajas laborales por Incapacidad Temporal (IT), costes sanitarios derivados de accidentes en el trabajo, reducción o inexistencia de sanciones administrativas o judiciales provocadas por la insuficiencia o inadecuación del sistema preventivo, mayor seguridad en los procesos que incide en una mayor eficiencia de los mismos. Y junto a esta reducción de gastos, se produce otro efecto positivo para la empresa como es el del incremento de la productividad, aumento de la calidad del producto o del servicio a través de un mejor clima laboral y una mayor motivación del personal, y sin olvidar los beneficios enriquecedores procedentes de una mejora en la imagen, tanto interna como externa, de la propia organización empresarial.

Dentro de esta dualidad de beneficios que acabamos de apuntar consistente en una reducción de costes, por un lado, y un incremento de los resultados empresariales, por otro, en el presente apartado, dedicado a los costes de formación, vamos a centrarnos, lógicamente, en el primero de los grupos, es decir, en el de los costes, dejando para otros episodios el estudio de la incidencia de los beneficios por la vía de los incrementos empresariales derivados de un adecuado sistema de prevención.

Dentro del grupo de los beneficios derivados del establecimiento de un sistema de prevención a través de la reducción de costes, debemos establecer a su vez una dicotomía entre lo que podríamos denominar <<costes de retorno>>³⁵⁸ y lo que podríamos denominar como <<costes de no retorno>>³⁵⁹. Partiendo de la premisa según la cual ambos grupos presentan como denominador común el hecho

³⁵⁸ Algunos autores, cfr. TEJADA PONCE, A., PEREZ MOROTE, R., ANDUJAR TENDERO, M.J., en <<La gestión financiera de la prevención de riesgos laborales en la empresa>>, *Relaciones Laborales 2001-I*, pg.: 1371; denominan a este tipo de costes con el término de <<costes de seguridad>>, definiendo éstos como <<los derivados de la implantación y desarrollo de las actividades necesarias para alcanzar los objetivos de prevención pretendidos y, por tanto, representan el esfuerzo económico necesario para asegurar que se cumplan los niveles de seguridad establecidos, es decir, aquellos ocasionados por las actividades de prevención y de evaluación que la empresa debe acometer para elaborar e implantar un plan de prevención de riesgos laborales.>>

³⁵⁹ Según los autores anteriormente mencionados, a este grupo de costes les denominan como <<costes de accidentes laborales>>, entendiéndolo por éstos, según su propia definición, como <<aquellos asociados a los fallos o errores en los procesos productivos y expresan las consecuencias económicas negativas de los accidentes laborales.>> Cfr. TEJADA PONCE, A., PEREZ MOROTE, R., ANDUJAR TENDERO, M.J., en <<La gestión financiera de la prevención de riesgos laborales en la empresa>>, *op. cit.*, pg.: 1371.

de ser <<costes>>, la diferencia fundamental entre los pertenecientes a uno u otro grupo estriba principalmente en que los primeros, es decir los costes de retorno, pueden ser considerados como una <<inversión>>³⁶⁰, en la medida en que las partidas presupuestarias que a ellos dediquemos serán devueltas –retornadas- en forma de beneficios para la empresa que, no han de ser necesariamente ni económicos ni cuantificables aunque sí claramente perceptibles, ya que se manifestarán a medio y largo plazo en una serie de beneficios derivados de un mejor clima laboral, una mayor motivación del personal que redundará en una mejora de la calidad en el servicio o producto y por ende un incremento de la productividad que se traduzca en una cuenta de resultados más satisfactoria.

Por el contrario, lo que hemos denominado como <<costes de no retorno>>, hace referencia a que son costes más identificados con una naturaleza de <<gasto>>, es decir, no presentan ningún beneficio intrínseco, no aportan <<valor añadido>> a la actividad de la empresa. El único beneficio que aportan radica simplemente en que se ejecuten o no estos costes, es decir, el hecho de no producirse -la propia inexistencia de estos gastos- es precisamente el mejor, o el único, beneficio que aportan a la empresa. A este grupo pertenecerían principalmente dos categorías, a saber: las sanciones –judiciales y/o administrativas-; y los costes derivados de la <<no salud>> de los trabajadores –bajas por IT y accidentes laborales-.

En consecuencia, y partiendo de la anterior clasificación, los <<costes de formación>> pertenecerían al grupo de los <<costes de retorno>>, presentando una naturaleza más próxima a la inversión de recursos que al de gasto.

7.1. Costes de prevención y costes de evaluación.

³⁶⁰ Excepción hecha de la trascendencia legal y temporal de los términos <<inversión>> y <<gasto>> en las concepciones contables y fiscales. Aquí tendría una interpretación en sentido positivo para el caso de las inversiones, y en sentido negativo para el de gasto, es decir, de aportación o no de valor añadido a la actividad productiva de la empresa.

Dentro de la clasificación que hemos realizado anteriormente, cabe realizar una subclasificación en torno al grupo de los costes de seguridad o costes de retorno. Esta subclasificación atiende a la nomenclatura de <<costes de prevención>>, por una parte, y los <<costes de evaluación o inspección>>, por otra³⁶¹. Veamos seguidamente cada uno de ellos para después determinar el encuadre que los costes de formación tienen dentro de los mismos.

Por costes de prevención entendemos los relativos al conjunto de <<todas las actividades específicamente diseñadas para evitar los accidentes laborales en la organización.>> En consecuencia son <<los costes de las acciones que se han llevado a cabo para planificar los productos y procesos con el fin de minimizar los riesgos laborales para los efectivos de la empresa.>>³⁶²

Por otra parte, cabe entender por <<costes de inspección o evaluación>>³⁶³ a <<los relativos a las mediciones, inspecciones y auditorias de los procesos productivos al objeto de comprobar si éstos se desarrollan de conformidad con las normas de prevención de riesgos laborales establecidas.>>³⁶⁴

A la vista de las definiciones apuntadas, y teniendo en cuenta los principios y objetivos en los que se asienta la formación preventiva, resulta fácil determinar que los costes que ésta conlleva, es decir los costes derivados de la formación preventiva, deben agruparse en torno a lo que se ha denominado como <<costes de prevención>>. Ello es así en la medida en que los costes de formación presentan como una de sus características fundamentales la de servir de herramienta <<específicamente diseñada para evitar los accidentes laborales (...) con el fin de minimizar los riesgos laborales para los efectivos de la empresa>>.³⁶⁵

³⁶¹ Sobre la nomenclatura de cada una de las tipologías de *costes de seguridad*, cfr. TEJADA PONCE, A., PEREZ MOROTE, R., ANDUJAR TENDERO, M.J., en <<La gestión financiera de la prevención de riesgos laborales en la empresa>>, *op. cit.*, pg. 1371.

³⁶² Sobre estas definiciones, cfr. TEJADA PONCE, A., PEREZ MOROTE, R., ANDUJAR TENDERO, M.J.; en <<La gestión financiera de la prevención...>>, *op. cit.* pg.: 1371.

³⁶³ Sobre el origen de esta definición, cfr. TEJADA PONCE, A., PEREZ MOROTE, R., ANDUJAR TENDERO, M.J., en <<La gestión financiera de prevención ...>>, *op. cit.*, pg.: 1372.

³⁶⁴ Dentro de las actividades cuyos costes pueden encuadrarse dentro de este grupo podemos enumerar las que siguen: encuestas higiénicas, pruebas, inspecciones y auditorias durante el proceso y en el producto final, estudios de evaluación de riesgos, etc.

³⁶⁵ Entre el conjunto de actividades que pueden encuadrarse dentro del grupo de los <<costes de prevención>>, podemos citar las siguientes: implantación de defensas y protecciones en máquinas e

7.2. La prohibición legal de financiar los costes formativos.

*La normativa al respecto es parca y se pronuncia en términos negativos, ya que se halla más orientada a decir quién no debe correr con los gastos derivados de la formación que a explicar pautas sobre la imputación de los mismos.*³⁶⁶

*Antes de entrar en el terreno del análisis positivo de la financiación formativa, se trata, en este apartado, de descartar quién no debe, por mandato legal, financiar los costes formativos de la prevención de riesgos laborales en el seno de las ETTs. Así pues, y al hilo de lo que hemos indicado más arriba, ya la Ley 14/1994, en el párrafo tercero de su art. 12.2, señalaba que <<será nula toda cláusula del contrato de trabajo temporal que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación.>> Esta nulidad se ha trasladado –como no podía ser de otro modo– a la actual LETT a través de la Ley 29/1999, presentando idéntica redacción aunque en este caso el párrafo de la Ley 14/1994 que hemos transcrito se perfila con mayor autonomía y sustantividad, pasando a convertirse en el nuevo apartado 4 del art. 12 LETT.*³⁶⁷

En términos muy similares a los descritos por la norma nacional, se manifiesta el art.12.4 de la Directiva-Marco³⁶⁸ al indicar que la formación sobre

instalaciones, servicios de Medicina de Empresa y de prevención, mantenimiento de las condiciones ambientales adecuadas de trabajo, adaptación de los puestos de trabajo (ergonomía), etc.

³⁶⁶ Sobre un estudio, más de índole contable que legal, de la imputación de los costes de prevención, vid. TEJADA PONCE, A., PEREZ MOROTE, R., ANDUJAR TENDERO, M.J. en <<La gestión financiera de la prevención de riesgos laborales en la empresa>>, op. cit. pg.:1736 y ss.

³⁶⁷ Sorprende sobremanera que una cuestión tan importante como es la relativa a la prohibición de no imputar gasto alguno a los trabajadores contratados y, en consecuencia, formados por la ETT se haya trasladado de una ley a otra sin la menor modificación, y que no se haya aprovechado la *intersección* que, para otras materias, ha representado el RD 216/1999, para ampliar de alguna manera la asignación o reasignación –en su caso– de los costes que obligatoriamente genera toda acción formativa en general, y la preventiva para los trabajadores en misión en particular.

³⁶⁸ Resulta paradójico que la Directiva-Marco –por definición más genérica– recoja una prohibición tan concreta y taxativa como es la de no repercutir los costes formativos sobre los propios trabajadores o sus representantes que, empero, no ha sido contemplada por la Directiva 91/383/CEE, más específica sobre la prevención de los trabajadores de las ETTs que, como puede comprobarse a través de su articulado, guarda absoluto silencio sobre el particular. La explicación que a nuestro juicio

prevención de riesgos laborales <<no podrá correr a cargo de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores.>>³⁶⁹ Aquí podemos comprobar una vez más como la genérica Directiva-marco va más allá que las normas más recientes y se muestra más concreta al dar un paso más en la definición de los sujetos no obligados a soportar las cargas derivadas de las distintas acciones formativas en materia de prevención de riesgos laborales.

Junto a lo anteriormente expresado, y dentro del terreno sustantivo del Derecho positivo, cabe señalar que si la ETT es la legalmente designada para cumplir con la obligación de dar formación sobre prevención de riesgos laborales a los trabajadores que vayan a ser cedidos a las respectivas EUs, es lógico pensar que sean las ETTs las que deban hacer frente a los gastos generados por dicha formación, con independencia de que tales costes sean finalmente repercutidos en la facturación que, vía CPD, giren las ETTs a las EUs³⁷⁰; es decir, incluyendo la formación como un elemento constitutivo más del precio³⁷¹ del CPD en el contexto global de los servicios de la cesión legal de mano de obra.³⁷²

No obstante, el que la ETT sea la responsable y por ende la encargada de hacer frente a los gastos derivados de la formación preventiva de los trabajadores en misión, no representa en absoluto que debe ser ella la encargada de impartir de manera absoluta y excluyente las acciones formativas tendentes a garantizar la seguridad y la salud laboral de sus trabajadores. Es más, no sólo nuestro

puede justificar esa laguna estribaría en que si ya existe una clara y tajante prohibición sobre el particular por parte de la Directiva-Marco para el conjunto de los trabajadores, podría resultar una reiteración el hecho de incorporar en su articulado una prohibición semejante. No obstante, hemos podido constatar como esa *duplicidad* ha existido sobre otras materias de similar calado normativo.

³⁶⁹ Sobre la formación en prevención de riesgos laborales de los representantes de los trabajadores, y en particular los <<Delegados de Prevención>>, cfr. art. 37.2 LPRL.

³⁷⁰ Recuérdese que el CPD es un contrato de naturaleza mercantil, y que por tanto, este tipo de situaciones ya aparecen contempladas en el elenco tarifario de los servicios ofrecidos por las ETTs.

³⁷¹ Resulta, empero, llamativo encontrar el término <<precio>> en el seno del texto de una norma de naturaleza laboral y no mercantil, en la que dicho vocablo presentaría una mejor contextualización, toda vez que las normas laborales están eminentemente destinadas a las personas (trabajadores) y lo mercantil a las cosas (mercancías). Por ello, la mezcla, en un mismo texto normativo, de los términos <<precio>> y <<trabajadores>> no deja de provocar una extraña e incómoda sensación que, llevada a sus extremos, puede evocar épocas pretéritas y afortunadamente superadas de esclavitud en el que ciertamente se pagaba un *precio* por la *adquisición de personas para trabajar*.

³⁷² El RD 4/1995, reglamento de las ETTs, nos recuerda en la letra h) de su art. 14 que uno de los datos mínimos y obligatorios que debe consignarse en el propio CPD es el del <<precio convenido>>, dentro del cual deben aparecer ya incluidos como un *todo*, los gastos derivados de la formación preventiva.

ordenamiento laboral y las directivas europeas lo permiten, sino que desde el punto de vista organizativo puede resultar más recomendable la cesión de estas tareas formativas -que en sí no constituyen el núcleo de la actividad principal de las ETTs- a empresas o entidades, públicas o privadas, que presenten un mayor grado de especialización sobre la materia, y por lo tanto, capaces de ofrecer una mayor eficiencia, calidad y dedicación al deber de instruir sobre prevención de riesgos laborales.

7.3. Las Entidades Públicas que intervienen en la financiación de la formación preventiva.

Siguiendo nuestra línea argumental, y dentro del capítulo dedicado a la financiación de las acciones formativas sobre prevención de riesgos laborales, conviene destacar la existencia de cursos subvencionados por los Acuerdos de Formación Continua vigentes tanto en el sector privado como en el sector público³⁷³; y que fueron celebrados en virtud de la aprobación de Acuerdos Tripartitos sobre Formación Continua, entre La Administración Pública y las Organizaciones Empresariales y Sindicales.³⁷⁴

Pero sin duda, el instrumento normativo que mayor incidencia presenta en el terreno del sector de las ETTs es el II Acuerdo Nacional sobre Formación Profesional Continua en el Sector de Empresas de Trabajo Temporal³⁷⁵, mediante el cual se pretende dar una respuesta adecuada siguiendo <<el valor estratégico que representa la formación continua>> a la <<adaptación permanente de la evolución de

³⁷³ Cfr. III Acuerdo Nacional de Formación Continua, aprobado mediante Resolución de la Dirección General de Empleo de 2 de febrero de 2001 (BOE 47/2001, de 23 de febrero), con una vigencia prevista por el propio Acuerdo hasta el 31 de diciembre de 2004.

³⁷⁴ Cfr. III Acuerdo Tripartito sobre Formación Continua, aprobado mediante Resolución de la Dirección General de Empleo de 1 de febrero de 2001 (BOE 40/2001 de 15 de febrero, corrección de erratas BOE 62/2001, de 13 de marzo).

³⁷⁵ Resolución de 16 de junio de 1997 de la Dirección General de Trabajo (BOE de 18 de julio de 1997) por la que se dispone la inscripción, registro y publicación del II Acuerdo Nacional de Formación Continua en el Sector de Empresas de Trabajo Temporal (BOE de 1 de febrero de 1997), acuerdo alcanzado el día 19 de mayo de 1997, de una parte, por la Federación de Servicios de la UGT y la Confederación de Comisiones Obreras, y de otra parte, por la Asociación Española de Empresas de Trabajo Temporal (GEESTA), Unión de Empresas de Trabajo Temporal (UETT) y la Asociación Catalana de Empresas de Trabajo Temporal (ACETT)

las profesiones y del contenido de los puestos de trabajo>>, *así como realizar una <<función social que permita a muchos trabajadores evitar el estancamiento en su cualificación profesional>>*.

Todo lo anterior se establece en orden a la consecución en el terreno concreto de la prevención de planes específicos, tanto a nivel sectorial como de empresa, sin perjuicio de las vías de actuación de otras instituciones principalmente públicas. Dentro de estas instituciones merece especial interés la <<Fundación Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo>>³⁷⁶ creada mediante la Disposición Adicional 5ª de la LPRL, y <<cuya finalidad será promover la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en las pequeñas empresas, a través de acciones de información, asistencia técnica, formación y promoción del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos.>>³⁷⁷

Junto a esta iniciativa de naturaleza pública, cabe destacar la existencia de fundaciones sectoriales constituidas entre empresarios y trabajadores, entre las que destaca la creación de la <<Fundación Laboral de la Construcción>>³⁷⁸, posiblemente motivada por el elevado índice de siniestralidad que presenta el sector, y que pretende cumplir con los objetivos de garantizar la seguridad y salud en el trabajo mediante la formación.

³⁷⁶ Adscrita a la <<Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo>> y dotada de un patrimonio <<con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación procedente del exceso de excedentes de las gestiones realizadas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.>>

³⁷⁷ Algunos autores han expresado sus reservas sobre la redundancia que pueden suponer las funciones de esta Fundación, en el sentido de confiar <<más a la Fundación las tareas de divulgación e investigaciones muy específicas sobre seguridad y salud en el trabajo. Tal vez se confíe en su carácter participativo, con representación de empresarios y trabajadores para el mejor cumplimiento de estas funciones.>> Vid. GONZALEZ ORTEGA, S. Y APARICIO TOVAR, J., en *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., pg.: 319. Sobre las funciones del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, cfr. art. 8 LPRL. Y sobre las funciones de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, cfr. art. 13 LPRL.

³⁷⁸ Cfr. art. 7 del Acuerdo Nacional Sectorial de la Construcción de 1995, publicado en el BOE de 18 de mayo de 1995 (nº 118), por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 25 de abril de 1995.

CAPITULO IV:

LA VIGILANCIA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN MISIÓN.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

La vigilancia de la salud se configura como uno de los tres pilares básicos – junto con la formación y la información- sobre los que asienta la prevención de riesgos laborales.

Por lo que a nuestro Ordenamiento jurídico se refiere, ya la Constitución española, a través de sus arts. 15 y 43 garantiza la salud para la ciudadanía en general y su art. 40.2 lo hace con respecto a los trabajadores en particular. Por su parte, el art. 4.2.d). ET³⁷⁹ establece para el conjunto de los trabajadores el derecho a <<su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.³⁸⁰>>

Con la promulgación de la LPRL³⁸¹ se concretan en el ámbito laboral una serie de normas tendentes a garantizar la seguridad y la salud en el trabajo, y en particular, a lograr ese objetivo a través de la vigilancia de la salud mediante controles médicos periódicos en función de los riesgos a los que vaya a estar expuesto cada trabajador, siendo el art. 22 LPRL el principal precepto destinado a la regulación de la vigilancia de la salud. Este precepto deviene a su vez de la transposición del art. 14 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, <<relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los

³⁷⁹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 29 de marzo).

³⁸⁰ Este término de <<seguridad e higiene>> ha quedado obsoleto ya que con la llegada de la LPRL –cronológicamente posterior al ET, tanto en su versión original como en la comprendida con ocasión de la refundición de este texto legal en fecha 24 de marzo de 1995- y la transposición de normas europeas, se ha cambiado los citados términos de <<seguridad e higiene>> por los de <<seguridad y salud>> en el trabajo.

³⁸¹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE nº 269, de 10 de noviembre). No obstante, esta LPRL no entró en vigor hasta el 11 de febrero de 1996.

trabajadores en el trabajo>>³⁸². Junto con esta Directiva se han generado determinados instrumentos no vinculantes de la Comisión sobre medicina laboral, entre los que cabe destacar la *Recomendación de la Comisión sobre Medicina del Trabajo en la Empresa*, de 20 de julio de 1962 que, dentro del marco diseñado por la *Recomendación de la OIT n° 112*, de 24 de junio de 1959, establece los principios fundamentales de la medicina del trabajo a nivel comunitario. Este documento europeo debe completarse con la *Recomendación 66/464/CEE*, de 27 de julio de 1966, *relativa al Control Médico de los Trabajadores Expuestos a Riesgos Particulares*.³⁸³

Dentro del glosario de términos de la LPRL acerca de lo que debe entenderse por <<*vigilancia de la salud*>>, la propia Ley 31/1995 no arroja ninguna luz sobre el particular, reenviando a otros textos normativos o convencionales³⁸⁴. Para el caso del concepto de la vigilancia de la salud hemos de acudir a las <<*normas experimentales UNE 81902:1996 EX*>>³⁸⁵ la cual define como tal <<*el control y seguimiento del estado de salud de los trabajadores con el fin de detectar signos de enfermedades derivadas del trabajo y tomar medidas para reducir la probabilidad de daños o alteraciones posteriores de la salud*>>³⁸⁶

En consecuencia, podría definirse la vigilancia de la salud como <<*el conjunto de actuaciones médicas y sanitarias diagnósticas aplicadas personalmente a trabajadores para evaluar su estado de salud en relación a los riesgos laborales y*

³⁸² D.O.C.E. L-183/1, de 29 de junio de 1989. En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, a esta directiva se la conoce como la *Directiva-Marco*, ya que a partir de la misma se han gestado el resto de directivas europeas sobre muy diversos ámbitos de la seguridad y salud en el trabajo.

³⁸³ Vid. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., <<*Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)*>>, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 82-1997, pg.: 228, así como SANCHO CUESTA, J., *La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento comunitario. Estudio y Código de Directivas*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, pp: 278 y ss.

³⁸⁴ Cfr. art. 1 LPRL al indicar que la normativa sobre prevención de riesgos laborales <<*está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito.*>>

³⁸⁵ Sobre el recurso a este tipo de normas, cfr. art. 5.3.a) RPRL.

³⁸⁶ El *Consejo Internacional del Sistema Nacional de Salud* desarrolla el contenido de esta normativa indicando que <<*la vigilancia de la salud de los trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 3 del artículo 37 del Reglamento de los Servicios de Prevención, y del estudio de las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre las causas de la enfermedad y los riesgos para la salud que pueden presentarse en los lugares de trabajo.*>>

orientar las actividades y estrategias preventivas, teniendo como objetivos prevenir –tanto en la detección de casos como de la evaluación de medidas preventiva-, determinar la idoneidad e informar y aconsejar al trabajador.>>³⁸⁷

En lo concerniente a la *naturaleza jurídica* de esta obligación de vigilancia de la salud, ésta es considerada como un *deber instrumental* o complementario del deber general del art. 14 LPRL. Este carácter instrumental es entendido por algunos autores³⁸⁸ porque se articula como un medio necesario para el correcto cumplimiento de las exigencias del deber general antes apuntado, del que es una concreción. En otros casos se ha encuadrado este derecho dentro de lo que podría denominarse como derechos laborales <<*inespecíficos*>>³⁸⁹, y que suponen unos <<*derechos fundamentales de la persona, reconocidos de una u otra forma en la mayoría de las Constituciones europeas y cuya actualidad estriba precisamente en la trascendencia que está cobrando su aplicación en el contrato de trabajo.*>>³⁹⁰

Por lo que al ámbito de las ETTs se refiere, el art. 28.3 LPRL establece que <<*los trabajadores a que se refiere el presente artículo tendrán derecho a una vigilancia periódica de su estado de salud, en los términos establecidos en el artículo 22 de esta Ley y en sus normas de desarrollo.*>>

Una primera consideración sobre esta norma partiría de la base de no ser un precepto *específico* para los trabajadores contratados por ETTs para ser cedidos a las EUs que los precisen.

³⁸⁷ Cfr. RESCALVO SANTIAGO, F., *Medicina del Trabajo (tomo I)*, Madrid, 2000, pg: 84 y ss.

³⁸⁸ Vid. SALA FRANCO, T y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Valencia, 1996, pg: 86.

³⁸⁹ Sobre esta denominación de <<*inespecíficos*>>, cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*, Madrid, 1991.

³⁹⁰ Cfr. DEL REY GUANTER, S., <<*Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: unas notas para una teoría general.*>>, en *Relaciones Laborales 1995-I*, pg: 182. En el mismo sentido vid. PEREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1986, pp: 22 y ss. Así como ROGEL VIDE, C., *Bienes de la Personalidad, Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Bolonia, 1985, pg. 133; y FREIXAS SANJUAN, T., *Constitución y Derechos Fundamentales*, Barcelona, 1992, pp: 5, 85, 86 y 103.

Esta falta de especificidad normativa llama la atención, ya que el sector de las ETTs³⁹¹ es precisamente uno de los sectores en los que se hace más palpable y acuciante, si cabe, la necesidad de un *plus* de rigurosidad acerca de uno de los pilares básicos de la prevención de riesgos laborales como lo es la vigilancia de la salud. No en vano, esta vigilancia médica representa una gran importancia para el conjunto de los trabajadores y, en el caso de los trabajadores en misión, esta vigilancia sanitaria adquiere una dimensión aún mayor, dadas las peculiares características en las que se desarrolla la actividad de tales trabajadores.

Por lo general, la breve estancia en el seno de las instalaciones de la EU impide la acumulación de experiencia o provoca la desubicación con la estructura de la EU, factores que denotan unas características deficitarias en diversas cuestiones que no siempre pueden ser compensadas con un mayor nivel de formación e información, por mucho que éstas sean *suficientes* y *adecuadas*.

Prueba de este déficit es que la normativa europea, a través de su norma específica en materia de prevención de riesgos laborales en las ETTs, la Directiva 91/383/CEE, la cual ya dispone en su <<cuarto Considerando>> que <<según las investigaciones llevadas a cabo, se concluye que en general los trabajadores con relación laboral de duración determinada o en empresas de trabajo temporal están más expuestos que los demás trabajadores, en determinados sectores, a riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesionales>>.³⁹²

Además, el conocido como *Informe Papandreu* puso de relieve estas características especiales y las carencias que ello suponía para los trabajadores en misión.

No obstante lo anterior resulta paradójico que en la reforma de la LETT de 1999 no se ampliara o concretara ningún aspecto relacionado con esta materia tan

³⁹¹ Junto con el sector de la construcción y determinadas industrias del sector químico.

³⁹² En nuestra legislación, el concepto de <<accidente de trabajo>> aparece recogido en el art. 115 LGSS como <<toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena>>. Asimismo, el concepto de <<enfermedad profesional>> se encuentra en el art. 116 LGSS, entendiéndose por tal <<la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional>>.

importante, sobre todo teniendo presente que la Directiva 91/383/CEE aplicable a las ETTs, dedica su art. 5 precisamente a la <<utilización y control médico de los trabajadores>>. Sorprende además que siendo esta regulación europea cronológicamente anterior a nuestras respectivas normas sobre ETTs de 1994 y 1999, éstas no hayan realizado ninguna aportación, desarrollo o modificación sobre una materia tan necesaria.³⁹³

En otro orden de cosas cabe resaltar que la vigilancia de la salud presenta una doble vertiente, *individual y colectiva*, a través de los <<reconocimientos médicos específicos>> y de la <<epidemiología laboral>>, respectivamente.

Para una mejor sistemática, centraremos nuestro estudio en lo que sería la *vigilancia individual de la salud*, es decir, los controles médicos a los que se ven sometidos los trabajadores pero considerados de manera singular, o lo que es lo mismo, idéntico tipo de examen pero multiplicados tantas veces como trabajadores sea preciso para lograr este fin último de garantizar la salud en el desempeño de la actividad laboral, no sólo durante la vigencia de ésta sino también una vez finalizada la relación de trabajo.

Junto con estos controles médicos, considerados como el elemento material del contenido de esta obligación, estudiaremos las garantías que llevan aparejados tales reconocimientos, como es la que determina la propia *Exposición de Motivos* de la LPRL al afirmar que este deber de vigilancia de la salud ha sido regulado <<con especial atención a la protección de la confidencialidad y el respeto a la intimidad en el tratamiento de estas actuaciones>>. Es de suma importancia que la información obtenida sobre esta materia a través de los controles médicos reciba un tratamiento de rigurosa confidencialidad que garanticen precisamente no sólo el derecho a la intimidad del trabajador, sino que eviten un uso indebido o diferido por parte del empresario –o de profesionales a su cargo- que provoque resultados nocivos o diferentes a los perseguidos por la norma.

³⁹³ Llama la atención que la Ley 29/1999 que es a su vez cronológicamente posterior al RD 216/1999 no haya modificado o introducido al respecto ninguno de sus preceptos o apartados para siquiera indicar alguna referencia a esta materia, lo que sin duda resalta aún más el desinterés del Legislador –no tanto así el Gobierno- sobre la vigilancia médica de la salud para estos trabajadores.

En consecuencia, nuestro estudio no se centrará en el carácter epidemiológico que puede presentar un riesgo laboral pero multiplicado de manera exponencial en la medida en que puede afectar a un conjunto más o menos amplio de trabajadores³⁹⁴, sino en el análisis de los elementos que integran el derecho de todos y, sobre todo, cada uno de los trabajadores y su correspondencia legal con la obligación empresarial de realizar controles médicos encaminados a lograr ese fin.

También nos encargaremos del estudio de las funciones y competencias³⁹⁵ de los que deben hacerse cargo de esta vigilancia de la salud, esto es, el SP – principalmente- ya sea éste *propio* o *ajeno*.³⁹⁶

Para finalizar, otearemos los *elementos formales* que componen la parcela más burocrática de la vigilancia de la salud, tanto en cuanto al contenido de la documentación precisa como en lo atinente al trasiego de la misma entre los distintos sujetos que intervienen en la vigilancia de la salud.

1.1. Breve reseña histórica de la vigilancia de la salud.

A diferencia de los elementos precedentes que inciden en la prevención de riesgos laborales de los trabajadores en misión (información, formación, etc.), en los que sería muy difícil ubicar su aparición en un determinado momento o período de la historia de las relaciones laborales, el elemento de la vigilancia de la salud permite,

³⁹⁴ Pensemos en las enfermedades propias que afectan a una determinada actividad profesional.

³⁹⁵ En el caso del sector de las ETTs, la *competencia* en orden a determinar los *límites* no sólo de procedimiento sino sobre todo *temporales* es de suma importancia, ya que, por un lado la responsabilidad es de la ETT pero mientras dure la puesta a disposición del trabajador contratado por ella en la EU, es el SP de ésta el que debe llevar a cabo los controles médicos, y eso salvando que dicho SP estaría controlando médicamente a trabajadores que no son de su empresa –la EU- y que por tanto –en principio- se hallan fuera de su ámbito competencial. Además, si legalmente la vigilancia de la salud de los trabajadores en misión debe *prolongarse* en el tiempo, dicha continuidad de control se rompe ya que el SP que había llevado a cabo lo es de la EU, y por tanto, los trabajadores que continúan bajo control médico ya no son trabajadores ni siquiera adscritos al ámbito espacio-temporal de la usuaria. Todas estas situaciones complejas y paradójicas son las que merecen un análisis pormenorizado por nuestra parte. Además hay que añadir el *coste económico* derivado del cumplimiento de dicha obligación de vigilancia médica.

³⁹⁶ Con independencia, claro está, de que la responsabilidad es siempre del empresario, considerándose éste en nuestro caso la propia ETT aunque con los matices que más adelante desgranaremos.

por el contrario, situar en un determinado hito su origen y evolución a través de los siglos hasta llegar a nuestros días. Creemos oportuno que traer a colación algunos retazos sobre esta trayectoria puede ayudarnos a comprender con mayor rigor, la relevancia que ha adquirido el control de la salud laboral hasta convertirse en un parámetro fundamental en los modernos sistemas de trabajo, en general, y de manera crucial en el seno de las relaciones laborales a través de ETTs.

Posiblemente, el nacimiento de la vigilancia de la salud dentro del terreno laboral podemos personalizarlo en la figura de Hipócrates en el año 460 a.C.³⁹⁷, y posteriormente Galeno, quien ya enseñaba a sus discípulos la necesidad de conocer y preguntar a los pacientes la profesión u oficio que ejercían con el fin de llegar al diagnóstico más adecuado posible. Son estas teorías galénicas las que llegan hasta el siglo XVII con la aparición de la figura de Bernardino Ramazzini de Capri³⁹⁸ con su obra <<*De Morbis Artificum Diatriba*>>³⁹⁹, así como el <<*Von der Bergsucht*>> de Paracelso⁴⁰⁰.

En España destaca dentro de este terreno la las Ordenanzas del Virrey Francisco de Toledo⁴⁰¹ en las que se regula seguridad e higiene en el trabajo de los indígenas americanos. Más adelante, en el siglo XIX, se recogen las primeras normas sobre accidentes de trabajo en la construcción de catedrales y templos a través de las denominadas <<*Actas Catedralicias de León*>>.

A mediados del siglo XX comienza a imponerse la supremacía del ser humano sobre el trabajo con el inicio de los métodos de gestión de los riesgos laborales a través del <<*profesiograma*>>⁴⁰². En este sentido cabe recordar a Mazel cuya filosofía es la de <<*evitar que de la fábrica, en la que la materia entra informe y de donde sale ennoblecida, la criatura humana, hecha de sangre y carne, de sensibilidad, inteligencia y alma, pueda salir disminuida y degradada*>>. Este

³⁹⁷ En particular con la descripción de lo que denominó <<*cólico saturnino*>>.

³⁹⁸ (1633-1714) a quien se le considera como el *padre* de la *Medicina del Trabajo*.

³⁹⁹ Tratado de las enfermedades de los artesanos, escrito en el año 1700, y que describe las enfermedades que padecen los trabajadores en relación con su actividad y los riesgos laborales derivados de la misma.

⁴⁰⁰ Monografía sobre las enfermedades de los mineros, escrita en 1534.

⁴⁰¹ En el año 1577.

⁴⁰² Consistente en la adecuación e idoneidad del trabajo a cada persona.

pensamiento pasó en 1959 a construir las bases de actuación de los Servicios Médicos del Trabajo.⁴⁰³

Con estas bases, los médicos de empresa fueron generando la necesidad de colaboración de otras especialidades no médicas en la detección y control de los riesgos derivados del trabajo. Así la *Organización Mundial de la Salud (OMS)* estableció la necesidad de crear unos equipos para la salud en el trabajo que puedan estudiar, determinar, prevenir y controlar los riesgos existentes con el fin de evitar y eliminar los daños para la salud, estando integrados tales equipos por: higienista, enfermero, psicólogo laboral, técnico de seguridad y técnico en ergonomía, además del médico de medicina del trabajo.⁴⁰⁴

Como colofón a esta breve reseña histórica quisiera traer a colación el *objetivo veinticinco de <<La Salud de las Personas en el Trabajo>>* de la OMS sobre estrategia de salud, al indicar que *<<para el año 2000, la salud de los trabajadores en todos los Estados Miembros debería haber mejorado, mediante la mejora del entorno de trabajo y promoviendo el bienestar de las personas en el mismo.>>*

1.2. Las *Especialidades* que integran la vigilancia de la salud.

Para desempeñar las tareas propias de la vigilancia de la salud es preciso contar con una serie de *Especialidades Técnicas* que permitan lograr el objetivo perseguido por nuestro ordenamiento laboral y que aparecen recogidas en el art.18.1.a) RSP. En este sentido, el *segundo párrafo* del art. 15.2 RSP establece que el SP *<<habrá de contar, como mínimo, con dos de las especialidades o disciplinas preventivas previstas en el artículo 34 de la presente disposición, desarrolladas por*

⁴⁰³ Estas bases de actuación de los Servicios de Medicina del Trabajo pueden resumirse en tres fundamentales, a saber: 1) Asegurar la protección de los trabajadores contra cualquier factor de agresión derivada del trabajo. 2) Contribuir a la acomodación física y mental de los trabajadores mediante la adaptación del trabajo al hombre. 3) Fomentar y asegurar el bienestar físico y mental del hombre que trabaja.

⁴⁰⁴ La composición de este equipo técnico auspiciado por la OMS ha sido recogido por la normativa europea –y obviamente por España– constituyendo la denominada *<<Unidad Básica de Sanitaria>>*.

expertos con la capacitación requerida para las funciones a desempeñar>>. Veamos seguidamente algunas pinceladas de cada una de estas Especialidades a las que hace referencia el art. 18.1.a) RSP.

Cabe reseñar que de las especialidades a las que seguidamente haremos referencia, las correspondientes a Ergonomía, Psicología, Higiene del Trabajo, y Seguridad Laboral, son competencia de la EU, mientras que las atinentes a la especialidad médica, y que por ende se encargan específicamente de la obligación de la vigilancia de la salud, resulta competencia esencial de la ETT. Veamos a continuación someramente cada una de estas especialidades.

* **MEDICINA DE EMPRESA:**

Además de este especialista hay otros.

* **ENFERMERÍA:** También denominado *Ayudante Técnico Sanitario* (más conocido por sus siglas *ATS*).⁴⁰⁵

* **HIGIENE INDUSTRIAL:** presenta una corta historia evolutiva, pudiendo situar los primeros pasos en 1938 con la <<*Conferencia Norteamericana de Higienistas Gubernamentales*>> y en 1953 con la creación de la <<*Sociedad Británica de Higiene Industrial*>>, aunque no es hasta 1986 en el <<*Seminario y Conferencia Internacional para la Formación y Educación de Higiene Laboral*>> celebrado en Luxemburgo, cuando se establecen los programas de formación y las funciones de higienista que a su vez son extraídas de las propias de los *Servicios de Salud Laboral* determinadas por la O.I.T.⁴⁰⁶

* **SEGURIDAD LABORAL:** Como técnica fundamental de la prevención e investigación del accidente de trabajo, comienza su andadura con la Revolución Industrial de 1744, apareciendo en España con la promulgación de la <<*Ley de Accidentes de Trabajo*>>⁴⁰⁷, aunque su desarrollo no se potencia hasta la entrada en

⁴⁰⁵ Con ocasión de la Ley de Reforma Universitaria (LRU) a estos profesionales sanitarios se les reconoce como *Diplomados Universitarios en Enfermería (DUE)*, pasando a denominarse indistintamente *ATS/DUE*.

⁴⁰⁶ Cfr. Norma O.I.T. 161, Parte II, artículo 5.

⁴⁰⁷ De 30 de enero de 1900, también denominada como <<*Ley de Eduardo Dato*>>.

vigor de la conocida <<*Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo*>> de 1971.

* **ERGONOMÍA y PSICOSOCIOLOGÍA APLICADA:** Se trata de dos especialidades relativamente recientes que van de la mano en la medida en que la primera va referida a la adaptación de los materiales y utensilios al trabajador y la segunda va unida a los trabajadores considerados como personas que deben adaptarse al medio laboral. La *ergonomía*, como técnica no inicia sus primeros pasos hasta principios del siglo XX impulsada en gran medida por la industria militar generada a raíz de las dos guerras mundiales al considerar las características físicas, mentales y sensoriales de los soldados con el fin de adaptar sus equipos a las necesidades de su actividad en combate (máscaras, prismáticos, calzado, mochilas, etc.). Por lo que a la *psicosociología aplicada* se refiere, se trata de una disciplina incardinada con la *psicología industrial*.

II.- LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS EN LA VIGILANCIA DE LA SALUD.

En la vigilancia de la salud de los trabajadores intervienen una serie de sujetos de muy diversa índole y etiología que comportan cada uno de ellos una responsabilidad y un papel competencial en orden al cumplimiento y observancia de estas obligaciones jurídicas, laborales y sanitarias.

Para ordenar de una forma sistemática la participación y funciones que cada uno de los elementos subjetivos juegan en la vigilancia de la salud, separaremos, en primera instancia, lo que serían los *sujetos privados*, es decir los que presentan su actividad preventiva en el ámbito estrictamente empresarial, de los *sujetos públicos*, o Autoridades que tienen competencia en este ámbito.

Una vez realizada esta primera separación, nos centraremos en el ámbito privado, es decir el que desarrollan los sujetos integrantes de una empresa. El ámbito público entendemos que carece de interés para nuestro estudio, toda vez que

abordaría sobre todo cuestiones atinentes al Derecho Administrativo y al reparto de competencias entre los diferentes órdenes –sanitario y laboral- de las distintas Administraciones implicadas con competencia en materia de sanidad, principalmente estatal y autonómica aunque con intervención de algún organismo especializado de la Administración periférica.

Dentro del ámbito empresarial habría que dividir en tres grupos los sujetos que tienen implicación en la vigilancia de salud laboral, ya sea desde una perspectiva activa o pasiva de esta obligación. Así, nos encontramos en *primer* término con el *empresario*, que a su vez, y como es sabido, presenta en el caso de las ETT una doble vertiente, la de la empresa usuaria y la de la empresa de trabajo temporal. En *segundo* lugar se presenta la expresión que podríamos definir como más *técnica* –y compleja- de esta obligación, y que se centra en el *Servicio de Prevención* (SP) y en los distintos *profesionales* que lo integran. Y el *tercer* elemento subjetivo, objeto de nuestro análisis, estaría formado por la incidencia que presentan los *órganos de representación de los trabajadores* en relación con la vigilancia de la salud de los trabajadores.

2.1. El empresario como principal sujeto responsable de la vigilancia de la salud.

A nivel general, el art. 22.1 LPRL establece que <<*el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.*>>

En el caso del sector de las ETTs, la primera interrogante es conocer el sujeto obligado a efectuar esta vigilancia de la salud.

La respuesta nos viene dada en el segundo párrafo del art. 28.5 LPRL, el cual establece claramente que la <<*empresa de trabajo temporal será responsable del*

cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 de este artículo.>>⁴⁰⁸

2.2. El Servicio de Prevención como sujeto técnico de la vigilancia de la salud.

Tras la promulgación de la Ley 31/1995, entendemos que un SP debe considerarse como un instrumento de gestión empresarial de primer orden que, además de cumplir su misión fundamental⁴⁰⁹, colabore a la consecución de los objetivos de la empresa, aportando los beneficios derivados de una correcta Planificación de la Prevención que se traduzcan no sólo en evitar los gastos generados por una incorrecta aplicación de las normas preventivas sino también -y como consecuencia de lo anterior- en una mejora de la actividad productiva de la empresa.⁴¹⁰

El art. 31.2 LPRL define el SP como *<<el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes, y a los órganos de representación especializados.>>*

Las *funciones* de este SP se concretan básicamente en: proponer a la Dirección de la empresa la *Política de Prevención* -a través de su *Plan Anual*-, promover e impulsar los hábitos saludables y preventivos en los trabajadores de la

⁴⁰⁸ Esta atribución de la responsabilidad de la vigilancia de la salud atribuida a la ETT ha sido muy criticada por la doctrina. En este sentido *cfr.* FERNANDEZ RAMIREZ, M., *<<Tratamiento de la seguridad e higiene en la nueva regulación sobre las Empresas de Trabajo Temporal>>*, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 75, pg: 144, para quien esta cuestión es *<<censurable desde el punto de vista lógico y jurídico, pues los controles voluntarios deberían corresponder a la empresa cliente por ser en ella en la que se lleva a cabo la prestación efectiva de los servicios>>*. En el mismo sentido, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *<<Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal>>*, *Relaciones Laborales 1992 (tomo II)*, pg: 358.

⁴⁰⁹ La *misión fundamental* del SP puede englobarse en detectar, analizar y valorar los riesgos laborales y su influencia sobre los trabajadores y los intereses económicos de la empresa a través del estudio de las condiciones de trabajo y del desarrollo de un programa eficiente y eficaz que logre tales objetivos.

⁴¹⁰ Teniendo por lo tanto más atribuciones que las de un mero servicio de medicina del trabajo que es las que le otorga la OMS, teniendo así un carácter más *estratégico* en la empresa, al defender la continuidad productiva a través de la seguridad y la salud de los trabajadores.

empresa, asesorar a la Dirección y a los distintos departamentos de la empresa en el área de su competencia, elaborar normas y procedimientos relacionados con la actividad preventiva como instrumento necesario para el desempeño de cualquier actividad que conlleve riesgo, y por último, desarrollar un *programa preventivo*.⁴¹¹

Así, en el terreno del Derecho positivo, el art. 31 LPRL está dedicado a los Servicios de Prevención (SP), destacando de manera específica el art. 31.3.f) LPRL que el SP tendrá como función <<la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo.>> Además, el apartado 4.) de este mismo precepto señala que el SP <<tendrá carácter interdisciplinario, debiendo sus medios ser apropiados para cumplir sus funciones.>> Añadiendo a continuación que para llevar a cabo este cometido <<la formación, especialidad, capacitación dedicación y número de componentes de estos Servicios, así como sus recursos técnicos, deberán ser suficientes y adecuados a las actividades preventivas a desarrollar>>.

Además de las funciones que ya hemos reseñado anteriormente, el SP realiza una serie de actividades que aunque con una incidencia menor en el terreno específico de las ETTs, merecen ser mencionadas, a saber:

- Información básica epidemiológica que debe enviarse y tenerse a disposición de la Autoridad Sanitaria.
- Estudio de las Enfermedades y Accidentes que se produzcan en los trabajos (consultas médicas tanto iniciales como sucesivas y su derivación –en su caso- a otras especialidades para la confirmación de diagnóstico y control).
- Promoción de la salud en el lugar de trabajo (Deshabitación del tabaco y/o alcohol, prevención del dolor de espalda, etc.)
- Campaña de vacunaciones (antigripal, hepatitis, tétanos, etc.)

⁴¹¹ Las tres características que debe tener este programa son: que sea integral, integrado y participativo. *Integral*, debido a su concepción *multidisciplinar* (integrándose por disciplinas tales como la *ergonomía*, la *psicosociología*, *Medicina del Trabajo*, *Seguridad en el Trabajo*, *Higiene Industrial*, etc.). *Integrado*, es una característica que recoge la Directiva-Marco y la LPRL al señalar que la planificación y organización de la acción preventiva deben formar parte de la <<organización del trabajo>>, estando así <<integrado en todos los niveles de gestión>>. *Participativo*, puesto que debe permitir la estimulación hacia la participación de todos los trabajadores así como de sus órganos de representación, haciendo que sea un *programa de todos*.

- Seguimiento del Absentismo laboral (separado por Enfermedades y Accidentes).
- Informe Médico-Pericial y Técnico para la tramitación de Incapacidad o Invalidez.
- Registro y Análisis de la Documentación Sanitaria.

2.3. La Participación de los representantes de los trabajadores en la vigilancia de la salud.

El art. 34 LPRL regula la participación de los órganos de representación de los trabajadores, a los cuales *<<les corresponde, en los términos que respectivamente les reconocen el Estatuto de los Trabajadores, (...), y la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo.>>* Este precepto es complementado para el caso específico de los trabajadores cedidos por ETTs por el art. 17.1 LETT, en virtud del cual estos trabajadores *<<tendrán derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral>>*, entre las que debemos entender las propias de la prevención, y por ende las relativas a la vigilancia de la salud.

Las principales consideraciones que cabe realizar en torno a esta representación se centran en el terreno del derecho a la información que tales órganos poseen respecto a la prevención de riesgos laborales, y que encuentran, sin embargo un importante muro de contención cuando se trata de información relativa a la vigilancia de la salud de los trabajadores ya que, según se ha visto más arriba, ésta se haya circunscrita por mor del art. 22.4 LPRL al personal médico y Autoridades Sanitarias.

No obstante lo anterior, conservan un derecho a la defensa de las garantías de los trabajadores ante determinadas situaciones que el propio ordenamiento jurídico contempla. Así, el art. 22.1 LPRL establece la *excepción del consentimiento* del

trabajador en la realización de controles médicos por las razones que el propio precepto establece, pero siempre que ante esa excepcionalidad medie el <<previo informe de los representantes de los trabajadores>>. Surge aquí la duda acerca del alcance que pueda tener el mencionado informe previo, pudiéndose dar la siguiente casuística.

La primera posibilidad que puede presentarse es que sea el empresario de la ETT el que amparándose en alguna de las tres causas de excepción que recoge el art. 22.4 LPRL, pretenda realizar algún tipo de examen médico a los trabajadores contratados por él pero ya cedidos a la EU. Aquí por tanto se plantea la duda de si los representantes de los trabajadores de la EU estarían en situación de ejercer la potestad de emitir el informe previo al que se refiere el art. 22.1 LPRL. La respuesta resulta sin duda controvertida aunque a falta de criterios jurisprudenciales o doctrinales creemos oportuno realizar las siguientes disquisiciones.

Una primera situación se plantearía cuando la ETT, como *empresario* qué es, decida *unilateralmente*⁴¹² la realización de algún examen médico de sus trabajadores en misión. Entendemos que para que la respuesta sea afirmativa, es decir, proclive a la emisión del informe previo de los representantes de los trabajadores de la EU, sería preciso que, además de que la razón esgrimida por la ETT esté comprendida en una de las tres posibles causas que el art. 22.1 LPRL contempla, exista una anuencia por parte del empresario de la EU, toda vez que dichos trabajadores en misión se encuentran bajo su ámbito de actuación y, por ende, bajo su responsabilidad. Así lo expresa el art. 28.5 LPRL al destacar que la EU <<será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores>>, entendiéndose que el empleo de la expresión <<todo lo relacionado>> permite incluir la vigilancia de la salud en este ámbito de responsabilidad de la EU.

Una segunda posibilidad que pudiera plantearse sería cuando la *iniciativa* de la realización de controles médicos partiera de la EU –y no de la ETT como en el

⁴¹² Esta carácter unilateral debemos entenderlo no tanto como una decisión sino en el sentido del punto de partida de la iniciativa, iniciativa que además no tiene que circunscribirse a la propia ETT sino al ámbito de la misma, ya sea por recomendación de su médico de empresa, su SP, etc., o bien porque proceda de una resolución de la Administración laboral que afecte al conjunto de las ETTs.

caso anterior-, con respecto a los que trabajan bajo su ámbito empresarial, incluidos los trabajadores en misión. O bien, en el supuesto en que *únicamente* estime oportuno realizar estos controles a los trabajadores cedidos por la ETT.

En el primer supuesto, entendemos que si la causa que motiva la realización del examen médico de que se trate, se encuentra entre las que establece el art. 22.1 LPRL, la emisión del informe previo de los representantes de los trabajadores de la EU sería correcta, ya que se trataría de una situación que afecta al conjunto de los trabajadores, y por ello, la EU debe efectuar tales controles por imperativo del art. 22.1 LPRL –para el conjunto de los trabajadores- y del art. 28.5 LPRL para el caso de los trabajadores en misión. Hay que descartar, a nuestro modo de ver, la irrelevancia de la emisión de informe de los representante de los trabajadores de la ETT -caso de haberlos-, ya que se trata de una cuestión que nace de la actividad de la EU, y por ello son los representantes de ésta los que están en mejores condiciones de emitir un informe sobre la justificación –o no- de realizar unos determinados controles médicos que justifiquen la excepcionalidad del consentimiento del trabajador para su ejecución.

Más discutible nos parece la segunda de las situaciones planteadas, puesto que se trata de una decisión de la EU que afecta a un determinado grupo de trabajadores y no al conjunto de los mismos, y que además, los afectados no han sido contratados por la empresa que toma la decisión de efectuarlos.

Tratándose aquí de un grupo determinado de trabajadores que además no han sido contratados por la EU, entendemos que, aunque ésta sea responsable de las condiciones de ejecución del trabajo, si dichas condiciones no afectan al conjunto de los trabajadores sino únicamente a los cedidos por la ETT, en tal caso y, a nuestro juicio, sólo en este caso, es claro que entraría en juego lo establecido por el art. 28.5 LPRL cuando dispone que la ETT <<*será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de (...) vigilancia de la salud*>>.

Por lo tanto sería la ETT la que, a petición de la EU⁴¹³, y si aquélla lo estima oportuno, realizara los controles médicos que se estimen necesarios sin mediar consentimiento del trabajador, basándose sobre todo -aunque no exclusivamente- en la información facilitada por la EU acerca de la concurrencia de alguna de las causas contempladas en el art. 22.1 LPRL, y en consecuencia, debería producirse igualmente el informe previo que establece el art. 22.1 LPRL, siendo en este caso emitido por los representantes de los trabajadores de la ETT.

Se plantea aquí, empero, una nueva duda consistente en si no existen representantes de los trabajadores de la ETT, dicho informe debería ser emitido por los representantes de los trabajadores de la EU. A nuestro juicio, ante esta eventualidad de inexistencia de representación de los trabajadores en el seno de la ETT, entendemos que simplemente no debería emitirse tal informe, ni éste ser emitido por los representantes de los trabajadores de la EU como consecuencia de una interpretación extensiva del art. 17.1 LETT, el cual, a lo sumo, entraría en juego en el supuesto de que algún trabajador en misión fuese contrario a la aplicación de la excepcionalidad del consentimiento contenida en el art. 22.1 LPRL, pudiendo en tal caso presentar dicha reclamación ante los órganos de representación de la EU, pero en ningún caso éstos podrían aprovechar esta circunstancia para emitir el informe previsto en el propio art. 22.1 LPRL

Cuestión diferente a las anteriores se plantearía si la ETT decide realizar controles médicos de los que no precisan consentimiento por acontecer alguna de las causas contenidas en el art. 22.1 LPRL, pero en esta ocasión la realización de tales controles debe practicarlos cuando los trabajadores por ella contratados no se encuentran en misión, bien porque ésta ya haya finalizado y la misma precise de una prolongación en el tiempo de la vigilancia de la salud, o bien porque la actividad de la empresa a la que vayan a ser cedidos o el puesto de trabajo de alguno de ellos requiere de la adopción de medidas preventivas específicas y entre ellas las relativas a controles médicos específicos.

⁴¹³ En base a la recíproca información que sobre vigilancia médica se deben ambas empresas, de conformidad con los arts. 4.1.a) y 5.3 y 6.3 *in fine* del RD 216/1999.

En este caso bastaría sólo con la constatación de que la excepcionalidad se encuentra justificada de acuerdo con alguna de las posibilidades que el art. 22.1 LPRL contempla, siendo en cualquier caso preciso el informe previo de los representantes de los trabajadores de la ETT que el art. 22.1 LPRL dispone.

2.4. La incidencia de las Autoridades Sanitarias en la vigilancia de la salud.

El art. 10 LPRL está dedicado –según reza su epígrafe- a las <<Actuaciones de las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria>>⁴¹⁴, indicando sobre el particular que <<las actuaciones de las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria referentes a la salud laboral se llevarán a cabo a través de las acciones y en relación con los aspectos señalados en el capítulo IV del Título I de la Ley 14/1986. de 25 de abril, General de Sanidad⁴¹⁵, y disposiciones dictadas para su desarrollo.>>

Las principales incidencias en materia de vigilancia de la salud que presentan las Administraciones laboral y sanitaria⁴¹⁶ están relacionadas con todo lo relativo a la documentación y la información derivada de los controles médicos que realizan las empresas, y a cuyo estudio dedicaremos sendos apartados más adelante.

En este sentido, la relevancia de estas Administraciones con respecto al sector de las ETTs no difiere en gran medida de la que presenta para el conjunto de la actividad preventiva en el conjunto de las empresas, teniendo únicamente un elemento diferenciador en lo atinente al trasiego de información y documentación derivada tanto de la *bifurcación* empresarial como de la generada entre éstas y la Administración competente.

⁴¹⁴ Podría decirse que se trata de la extrapolación a la esfera laboral del art. 43.2 de nuestra Constitución, en virtud del cual, es competencia de los poderes públicos <<organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.>>

⁴¹⁵ BOE de 29 de abril.

⁴¹⁶ En relación con esta materia, el art. 14.3 de la Directiva-Marco establece que <<la vigilancia de la salud puede ser parte de un sistema nacional de sanidad.>>

Del procedimiento establecido para regular este trasiego informativo y documental, se encarga el art. 23 LPRL, concretándose en el RD 216/1999 el desarrollo reglamentario para el caso específico de las relaciones a través de ETTs.

Junto a lo anterior cabe indicar que son competentes en materia de vigilancia de la salud, además del Ministerio de Sanidad, las Administraciones autonómicas⁴¹⁷ que tengan transferida dichas competencia. Así, el art. 37.3.3º.c) RSP dispone sobre esta cuestión que la vigilancia de la salud *<<estará sometida a protocolos específicos u otros medios existentes con respecto a los factores de riesgo a los que esté expuesto el trabajador.>>* Añadiendo lo siguiente: *<<El Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas, oídas las sociedades científicas competentes, y de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sanidad en materia de participación de los agentes sociales, establecerán la periodicidad y contenidos específicos de cada caso.>>*

Estas Administraciones presentan sobre el particular las siguientes *funciones*:

- a) El establecimiento de los medios adecuados para la evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario que se realicen en las empresas por sus respectivos Servicios de Prevención.
- b) La implantación de sistemas de información que permitan elaborar, junto a la Autoridad Laboral competente, mapas de riesgos y estudios epidemiológicos.
- c) La supervisión de la formación que deba recibir el personal sanitario actuante en los Servicios de Prevención autorizados.
- d) La elaboración y divulgación de estudios, investigaciones y estadísticas relacionados con la salud de los trabajadores.

⁴¹⁷ Las regulaciones sobre esta materia de las distintas comunidades autónomas que tienen transferida esta competencia son las siguientes: Ley 15/1990, de 19 de julio, de la Generalitat de Cataluña, sobre la Ordenación Sanitaria de Cataluña (DOGC de 30 de julio), Ley 8/1986, de 6 de mayo, del Parlamento Andaluz, sobre la creación del Servicio Andaluz de Salud (BOJA del 20), Ley 8/1987, de 4 de diciembre, del Parlamento Valenciano sobre la creación del Servicio Valenciano de Salud (DOGV del 16), Ley 1/1989, de 9 de enero, del Parlamento Gallego sobre la creación del Servicio Gallego de Salud (DOG del 11), Ley 11/1994, de 26 de julio, del Gobierno Canario, de Ordenación Sanitaria de Canarias (BOC del 5 de agosto), Ley Foral de Navarra de 10 de noviembre de 1990 (BON de 3 de diciembre).

III.- LOS CONTROLES MÉDICOS.

Tras analizar los elementos subjetivos que componen esta obligación de vigilancia de la salud, corresponde ahora el estudio y análisis de lo que serían los *elementos objetivos* que integran la vigilancia de la salud. En primer término centraremos nuestro estudio en los *controles médicos*, entendiendo éstos como el contenido material sobre el que se fundamenta la vigilancia de la salud. Seguidamente se analizarán las garantías en el *tratamiento de la información* derivada precisamente de los mencionados controles médicos. Para finalizar, se estudiará el *contenido formal* de esta obligación, tanto en lo atinente a la documentación como al trasiego de la misma entre los diversos sujetos implicados, es decir, ETT, EU y Administración.

Los reconocimientos médicos suponen el *modo* de efectuar la obligación de la vigilancia de la salud realizándose éstos a través de la amplia panoplia de *controles médicos* existentes y a cuyo estudio pormenorizado vamos a dedicar parte del presente apartado.

La regulación sobre esta materia en el ámbito de la prevención de riesgos laborales se encuentra principalmente en el art. 22 LPRL. Sin embargo, este precepto ha centrado su redacción en las garantías tanto en la realización de los controles como en el acceso a la información derivada de los mismos, relegando las cuestiones técnicas a los distintos *protocolos* de actuación⁴¹⁸ que las empresas estimen oportuno establecer.⁴¹⁹

Se convierte de este modo la vigilancia de la salud en un elemento indeterminado y además en una cuestión más próxima a la *praxis* médica que de

⁴¹⁸ En ningún momento la LPRL ha pretendido desplazar la regulación de estos controles a la vía reglamentaria como así lo ha puesto de manifiesto en otras materias, posiblemente por la imposibilidad material de establecer pautas de actuación comunes para un abanico extraordinariamente extenso de una materia esencialmente técnica.

⁴¹⁹ Sobre todo por la vía convencional, ya sea a través del convenio colectivo sectorial o de empresa.

índole jurídica.⁴²⁰ No obstante, esta posible indeterminación compensada mediante el establecimiento de una serie de principios, a saber: la determinación de una vigilancia periódica, proporcionalidad al riesgo, voluntariedad, respeto a la dignidad del trabajador, y, confidencialidad.

3.1. Principios que informan la realización de los controles médicos.

La realización de controles médicos supone la principal herramienta en la que se basa la vigilancia de la salud. La realización de estos reconocimientos médicos debe adecuarse a unos principios básicos que hemos enumerado más arriba, ocupándonos seguidamente de tres de ellos: *finalidad*, *pertinencia* y *voluntariedad*.

3.1.1. *El principio de finalidad.*

El principio de *finalidad* hace referencia a que sólo podrán realizarse reconocimientos médicos con el fin de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores. Así lo expresa el art. 22.1 LPRL cuya finalidad es la de garantizar la vigilancia periódica del estado de salud del trabajador, por lo que cualquier otro reconocimiento médico que no persiga esta finalidad queda fuera de la cobertura legal de este precepto. Por lo tanto, si el empresario estima oportuno realizar algún control médico distinto al de vigilar el estado del trabajador, deberá recabar el consentimiento de éste o acreditar algunas de las causas de excepcionalidad que más adelante veremos y que determina la propia norma.

3.1.2. *El principio de pertinencia.*

⁴²⁰ En este sentido, el Dictamen nº 8 del C.E.S. entendió que la redacción del art. 22 LPRL resultaba <<demasiado genérica>>.

En cuanto al *segundo* principio, el de *pertinencia*, éste se basa en la adecuación e idoneidad de las pruebas médicas propuestas, aquilatando de este modo los reconocimientos médicos tanto su consideración cuantitativa como cualitativa. Por consiguiente, no se trata de realizar exámenes médicos para obtener de los mismos información, por el simple hecho de que la realización de los mismos estén – *a priori*- amparados por el art. 22 LPRL. Antes al contrario, la justificación legal del art. 22 LPRL se fundamenta precisamente en que los controles médicos sirvan al fin último para los que la legislación los permite, y que es la que hemos mencionado anteriormente, esto es, la seguridad y salud de los trabajadores.

Una de las premisas fundamentales que han de tenerse en cuenta en la realización de estos controles médicos es la existencia de una relación teleológica entre el riesgo que se pretende evitar y el control empleado para lograr tal fin. No en vano, el art. 22.1 LPRL establece sobre el particular que la vigilancia de la salud siempre estará <<*en función de los riesgos inherentes al trabajo*>>. Y junto a ello, y para despejar cualquier atisbo de duda, el art. 22.1 LPRL en su párrafo *in fine*, dispone que <<*en todo caso, se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas, que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.*>>

En este sentido, el art. 4 LOPD dispone que los controles sean <<*adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas*>>.

Y a mayor abundamiento, el art. 22.2 LPRL establece que las <<*medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.*>>

A este respecto la ya mencionada STCo 196/2004⁴²¹ habla de <<*principio de indispensabilidad de pruebas y de su proporcionalidad al riesgo*>>

⁴²¹ De 15 de noviembre de 2004 (BOE de 21 de diciembre)

Por cuanto acabamos de exponer podemos concluir que en la realización y autorización de controles médicos debe existir una conexión causal o razón teleológica entre los datos de carácter personal que se desea obtener y la idoneidad de éstos.

3.1.3. *El principio de voluntariedad.*

En cuanto al *tercer* principio, el de *voluntariedad*, el *consentimiento del trabajador* juega un papel esencial en la realización de controles médicos, como seguidamente veremos.

En principio, el consentimiento del trabajador se precisa para practicar a un trabajador exámenes médicos atinentes a cuestiones laborales, como así lo indica claramente el art. 22.1 LPRL al enunciar que esta vigilancia de la salud <<*sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento.*>> En consecuencia, el trabajador es libre para decidir someterse o no a los controles médicos que le proponga la empresa, permitiendo, en su caso, las exploraciones o analíticas pertinentes.⁴²²

En el caso de la regulación de las ETTs, esta voluntariedad u obligatoriedad viene marcada desde antes incluso del inicio de la relación contractual entre las empresas implicadas (ETT y EU) y por ende de manera previa a la cesión del trabajador a la EU. Así lo determina el art. 2.2.d) RD 216/1999 cuando, en relación con las medidas de vigilancia de la salud, establece que el CPD deberá especificar <<*si, de conformidad con la normativa aplicable, tales medidas tienen carácter obligatorio o voluntario para el trabajador*>> de este modo, ambas empresas conocen desde el principio tales medidas, si bien el trabajador tendrá conocimiento

⁴²² La STCo 196/2004, de 15 de noviembre, señala que <<*el art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (...), salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal*>>. En el mismo sentido *cfr.* SSTCo 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 89/1987, de 3 de junio, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; y en particular la STCo 83/2002, de 22 de abril, FJ 5.

de ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.2 RD 216/1999, esto es, mediante la incorporación de dichas informaciones <<*al contrato de trabajo de duración determinada u orden de servicio*>>.⁴²³

Además, el art. 22.2 LPRL dispone que los reconocimientos médicos <<*se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud.*>>⁴²⁴

En este sentido nuestra legislación parte de la premisa de que todo reconocimiento médico implica una intromisión en la esfera privada de la persona y por tanto, afecta a la intimidad de la misma, de ahí la necesidad del consentimiento previo en derribar las barreras que protegen este derecho fundamental de la persona - y por ende del trabajador⁴²⁵ - consagrado en el art. 18.1 de nuestra Constitución.⁴²⁶

⁴²³ En referencia a la salvedad que intercala la propia redacción del art. 2.2.d) RD 216/1999 en el sentido de: <<*de conformidad con la normativa aplicable*>>, a nuestro juicio, consideramos que se el texto se referirá, en la práctica, a las normas convencionales y reglamentarias –si las hay- y en la mayoría de los casos a protocolos de actuación de los Servicios de Prevención de las empresas implicadas.

⁴²⁴ Resulta cuando menos paradójico que ni la Directiva-marco, a través de su art. 14 -*vigilancia de la salud*-, ni la Directiva 91/383/CEE, en su art. 5 -*utilización y control médico de los trabajadores*-, hagan referencia alguna a los conceptos de intimidad y dignidad del trabajador a la hora de realizar reconocimientos atinentes a la vigilancia de la salud, máxime cuando ambas normas son las inspiradoras de nuestra regulación sobre prevención de riesgos laborales. A nuestro juicio ello podría interpretarse como un *plus tuitivo* que ha aportado nuestro Legislador como signo inequívoco de omnipresente respeto a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a través de alguna de sus sentencias ha manifestado que el derecho a la intimidad puede tener limitaciones como la seguridad del Estado (STEDH de 26 de marzo de 1987, caso Leander) o la persecución de infracciones penales (SSTEDH 25 de febrero de 1993 y de 25 de febrero de 1997, caso Funke).

⁴²⁵ Según afirma la SSTCo 98/2000, de 10 de abril, FJ 6; y STCo 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 3; <<*las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquéllas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas*>>.

⁴²⁶ Nuestro Tribunal Constitucional ha planteado la cuestión acerca de si la protección que garantiza el art. 18.1 CE alcanza únicamente a la <<*intimidad personal*>> o bien es extensible a la <<*intimidad corporal*>> que se presenta en la esfera de los reconocimientos médicos. En este sentido, la doctrina del Tribunal Constitucional (*vid.* SSTCo 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 120/1990, de 27 de junio, FJ 12; 137/1990, de 19 de julio, FJ 10; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; entre otras), considera que la intimidad corporal queda encuadrada dentro del concepto de *intimidad personal*. En este sentido la STCo 196/2004, al enjuiciar –entre otras cuestiones- si existe intromisión en la intimidad, el conocimiento de ingesta de drogas con ocasión de la muestra de orina de un reconocimiento médico para el que no había mediado consentimiento expreso, estima que <<*aunque la intimidad corporal forma parte del derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con la realidad física del cuerpo humano, porque no*

Esta intromisión de la esfera privada que supone todo reconocimiento médico no resulta tanto por la intervención médica en sí mismo sino por la información que de dicha práctica médica se obtiene. Al respecto la STCo 196/2004⁴²⁷ considera que *<<el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), integra un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, referido preferentemente a la esfera estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo. Así, la cobertura constitucional implica que las intervenciones corporales pueden también conllevar, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal>>*.⁴²⁸

No obstante lo anterior, el derecho a la intimidad no puede considerarse como un *derecho absoluto*⁴²⁹, estando por tanto sujeto a una serie de *excepciones*. justificadas por el interés general y convenientemente previstas por la Ley, entre las que sin duda, se encuentra la evitación y prevención de riesgos en la esfera laboral.

Así, únicamente cabe la *no voluntariedad* del trabajador en aquellos casos o circunstancias *<<en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una*

es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante de nuestra cultura sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzadas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo sobre las que operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o del recato de la persona.>> Y añadiendo que *<<resulta notorio que una intervención circunscrita a un examen de orina, realizado por personal médico, por la forma en la que se ejecuta y por no exigir ningún tipo de actuación especial sobre el cuerpo no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad corporal ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo (...), si bien que no exista vulneración del derecho a la intimidad corporal no significa que no pueda existir una lesión del derecho más amplio a la intimidad personal del que aquél forma parte, ya que esta vulneración podría causarla la información que mediante este tipo de exploración se ha obtenido>>*. En el mismo sentido, cfr. STCo 234/1997, de 18 de diciembre (fundamento jurídico 9).

⁴²⁷ De 15 de noviembre, fundamento jurídico 5.

⁴²⁸ En el mismo sentido cfr. STCo 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3).

⁴²⁹ Cfr. STCo 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 6.

disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.>>

Del precepto que acabamos de transcribir se desprende que la obligatoriedad de someterse a reconocimientos médicos no puede imponerse cuando esté en juego la propia salud del trabajador y sólo la de éste, sin el añadido de un riesgo objetivo, toda vez que el trabajador es libre para disponer de la vigilancia de su salud. No obstante, ante estos supuestos habría que tener presente lo contemplado en el art. 25.1 LPRL por el que el empresario *<<garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo.>>*

Entendemos, pues, que el art. 22 y 25 LPRL obliga al empresario a garantizar la vigilancia de la salud, pero el mismo cuerpo legal no obliga en ningún momento a que el mismo trabajador esté obligado a cuidar de su propia salud. Por lo que si el empresario pone los medios para que el trabajador pueda tener su salud *vigilada* pero es éste el que no desea tal vigilancia, y siempre y cuando esta no vigilancia excluya consecuencias nocivas para terceras personas, hay que concluir que la actuación es conforme a derecho.⁴³⁰

Otra excepción para la cual resulta adecuado que exista esta obligatoriedad de someterse a reconocimientos médicos es la atinente a actividades de especial peligrosidad y en consecuencia se trate de trabajadores especialmente sensibles a estos riesgos.⁴³¹ En este sentido, podemos afirmar que esta especialidad no es trasladable al terreno de las ETTs, puesto que se ha optado por la solución más drástica a través de la prohibición regulada en el art. 8 RD 216/1999 relativo a *<<actividades y trabajos de especial peligrosidad>>*.

⁴³⁰ Tal sería el caso que enjuicia la STCo 196/2004 por la que no se considera ajustado a derecho el reconocimiento médico realizado por el SP de una compañía aérea a un auxiliar de tierra facturaba equipajes y al que se le había detectado el consumo de sustancias estupefacientes en un análisis para el que el trabajador había prestado su consentimiento pero desconociendo que del mismo se obtendrían tales resultados que motivaron su despido de la compañía.

⁴³¹ Cfr. STCo 272/1998, de 3 de diciembre.

A modo de conclusión podemos afirmar que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida, al tiempo que tienen cabida en nuestro ordenamiento laboral, *excepciones* al principio de necesidad del consentimiento del trabajador aunque las mismas deberán estar contempladas de manera específica por la legislación, así como el establecimiento de medidas apropiadas que garanticen la excepcionalidad de las mismas.

3.2. La cuestión de la prolongación en el tiempo de la vigilancia de la salud.

Junto a los principios que acabamos de exponer, una de las cuestiones más importantes que cabe abordar por su influencia decisiva en las relaciones de trabajo a través de ETTs, consiste tanto en la *periodicidad* de los controles médicos como en la *prolongación temporal* de la vigilancia de la salud para los trabajadores cedidos por la ETT una vez haya finalizado su actividad en la EU.

Así, la cuestión relativa a la *prolongación en el tiempo* de los controles médicos es posiblemente una de las cuestiones que más problemas jurídicos plantea en orden al cumplimiento de la obligación de la vigilancia de la salud, ya que se trata de aquilatar el *límite temporal* –ya de por sí muy difuminado–, además de dar cumplimiento a una obligación *extemporánea*, toda vez que debe cumplirse fuera del marco contractual de las partes implicadas.⁴³²

⁴³² En este sentido el Dictamen nº 8 del Consejo Económico y Social de España (C.E.S.), <<Sobre el Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales>>, Sesión de 19 de octubre de 1995 (Pleno), entendió que <<debería precisarse el alcance y la justificación de la obligación del empresario de garantizar la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores una vez finalizada la relación laboral.>> Añadiendo más adelante que <<tal prolongación sólo se justifica en la medida en que se trate de garantizar la vigilancia de la salud del trabajador en determinados supuestos específicos en los que éste, con ocasión de la actividad laboral desempeñada, haya estado sometido a un riesgo cuyos efectos no se manifiesten de inmediato o se prolonguen en el tiempo>>.

Por lo que a la legislación general se refiere, el art. 22.5 LPRL dispone que *<<en los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que reglamentariamente se determine.>>*⁴³³

La regulación respecto a estos controles médicos destaca en un primer término por la razón que hemos apuntado más arriba de la falta de especificidad de los mismos respecto de los trabajadores en misión, cuando es precisamente, uno de los supuestos en los que esta prolongación temporal de la vigilancia de la salud presenta un mejor y más adecuado encaje.

Ello viene determinado porque una estancia temporal y, por lo general, más o menos breve, en una determinada empresa (EU), no implica que las posibles consecuencias nocivas que pudieran derivarse de la actividad laboral, se manifiesten con posterioridad a la finalización de la prestación de servicios en la EU.

Nuestro Legislador no ha hecho uso de la potestad que la normativa comunitaria ofrece respecto a que tales controles puedan regularse de manera especial para cuando se trate de trabajadores igualmente diferenciados.

Así, el art. 5.2 de la Directiva 91/383/CEE establece que los Estados miembros podrán adoptar *<<las medidas necesarias para que los trabajadores que tengan una relación laboral de las contempladas en el artículo 1 y los que desempeñen trabajos que deban ser objeto de un control médico especial establecido por la legislación nacional, se beneficien de un control médico especial adecuado.>>*⁴³⁴

⁴³³ Sobre esta cuestión el C.E.S. propuso en su día a través de su Dictamen nº 8 que en los supuestos *<<en los que la naturaleza de los riesgos implícitos a la actividad laboral lo aconseje y en los supuestos en que así se establezca reglamentariamente, tal derecho deberá ser prolongado más allá del término de la relación laboral del trabajador>>*.

⁴³⁴ Cabe recordar que los trabajadores contemplados en el art. 1 de esta Directiva son, entre otros, los trabajadores con una *<<relación laboral entre una empresa de trabajo temporal (...) cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o un establecimiento usuarios.>>*

Además, y con especial incidencia para los trabajadores cedidos por ETTs, el art. 5.3 de la Directiva 91/383/CEE dispone la *facultad* que tendrán los Estados miembros de <<establecer que el control médico especial adecuado contemplado en el apartado 2 se prolongue más allá del término de la relación laboral del trabajador de que se trate.>>

De este modo llama poderosamente la atención que la LETT –tanto en su versión de 1994 como en su ulterior modificación de 1999- no haya regulado esta vigilancia de la salud ni como obligación para ninguna de las empresas implicadas ni como derecho para los trabajadores en misión como sucede, empero, con otros derechos para estos trabajadores como lo son el de formación e información. Queda por tanto cerrada, por parte de nuestro Legislador, la posibilidad de hacer uso de la facultad que el art. 5.3 de la Directiva 91/383/CEE concede a los Estados miembros de regular la prolongación en el tiempo de la vigilancia médica de los trabajadores cedidos por ETTs.

No obstante, entendemos que dicha posibilidad podrá ser concretada, en todo caso, bien por los correspondientes convenios colectivos o bien por los protocolos de actuación de los SP de las empresas. Pero dejando claro, en cualquier caso, que el establecimiento de este derecho así como la subsiguiente concreción temporal, no procederán de la facultad otorgada por el art. 5, apartados 2 y 3 de la Directiva 91/383/CEE, y por ende carecerán de respaldo con rango legal, por haber renunciado nuestro Legislador a regular por Ley la cuestión de la prolongación temporal, dejando, a nuestro juicio, el establecimiento de un derecho de trascendental importancia para la viabilidad de un derecho fundamental como es la seguridad y la salud de los trabajadores, en manos de los agentes sociales cuando no de los manuales de actuación de los departamentos de prevención de riesgos laborales de las empresas.

Otra cuestión, estrechamente relacionada con lo anterior, radica en la *periodicidad* de esa vigilancia que establece el art. 22 LPRL, el cual, sin embargo, guarda silencio en torno a la concreción objetiva de dicha periodicidad o referencia alguna al establecimiento de parámetros temporales o términos objetivos en los que debe efectuarse dicha vigilancia.

No obstante, dentro de la regulación específica de las ETTs, el art. 2 RD 216/1999 establece el contenido informativo que debe presentar el CPD en el momento de la celebración del mismo, indicando al respecto en su apartado 2.d) que se deberán incluir las <<*medidas de vigilancia de la salud que deban adoptarse en relación con el puesto de trabajo a desempeñar, especificando si, de conformidad con la normativa aplicable, tales medidas tienen carácter obligatorio o voluntario para el trabajador y su periodicidad.*>>

Podemos comprobar, pues, que la normativa reglamentaria de las ETTs -a diferencia de la normativa general- dispone la obligatoriedad de concretar el parámetro de la periodicidad de los controles médicos. De este modo, tanto la ETT como la EU conocen desde el principio la periodicidad a la que, en su caso⁴³⁵, deberán someterse los trabajadores en misión.

Tras analizar la periodicidad y la prolongación en el tiempo de los controles médicos como características que presentan una notable repercusión en la vigilancia de la salud de los trabajadores en misión, seguidamente veremos el amplio elenco de controles médicos y sus posibles incidencias en el sector de las ETTs.

3.3. Reconocimientos Médicos de Ingreso/Prelaborales.

Se debe ser muy cauteloso con esta tipología en particular de controles médicos ya que presentan un alcance que va más allá de la mera vigilancia de la salud, pues puede afectar –y en la práctica así sucede- a la propia *selección de personal*⁴³⁶, y la *contratación* en sí misma. Todo ello sin olvidar las importantes connotaciones que presenta con respecto al derecho a la intimidad y por extensión a la protección de datos.⁴³⁷

⁴³⁵ Dependiendo del carácter voluntario u obligatorio de los mismos, así como de los protocolos de actuación que presenten ambas empresas.

⁴³⁶ Incluyendo las posibles connotaciones que en materia de *discriminación* éstas puedan acarrear.

⁴³⁷ Sobre estas cuestiones *vid.* DE VICENTE PACHÉS, F., en *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, 1998; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., <<*Vigilancia de la salud y*

Se trata de aquellos controles médicos cuyo objetivo es constatar que el trabajador cumple las condiciones psíquicas y físicas necesarias para ocupar un determinado puesto de trabajo, así como asegurar que la actividad que vaya a desempeñar en dicho puesto no pueda resultar perjudicial en un futuro -más o menos inmediato- para el propio trabajador.

Del mismo modo, con dichos exámenes se pretende estar en condiciones de aconsejar –y en su caso adoptar- las medidas de protección –individuales y colectivas- necesarias para que se produzca una adecuada adaptación del trabajador al puesto de trabajo y viceversa.

3.3.1. Metodología de actuación.

El *procedimiento* a seguir en este tipo de controles parte de la elaboración de un *informe para la empresa* confeccionado por el departamento de Medicina del Trabajo del SP. Dicho informe será remitido a la empresa, haciendo constar el resultado de cada trabajador que ha realizado el *reconocimiento médico*, haciendo constar únicamente el nombre del trabajador, el puesto de trabajo que ocupa y el *grado de aptitud* para dicho puesto exclusivamente.

El *grado de aptitud* debe fundamentarse en la exigencia de todos los requerimientos necesarios para el puesto, teniendo siempre en cuenta las exigencias derivadas de la posible polivalencia a que el empleado pueda verse sometido.

Además del informe anterior, el departamento de Medicina del Trabajo del SP remitirá un *informe para el trabajador* que ha sido sometido a referido control. Este *segundo informe* presentará un contenido más explícito que el remitido a la

derechos de la persona del trabajador (Comentario al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales)>>, en *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 82, 1997; SÁNCHEZ TORRES, E., <<*El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*>>, en *Relaciones Laborales* nº 20, 1997.

empresa, especificándose los resultados de la anámnesis⁴³⁸, así como un resumen del mismo y sobre todo unas conclusiones, así como unos consejos médicos si las circunstancias así lo requieren.

Por último, el departamento de Medicina del Trabajo del SP archivará toda la documentación necesaria sobre el trabajador para desarrollar una correcta vigilancia de la salud a lo largo del tiempo.

A la vista de los resultados, el departamento de medicina del SP aconsejará – si cabe- las adaptaciones del puesto de trabajo que serán deseables para que el trabajador pueda desempeñar su actividad con normalidad y sin menoscabo de su salud.⁴³⁹

En principio son controles que tendría que realizar la ETT bien para asignar un determinado perfil psico-físico que posteriormente pueda adecuarse a cualquier demanda que formule una EU, o incluso puede darse el caso de que existiendo ya esta demanda, dichos controles formen parte de un proceso específico de selección, bien porque el puesto que demanda la EU sea muy específico o bien porque requiera de unas cualidades muy particulares que requieran unos controles médicos diferentes a los habituales⁴⁴⁰.

Aquí los controles a realizar consistirían en una *anámnesis*⁴⁴¹, una *exploración*⁴⁴² y *analítica*⁴⁴³, además de las *pruebas especiales* que se entiendan oportunas en función del puesto que vaya a ocupar el trabajador en misión.

⁴³⁸ Incluyéndose aquí la Historia Clínica y Laboral, exploraciones y pruebas complementarias.

⁴³⁹ Si la adaptación del puesto de trabajo no pudiera realizarse, y el trabajador tuviera limitaciones anatómicas o funcionales para efectuar las tareas encomendadas o que simplemente su salud se ve perjudicada por tal motivo, se valorará la posibilidad de un cambio de puesto de trabajo. Si tal posibilidad tampoco fuese posible, se aconsejaría el inicio de los trámites necesarios para solicitar una incapacidad permanente o invalidez. No obstante, esta situación sólo podría darse en el caso de trabajadores con contrato indefinido que, salvo contadas excepciones no se producen en una ETT. Por supuesto, aquí la EU podría solicitar a la ETT –como así será- el cambio de un trabajador por otro que ponga a su disposición la ETT.

⁴⁴⁰ Sería el caso de puestos relacionados con la industria nuclear o que se desarrollen en medios complicados (v. gr. un escalador para el mantenimiento de grandes alturas como lo son los de las chimeneas industriales o soldadores subacuáticos).

⁴⁴¹ Consistente en un interrogatorio para conocer los antecedentes patológicos de un enfermo, ya sean éstos familiares, personales, laborales y/o mediante encuestas de salud.

3.3.2. *Obligatoriedad legal de los reconocimientos médicos previos.*

Las distintas regulaciones de diverso rango normativo⁴⁴⁴ existentes hasta la promulgación de la LPRL señalaban con cierto grado de rotundidad la obligatoriedad ineludible de realizar controles médicos con carácter previo a la contratación laboral.

El ejemplo paradigmático de esta obligatoriedad aparece recogido en el art. 196.1 LGSS al establecer que <<todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales están obligadas a practicar un reconocimiento médico previo a la admisión de los trabajadores que hayan de ocupar aquéllos>>. Y en relación con la rigurosidad de este mandato, el art. 197.2 LGSS añade que <<el incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos (...) la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad profesional (...)>>.

Paradójicamente, empero, pese a la firmeza manifestada por los citados preceptos de la LGSS, el art. 22 LPRL no contiene mención alguna a la realización de exámenes médicos con *carácter previo* a la contratación del trabajador, ya que únicamente se refiere a la <<vigilancia periódica de la salud del trabajador>> pero en ningún caso a la necesidad, y aún menos la obligatoriedad, de realizar controles médicos previos a la contratación, ni siquiera previos al comienzo de la actividad en la empresa una vez efectuada la contratación. En este sentido, la reforma de la LPRL operada a través de la Ley 54/2003, tampoco ha dispuesto nada respecto de esta necesidad, manteniendo inalterable la redacción original del art. 22 LPRL.

⁴⁴² Que constará de *somatometría*, *E.C.G.* (siglas de *electrocardiograma*), si la anámnesis lo aconseja, examen de las *constantes vitales* (tensión arterial), *test de visión* (agudeza visual, astigmatismo, ishihara, etc), *audiometría* (barrido de frecuencias), *espirometría*, etc.

⁴⁴³ Mediante la realización de análisis tanto *hematológicas* (hemograma, VSG, plaquetas), como *bioquímicas* (glucosa, colesterol, creatinina, triglicéridos, GOT, GPT, GGT, Gamma GT y el sistemático de orina).

⁴⁴⁴ No sólo las emanadas del Legislador nacional sino también las derivadas de la OIT y de normas sectoriales y convenios colectivos.

Además, el desarrollo reglamentario de la norma tampoco aporta ninguna obligatoriedad en la línea mencionada más arriba, limitándose a decir a través del art. 37.3.b) RSP que en materia de vigilancia de la salud <<la actividad sanitaria deberá abarcar (...): 1º) Una evaluación de la salud de los trabajadores inicial después de la incorporación al trabajo o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud.>>⁴⁴⁵

Así las cosas, nos encontramos con una aparente contradicción entre la obligatoriedad de los arts. 196 y 197 LGSS y los art. 22 LPRL y 37 RSP. Sin embargo, entendemos que la nueva <<cultura preventiva>> instaurada por la Ley 31/1995 pone su acento en la vigilancia de la salud del trabajador ya contratado, pero sobre todo en el sentido de *mantener* el estado de salud del trabajador por el normal desempeño de la actividad laboral encomendada por la empresa para la cual ha sido contratado⁴⁴⁶, siendo muy plausible –en aras de la *libertad de contratación*⁴⁴⁷ que asiste al empresario en nuestro ordenamiento jurídico- que para haberse producido dicha contratación, el empleador haya realizado algún examen médico previo a la contratación, aunque no tanto por cumplir con el mandato contenido en el art. 196 LGSS sino con el fin de corroborar que la salud del candidato a ser contratado para ese puesto de trabajo que precisa cubrir el empresario, no va a suponer –en sí mismo- un factor que vaya en detrimento de la salud del trabajador.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ Tampoco la regulación convencional ha arrojado ninguna luz sobre esta materia, cfr. art. 44 del *II Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal*, aprobado por Resolución de 12 de febrero de 1997, de la Dirección General de Trabajo (BOE nº 53, de 3 de marzo), precepto que a su vez reproduce con milimétrica identidad el texto de su predecesor, el art. 41 del *I Convenio Colectivo de Trabajo 1995-1996 de Empresas de Trabajo Temporal*, aprobado por Resolución de 31 de marzo de 1995 de la Dirección General de Trabajo (BOE nº 95, de 21 de abril). Esta *no modificación* de ninguno de los aspectos de la redacción precedente nos confirme el desinterés de los firmantes por la referida materia.

⁴⁴⁶ Vid. art. 25.1 LPRL.

⁴⁴⁷ Cfr. arts. 1.1 y 16.1 ET.

⁴⁴⁸ No compartimos la opinión de BERNARDO JIMÉNEZ, I., <<Vigilancia de la salud de los trabajadores: reconocimientos médicos.>>, en A. Social nº 20-2003, al considerar que <<la exigencia de reconocimientos previos a la contratación puede entrar en colisión con el modelo de vigilancia de la salud instaurado por la LPRL, pues no podemos ignorar que en la propia regulación legal se establece que “los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador (art. 22.4 LPRL), ni tampoco podemos desconocer que uno de los principios de la acción preventiva proclamados en el mismo texto legal es el de “adaptar el trabajo a la persona” (art. 15.1.d) LPRL). Si el reconocimiento médico practicado con carácter previo permite excluir a alguien de la contratación, es claro que se estaría utilizando como elemento de discriminación en el proceso selectivo y en perjuicio, o al menos contra la voluntad manifiesta, del –potencial- trabajador>>. A nuestro juicio, se confunde este autor cuando

Cabe añadir que pese a la ausencia de novedad en la regulación sobre riesgos laborales-cronológicamente ulterior a la LGSS⁴⁴⁹-, es justo destacar que los reiteradamente aludidos reconocimientos previos *no* son tampoco *prohibidos* ni por la LPRL ni por su normativa de desarrollo.

Cabe añadir que las diferentes normas de desarrollo generadas a partir de la LPRL ya dan esta cuestión por solventada, limitándose a disponer la necesidad de una vigilancia de la salud siempre *anterior* a la exposición al riesgo al cual vaya a estar expuesto el trabajador en cuestión, y por lo tanto, dicha vigilancia se realizará una vez iniciada la relación laboral, ya sea al inicio de ésta, o bien con bastante posterioridad a la misma, como consecuencia –por ejemplo- de un cambio de funciones dentro de la misma empresa que implique una exposición a nuevos riesgos distintos a los anteriores o incluso que a éstos haya que sumarles los nuevos.⁴⁵⁰

Podemos entender que la postura plausible sería una *interpretación conciliadora*⁴⁵¹. En consecuencia, no se trataría tanto de proscribir los controles médicos previos contenidos en la LGSS sino de *reinterpretar* dichos criterios pero bajo los nuevos auspicios de la LPRL.

Esta reinterpretación pasaría por considerar que el <<*reconocimiento médico previo*>> estipulado por el art. 196 LGSS sea entendido no tanto como un requisito insoslayablemente anterior a la contratación laboral, sino más bien como un

soslaya el principio de libertad de contratación del empresario, el cual decide contratar libremente – bajo los criterios de actitud y aptitud objetivos y/o subjetivos al que estime convenientes- al “*potencial*” trabajador que entienda puede desempeñar en las mejores condiciones la labor del puesto de trabajo que tenga que cubrir dentro de su estructura empresarial. Por tanto, no cabría considerar esta realización de controles médicos previos a la contratación como una actividad encaminada a la *discriminación* sino como una actividad empresarial –y profesional- más de *selección* del personal más adecuado a cada puesto..

⁴⁴⁹ Tanto la Ley 31/1995 como su posterior modificación operada mediante la Ley 54/2003.

⁴⁵⁰ En consonancia con esta línea, *cfr.* ap. 11 de la *Recomendación OIT nº 171 (1985) sobre los servicios de salud en el trabajo*, pasando a utilizar –entre otras cuestiones- la expresión <<exámenes médicos de pre-asignación>> que deben realizarse con anterioridad a la asignación de tareas específicas, y no con carácter previo a la contratación.

⁴⁵¹ A falta de criterios marcados por pronunciamientos jurisprudenciales, o bien de pautas técnicas de la Administración –<<*Criterios Técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*>> o <<*Circulares Internas de la Entidades Gestoras de la Seguridad Social*>>- que orienten en uno u otro sentido.

elemento *necesariamente* previo a la incorporación efectiva del trabajador –ya contratado- a su puesto de trabajo.

Es más, si llevamos esta idea hasta sus últimas consecuencias cabría entender incluso que dicho examen médico podría realizarse cuando vaya a estar expuesto el trabajador *realmente* al riesgo laboral, riesgo que sirve en realidad de sustento jurídico a la obligación planteada por la LGSS.

Sin embargo, esta idea se rompe cuando trasladamos este planteamiento al ámbito de las ETTs, y en particular si nos adentramos en el terreno del desarrollo reglamentario sobre las ETTs, ya que el art. 4.1 RD 216/1999 dispone que la EU <<*deberá recabar la información necesaria de la empresa de trabajo temporal para asegurarse de que el trabajador puesto a su disposición reúne las siguientes condiciones: a) Ha sido considerado apto a través de un adecuado reconocimiento de su estado de salud para la realización de los servicios que debe prestar en las condiciones en que hayan de ser efectuados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el artículo 37.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención.*>>

Esta regulación puede conducirnos a un planteamiento que puede resultar paradójico., ya que por un lado, retorna a la situación de *inexcusable obligatoriedad* preexistente a la LPRL y que encuentra su paradigma en el art. 196 LGSS. Y por otra parte, empero, nos encontramos con que el propio precepto reglamentario exige que esa *aptitud médica* del trabajador se haya realizado <<*de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*>>, el cual –según hemos visto más arriba- no impone ninguna obligatoriedad sobre la realización de controles médicos previos⁴⁵². Además, surge la cuestión acerca de la *competencia* para verificar la aptitud médica del trabajador en misión.

A este respecto habría que formular la cuestión acerca de si el puesto de trabajo al que va a ser destinado el trabajador en misión, se halla dentro de las

⁴⁵² En este caso se trataría de controles médicos *previos* al inicio efectivo de la actividad, toda vez que el trabajador ya se haya contratado y, según refiere el propio art. 4.1 RD 216/1999, *puesto a disposición* de la EU.

enfermedades profesionales *tasadas* contempladas en el RD 1995/1978, de 12 de mayo (BOE de 25 de agosto), por el que se establece el cuadro actual de enfermedades profesionales, modificado por RD 2821/1981, de 27 de noviembre (BOE de 1 de diciembre); así como por Resolución de 30 de diciembre de 1993, de la Secretaría General de la Seguridad Social (BOE de 18 de enero de 1994). En este sentido, consideramos que si el puesto trabajo está incluido en el elenco de la normativa precitada, la respuesta debería ser afirmativa por aplicación del art. 196 LGSS, y por ende estaría justificada la obligatoriedad de la realización del control médico previo del trabajador.

Sin embargo, la cuestión se complica en el los supuestos en los que la enfermedad es *no profesional* (tabaquismo, ludopatía, claustrofobia, etc.), en cuyo caso el control médico previo no estaría justificado ni por el art. 196 LGSS, y aún menos por el art. 22 LPRL que se encarga –según hemos visto– de la vigilancia de la salud del trabajador ya contratado.

No obstante lo anterior, y como argumento que ampara la obligatoriedad de controles médicos previos, cabría traer a colación tanto el principio de libertad de contratación del empresario como el art. 4 RD 216/1999, en el sentido de que el empresario, tanto ET como posteriormente la EU, deben garantizar y verificar, respectivamente, la adecuación del trabajador en misión al puesto de trabajo que vaya a desempeñar.⁴⁵³ Ello además casaría con la gestión que debe primar en el sector de las ETTs, en las que se persigue la puesta a disposición de un trabajador adecuado al puesto requerido y en un tiempo por lo general muy breve.⁴⁵⁴

A nuestro juicio, la solución a esta paradoja pasa por considerar que la propia naturaleza de las relaciones triangulares y el carácter de inmediatez con la de deben resolverse las necesidades de personal de la EU, conduce a la necesidad de conocer el estado de salud del trabajador con anterioridad al inicio de su actividad efectiva en

⁴⁵³ Esta situación no se produciría, *v. gr.*, en el supuesto en que un trabajador que sea ludópata sea contratado para trabajar en una administración de lotería.

⁴⁵⁴ Además, podría darse el caso de que se tratara de proteger la salud y la integridad física de terceras personas, en cuyo caso la obligatoriedad del control médico previo estaría servida, *v. gr.* en un caso en el trabajador en misión sufra de claustrofobia y el puesto al que vaya a ser destinado sea el de conductor de metro

el puesto designado. Además, la remisión reglamentaria al art. 22 LPRL debe entenderse como referente jurídico y línea de actuación de los controles médicos que hayan sido menester para determinar la aptitud médica del trabajador en misión.

Junto a lo anterior, cabe entender que, en virtud del párrafo segundo del art. 28.5 LPRL, será el SP –o médico de empresa- de la ETT el que debe garantizar la aptitud médica del trabajador que se haya a disposición de la EU, siendo responsabilidad de ésta únicamente la responsabilidad de <<recabar la información necesaria>> que le suministre la ETT. No resulta por ello necesario, en principio, que la EU recabe esa información y además la verifique –ya sea por su SP propio o su médico de empresa-, sino que de la información suministrada por la ETT se desprenda que el trabajador cumple con los requerimientos precisos para desempeñar su actividad laboral en la EU con normalidad.

En definitiva, cambiaríamos el carácter de <<reconocimiento previo>>⁴⁵⁵ por el de <<reconocimiento inicial>>⁴⁵⁶, a cuyo estudio nos dedicaremos seguidamente.

3.4. Reconocimientos Médicos Iniciales.

Como continuación al apartado anterior, nos encontramos con los denominados <<Reconocimientos Iniciales>>, los cuales tienen como finalidad la *detección precoz* de la posible existencia de estados de salud y/o patologías que pudieran devenir incompatibles con el trabajo que se vaya a desarrollar, motivo por el cual, de los resultados de dichos controles médicos se derivarán una serie de

⁴⁵⁵ De este modo se evitarían por completo las posibles suspicacias de índole discriminatoria que pudieran despertar el tipo de reconocimientos previos a la contratación.

⁴⁵⁶ A favor de esta interpretación de realizar un examen médico inicial, señalando que <<la exigencia del reconocimiento médico inicial en las directivas específicas de desarrollo de la Directiva Marco, permite, seguramente, concluir, que, pese a que la Ley nada diga, el empresario está obligado a realizar un control médico inicial previo a la contratación del trabajador>>, cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., en *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit., pg: 151. En la misma línea FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., <<Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (Comentario al artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales)>>, op. cit., al considerar que <<es necesario articular un reconocimiento al comienzo de la relación laboral como punto de partida de la vigilancia de la salud>>.

medidas preventivas bajo la observancia de que de la adaptación del trabajo a la persona y de la adopción de las pautas previstas para la protección de los trabajadores cuya sensibilidad haya sido detectada en orden a los riesgos de que se trate y que en consecuencia pudieran generar una situación de peligro tanto para el trabajador, individualmente considerado, como para los trabajadores en su conjunto.⁴⁵⁷

Son los que se realizan una vez que el trabajador ya ha sido contratado por la ETT y puesto a disposición de la EU. Es decir, ya el trabajador se ha incorporado al puesto de trabajo de la usuaria y ha comenzado a desempeñar la actividad laboral en la misma.

De algún modo se trataría de controles que corroborasen que el trabajador cumple con el perfil psicológico y físico demandado a la ETT y que, además, dicho perfil y las características del mismo se han adaptado al puesto en concreto, y no en abstracto como en el caso del grupo de reconocimientos previos o prelaborales.

La *competencia* para desarrollar dichos reconocimientos corresponde al SP de conformidad con los arts. 31.3 LPRL y 37.3.b) RSP. En principio, la competencia de realizar tales controles correspondería al SP de la ETT, en virtud del reiteradamente citado art. 28.5 LPRL. Sin embargo, tratándose ahora de una tipología de controles que se halla íntimamente relacionada con el puesto de trabajo y las funciones que a él le corresponden, entendemos que sería plausible que fuese el SP de la EU el que se encargara de efectuar tales controles, informando, en tal caso, de los resultados de los mismos al SP de la ETT.

Sin embargo, el RD 216/1999 cuando regula esta situación en su art. 4, únicamente dispone la obligación de la EU de informar <<a los delegados de prevención, o en su defecto, a los representantes de los trabajadores, de la incorporación de todo trabajador puesto a su disposición por una empresa de trabajo temporal>>. Añadiendo en el párrafo *in fine* del mismo precepto que esa misma información <<será igualmente facilitada por la empresa usuaria a su

⁴⁵⁷ Vid. GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Barcelona, 1996, pp: 365 y ss.

servicio de prevención o, en su defecto, a los trabajadores designados para el desarrollo de las actividades preventivas.>>

No obstante lo anterior, y según hemos visto en el apartado precedente, es la EU la que debe asegurarse de recabar de la ETT toda la información necesaria sobre la aptitud médica del trabajador en misión⁴⁵⁸. Por tal motivo, entendemos que aunque el trabajador ya se ha incorporado al puesto de trabajo y iniciado su actividad en la EU, esta actividad se halla en un estadio muy incipiente como para que el SP pueda extraer conclusiones que no hayan sido conocidas por el SP de la ETT en la realización de los controles médicos previos.

En conclusión, pensamos que el responsable de realizar estos controles médicos iniciales es el SP de la ETT, pudiendo existir como excepción a esta regla la posibilidad de que se produzca una circunstancia médica en un momento muy precoz del desempeño de la actividad del trabajador en misión relacionada con su puesto en la EU, y que, por tal motivo, dicha circunstancia médica no hubiere sido detectada en los controles médicos previos realizados por el SP de la ETT. En tal caso, se podría plantear la duda de si el SP de la EU estaría facultado para realizar un control médico inicial y comunicar tanto su intención de efectuarlo⁴⁵⁹ como sus resultados al SP de la ETT, o bien, tras la *sospecha*⁴⁶⁰ por parte del SP de la EU la existencia de la circunstancia médica desconocida –o no informada- hasta ese instante inicial de la prestación exija al SP de la ETT la realización de los controles médicos precisos, aunque en esta segunda hipótesis, creemos que se trataría más que un control médico inicial, un control médico previo *adicional*.⁴⁶¹

3.5. Reconocimientos Médicos Periódicos.

⁴⁵⁸ Cfr. art. 4.1.a) RD 216/1999.

⁴⁵⁹ Pensemos en una situación perentoria que por su aparente y/o previsible gravedad y repercusión a terceros –art. 22.1 LPRL-, no admite

⁴⁶⁰ Recordemos que hasta ese momento no existe una certeza sobre la circunstancia médica desconocida o no informada por el SP de ambas empresas, siendo precisamente esta incertidumbre el fundamento que legitima para realizar ese control inicial.

⁴⁶¹ *Mutatis mutandi* podría traerse a colación toda la teoría sobre *vicios ocultos* que recoge nuestra doctrina civilista.

El propio del art. 22 LPRL habla de una <<vigilancia periódica de su estado de salud>>, para lo cual resulta imprescindible la realización de los correspondientes controles médicos, que nos permiten valorar las eventuales consecuencias derivadas del desempeño de la actividad del trabajador en misión.⁴⁶² Valorando igualmente aquellas otras circunstancias que puedan afectar al conjunto de los trabajadores y por ende a los cedidos por ETTs, incluyendo aquí las enfermedades no relacionadas directamente con el puesto de trabajo pero que presentan una indudable importancia más social que estrictamente laboral.

Una de las principales ventajas que ofrece este tipo de controles médicos radica en la posibilidad de conocer el estado psico-físico de un determinado trabajador no sólo en el momento en el que se conocen los resultados médicos sino la evolución que dicho estado de salud experimenta en el transcurso de un período concreto y más o menos breve –como en el caso de los trabajado en misión- o bien a lo largo de la trayectoria laboral en su conjunto.

Todo ello puede resultar de gran relevancia en el momento de valorar tanto las causas como las secuelas derivadas de un accidente de trabajo, permitiendo de este modo calibrar con mayor rigor la responsabilidad emanada del mismo.⁴⁶³

⁴⁶² Sería el caso de los denominados “Reconocimientos Inespecíficos” y que estaría integrado por un grupo de controles médicos rutinarios no establecidos en la LPRL pero son de gran utilidad para el Servicio de Medicina del Trabajo del SP.

⁴⁶³ Un ejemplo de esta trascendencia la encontramos en la STSJ-Cataluña de 9 de abril de 2003 (AS-2090) relativa al accidente de trabajo que sufre un trabajador en misión con motivo de una caída en altura (escaleras de tijera), y en la que el juzgador se plantea la incidencia causal en la caída de que el trabajador objeto del siniestro –según se desprende del relato fáctico- presentara <<hábito enólico importante y fumador de tres paquetes/día>> y <<episodios de pérdida del nivel de conciencia (3 episodios en 16 años), el último hace un año con TC cerebral normal>>. Se acordó por el INSS el incremento en un 50% de las prestaciones para la EU, la cual alegó que <<conforme al informe pericial médico, es muy probable que la caída se produjera (dados los antecedentes enólicos del trabajador) al haber sufrido éste una pérdida de conciencia que le provocara la caída y no por las condiciones de trabajo>>. Sin embargo, para el juzgador ésta hipótesis de la EU no puede ser tenida en cuenta pues <<supone admitir que cuando una persona que a lo largo de su vida ha sufrido algún desmayo, sufre cualquier accidente, ello es debido a que en ese momento también ha sufrido algún desmayo, teoría que resulta indefendible>>. Y concluyendo que <<la realización de trabajos por largo tiempo (la empresa alegó que debían durar en torno a una hora), subidos a largas escaleras, en posición de equilibrio con los pies, y apoyo de rodillas, con ambas manos ocupadas por herramientas, según se testifica, y dirigidas hacia el techo, situado a más de 4 metros de altura, con la inherente posición forzada de la cabeza flexionada hacia el techo, pudo provocar que, bien por pérdida del equilibrio meramente mecánica, o bien por falta de riego cerebral (debido a la posición forzada y mantenida de la cabeza, existiera un riesgo de pérdida de equilibrio y de caída al suelo, que sólo pudo prevenirse adecuadamente mediante la utilización de las plataformas referidas>>.

Por lo que al otro lado de la balanza se refiere, es decir, en lo atinente al capítulo de las controversias, cabe destacar que el principal punto de conflicto sobre este tipo de controles médicos radica en el concepto de *periodicidad*, ya que ni la LPRL ni su desarrollo reglamentario han aquilatado de manera determinante esta circunstancia, dejando en gran medida esta concreción en manos de la normativa sectorial o específica de cada actividad.

En este sentido, son pocas y escasas las referencias que podemos encontrar en relación al establecimiento temporal de realización de estos controles. Así, el art. 37.3.b) RSP, dedicado a las funciones del SP, establece que *<<en materia de vigilancia de la salud, la actividad sanitaria deberá abarcar, en las condiciones fijadas por el artículo 22 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales: 3º) Una vigilancia de la salud a intervalos periódicos.>>*

Dentro del terreno específico de las ETTs, encontramos como referencia a esta periodicidad lo expresado por el art. 4.3 RD 216/1999 al indicar que a fin de que la ETT *<< pueda cumplir adecuadamente sus obligaciones en materia de vigilancia periódica de la salud de los trabajadores puestos a disposición, la empresa usuaria informará a la misma de los resultados de toda evaluación de los riesgos a que estén expuestos dichos trabajadores, con la periodicidad requerida.>>*

Otra variable que influye en gran medida en esta tipología de controles médicos, junto con esta periodicidad que acabamos de ver, está estrechamente relacionada con la incidencia de las *condiciones de trabajo* en la vigilancia de la salud.

Sin duda, las condiciones en las que se desarrolla la actividad laboral presentan una notable incidencia en la seguridad y salud de los trabajadores y por ende los controles médicos que se realicen para vigilar el estado de salud tendrán una importancia considerable en conexión con dichas condiciones.

No existe unanimidad doctrinal a la hora de definir lo que debe entenderse por *<<condiciones de trabajo>>*. Sin embargo, una primera aproximación al término nos da a entender que se trata de una serie de circunstancias y características

que necesariamente convergen en la persona del trabajador y la actividad a la que viene obligada por el contrato de trabajo junto con el entorno en la que lo desarrolla. En consecuencia, podría definirse el concepto de <<condiciones de trabajo>> como el <<conjunto de elementos y circunstancias de carácter material, psíquico y biológico y social que influidos y determinados por múltiples factores de orden económico, técnico y organizativo, se interrelacionan e interactúan, constituyendo el entorno y la forma en que se desarrolla la actividad laboral.>>⁴⁶⁴

En base a la anterior definición, podemos clasificar en *seis grupos* las condiciones que inciden en la vigilancia de la salud y que trataremos de exponer en los siguientes subapartados.

3.5.1. Condiciones materiales.

Del estudio y conocimiento de estos factores se encarga la disciplina denominada <<Higiene Industrial>> y que tiene por objeto el análisis de los condicionantes medioambientales propios del trabajo como aquellos otros que son comunes a cualesquiera naturaleza ambiental.

Podemos clasificarlas a su vez en *dos subgrupos*, a saber: los *exógenos* y los *intrínsecos al trabajo*.

- a) *Factores exógenos*: Dentro del primer grupo nos referimos a aquellos factores que están presentes en otras situaciones que son externas al medio laboral o al menos no pueden considerarse como privativas de éste.⁴⁶⁵
- b) *Factores Endógenos*: El otro grupo de circunstancias están referidos a factores que conciernen a la higiene, seguridad y ambiente propios del lugar de trabajo.⁴⁶⁶ De este tipo de circunstancias se encarga la <<Ergonomía>>

⁴⁶⁴ Cfr. RESCALVO SANTIAGO, F., *Medicina del Trabajo (tomo I)*, Madrid, 2000, pg: 32.

⁴⁶⁵ V. gr. Las relativas a la luz , ruido, temperatura, humedad, ventilación, espacio, etc.

⁴⁶⁶ Entre los que podemos citar las radiaciones, vibraciones, humos y gases, polvo, sustancias químicas, etc. Un estudio somero para conocer el alcance práctico sobre estas condiciones, *vid.*

como técnica de carácter multidisciplinar⁴⁶⁷ que estudia la adaptación de las condiciones de trabajo al trabajador.⁴⁶⁸ Todos estos factores son mensurables mediante el instrumental adecuado⁴⁶⁹.

Llegados a este punto conviene traer a colación la incidencia que presenta la prohibición de fumar en los centros de trabajo, y en particular con la entrada en vigor el de enero de 2006 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre (BOE del 27 de diciembre), suprimiéndose al efecto los espacios autorizados para fumadores. No obstante cabe advertir que la normativa pretende regular no tanto el consumo sino la prevención del tabaquismo. No cabe duda que esta ley presentará unas consecuencias de alcance aún no ponderado, mejorando, por un lado el ambiente de trabajo al estar éste <<libre de humos>>⁴⁷⁰, pero pudiendo provocar un incremento de la ansiedad en los trabajadores que mantengan su dependencia de la nicotina.⁴⁷¹

Cabe igualmente advertir que la aplicación de la norma puede dar lugar a situaciones paradójicas en el sector de la restauración, los cuales podrán autorizar el que se fume en la totalidad de su recinto en los locales que tengan una superficie inferior a ciento veinte metros cuadrado, sin olvidar que dicho local es al mismo tiempo un lugar de trabajo, y en el que se podrá fumar –y se fumará– en todo el local y durante todo el tiempo en el que el local permanezca abierto.⁴⁷²

PÉREZ ALENTAR, A. y REGUERO CELADA, J., *Manual práctico de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1990, (capítulo 6), pp: 118 y ss.

⁴⁶⁷ Estudia entre otras cuestiones los puestos de trabajo y su profesiograma, las aptitudes, orientación profesional y selección de personal, fatiga profesional y ritmos biológicos y la turnicidad. *Cfr.* RESCALVO SANTIAGO, F., *Medicina del trabajo (tomo I)*, *op. cit.*, pg: 52.

⁴⁶⁸ Se trata así de evitar que se a la inversa, esto es, que tenga que ser el trabajador el que se adapte a las condiciones de trabajo.

⁴⁶⁹ Tales como sonómetros, anemómetros, luxómetros, etc.

⁴⁷⁰ Terminología ésta que emplea la nueva ley.

⁴⁷¹ Sobre esta materia, *vid.* DEL REY GUANTER, S., & LUQUE PARRA. M., *El tabaco en los centros de trabajo*, Madrid, 2006.

⁴⁷² Podría darse la situación de que un camarero que además haya sido contratado por una ETT y puesto a disposición de una EU cuyo centro de trabajo consista en un local de restauración inferior a ciento veinte metros cuadrados, dicho camarero será un trabajador en misión al que habrá que informar y considerar como riesgo de su puesto de trabajo los derivados de un ambiente contaminado por el humo del tabaco. Al tiempo, en el momento de la contratación, la ETT tendrá que evitar v. gr. la contratación de un trabajador con afecciones cardio-pulmonares, las cuales, habrían de ser detectadas, en su caso, en un reconocimiento médico previo.

3.5.2. Organización del trabajo.

Este subapartado comprende la implantación y concepción de los puestos de trabajo, fijación de las normas, reestructuración de tareas, organización del mando, así como la información a los ejecutantes de las decisiones.⁴⁷³

3.5.3. Duración del trabajo.

Organización de las jornadas y la organización de los horarios. En particular en lo referente a las horas nocturnas y al trabajo a turnos que son las circunstancias que presentan una mayor incidencia en relación a los riesgos laborales.

3.5.4. Modos de remuneración.

Hace referencia a la remuneración por rendimientos y su correspondiente periodificación, tanto en el cumplimiento de objetivos como en la estructura salarial que sea pactada con cada trabajador o de manera colectiva.

3.5.5. Promoción profesional.

Formación continua, carreras profesionales, promociones internas, etc.

La inadecuación o frustración en las expectativas que cada trabajador ponga en su desarrollo profesional como en la remuneración derivada de su desempeño, pueden provocar problemas de insatisfacción laboral⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Aquí podemos incluir relaciones laborales horizontales y verticales, ejercicio del liderazgo, políticas de empresa, etc.

⁴⁷⁴ Con el consiguiente riesgo de padecer estrés, ansiedad crónica, depresión, etc.

Del estudio de los factores provocados por cuestiones organizativas – salariales o de promoción profesional- se encarga la <<Psicología aplicada>>.

3.5.6. Otros condicionantes del entorno.

Es indudable que el confort en los desplazamientos o la facilidad y frecuencia de los mismos en el caso de la existencia de transporte público o incluso de transporte privado de la empresa, influyen de manera notoria en el desarrollo del trabajo aunque no sean factores que se generen en el mismo entorno laboral pero sí derivado del mismo.

Habiendo tomado conciencia de esta circunstancias, el art. 14.2 de IV Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal dispone que <<durante el plazo de vigencia del contrato de puesta a disposición el personal puesto a disposición tendrá derecho a la utilización de transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria (comedores, cafetería, servicios médicos, etc.)>>.

También influye de manera decisiva la existencia de orden más social que estrictamente laboral como pueden ser los de vivienda que permitan acercar al máximo la residencia de los trabajadores con sus respectivos lugares de trabajo, si bien en el caso de los trabajadores en misión, dada su naturaleza temporal, la influencia de estas y otras condiciones se hallan inmersas en su misma idiosincrasia.⁴⁷⁵

3.6. Reconocimientos Médicos Específicos.

Esta tipología de controles es muy amplia y a ellos se verían sometidos cualquier trabajador que se vea expuesto a ellos, lo que incluye lógicamente a los

⁴⁷⁵ Dentro de esta necesidad básica no sólo la vivienda del trabajador sino las necesidades familiares en cuanto a equipamientos comerciales, escolares, de ocio, etc., que sin duda influyen en el bienestar de los trabajadores y por ende en su actividad laboral.

trabajadores en misión, siempre y cuando la exposición a dichos riesgos no entre en colisión con el catálogo de <<actividades y trabajos de especial peligrosidad>> a los que el art. 8 RD 216/1999 ha vetado el recurso a las ETTs.

Dentro de estos controles médicos específicos nos encontramos con un grupo de controles denominados <<Controles Médicos de Seguridad Crítica>>, los cuales se realizan a petición de la empresa⁴⁷⁶ y que tienen como finalidad determinar la incidencia del puesto de trabajo en la salud del trabajador o bien garantizar las condiciones psicofísicas de un determinado empleado y/o puesto de trabajo de cara a prevenir las consecuencias derivadas de la potencial <<Responsabilidad sobre Terceros>>⁴⁷⁷.

Los controles médicos específicos, por tanto, pueden ser –además de los de <<seguridad crítica>>-, los siguientes, a saber: *pantallas de visualización de datos, ruidos y vibraciones*⁴⁷⁸, *radiaciones ionizantes*⁴⁷⁹ y *no ionizantes, alveolitis alérgica extrínseca, asma laboral, tuberculosis pulmonar, plaguicidas, trabajo a turnos y ritmos, trabajos en altura, contaminantes químicos inespecíficos*⁴⁸⁰, *contaminantes químicos específicos*⁴⁸¹, *riesgos biológicos*⁴⁸², *manipulación manual de cargas, movimientos repetidos, trabajo en posturas forzadas, neuropatías por presión, agentes anestésicos por inhalación, etc.*

⁴⁷⁶ En algún caso a petición de la autoridad administrativa competente –no necesariamente laboral, pudiendo ser estatal, autonómica o local- que regule la actividad de la que se trate.

⁴⁷⁷ Sería el caso de conductores de algún transporte público de cuyo estado de salud psicofísico puede tener consecuencias importantes sobre terceras personas (pasajeros, otros trabajadores, peatones, etc.)

⁴⁷⁸ Cfr. RD 1316/1989 de 27 de octubre, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la exposición al ruido durante el trabajo (BOE de 2 de noviembre de 1989)

⁴⁷⁹ Cfr. RD 53/1992, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes (BOE 12 de febrero de 1992).

⁴⁸⁰ Cfr. art. 14 de la Directiva del Consejo 90/394/CEE, de 28 de junio, de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (DOCE nº L-196 de 26 de julio de 1990).

⁴⁸¹ Las sustancias a controlar son plomo (*Orden Ministerial de 9 de abril de 1986 por la que se aprueba el Reglamento para la prevención de riesgos y protección de la salud de los trabajadores por la presencia del plomo metálico y sus componentes iónicos en el ambiente de trabajo* (BOE de 24 de abril de 1986), amianto –puede provocar *asbestosis* y regulado su control mediante *Orden Ministerial de 31 de octubre de 1984* (BOE de 7 de noviembre), por la que se aprueba el Reglamento sobre Trabajos con Riesgo por amianto, cloruro de vinilo –*Orden Ministerial de 9 de abril de 1986 por la que se aprueba el Reglamento para la prevención de riesgos y protección de la salud por la presencia de cloruro de vinilo monómero en el ambiente de trabajo* (BOE de 6 de mayo de 1986), sílice (puede provocar *neumoconeosis*), benceno –*Resolución de 15 de febrero de 1977 sobre el empleo de disolventes y otros compuestos que contengan benceno* (BOE del 11 de marzo), n-hexano, cadmio, etc.

⁴⁸² Dentro de este grupo hay que incluir los siguientes: *tuberculosis, hepatitis viral A-B-C, carbunco, tétanos, paludismo, gripe, VIH, difteria, leptospirosis, brucelosis, etc.*

3.7. Otros Reconocimientos Médicos.

Junto a los reconocimientos que hemos visto hasta ahora existe una serie de controles médicos que permiten efectuar la vigilancia de la salud, aunque no tiene una repercusión relevante para el estudio específico de la prevención en las ETTs.

No obstante, citamos a continuación esta tipología de controles de gran importancia para el conjunto de las empresas pero de escasa incidencia para los trabajadores en misión. Estos reconocimientos son: Reconocimientos Médicos por Cambio de Puesto de Trabajo; Reconocimientos Médicos solicitados por la Dirección de la Empresa; Reconocimientos Médicos solicitados por el propio trabajador; Reconocimientos Médicos por Ausencias Prolongadas (I.T., Accidentes laborales, etc.); y por último, Reconocimientos Médicos Ocupacionales.⁴⁸³

IV.- GARANTÍAS DEL TRABAJADOR EN LA VIGILANCIA DE LA SALUD: LA CONFIDENCIALIDAD EN EL TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.

Consciente de la nocividad que puede conllevar el uso indebido de la realización de controles médicos, el Legislador ha introducido una serie de garantías para los derechos de los trabajadores, al tiempo que establece una serie de cortapisas tendentes a evitar en la medida de lo posible un uso fraudulento de los referidos controles, tanto en aquellos casos en los que éstos presenten un carácter obligatorio como en el de aquéllos que exista un consentimiento previo del trabajador.

⁴⁸³ A nivel europeo sobre esta materia, *vid. Recomendación de la Comisión de 27 de julio de 1966, dirigida a los Estados miembros y relativa al control médico de los trabajadores expuestos a riesgos particulares* (DOCE, L de 17 de agosto, p. 2753).

Las garantías a las que se refiere este apartado pueden agruparse entorno a *dos categorías* y que encuentran su origen, en las *personas* que realizan los controles médicos, por un lado; y en segundo término, en las condiciones de *confidencialidad* en el tratamiento que se efectúa de la información obtenida a través de tales reconocimientos. Veamos detenidamente cada una de ellas.

4.1. Garantías de índole personal.

El art. 22.4 LPRL, en su párrafo *segundo*, establece que el <<*acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las Autoridades Sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.*>>

Y en línea con este precepto, el art. 22.6 LPRL establece que <<*las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo por personal sanitario, con competencia técnica, formación y capacidad acreditada.*>>

De los preceptos transcritos se infiere que el personal que deba realizar estas funciones de control médico, debe regirse -además de por los protocolos y conocimientos técnicos-, por el estricto seguimiento de las normas esenciales de su deontología y ética profesional, así como por un riguroso respeto a la *confidencialidad* respecto de la información que puedan conocer con ocasión de la realización de estos controles.⁴⁸⁴

Seguidamente matizaremos algunas de las expresiones que aparecen en los referidos preceptos, junto con el estudio y responsabilidad que en materia de información sobre vigilancia de la salud presentan los profesionales médicos.

⁴⁸⁴ Estas garantías de objetividad y profesionalidad deben respetarse incluso por encima de la relación de subordinación respecto del titular de la empresa. Sobre esta cuestión, *vid.* GOÑI SEÍN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, 1988, pp: 233 y 234.

En primer término, nos encontramos con la expresión del art. 22.4 LPRL al señalar que <<la información médica de carácter personal se limitará al personal médico>>. Aquí surgen dos cuestiones de carácter subjetivo como es la determinación de la competencia y del concepto que comprende el término de <<personal médico>> a efectos de esta norma.

La primera cuestión consiste en si por tal <<personal médico>> debemos entender *únicamente* a los facultativos con una titulación universitaria superior de licenciados en Medicina, o se precisa además de esta licenciatura, de una especialidad médica acorde con la actividad preventiva de vigilancia de la salud que vaya a ser desarrollada.

La segunda cuestión parte igualmente de la premisa de si debemos aplicar un criterio restrictivo del concepto de <<personal médico>>, o por el contrario ampliarlo a otros profesionales sanitarios.

La respuesta a ambas cuestiones podemos encontrarla en el art. 37.3 RSP, el cual establece que las funciones de vigilancia y control de la salud <<serán desempeñadas por personal sanitario con competencia técnica, formación y capacidad acreditada>>, añadiendo a su vez en el subapartado a) de este precepto que los SP que se encarguen de la vigilancia de la salud de los trabajadores <<deberán contar con un médico especialista en Medicina del Trabajo o Diplomado en Medicina de Empresa y un ATS/DUE⁴⁸⁵ de empresa, sin perjuicio de la participación de otros profesionales sanitarios con competencia técnica, formación y capacidad acreditada.>>

Es decir, las funciones inherentes a la vigilancia de la salud son *competencia* del personal que se encarga de las mismas, esto es un Médico de Empresa –o en su caso un diplomado en Medicina de Empresa- y un ATS/DUE. Por lo tanto, entendemos que debemos responder de manera negativa a las dos cuestiones planteadas, ya que por una parte, para atender la vigilancia de la salud es preciso la existencia de un facultativo *no sólo* licenciado en medicina, sino que debe ser un

⁴⁸⁵ Son las siglas de Ayudante Técnico Sanitario/Diplomado Universitario de Enfermería.

médico especializado. Pero no con una especialidad médica cualesquiera sino *únicamente* un médico que esté en posesión de una especialidad muy concreta como lo es la de <<*Medicina del Trabajo*>>.

En conclusión, deben concurrir dos premisas, la de *licenciado en Medicina* y además y de forma inseparable tener la especialidad en *Medicina del Trabajo*; y en consecuencia, la única posibilidad legal de que no sea un médico es que sea un Diplomado en Medicina de Empresa⁴⁸⁶, aunque dejando claro que éste no es <<*personal médico*>> y por ende no goza de las prerrogativas en orden a la información derivada de los controles médicos.

Con respecto a la segunda cuestión planteada anteriormente, relativa a la posibilidad de ampliar a otros profesionales sanitarios la potestad de recibir información confidencial derivada de los controles médicos, acabamos de indicar que, a nuestro juicio, la norma sería contraria a la ampliación del personal con acceso a la referida información, toda vez que el art. 22 LPRL habla *exclusivamente* de <<*personal médico y Autoridades Sanitarias*>>, por lo que, aunque los encargados de las funciones de vigilancia de la salud sean también desempeñadas tanto por los ATS/DUE como por los Diplomados en Medicina de Empresa, sólo los primeros -los médicos con especialidad en Medicina del Trabajo- tienen la posibilidad legal de acceder a la información derivada de los controles médicos realizados con ocasión de la vigilancia de la salud.

No obstante, llevados a este extremo a la práctica, habría que matizar mucho más las previsiones legales contenidas en el art. 22.4 LPRL.

Así, en la práctica, muchas de las pruebas que integran el contenido material de los controles médicos serán efectuados en la práctica por un ATS/DUE o un Diplomado en Medicina de Empresa (v. gr. una audiometría, analítica, prueba de resistencia, etc.), por lo que los resultados derivados de las mismas pruebas médicas que éstos especialistas sanitarios efectúan les ofrecerán información –siquiera parcial- acerca del estado de salud de los distintos trabajadores vigilados

⁴⁸⁶ Esta posibilidad se aprecia a través de la disyuntiva <<*o*>> que aparece en el art. 37.3.a) RPRL.

médicamente, lo que no debe confundirse con el acceso sin paliativos a la información derivada de los controles atinentes a la vigilancia de la salud.⁴⁸⁷

A modo de resumen podemos concluir diciendo que tales especialistas sanitarios tendrán un acceso vetado legalmente pero sólo acotado en la práctica.

En otro orden de cosas, analizaremos a continuación con mayor extensión, el campo de *competencia* que presenta cada uno de estos profesionales con respecto a la información de la vigilancia de la salud.

4.1.1. Personal con acceso directo y completo a la información sobre vigilancia de la salud.

Dentro del personal que puede tener acceso a la información derivada de la vigilancia de la salud hay que diferenciar entre los que tienen un acceso *directo y completo* de la información, de aquéllas que tienen un conocimiento *limitado e indirecto* de la misma.⁴⁸⁸

Dentro del primer grupo, es decir, las personas que tienen un conocimiento directo y completo sobre el estado de salud del trabajador se halla -además del lógico conocimiento que pueda tener el propio trabajador⁴⁸⁹ de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5 y 6 LOPD- el de los médicos y autoridades sanitarias con competencia sobre cada caso. A este grupo de profesionales es a los que, por su

⁴⁸⁷ Si hacemos una interpretación extensiva del concepto de <<vigilancia de la salud>>, nos encontraremos probablemente con que muchos de los controles o pruebas que se realizan en este orden son de índole psicológica, y que por tanto, los profesionales que habrán de valorar estas cuestiones no son ni médicos, ni ATS/DUE ni diplomados en medicina de empresa, por lo que se dará en la práctica la paradoja de que estos profesionales no tendrán acceso –según el art. 22 LPRL- a la información atinente a la vigilancia de la salud cuando en gran medida sean ellos los que la elaboren.

⁴⁸⁸ Sobre estas cuestiones, *vid.* DEL REY GUANTER, S., <<Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la “intimidad informática” del trabajador>>, en *Relaciones Laborales* nº 11/1994, pp: 10 y 11

⁴⁸⁹ Salvo en el caso de trabajadores con discapacidad psíquica que presten sus servicios, *v. gr.* en un *Centro Especial de Empleo*.

privilegiada posición de conocimiento se les exige en contrapartida, un *tácito deber de secreto*⁴⁹⁰. Al respecto, el art. 7.6 LOPD establece que *<<podrán ser objeto de tratamiento de datos de carácter personal (...), cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.>>*

En este sentido, el *segundo* párrafo del art. 22.4 LPRL dispone que el *<<acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las Autoridades Sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.>>*

Y sobre esta información, el art. 8 LOPD dispone que *<<las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad.>>*

En esta misma línea ya se expresaba la *Recomendación del Consejo de Europa nº R (89) de 18 de enero, sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo*, recogiendo en su art. 10.4 que *<<los datos de la salud recopilados con fines de empleo y que se encuentren cubiertos por el secreto médico no deben ser registrados más que por personal sujeto a dicho secreto>>*. Añadiendo que *<<las informaciones no deben ser comunicadas a los servicios de personal de la empresa, salvo que sean indispensables para que los mismos adopten sus decisiones, siempre de acuerdo a las disposiciones del Derecho interno.>>*

⁴⁹⁰ Entendemos que se trata de un deber *tácito* ya que la Ley no lo establece expresamente aunque resulta clara su intención teleológica. Sobre esta particularidad, *cfr.* FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., *<<Vigilancia de la salud y derechos de la persona (comentario al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)>>*, *op. cit.*, pg: 239.

Se trata en definitiva de marcar la línea divisoria entre los que deben ser aspectos sanitarios que sólo atañen a la esfera privada de la persona, y los aspectos sanitarios que afectan a esa misma persona pero considerada como trabajador y que tienen o pueden presentar incidencias en la esfera laboral, debiendo ser conocidas en tal caso por los responsables de la gestión de personal de cada empresa.

4.1.2. Personal con conocimiento mediato sobre la información de la vigilancia de la salud.

A este segundo grupo pertenecen, *el empresario*, y por ende, las *personas u órganos*⁴⁹¹ con responsabilidades en materia de prevención.

Aquí, además de la *documentación* a la que se refiere el art. 23 LPRL, hay que traer a colación lo expresado por el art. 10 de la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)*⁴⁹², conforme al cual <<*el responsable del fichero automatizado y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo*>>.

4.1.3. El Código Internacional de Ética para los profesionales de la salud en el trabajo.

En la última década, cierto número de países⁴⁹³ han adoptado códigos éticos para los profesionales de la salud en el trabajo pero diferenciados de los códigos

⁴⁹¹ Con especial referencia a los *representantes de los trabajadores, Delegados de prevención y Comité de Seguridad y Salud*, de conformidad con lo establecido en el art. 36.2.b) LPRL.

⁴⁹² BOE nº 298, de 14 de diciembre.

⁴⁹³ Principalmente los anglosajones, destacando entre otros: *Code of Ethical Conduct for Physicians Providing Occupational Health Services (American Occupational Medical, 1976)*, *Guidance of Ethics*

éticos destinados en los médicos en general. Existen varias razones que explican el interés creciente hacia los problemas éticos propios de la salud ocupacional, tanto a nivel nacional como internacional.

Entre estas razones destaca una mejor comprensión de las complejas y, a veces contradictorias, responsabilidades que le caben a los profesionales de la salud y de la seguridad en el trabajo frente a los trabajadores, los empleadores, el público, las autoridades competentes, así como frente a otras instituciones: Salud pública, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como órganos judiciales de la jurisdicción social.

La segunda razón estriba en el incremento del número de los profesionales de la salud y seguridad en el trabajo, como resultado de la creación obligatoria o voluntaria de los servicios de salud en el trabajo.

La tercera razón la encontraríamos en la progresiva inclusión de especialistas que pertenecen a otras profesiones debido al desarrollo multidisciplinar e intersectorial que presentan los Servicios de Prevención en materia de salud laboral.

4.2. Garantías en el tratamiento de la información derivada de los controles médicos. La confidencialidad.

En el ámbito de la Salud Laboral y de la Prevención de Riesgos Laborales se producen una serie de circunstancias y condicionantes que provocan que todo lo atinente a la responsabilidad y a la ética adquieran una especial relevancia.⁴⁹⁴

for Occupational Physicians (Royal College of Physicians of London Faculty of Occupational Medicine, 1987), Ethics for Occupational Health Physicians (Australian College of Occupational Medicine, 1986).

⁴⁹⁴ Históricamente, la preocupación del ser humano por la confidencialidad ya aparece reflejada en el conocido *Juramento* de Hipócrates en el año 450 a. C., el cual ha constituido y sigue constituyendo la base de toda la deontología médica. Otros hitos importantes en materia de confidencialidad son el Concilio de Cartago en el siglo IV, y más adelante, en el siglo VI, los textos de dos autores árabes: Mohamed al Gafiqi e Ibrahim al Misti, que versaban sobre el derecho a la confidencialidad en el terreno médico. También, los estatutos de la Facultad de Medicina de París del siglo XVI y la *Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial* de 1948 han sido los pilares de la confidencialidad en Medicina.

Si entendemos el reconocimiento médico como una forma de obtener datos relativos a la salud del trabajador, el carácter <<periódico>> que la LPRL otorga a la *vigilancia de la salud*, se traduce en la elaboración de una <<historia clínica>>, o lo que es lo mismo, en un *archivo dinámico* destinado a recopilar y conservar en él los datos relativos a la salud de los individuos sujetos a dicha vigilancia.⁴⁹⁵

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la norma protectora de estos derechos del trabajador se halla en la ya mencionada *Ley 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal*.

Un punto importante que aporta esta legislación con respecto a la anterior es el relativo a que ahora la Ley protege, no sólo a los datos tratados de manera automatizada⁴⁹⁶ -los que realizan mediante el empleo de herramientas informáticas⁴⁹⁷-, sino también esta Ley será aplicable a <<los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento>>.⁴⁹⁸

Surge por lo tanto la duda acerca de si la protección de datos médicos del trabajador alcanza a aquellos datos tratados de manera *manual* o no automatizada.

En este sentido nuestra actual legislación se adapta a la europea, la cual, a través de la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre⁴⁹⁹, extiende mediante su art. 3 esta protección a los *datos no automatizados*. Como es sabido, esta Directiva es de

⁴⁹⁵ Se trataría de confeccionar una especie de *biografía sanitaria* no tanto como persona sino como trabajador.

⁴⁹⁶ Aquí la propia Ley se encarga de definir este término a través de su art. 3.b) al definir <<Tratamiento de datos>> del siguiente tenor: <<operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.>>

⁴⁹⁷ Resultando en la práctica lo más convencional y evidente, sobre todo desde finales de la década de los ochenta, en la que en empleo de este tipo de herramienta se ha generalizado hasta el punto de hacer impensable el trabajo empresarial cotidiano sin el uso de las mismas.

⁴⁹⁸ Como es sabido, la anterior legislación contenida en la *Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal*.>> (LORTAD), sólo contemplaba, según rezaba su propio título, al <<tratamiento automatizado>>, excluyéndose de este modo cualquier otra forma de tratamiento de ficheros, incluso en los casos en los que éstos podían representar un volumen cuantitativamente superior al de aquéllos.

⁴⁹⁹ DOCE, L 281 de 23 de noviembre

obligada transposición a nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, las sucesivas regulaciones sobre la materia se han centrado en el tratamiento de datos automatizados, ya que su enorme versatilidad, rapidez, difusión, manipulación, etc., la hacen especialmente sensible y susceptible de los más rigurosos controles tanto técnicos como jurídicos.

Otro concepto de especial complejidad que se nos presenta al abordar estos temas, consiste en el término de <<*tratamiento de datos personales*>>, el cual abarca un amplio espectro de consideraciones⁵⁰⁰, y que la LOPD no sólo ha sabido acotar sino que se ha encargado de definir. Así, el art. 3.b) define el término <<*Tratamiento de datos*>> del siguiente tenor: <<*operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.*>>

Conviene destacar a este respecto que el Convenio nº 181 OIT de 19 de junio de 1997, relativo a las *Agencias de Empleo Privadas*, ha incluido en su articulado referencias al tratamiento de la información confidencial para los trabajadores contratados por estas agencias.⁵⁰¹ Así, el art. 1.3 de este convenio señala que <<*la expresión “tratamiento de los datos personales de los trabajadores” designa la recopilación, almacenamiento, combinación y comunicación de los datos personales, o todo otro uso que pudiera hacerse de cualquier información relativa a un trabajador identificado o identificable*>>.

⁵⁰⁰ Como no podría ser de otra manera dado el carácter generalista de las directivas europeas. Sobre esta crítica a las directivas comunitarias relativas a la prevención de riesgos, vid. PEREZ ALENCART, A., *El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*. Madrid, 1993, pg: 126 y ss.

⁵⁰¹ Recuérdese que este Convenio supone una actualización de su antecesor normativo el Convenio 96 OIT 1949, y que en cuanto a su incidencia en nuestra Legislación hay que decir que es cronológicamente contemporáneo tanto de la LOPD (diciembre de 1999) como de la reforma de la LETT mediante la Ley 29/1999, ya que fue ratificado por España mediante Instrumento de 13 de septiembre de 1999. Por tal motivo, aunque su afección en la legislación sobre ETTs fue escasa, sin embargo, destaca que una norma de este rango internacional preste atención a este aspecto de la confidencialidad para esta figura en concreto mientras que la reforma de la LETT de 1999 -operada tan sólo dos años después de este Convenio 181 OIT- no incluyera en la redacción de su articulado ninguna referencia expresa al tratamiento de los datos personales de los trabajadores al servicio de ETTs.

Además, el art. 6 del Convenio n° 181 OIT dispone la manera de efectuar el tratamiento de los datos personales de los trabajadores al servicio de las agencias de empleo privadas. De este modo, el tratamiento de estos datos deberá <<efectuarse en condiciones que protejan dichos datos y que respeten la vida privada de los trabajadores, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales>>. Y en el apartado b) de este mismo precepto del Convenio n° 181 OIT establece que el tratamiento de estos datos deberá <<limitarse a las cuestiones relativas a las calificaciones y experiencia profesional de los trabajadores en cuestión y a cualquier otra información directamente pertinente>>.

Junto a lo anterior cabe destacar que los *fundamentos* de la *confidencialidad* en el ámbito sanitario son de dos tipos, a saber: éticos y jurídicos. Los *éticos* se basan principalmente en las recomendaciones y códigos deontológicos tanto nacionales⁵⁰² como internacionales⁵⁰³. Los de tipo *jurídico* son lógicamente los contemplados en la normativa y legislación existente al respecto.

Dentro del Derecho positivo, el apartado relativo a la *confidencialidad* es donde la regulación sobre la vigilancia de la salud despliega un mayor celo, para evitar abusos procedentes de la información recabada a través de los controles médicos. Se trata de alcanzar un equilibrio entre dos intereses potencialmente encontrados: los de la persona afectada, por una parte, y por otra, los de quienes deban conocer los datos para el correcto cumplimiento de sus obligaciones legales.⁵⁰⁴

Así, el art. 22.4 LPRL dispone que los <<datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.>>⁵⁰⁵

⁵⁰² Código de Ética y Deontología Médica, Ley General de Sanidad, y el propio art. 22 LPRL.

⁵⁰³ Sobre todo el documento elaborado en 1996 por la *Comisión Internacional de salud Ocupacional (ICOH)*. Del mismo modo destaca el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*.

⁵⁰⁴ En este sentido resultan paradigmática la idea de que se realice <<una tutela de la salud>> y no <<un poder sobre la salud>>, *cfr.* CIACCI, G., <<Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sanitari>>, en *Politica del Diritto*, n° 4, (diciembre 1991), pg: 690.

⁵⁰⁵ *Cfr.* art. 4.2.c) ET.

De este modo, la LPRL pretende asentar un claro efecto *tuitivo a posteriori*, evitando así que los datos recogidos inicialmente con una finalidad legítima sea empleada posteriormente para burlar los derechos de los trabajadores. A tal fin hace suyo el contenido del art. 4.2 LOPD cuando señala que *<<los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.>>*⁵⁰⁶

Igualmente se precisa el consentimiento del trabajador en los denominados *<<datos especialmente protegidos>>* aunque tales reconocimientos médicos se lleven a cabo en el seno de una relación de índole laboral. Así lo expresa el art. 7.3 LOPD al disponer que los datos personales *<<que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.>>*

El art. 22.4 LPRL, en su *segundo párrafo*, establece que *<<el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico, y a las Autoridades Sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin el consentimiento expreso del trabajador.>>*⁵⁰⁷

V.- ELEMENTOS FORMALES DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD.

El tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico otorga a esta materia adquiere una gran importancia pese a que se trata de cuestiones formales,

⁵⁰⁶ Este precepto ha mantenido la misma redacción que su predecesor en la LORTAD -hasta en la misma numeración- a excepción de que la Ley de 1999 ha suprimido el “apellido” de *<<automatizado>>* al de *<<tratamiento>>*.

⁵⁰⁷ Además, por si el precepto que acabamos de transcribir no fuese suficiente, la LOPD insiste a través de su art. 7.4 en la prohibición de *<<ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.>>*

generalmente tratadas en un plano secundario respecto de las cuestiones materiales o sustantivas, y relacionadas con la documentación y registro sobre la vigilancia de la salud.

En este sentido, el art. 23 LPRL es el que actúa como precepto matriz⁵⁰⁸ sobre el cual se asientan a su vez, las cuestiones atinentes a la documentación sobre controles médicos. Se trata de un precepto del que emanan, principalmente, *cuatro* obligaciones, a saber: la de *elaboración* de la documentación, la obligación de *conservar* dicha documentación, y la tercera, la referente al *sujeto* a disposición del cual el empresario debe tener estos documentos. Hay que sumar una *cuarta* obligación, contemplada en el art. 23.1.e) LPRL⁵⁰⁹ y sobre todo en el art. 23.3 LPRL, que entra en juego en los casos en los que se produce un daño al trabajador en forma de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Para estos casos se exige no sólo que el empresario tenga la relación de dichos daños sino también se establece en el propio precepto la forma de <<notificación>> de los mismos a la autoridad laboral.

Además cabe destacar que el art. 23 LPRL ha sido objeto de modificación a través de la reforma de la LPRL operada mediante la Ley 54/2003. Veamos seguidamente el contenido obligacional de este precepto -tanto en lo que se refiere a la documentación en sí misma como a la notificación a la Autoridad laboral en los casos que previene el art. 23.3 LPRL-, así como las modificaciones que en él se han operado por el Legislador.

En primer término tenemos que destacar que el art. 23.1 LPRL dispone -en su primer párrafo⁵¹⁰- que el <<empresario⁵¹¹ deberá elaborar y conservar a

⁵⁰⁸ No obstante cabe indicar que este precepto ha sido objeto de modificación en los *subapartados a), b) y c)* de su *primer apartado* mediante la reforma operado por la Ley 54/2003, si bien dicha modificación no afecta de manera sustantiva a las cuestiones formales que aquí se plantean.

⁵⁰⁹ Este art. 23.1.e) LPRL dispone que el empresario deberá tener como documentación disponible la <<relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo>>. Cabe destacar que este tipo de bajas serán la mayoría cuando no prácticamente todas.

⁵¹⁰ La redacción de este primer párrafo del art. 23.1 LPRL no ha sido objeto de modificación por la Ley 54/2003.

⁵¹¹ Por ser la LPRL una norma dirigida al conjunto de los trabajadores, no distingue entre si esta obligación ha de cumplirla la ETT o la EU. Sin embargo, según veremos en este mismo apartado, el

disposición de la autoridad laboral la siguiente documentación relativa a las obligaciones establecidas en los artículos anteriores>>⁵¹².

Por su parte, el desarrollo reglamentario de estas obligaciones formales⁵¹³, referidas específicamente al sector de las ETTs, se materializa a través del art. 7 RD 216/1999, bajo el incontrovertible epígrafe de: <<Documentación>>. Este precepto distingue a través de sus tres apartados, las obligaciones documentales tanto para la EU como para la ETT, así como el procedimiento para llevarlas a cabo.

Así, el art. 7.1 RD 216/1999 establece que <<la documentación relativa a las informaciones y datos a los que se refiere el presente Real Decreto será registrada y conservada tanto por la empresa de trabajo temporal como por la empresa usuaria, en los términos y a los fines previstos en el artículo 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.>>

Seguidamente veremos en qué medida afectan estas obligaciones formales a cada una de las empresas implicadas, así como a los sujetos que pueden requerir dicha documentación.

5.1. La determinación de los sujetos obligados.

desarrollo reglamentario de esta obligación legal para el sector de las ETTs mediante el RD 216/1999, se encarga de diferenciar el procedimiento a seguir para dar el debido cumplimiento a estas obligaciones tanto para la ETT como para la EU.

⁵¹² Resulta llamativo la referencia en *plural* que realiza este precepto al referirse a <<los artículos anteriores>>, ya que en realidad las cuestiones a la vigilancia de la salud únicamente aparecen en el artículo 22 LPRL que es el inmediatamente anterior, toda vez que el art. 21 y anteriores van referidos a otras cuestiones tales como los conceptos de *riesgo grave e inminente*, o *medidas de emergencia*.

⁵¹³ Este desarrollo reglamentario para el conjunto de los trabajadores se concreta en la exigua redacción del art.7 RSP, señalando que en referencia a la <<documentación>> referida en el art. 23.1.a) LPRL, <<deberán reflejarse, para cada puesto de trabajo cuya evaluación ponga de manifiesto la necesidad de tomar alguna medida preventiva, los siguientes datos: a) La identificación del puesto de trabajo. b) El riesgo o riesgos existentes y la relación de trabajadores afectados. c) El resultado de la evaluación y las medidas preventivas procedentes, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 3. d) La referencia de los criterios y procedimientos de evaluación y de los métodos de medición, análisis o ensayos utilizados, en los casos en que sea de aplicación lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 5.>>

La primera cuestión que se nos plantea ante la lectura del art. 23.3 LPRL consiste en determinar el *elemento subjetivo* que integra esta obligación, tanto en su vertiente activa como pasiva, es decir, tanto el sujeto *destinatario* del contenido obligacional, como el sujeto –o sujetos- que deben satisfacer dicho contenido.

En el primer caso, esto es, en cuanto al *sujeto destinatario* de la obligación, no cabe realizar ninguna reflexión al respecto, ya que la propia legislación es terminante tanto a nivel legal –art. 23.3 LPRL- como reglamentario –art. 7.2 RD 216/1999-, indicando claramente que es <<la autoridad laboral>>.

Sin embargo, pese a la claridad de la norma, la Autoridad laboral no es la única destinataria de la documentación derivada de la vigilancia de la salud, si bien es el único sujeto de naturaleza pública. No obstante existen otros dos sujetos más - de carácter privado, eso sí- destinatarios de esta documentación del art. 23 LPRL. Nos referimos a los representantes de los trabajadores, por un lado, y prevencionistas –SP, principalmente-, por otro.

En este sentido, el art. 33.1.d) LPRL establece el deber del empresario de *consultar* a los trabajadores en lo referente a <<los procedimientos de información y documentación a que se refieren los artículos 18, apartado 1, y 23, apartado 1, de la presente Ley>>. ⁵¹⁴

Por su parte, el art. 36.2.b) LPRL dispone igualmente como prerrogativa para los Delegados de Prevención <<tener acceso, con las limitaciones previstas en el apartado 4 del artículo 22 de esta Ley, a la información y documentación relativa a

⁵¹⁴ Si bien tanto el epígrafe de este precepto como la redacción del mismo hablan de <<consulta de los trabajadores>>, en realidad debemos interpretar que se trata de una consulta a los representantes legales de los mismos, toda vez que se trata de un deber destinado a todos los empresarios con independencia de si la estructura empresarial de éste permite la existencia -por razones cuantitativas y cualitativas- de representación legal. Así se desprende de la redacción del art. 18.1 LPRL, dedicado a la <<Información, consulta y participación de los trabajadores>>, cuando enuncia que <<en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores, la información a que se refiere el presente apartado se facilitará por el empresario a los trabajadores a través de dichos representantes>>. Sobre la representatividad legal de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, *vid. supra* apartado IV del capítulo II del presente estudio.

las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones y, en particular, a la prevista en los artículos 18 y 23 de esta Ley.>>⁵¹⁵

Con respecto al SP, el art. 31.3 LPRL extiende a éstos la labor de <<asesoramiento y apoyo>> que precise el empresario con respecto al deber de vigilancia de la salud, encuadrándose por lo tanto dentro de este asesoramiento el de la elaboración y conservación de la documentación derivada de esa vigilancia médica.

Continuando con el análisis de este deber pero desde la vertiente del *empresario obligado*, y en sintonía con otros elementos inherentes a las obligaciones preventivas, la determinación del sujeto que debe elaborar y conservar esta documentación, entendemos que pasaría por ser el empresario que conoce o puede conocer los datos que sirven de contenido de la documentación a la que se refiere este precepto. Por tanto, esta responsabilidad vemos que atañe a ambas empresas, tanto a la EU como la ETT. De hecho, el art. 7.1 RD 216/1999 establece que esta documentación <<será registrada y conservada tanto por la empresa de trabajo temporal como por la empresa usuaria en los términos y a los fines previstos en el artículo 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales>>. Sin embargo, esta afirmación no nos resuelve la cuestión planteada, motivo por el cual creemos oportuno realizar una exégesis del porqué de esta indistinción acerca del sujeto obligado en cada caso.

Por una parte, el art. 28.5 LPRL establece la responsabilidad para la ETT de <<las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud>>. Por lo tanto, resulta lógico que si la documentación a que se refiere el art. 23.1 LPRL es la atinente a la vigilancia de la salud, sea, por este motivo la ETT el principal sujeto obligado a satisfacer este deber.

⁵¹⁵ El mismo art. 36.2.b) LPRL señala que <<cuando la información está sujeta a las limitaciones reseñadas, sólo podrá ser suministrada de manera que se garantice el respeto de la confidencialidad.>>

No obstante lo anterior, recordemos que la obligación del art. 23.1 LPRL presenta un contenido doble, esto es, el empresario obligado debe: elaborar y conservar la documentación. Llegados a este punto la cuestión se complica.

Por una parte, es la ETT la que, por mandato del art. 28.5 LPRL *controla médicamente* al trabajador que, si finalmente es contratado por ella, posteriormente cederá. Es por tanto la ETT la que tiene un *primer* conocimiento de este trabajador; e igualmente tendrá un *último* conocimiento del mismo en los casos en los que sea preciso prolongar esta vigilancia médica. En consecuencia, la ETT deberá, como responsable de la vigilancia de la salud, atender las obligaciones formales derivada de la misma y, por consiguiente, *elaborará y conservará* la documentación derivada de esa vigilancia de la salud del trabajador cedido en el momento anterior y posterior a la puesta a disposición del trabajador en misión.

Este planteamiento presente un fácil acomodo en las fases inicial y final de la puesta a disposición. Sin embargo, puede presentar alguna laguna mientras el trabajador en misión permanezca en el seno de la EU. Aquí las soluciones pueden ser varias en orden a determinar y concretar el sujeto obligado a la elaboración y conservación de la documentación derivada de la vigilancia médica, a la cual están obligadas tanto la EU como la ETT de conformidad con el art. 7.1 RD 216/1999.

En principio, mientras el trabajador esté cedido a la EU, será ésta la que, a través de su personal prevencionista, esté en las mejores y más directas condiciones de vigilar la salud del trabajador cedido. No obstante lo anterior, la respuesta puede incardinarse en una *doble* vertiente en lo que se refiere a la interrogante de *quién* es el responsable de elaborar y conservar esta documentación del art. 23.1 LPRL.

La *primera* de estas posibilidades consistiría en que la EU se responsabiliza de la elaboración y conservación de la documentación derivada de la vigilancia de la salud del trabajador en misión que pudiera haber tenido lugar en el seno de la EU durante el período en que el trabajador haya estado cedido. Se encargaría por tanto de cumplir en su totalidad el contenido obligacional del art. 23.1 LPRL pero limitada *únicamente* al período en el que el trabajador ha estado cedido en la EU, y sólo, claro

está, si durante ese periodo –por lo general breve⁵¹⁶- se ha producido algún control médico generador de la documentación a que se refiere el art. 23.1 LPRL.

La segunda de las posibilidades, y a nuestro juicio más plausible, pasaría por la *elaboración* de la documentación por la EU y traspaso de la misma a la ETT para que ésta a su vez –y atendiendo al mandato genérico del art. 28.5 LPRL- se responsabilice de su *conservación*. En esta segunda situación se produciría un desdoblamiento del contenido obligacional del art. 23.1 LPRL, encargándose de este modo la EU de la elaboración de la documentación, por una parte, y la ETT a su vez, de la conservación de la misma.

Podría existir una tercera posibilidad consistente en que cuando la EU precise realizar algún control médico lo comunique a la ETT para que sea ésta la empresa que lo efectúe, y de ese modo, sería la ETT la que atendería de manera directa a la responsabilidad de la elaboración y conservación de la documentación que determina el art. 23.1 LPRL.

En otro orden de cosas y de más difícil solución nos resulta la determinación del sujeto obligado a la *notificación* a la autoridad laboral que dictamina el art. 23.3 LPRL. Cuestión que trataremos de dilucidar en las siguientes líneas, y que aquí resulta más compleja, debido en gran medida a la propia naturaleza triangular de las relaciones de trabajo a través de ETTs. Se trata ahora, por tanto, de concretar *quién* es el empresario obligado, pudiendo ser éste tanto la ETT como la EU o incluso ambas.

Sabemos por mandato del art. 28.5 LPRL que <<la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores>>, y por tanto, tratándose de una cuestión que acontece –los daños⁵¹⁷ para la salud- como consecuencia precisamente –según previene el art. 23.3 LPRL- del <<desarrollo del

⁵¹⁶ En muchos casos el período de permanencia del trabajador en misión es de unos días, no produciéndose por tanto la necesidad de efectuar control médico alguno.

⁵¹⁷ A este respecto, el art. 4, en su apartado 3º), define como <<daños derivados del trabajo>> a <<las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo>>. En consecuencia, cualesquiera de estas circunstancias susceptibles de ser encuadradas dentro del concepto de *daño*, suponen el contenido que hay que comunicar *por escrito* a la autoridad laboral.

trabajo>> de los trabajadores en misión, hay que deducir que la EU es la responsable del cumplimiento de esa obligación.

Sin embargo, en contra del argumento anterior -basado en la normativa general sobre prevención de riesgos laborales-, se impone lo dispuesto por nuestra regulación específica en materia de riesgos laborales en relación con las ETTs.

A este respecto, el art. 7.2 RD 216/1999 dispone claramente que la obligación de informar a la Autoridad laboral corresponde a la ETT. Pero no obstante, para que la ETT pueda dar el debido cumplimiento a esta obligación, resulta imprescindible la concurrencia de la EU, estableciéndose de este modo que *<<la empresa usuaria estará obligada a informar por escrito a la empresa de trabajo temporal de todo daño para la salud del trabajador puesto a su disposición que se hubiera producido con motivo del desarrollo de su trabajo, a fin de que aquélla pueda cumplir (...), con la obligación de notificación a la que se refiere el apartado 3 del artículo 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.>>*

Aquí entendemos que puede producirse una colisión entre diversas normas y además de distinto rango normativo que conviene dilucidar desde ahora.

Así tenemos, por una parte, que el art. 28.5 LPRL -norma de rango legal y además específica para las ETTs-, dispone que es la EU la que se responsabiliza de la ejecución del trabajo y que por tanto, en sintonía con el art. 23.3 LPRL –norma igualmente de rango legal pero de aplicación genérica-, es la EU la responsable de comunicar a la Autoridad laboral los daños para la salud acaecidos en el desarrollo de la actividad.

Sin embargo, la redacción del art. 7.2 RD 216/1999 –norma reglamentaria y por ello de rango inferior al legal, aunque eso sí, específica para la prevención de riesgos laborales en las ETTs-, es determinante en relación tanto al responsable de la comunicación como del procedimiento a seguir, y que, según podemos comprobar, difiere de la regulación del art. 23.3 LPRL, puesto que, por una parte, deriva esa comunicación a la Autoridad laboral a través de la ETT, al tiempo que otorga responsabilidad a ambas empresas en el caso de que esa comunicación a dicha

autoridad no se efectúe finalmente. Es decir, hace *corresponsables* a ambas empresas de la obligación de información a la autoridad laboral⁵¹⁸, a saber: a la ETT por vía *directa*, y a la EU de forma *indirecta o subsidiaria* en los casos en que no realice esta comunicación previa a la ETT.⁵¹⁹

No obstante, hay que significar que esta *responsabilidad compartida* no debe confundirse con una *responsabilidad equidistante* o en el mismo plano, toda vez que la responsabilidad para la EU actúa de manera *subsidiaria*, entrando en juego únicamente ante los supuestos de incumplimiento previo de la ETT.

Se trata, por tanto, de una solución ante una posible situación de conflicto de aplicación normativa, ya que por un lado sabemos que la norma de rango inferior no debe contradecir a la de rango superior, es decir, la norma reglamentaria –art. 7.2 RD 216/1999- no podría ir en contra de la norma de rango legal –art. 23.3 LPRL-. Y al mismo tiempo somos conocedores de que la norma específica –art. 28.5 LPRL- se aplica sobre la genérica –art. 23.3 LPRL-.

Así, ante la concurrencia de estas normas de diverso rango, cronología y ámbito de aplicación, entendemos que la norma aplicable es el art. 7.2 RD 216/1999 por ser de aplicación específica y no contravenir además los términos de la norma legal. En consecuencia, la responsabilidad de notificación es de la ETT, excepción hecha de los supuestos en que dicha notificación no pueda realizarse debido al incumplimiento de la EU para con la ETT, en cuyo caso -y según previene el propio art. 7.2 RD 216/1999- será la EU <<*la responsable de los efectos que se deriven del incumplimiento por la empresa de trabajo temporal de su obligación de notificación*>>.

Repárese, no obstante, en que el art. 7.2 RD 216/1999 no habla de la responsabilidad por el incumplimiento de la EU sino *únicamente* de los *efectos* derivados del mismo. Es decir, la responsable de la notificación es, en todo caso, la

⁵¹⁸ A nuestro juicio, esta corresponsabilidad de las empresas puede significar una garantía más a favor de los trabajadores en misión al impedir el desconocimiento por parte de la autoridad laboral ante un suceso de daño para la salud de estos trabajadores.

⁵¹⁹ El art. 7.2 RD 216/1999 únicamente habla de <<*incumplimiento*>>, por lo que, a nuestro juicio, hay que incluir tanto la *nula* comunicación como la comunicación *defectuosa*., ya sea de forma dolosa o negligente.

ETT, y es a ésta y sólo a ésta a la que la Autoridad laboral va a pedir responsabilidades. Otra cosa es que la EU *pague* las consecuencias del incumplimiento de la ETT⁵²⁰, pero, con la norma reglamentaria en la mano y haciendo una interpretación literal de la misma, la responsable de que la comunicación a la Autoridad laboral se cumpla es en todo momento de la ETT.

Como conclusión, podemos afirmar que se trata de una solución *salomónica* y acorde con la realidad de la cesión legal de trabajadores, toda vez que impide que la triangularidad que caracteriza las relaciones de trabajo a través de ETTs, permita un resultado de impunidad de cualesquiera de las empresas implicadas como consecuencia de la indeterminación de responsabilidad ante una falta de comunicación a la Autoridad laboral ante la producción de un daño para la salud de alguno de los trabajadores en misión.

5.2. La concreción de <<términos y plazos>>.

La cuestión atinente a los términos y plazos de la obligación contenida en el art. 23.1 LPRL relativa a la conservación y elaboración de la documentación sobre vigilancia de la salud, podemos concluir que se trata de una obligación *atemporal*, en la medida en que la misma debe ser cumplida siempre, de manera constante, completa y fiable.⁵²¹ Sin embargo, la cuestión relativa a los términos y plazos para atender la notificación a que se refiere el art. 23.3 LPRL requiere de la observancia de un momento concreto en el cual debe darse cumplimiento a este deber de notificación, como tendremos ocasión de comprobar seguidamente.

Así, el art. 7.2 RD 216/1999 nos remite a lo establecido por el art. 23.3 LPRL en cuanto a los <<términos y plazos establecidos>> por dicho precepto legal. Sin

⁵²⁰ Cabría pensar aquí en los supuestos en que la ETT sea sancionada pecuniariamente y *repita* contra la EU los perjuicios derivados de esa sanción y sin perjuicio de las indemnizaciones complementarias a que dé lugar.

⁵²¹ Carecería de sentido y de la eficacia que esta obligación requiere el hecho de que la documentación a que se refiere el art. 23.1 LPRL no hubiere sido elaborada en todos los períodos o hubiese sido sesgada o mutilada en alguno de ellos o de alguno de sus aspectos, o que simplemente se hubiere realizado en unos períodos si y en otros no.

embargo, pese a la aparente claridad, surge de forma inmediata la duda acerca de si el art. 23.3 LPRL al que nos reenvía el artículo reglamentario, es el correspondiente a la Ley 31/1995, o por el contrario, debemos referirlo, ya, al contenido modificado por la Ley 54/2003.

Pese a la duda planteada, la respuesta a la misma se resuelve en este caso con facilidad, toda vez que el apartado 3 del art. 23 LPRL no ha sido objeto de modificación por la Ley 54/2003. En consecuencia, los *términos y plazos* que la ETT debe observar son los que establece el art. 23.3 de la Ley 31/1995, es decir los indicados desde el origen de la LPRL.

Sin embargo, cuando aparentemente parece haber sido aclarada la cuestión relativa a la ley aplicable, se nos presenta –de manera realmente sorpresiva- una nueva cuestión por dilucidar. Nos referimos en este caso a que el art. 23.3 LPRL dispone al respecto que *<<el empresario⁵²² estará obligado a notificar por escrito a la autoridad laboral los daños para la salud de los trabajadores a su servicio que se hubieran producido con motivo del desarrollo de su trabajo, conforme al procedimiento que se determine reglamentariamente.>>*

Podemos comprobar ahora que, lejos de arrojar luz sobre un aspecto tan concreto como es un determinado término o plazo, el art. 23.3 LPRL no nos contesta a esta interrogante, manteniendo así la incógnita mediante el vago reenvío a una *ulterior* determinación por la vía del desarrollo reglamentario.

En otros términos podemos concluir que el art. 7.2 RD 216/1999 – cronológicamente posterior en tres años y medio a la LPRL- basa la determinación de una parte de su contenido –la de los términos y plazos- en el reenvío a un precepto legal que de antemano ya es conocido que no concluye en ninguna determinación concreta. Es más, relega la misma a una posterior e indeterminada concreción reglamentaria que, empero, no ha tenido lugar.

⁵²² Aquí no distingue, obviamente, entre empresario de la EU o de la ETT, debiendo ello ser objeto de interpretación doctrinal.

Pero a nuestro juicio esta paradoja no termina aquí ya que la Ley 54/2003 ha perdido una excelente oportunidad al respecto, al no modificar o completar el contenido de este art. 23.3 LPRL, manteniendo así la incógnita sobre esta falta de determinación. Creemos que ello representa un *lapsus* del Legislador que ni ha modificado esa derivación a un desarrollo reglamentario que no se ha producido, y que de haberlo hecho debería haber aprovechado esta reforma legal para hacer referencia a la norma reglamentaria que específicamente haya regulado la concreción de términos y plazos. Incluso, puesto que no se ha producido la determinación reglamentaria instalada desde el origen de la LPRL, el Legislador podría haber derogado dicha derivación al ulterior desarrollo reglamentario, y *legislar directamente* dicha concreción tras constatar que los sucesivos gobiernos que se han sucedido desde 1995 no han hecho uso de esa potestad reglamentaria que les corresponde y que, además, por mor del art. 23.3 LPRL deberían haber ejecutado por la delegación que este precepto les confirió desde su origen.

5.3. Contenido y forma de la comunicación.

En este apartado tratamos de dar respuesta a la pregunta de *qué* se ha de comunicar a la autoridad laboral una vez producido el supuesto de hecho contemplado en los arts. 23.1.e) y 23.3 LPRL, es decir el contenido de esa comunicación a la Autoridad laboral, así como a la subsiguiente interrogante acerca del *cómo* debe realizarse el traslado de dicha información, lo que se traduce en la *forma* que debe adoptar dicho comunicado. Veamos seguidamente el tratamiento normativo de cada uno de estos aspectos.

En cuanto a la primera cuestión acerca de *qué* ha de comunicarse a la Autoridad laboral, el propio art. 23.3 LPRL establece que el *contenido* de esta obligación consiste en informar sobre <<los daños para la salud de los trabajadores a su servicio que se hubieran producido con motivo del desarrollo de su trabajo>>.

Por lo que respecta a la segunda de las cuestiones que abordamos en este apartado, esto es, la atinente al *cómo* ha de cumplirse la obligación del art. 23.3

LPRL, dicho precepto señala de manera inequívoca que la *forma* ha de ser <<por escrito>>. No obstante, esta forma escrita requiere, además, que sea *protocolizada* en un determinado *modelo* establecido.

En este sentido, el art. 6.1 LPRL en su apartado g) dispone que <<*el Gobierno, a través de las correspondientes normas reglamentarias y previa consulta a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas regulará (...)* g). *el procedimiento de calificación de las enfermedades profesionales, así como requisitos y procedimientos para la comunicación e información a la autoridad competente de los daños derivados del trabajo.*>>.⁵²³

Junto a lo anterior, y dentro del terreno específico de las ETTs, esta forma fue matizada mediante el RD 216/1999, en consonancia con la realidad de las relaciones de trabajo a través de las ETTs, del modo y manera que hemos analizado más arriba.

Así, en el caso de las ETTs la *forma* de comunicación a la Autoridad laboral sigue siendo igualmente *por escrito* según previene con carácter general el art. 23.3 LPRL. No obstante, el art. 7.2 RD 216/1999 establece como *procedimiento* que esa comunicación escrita se *duplique*, imponiendo de este modo que la EU quede <<*obligada a informar por escrito a la empresa de trabajo temporal de todo daño para la salud del trabajador puesto a su disposición*>>. Como podemos observar aquí preside de *igual modo la forma escrita*⁵²⁴ conforme a lo establecido por el art.

⁵²³ Cfr. Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1987 (BOE del 29), *por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo y se dan instrucciones para su cumplimentación y tramitación*. Igualmente, cfr. la O.TAS/2926/2002, de 19 de noviembre (BOE del 21), *por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico*; teniendo su materialización mediante Resolución de 26 de noviembre de 2002 (BOE de 19 de diciembre), de la Subsecretaría, *por la que se regula la utilización del Sistema de Declaración Electrónica de Accidentes de Trabajo(Delt@) que posibilita la transmisión por procedimiento electrónico de los nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo, aprobados por la O/TAS/2926/2002, de 19 de noviembre*. Vid. también la Orden Ministerial de 22 de enero de 1973 (BOE del 30) *por la que se añade a la Orden de 13 de octubre de 1967 el artículo 22 referente a la notificación de Enfermedades Profesionales*.

⁵²⁴ Esta exigencia tajante de la forma escrita se comprende desde la perspectiva de la carga sancionadora que debe soportar la ETT como sujeto responsable en el caso de que la comunicación de referencia no llegue a la Autoridad laboral, de esta forma, ambas empresas podrán alegar la existencia y las circunstancias en las que ha tenido –o no ha tenido, en su caso- lugar la comunicación a la Autoridad laboral, pudiéndose invertir, en cierto modo, la carga de la prueba en los supuestos en los que la ETT no comunique a la Autoridad laboral la existencia de un daño, debiendo en tal caso la EU proceder a probar la existencia y el momento en el que la comunicación fue realizada a la ETT, adquiriendo de este modo un papel relevante los medios de prueba mediante registros documentales, medios de envío y entrega de documentación, etc., estando aquí, por tanto, sumamente interesadas

23.3 LPRL, pero *difiere* de este precepto legal en cuanto al *procedimiento*, ya que aquí –art. 7.2 RD 216/1999- dicha comunicación no se realiza por la empresa (EU) a la Autoridad laboral sino que va dirigida a otra empresa (ETT), diferenciándose así del *iter* marcado por la norma legal.

En consecuencia podemos afirmar que tanto la forma como el contenido-emplado en la comunicación es idéntico pero no así el *destinatario* de la misma que pasa a ser otra empresa –ETT- en lugar de la Autoridad laboral, si bien esta segunda empresa resulta a su vez la encargada de efectuar tal comunicación a a la Autoridad laboral.

Si la regulación reglamentaria contenida en el art. 7.2 RD 216/1999 quedara sin más, del modo que acabamos de exponer, habría que inferir que la norma reglamentaria ha dispuesto una excepción jurídica fuera del sustento legal del art. 23.3 LPRL, ya que de existir una excepción a esta norma legal la misma tendría que aparecer bien en el texto de la propia LPRL dentro de la regulación de las ETTs -art. 28 LPRL-, o bien en una norma del mismo rango que derogue, modifique o regule específicamente este sector y por tanto establezca⁵²⁵ las razones que justifiquen ese procedimiento distinto al establecido con carácter general en el art. 23.3 LPRL.

Sin embargo, la regulación del art. 7.2 RD 216/1999, lejos de contravenir el procedimiento establecido en el art. 23.3 LPRL, ha procedido a adaptar a la *triangularidad* de las relaciones de trabajo que se desarrollan a través de ETTs. En este sentido, la norma reglamentaria emplea, al igual que la norma legal, la forma escrita y, lo más importante, es conseguir el mismo fin que ésta al lograr que la Autoridad laboral sea informada ante la producción de <<*todo daño para la salud*>> del trabajador en misión.

Cabe añadir, además, que la comunicación se realiza también de empresa a Autoridad laboral, pero aquí la diferencia radica en que por mor de la triangularidad, y por ende de la existencia de dos empresas implicadas ante un mismo suceso de esta

ambas empresas en dejar constancia de sus respectivas comunicaciones –la EU a la ETT y ésta, a su vez, a la Autoridad laboral- así como del cumplimiento de la misma en tiempo y forma.

⁵²⁵ Por las razones que indique en su correspondiente *Exposición de Motivos*.

índole, se efectúa a través de un *paso intermedio* mediante la *comunicación interempresarial* previo a la comunicación final –y finalista- a la Autoridad laboral.

El motivo se sustenta en que el daño se produce en una empresa –la EU- en donde se ejecuta la actividad laboral y por tanto sólo aquí puede acaecer la eventualidad nociva para la salud e igualmente sólo esta empresa puede tener conocimiento directo de la producción de un daño en el seno de su empresa. Mientras que, no obstante y de manera simultánea, la responsable del trabajador –como titular de su contrato de trabajo- es otra empresa –la ETT-, la cual debe satisfacer la obligación contenida en el art. 23.3 LPRL aunque, según indicábamos más arriba- de manera *indirecta*, ya que debe confeccionar ese *escrito de comunicación* a la Autoridad laboral basándose a su vez en la comunicación previa de la otra empresa implicada –la EU- en la que se ha producido *de facto* el daño que ha de comunicarse.

5.4. Efectos del incumplimiento de la comunicación a la Autoridad laboral.

En sintonía con todo lo anteriormente expuesto, dada la peculiaridad que supone para el sector de las ETTs, la existencia de dos empresas implicadas en los casos en los que se produce un daño para la salud de un trabajador en misión, es lógico que exista igualmente un *procedimiento específico*⁵²⁶ que prevea la eventualidad por la que una de las empresas implicadas *incumpla* el procedimiento fijado por el art. 7.2 RD 216/1999.

A este respecto, el precitado artículo reglamentario dispone que en caso <<*de incumplimiento por parte de la empresa usuaria de esta obligación de información, dicha empresa será la responsable de los efectos que se deriven del incumplimiento por la empresa de trabajo temporal de su obligación de notificación.*>>

⁵²⁶ Procedimiento que, obviamente, no contempla el art. 23.3 LPRL que regula con carácter general estas situaciones, y no las particulares del sector de las ETTs.

Aunque el fragmento del art. 7.2 RD 216/1999 que acabamos de transcribir presente una redacción meridianamente diáfana, entendemos a nuestro juicio, empero, que requiere de algunas precisiones.

Primera. Una inicial consideración partiría de la precisión del alcance de esa responsabilidad que la norma atribuye de manera *directa* e inequívoca a la EU, y sin tener en cuenta *–a priori–* si la causa de ese incumplimiento es imputable a la propia EU o, por el contrario, cabe la posibilidad de que sea derivada de un incumplimiento exclusivo de la ETT, o motivado por ésta. Se trataría así de acotar la responsabilidad de la EU en aquellos casos en los que habiendo efectuado la comunicación que le impone el art. 7.2 RD 216/1999, finalmente la notificación que fija este precepto no llega a su destinatario final que no es otro que la Autoridad laboral.

Segunda. Por otra parte, habría que analizar también aquellas situaciones en las que, por diversas circunstancias, se produce finalmente el incumplimiento que estamos comentando. En este caso, sabemos que la norma reglamentaria señala como *único* responsable a la ETT, sin entrar a distinguir si el resultado final de la falta de notificación es producto de una actuación de la EU de naturaleza dolosa o culposa. Incluso, entendemos que, malogradamente, el RD 216/1999 ha permitido en su redacción una laguna al no considerar la posibilidad, no de un incumplimiento sino de un *cumplimiento defectuoso*⁵²⁷, ya sea por parte de la EU o de la ETT.

Sin embargo, la norma que venimos comentando no diferencia entre un *incumplimiento culposo* –derivado de una comunicación negligente–, de un *incumplimiento doloso* –en el que se aprecia la mala fe de la empresa obligada a realizar la comunicación–.

⁵²⁷ Aquí cabría incluir aquellas situaciones en las que el contenido ha sido comunicado de manera *parcial*, no incluyendo en tal notificación aspectos que puedan ser de interés para la autoridad laboral. Entendemos que dicha comunicación parcial implicaría un incumplimiento –nunca un incumplimiento parcial– y por lo tanto derivados del mismo serían los efectos propios de tal incumplimiento. La diferencia, no obstante, radicaría más en discernir si se trata de una comunicación *intencionadamente defectuosa* o simplemente sin la debida diligencia –v. gr. con ánimo de ocultación de algún dato relevante o equivocación malintencionada, o por el contrario, cuando se trate de una apreciación errónea de los hechos o datos comunicados–.

Aquí se equiparan en cuanto a resultado –y por ende responsabilidad-, conductas de etiología muy diversas, ya que en el primer caso – incumplimiento culposo-, el origen del incumplimiento habría que buscarlo más en un error o en una falta de diligencia, mientras que en el segundo –el doloso-. Entendemos que se sitúan en un mismo plano dos conductas diversas que, si bien producen un mismo resultado, la intencionalidad del causante es diferente. Por tal motivo, a nuestro juicio sería de *lege ferenda* modificar la responsabilidad para cada situación de incumplimiento, evitando así la referida equidistancia.⁵²⁸

De igual modo, el art. 7.2 RD 216/1999 aclara que si el incumplimiento de la obligación de notificación a la autoridad laboral es motivado por la EU, ésta será la responsable de las consecuencias legales que se deriven para la ETT por tal incumplimiento, ya que es la ETT la única empresa que –según el art. 23.3 LPRL- debe responder ante la Autoridad laboral, y por tanto, la única responsable ante la misma y, por tanto, de la potestad sancionadora emanada de ésta.

Sin embargo, a nuestro juicio, entendemos que esta responsabilidad para la EU puede resultar *redundante* ya que si la ETT sufre las consecuencias derivadas del incumplimiento de la EU, la propia ETT podría *repetir*⁵²⁹ -por la vía civil- contra la empresa que no ha cumplido convenientemente con el mandato reglamentariamente establecido.

No obstante esto último, entendemos que en la práctica es muy plausible esta disposición, ya que permite evitar que la ETT tenga que acudir

⁵²⁸ Cosa distinta será la relativa al *medio de prueba* que deba emplearse para separar cuando se trata de una conducta y de otra. Así, mediante los documentos internos de cada una de las empresas -libros de registro documental de “Entradas” y “Salidas”-, podremos conocer de dónde ha partido el incumplimiento sobre esta cuestión. Mayor dificultad, empero, podría representar aquellos casos en los que el dolo o culpa se halla en el propio *contenido* de la documentación, pudiendo ser preciso para dilucidar tal cuestión la apertura de una investigación a través de otros documentos –no necesariamente escritos, v. gr. correo electrónico- o testimonios que aclaren el germen del incumplimiento y, en consecuencia, ubiquen la oportuna responsabilidad en la empresa que corresponda.

⁵²⁹ Bajo el principio <<*solve et repete*>>.

a la tutela judicial para depurar las responsabilidades derivadas del incumplimiento de esta obligación informativa.

Además, hay que considerar que la responsabilidad en la que pueden incurrir tanto la ETT como la EU no se limita exclusivamente a la responsabilidad civil o administrativa, toda vez que puede abarcar incluso a la responsabilidad penal en los casos considerados de mayor gravedad o que por su resultado incurran en le terreno puramente delictivo.⁵³⁰

5.5. La acotación temporal de la documentación sobre vigilancia de la salud.

Con idéntica finalidad *tuitiva* a las ya expresadas más arriba, se plantea la cuestión relativa al *tiempo de conservación* de la información obtenida a través de los controles médicos.⁵³¹

Así, mientras la anterior legislación señalaba a través del art. 4.5 LORTAD que la conservación de los datos atinentes a la vigilancia de la salud habrán de conservarse sólo durante <<el tiempo necesario>>, la nueva regulación establece este margen temporal de manera más matizada, disponiendo al respecto en el art. 4.5 LOPD que <<los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado

⁵³⁰ Cfr. arts. 316, 317 y 318 del Código Penal.

⁵³¹ A este respecto cabe indicar que existen normas específicas que regulan la documentación sobre salud laboral y que se hallan principalmente en función de la mayor peligrosidad de los elementos o sustancias que en ella intervienen. Así, sobre el *Amianto* cfr. O.M. 31 de octubre de 1984, por la que <<los datos relativos a la evaluación y control ambiental se conservarán archivados durante cuarenta años y los referidos a la vigilancia médico-laboral de los trabajadores durante cincuenta años, de los que al menos veinte se contabilizarán a partir de la fecha del cese en la actividad laboral.>> Sobre la sustancia del *Cloruro de vinilo monómero* cfr. O.M. en virtud de la cual <<la empresa está obligada a mantener los archivos de datos relativos al control del ambiente laboral y a la vigilancia médico-laboral al menos durante treinta años.>> En cuanto al *Plomo* la O.M. de 9 de abril de 1986 establece que <<la empresa está obligada a mantener el archivo de datos relativos al control del ambiente laboral y de vigilancia médico-laboral mientras dure la relación laboral.>> Por lo que se refiere al *Ruido* el RD 1316/1989 establece que <<el empresario está obligado a mantener los archivos sobre evaluaciones de la exposición al ruido y de controles médicos de la función auditiva, durante al menos treinta años.>> Por último, el RD 53/1992 relativo a las *Radiaciones Ionizantes* dispone que <<el historial dosimétrico, las evaluaciones de las dosis y los informes referentes a las circunstancias y medidas adoptadas en los casos de exposición excepcional deberán ser archivadas por el titular de la actividad por un periodo mínimo de treinta años>>.

de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.>>

En cualquier caso las expresiones contenidas tanto en la regulación actual – LOPD- como en la anterior –LORTAD-, dejan un generoso margen a la ambigüedad interpretativa, y por ende, a un cierto criterio arbitrario para el empresario, el cual, al fin y al cabo, no deja de ser el depositario⁵³² de los datos derivados de los controles médicos, y por tal motivo, el Legislador deja en manos del empresario la decisión – más práctica que jurídica- de cuando los datos recabados dejan –o no- de ser <<*necesarios*>>.

No obstante lo anterior, creemos oportuno acometer el intento de aquilatar en la medida de lo posible esta falta de concreción jurídica del Legislador en relación con la vigencia temporal de la documentación médica de los trabajadores.

En este sentido, el precepto que más podría entenderse como relacionado con la cuestión de la conservación en el tiempo de estos datos, podríamos encontrarlo en el art. 23 LPRL aunque ciertamente no dispone nada concreto sobre el particular, pudiendo interpretarse a tal efecto un carácter *indefinido* en el tiempo de conservación de estos datos. Tan sólo se desprende del *apartado 2.* de este art. 23 LPRL la cesación en la conservación de forma paralela a la <<*cesación de la actividad de la empresa*>>⁵³³. Resulta lógico que si la empresa desaparece por las causas que fuere, la información que se haya obtenido ya no requiera ser conservada por la misma. Sin embargo, esa información médica acumulada no debe quedar ni *huérfana* ni a merced de un destino incierto, haciéndose cargo de la misma por mandato legal la propia Autoridad laboral competente.⁵³⁴

Como complemento de lo anterior y en la misma línea, el art. 23.4 LPRL dispone lo siguiente: <<*La documentación a que se hace referencia en el presente artículo deberá también ser puesta a disposición de las Autoridades Sanitarias al*

⁵³² Incluso en sentido lato podría interpretarse que el empresario es el usufructuario -o *quasi propietario*- de los datos obtenidos a través de la información derivada de los controles médicos.

⁵³³ Tan sólo el párrafo 3º del art. 5.4 LOPD relega a un ulterior desarrollo reglamentario la determinación litúrgica de la excepción a la norma planteada.

⁵³⁴ En tal caso, el art. 23.2 LPRL dispone que <<*las empresas habrán de remitir a la Autoridad Laboral la documentación señalada en el apartado anterior.*>>

objeto de que éstas puedan cumplir con lo dispuesto en el artículo 10 de la presente Ley y en el artículo 21 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.>>⁵³⁵

Por su parte, y dentro de la normativa europea, el art. 7.1 de la Recomendación del Consejo de Europa R (81) 1 de 23 de enero, relativa a la regulación aplicable a los bancos automatizados de datos médicos, proclama como regla general que dichos datos <<no deben ser conservados más que el tiempo razonablemente necesario para atender a la finalidad principal del fichero>>. Como excepción a esta regla, el art. 7.2 del mismo texto europeo señala que <<se admite su conservación más allá de dicho período cuando la misma resulta de interés de la sanidad pública, de la ciencia médica o de fines históricos o estadísticos, siempre que se establezcan disposiciones en orden a garantizar una conservación satisfactoria>>.⁵³⁶

⁵³⁵ Según hemos indicado más arriba, este art. 10 LPRL está dedicado a las <<Actuaciones de las Administraciones Públicas competentes en materia sanitaria>>, *vid. supra*, apartado 2.4 del presente capítulo..

⁵³⁶ Sería el caso de una Universidad o fundación de carácter científico.

CAPITULO V:

LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS.

I.- CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE PREVENCIÓN.

El incumplimiento de una obligación en materia de prevención de riesgos laborales constituye una *infracción*, la cual lleva de suyo aparejada la determinación de la correspondiente *sanción* para la empresa incumplidora.

La ubicación normativa de la responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales queda recogida principalmente en el *capítulo VII*⁵³⁷ de la LPRL y, en el caso de las ETTs, hay que acudir también al articulado de la propia LETT, además de contar, igualmente, con el concurso de determinados artículos de la LISOS.

En este sentido, el art. 5.2 LISOS⁵³⁸ establece que *<<son infracciones laborales en materia de prevención de riesgos laborales las acciones y omisiones de los empresarios, las de las entidades que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas las auditoras y las formativas en dicha materia y ajenas a las empresas, así como las de los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia, que incumplan las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud laboral sujetas a responsabilidad conforme a la presente Ley.>>*

No obstante, interesa aclarar desde un principio que esta presencia simultánea de *tres* normas sancionadoras correspondientes a otras tantas leyes laborales, a saber:

⁵³⁷ Arts. 42 a 54 LPRL, bajo el incontrovertible epígrafe de: *<<Responsabilidades y sanciones>>*.

⁵³⁸ 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* –en adelante LISOS- (BOE de 5 de agosto y corrección de errores en el BOE de 22 de septiembre).

LPRL, LETT y LISOS; podría dar lugar a una colisión entre ellas. Sin embargo, y conforme hemos apuntado al inicio de este capítulo y según comprobaremos más adelante, estamos en presencia de una *duplicidad*, o incluso de una *triplicidad* normativa, más que de un conflicto de normas. Y ello es así porque existe una fidelidad muy alta –casi *clónica*– entre la redacción de unos determinados preceptos de la LETT o de la LPRL y de éstos a su vez con los correspondientes de la LISOS, que no hacen sino plantear la duda acerca de cuál de los preceptos es el adecuado para definir y calificar una determinada conducta infractora, la cual puede estar *idénticamente* contemplada en un precepto de la LISOS y de la LETT, respectivamente.

Por consiguiente, la primera duda a resolver sería la de dilucidar entre la aplicación de un precepto de la LISOS o de la LETT que regulan y contemplan una misma infracción relativa a la prevención sobre riesgos laborales, tanto en general como en el ámbito particular de las ETTs.

La respuesta a esta cuestión debe partir, a nuestro juicio, de la aplicación de uno de los *Principios Generales del Derecho*, en virtud del cual, ante una duplicidad de normas que contemplan el mismo, o idéntico *supuesto de hecho*, debe primar en su aplicación la *norma más específica*. Traducido esto al terreno práctico, significaría que una infracción que estuviese regulada por la LPRL y la LETT, dado que aquí tratamos el estudio de la prevención de riesgos laborales en las ETTs, la norma que deberíamos aplicar sería la contenida en el precepto de la LETT. Igualmente –y según veremos más adelante–, ante la tipificación de un hecho tanto por la LETT como por la LISOS, entendemos que la prioridad en la aplicación sería la de la LETT por ser ésta más específica a los supuestos que aquí estamos tratando.

Al hilo de lo que venimos comentando, debemos evitar del mismo modo que esa duplicidad normativa conlleve a una duplicidad de sanciones. Para ello debemos traer también a colación y tener muy presente otro Principio General del Derecho conocido como <<*non bis in idem*>>, y por el que un mismo hecho punible no puede ser sancionado dos veces. Por ello, ante la comisión de una infracción recogida por más de una norma, la autoridad laboral deberá decantarse por la aplicación de una u otra norma a la hora de aplicar la sanción correspondiente en base a esa

infracción.

Por otra parte, las obligaciones preventivas –información, formación y vigilancia de la salud-, al definir su naturaleza jurídica como una *obligación*, cabe recordar que ésta tiene su origen en una *relación contractual*, y por tanto estaríamos en presencia del incumplimiento de un contrato que, en principio, daría origen a la resolución de ese vínculo contractual y, en su caso, al nacimiento de una indemnización.

A este respecto conviene traer a colación lo expuesto por nuestra doctrina jurisprudencial, según la cual *<< sabido es que el deber de seguridad exigible al empresario es un deber inherente al contrato y que por tanto su incumplimiento viola el contenido del contrato dando lugar a una acción de responsabilidad de carácter contractual y no extracontractual. Por otro lado, para la doctrina civilista (...), la distinción entre la responsabilidad por daños contractual y extracontractual parte de que aquélla presupone la existencia previa de una relación jurídica de la que surge la obligación, mientras que la responsabilidad extracontractual carece de vinculación jurídica previa entre las partes, distinción asumida por la doctrina jurisprudencial >>⁵³⁹.*

La misma doctrina añade que *<< respecto a los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad si es contractual se precisa que se haya ocasionado un daño, que se haya producido en el desarrollo de la relación contractual y la conducta incumplidora del agente; mientras que si es extracontractual se precisaría que el daño se hubiera ocasionado como consecuencia de la conducta antijurídica por culposa del agente; precisándose en ambos casos que entre la conducta del agente y el daño producido exista un nexo causal, lo que se denomina una relación de causalidad adecuada >>.*

No obstante estos planteamientos que acabamos de exponer, conllevan

⁵³⁹ Por todas, *cfr.* STS de 10 de junio de 1991 (RJ-4434), en virtud de la cual *<< la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres de “alterum non laedere”, y la segunda presupone una relación preexistente, generalmente un contrato y de ahí su calificativo de contractual entre el responsable y la víctima del daño >>.*

problemas de origen práctico debido a que sería muy complejo *tasar*, de cara a esa posible indemnización, en términos de *lucro cesante* y un *daño emergente*, susceptibles de cuantificar económicamente.

Como punto de partida de esta responsabilidad preventiva para el conjunto de las empresas, cabe traer a colación el art. 42.1 LPRL, el cual establece con carácter general que <<el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.>>⁵⁴⁰

Esta responsabilidad empresarial presente unos perfiles comunes –si bien con matices propios⁵⁴¹- con la *responsabilidad aquiliana* regulada en el art. 1902 del Código Civil, al requerir como presupuestos los siguientes: *a)* la existencia de una acción u omisión del empresario que tenga el grado de ilicitud necesaria para provocar la consecuencia lesiva; *b)* que el trabajador sufra un resultado lesivo; *c)* la existencia de una relación de causalidad entre los dos; y *d)* la culpabilidad del empresario como agente de aquella conducta.

En este sentido, la responsabilidad aparecida en la LPRL cabe reseñar que ésta sanciona conductas y no tanto así los resultados derivados de las mismas, toda vez que se trata –según veremos más adelante- de una *responsabilidad objetiva*, es decir, la infracción se produce sin necesidad de que lleve aparejado este hecho infractor un resultado lesivo para el trabajador.

Así, por cuanto a los presupuestos se refiere, es precisa una vulneración u omisión de las medidas de prevención de riesgos laborales, ya sea de carácter general o específica, y una conducta pasiva del empleador consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas reglamentariamente respecto de las máquinas,

⁵⁴⁰ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit. pg: 268, para los que <<cuando se desencadenan las responsabilidades es señal de que los riesgos en el trabajo no se han conjurado debidamente, pero esto no supone contradicción entre la finalidad preventiva de riesgos que inspira esta Ley y el cuadro de responsabilidades que se contiene en este artículo y los siguientes>>.

⁵⁴¹ Sobre la referencia a la responsabilidad aquiliana pero con los matices propios de las ETTs, cfr. STSJ-Cataluña de 9 de abril de 2003 (AS-2090).

instrumentos o puestos de trabajo. Debe por tanto constatarse una inequívoca predeterminación de la conducta omitida, unido a una imputación perfectamente identificable en relación con la tipificación legalmente establecida.

En este sentido el Tribunal Supremo⁵⁴² ha expresado que *<<la responsabilidad empresarial por omisión de las preceptivas medidas de seguridad y salud en el trabajo es quasi-objetiva, sin que pueda excusarse por el eventual incumplimiento de las obligaciones que el trabajador puedan así mismo corresponder en este campo, toda vez que el deber de tutelar eficazmente la salud de los trabajadores recae sobre el empresario, siendo de destacar a estos efectos que el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 dispone en su apartado cuarto que aunque la acción protectora del empresario pueda complementarse con las obligaciones de los trabajadores o con la atribución de funciones específicas o servicios de la empresa, ello no la exime del cumplimiento de su deber en esta materia sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar en su caso contra cualquier otra persona, lo que significa que, aún en estos casos, el empresario sigue siendo deudor de seguridad>>.*

Además, junto a la producción de un daño para la salud del trabajador y de un incumplimiento de normas sobre prevención, se requiere la existencia de un *nexo causal* entre la infracción y el accidente, y que por tanto dicho incumplimiento haya causado o agravado el eventual accidente de trabajo o enfermedad profesional de que se trate.

Por otra parte, y dentro del terreno específico de la responsabilidad preventiva de las ETTs, el *segundo párrafo* del art. 42.2 LPRL establece que *<<en las relaciones de trabajo de las empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo en los términos del artículo 16 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.>>*⁵⁴³

⁵⁴² Cfr. STS de 6 de mayo de 1998 (RJ-4096).

⁵⁴³ Este precepto no ha sido objeto de modificación por la Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

A este respecto conviene recordar que el precitado art. 16 LETT dispone que <<la EU es responsable de la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo así como del recargo de prestaciones de Seguridad Social (...), en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de faltas de medidas de seguridad e higiene.>>

No deja de resultar sorprendente la aparente exoneración *apriorística* de responsabilidad de la ETT en los supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas preventivas, si bien esta exoneración no es absoluta, viéndose mediatizada por las causas y circunstancias en las que el eventual siniestro se desarrolle.

No obstante no han faltado críticas al respecto por parte de la doctrina científica, al considerar que <<la referencia que aquí se hace a este tipo de empresas no es muy afortunada porque se declara que la empresa usuaria “será responsable de la protección en materia de seguridad y salud”, cuando debería decir que es la obligada a garantizar la seguridad y salud en función del posible incumplimiento declarada responsable>>⁵⁴⁴.

Además, de la norma debe desprenderse una responsabilidad conjunta de la empresa usuaria y la ETT, precisando la legislación nacional el carácter de la misma⁵⁴⁵, <<cada empresa debe responder por la infracción de las obligaciones que la ley le atribuye>>, ya sea ésta solidaria o subsidiaria⁵⁴⁶.

Este punto no ha quedado suficientemente determinado puesto que el art. 8.1 de la Directiva 91/383/CEE establece que <<sin perjuicio de la responsabilidad

⁵⁴⁴ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit. pp: 269 y 270. En el mismo sentido, cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., <<Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal>>, op. cit., pg.: 357, así como RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., <<La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva sobre seguridad y salud en el trabajo temporal>>, *Actualidad Laboral*, 1992 (t-II), pg.: 203.

⁵⁴⁵ Cfr. ALFONSO MELLADO, C.A., <<El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por faltas de medidas de seguridad e higiene>>, *Tribuna Social*, n° 101, 1999, pg.: 22.

⁵⁴⁶ Cfr. SALA FRANCO, T. (AA.VV) ALARCÓN CARACUEL (Coord.), *La Reforma laboral de 1994*, Madrid, 1994, pg.: 31

establecida por la legislación nacional de la empresa de trabajo temporal, la empresa y/o el establecimiento usuarios serán responsables de las condiciones de ejecución del trabajo durante el tiempo que dure la adscripción>>. En el caso de nuestra legislación esta responsabilidad parece quedar de manera palmaria en exclusiva para la EU.

Sin embargo esta *aparente exclusividad* de responsabilidad para la EU se contradice con el reparto de las obligaciones entre la EU y la ETT que establece el art. 28.5 LPRL, para el que la ETT queda responsabilizada de dos deberes muy importantes en materia preventiva como es la formación y la vigilancia de la salud⁵⁴⁷, dejando al margen de ambas obligaciones a la EU.

Del mismo modo, esta aparente exoneración de responsabilidad de la EU en las dos obligaciones reseñadas no resulta del todo cierta si atendemos a lo dispuesto en el art. 4.1 RD 216/1999 en el que se obliga a la EU a garantizar -en *segunda instancia*⁵⁴⁸- que el trabajador puesto a su disposición tenga cumplidas las obligaciones de formación y aptitud médica requeridas para el puesto.

Por tal motivo, cabría inferir que, ante la producción de un accidente de trabajo en el seno de la EU –más adelante matizaremos convenientemente estas situaciones-, v. gr. por falta de formación, la EU no quedaría exenta de responsabilidad alegando en su defensa que la obligación formativa no es de su competencia, toda vez que el art. 4.1 RD 216/1999 obliga a la EU a <<*recabar la información necesaria de la empresa de trabajo temporal para asegurarse de que el trabajador puesto a su disposición reúne las siguientes condiciones*>> que son las relacionadas en los siguientes tres subapartados. Y además, por si no hubiere quedado suficientemente claro, el art. 4.2 RD 216/1999 dispone de manera taxativa que la EU <<*no permitirá el inicio de la prestación de servicios en la misma de un trabajador puesto a su disposición hasta que no tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones del apartado -1- anterior.*>>

⁵⁴⁷ En sintonía con la Directiva 91/383/CEE a nivel europeo.

⁵⁴⁸ Si la finalidad de la normativa preventiva es la de garantizar la seguridad y la salud, y para ello es preciso el cumplimiento de las obligaciones de formación y vigilancia de la salud, decimos que la EU garantiza el cumplimiento de estas obligaciones *en segunda instancia* debido a que la encargada material de la ejecución de las mismas, y por ende la principal obligada, es la ETT.

Si bien la previsión general que hace la norma tanto interna –art. 28.5 LPRL- como europea –art. 8 Directiva 91/383/CEE- es la de otorgar a la EU una *responsabilidad única y directa* -en la medida en que es la beneficiaria de la prestación del trabajo y la que controla directamente la ejecución del mismo-, creemos que sería de *lege ferenda*⁵⁴⁹ atribuir una responsabilidad subsidiaria a la ETT toda vez que ésta también influye en las condiciones en las que se presta el trabajo, merced a la imposición de cooperación y fluidez de información que la normativa preventiva impone a ambas empresas, impidiendo de este modo que el trabajador en misión quede desamparado ante el eventual incumplimiento de la EU.⁵⁵⁰ Se ha barajado, incluso, la posibilidad del establecimiento de una responsabilidad solidaria para ambas empresas.⁵⁵¹

De hecho, esta posibilidad de responsabilidad solidaria fue considerada en su momento de un modo plausible. Así, el *Dictamen del Consejo Económico y Social*⁵⁵² sobre el *Anteproyecto de Ley sobre las ETTs*, entendía <<*más adecuado que se establezca la responsabilidad solidaria, porque, si bien, es cierto que ambas clases de responsabilidad son susceptibles de producir finalmente los mismos efectos, la solidaria simplifica el proceso para garantizar la efectividad de la responsabilidad*>>.

En consecuencia, resulta de *lege data* que nuestro Legislador ha optado por diseñar un marco de responsabilidades acorde con la panoplia de obligaciones que cada una de las empresas debe satisfacer, si bien no cabe la exoneración en absoluto

⁵⁴⁹ Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., <<*Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal*>>, *op. cit.*, pg.: 357, cabría la posibilidad, más que de una nueva norma, de la aplicación directa de la propia Directiva específica de las ETTs, afirmando que <<*la responsabilidad de la ETT se puede exigir, aduciendo que la Directiva 91/383 es ya la adaptación de la Directiva-marco 89/391 a la relación laboral triangular*>>.

⁵⁵⁰ No compartimos la opinión de LÓPEZ BALAGUER, M., *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Valencia, 2000, pg.: 52, al afirmar que <<*no puede sino considerarse que no se ha dado traslado en nuestro país a la previsión comunitaria estudiada, resultando evidente la contradicción entre nuestro ordenamiento interno y la norma comunitaria*>>.

⁵⁵¹ A favor de este criterio de la responsabilidad solidaria de ambas empresas, *vid.* GONZÁLEZ BIEDMA, E., <<*La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales*>>, Relaciones Laborales, 1989 (t-I), así como RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGO, G., <<*Grupos especiales de riesgo*>>, en OJEDA AVILÉS, A., ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., (Coord.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, 1996, pg.: 448.

⁵⁵² *Dictamen* n° 10 del C.E.S. (Pleno), en su sesión de 21 de diciembre de 1993.

de una de las empresas en detrimento de la otra, toda vez que la propia norma legal – art. 28.5 LPRL- tampoco lo establece así, al señalar que la EU <<será responsable>> de las condiciones de ejecución del trabajo pero en ningún momento indica que la EU <<será “la” responsable>>. Y lo mismo respecto de la obligación de formación preventiva y la vigilancia de la salud para la ETT, la cual <<será responsable>> pero no <<será “la” responsable>>, en exclusiva, pues, de dicha obligación.⁵⁵³

Del estudio de la afección de esta responsabilidad para cada una de las empresas que se conjugan en el sector de las ETTs nos encargaremos en el presente capítulo, si bien podemos adelantar que para seguir una mejor sistemática, repartiremos esta responsabilidad en cada una de las obligaciones y para cada una de las empresas en que hemos incidido en los capítulos precedentes de este trabajo, esto es, la información, la formación y la vigilancia de la salud, y la incidencia que para cada EU o para cada ETT representa el incumplimiento de esta obligaciones.⁵⁵⁴

Para el correcto cumplimiento de las obligaciones empresariales descritas ya ampliamente, es imprescindible contar con el establecimiento de una responsabilidad y un elenco sancionador. Por tal motivo, junto a la anterior, analizaremos además la responsabilidad que el incumplimiento de las obligaciones empresariales presenta en el terreno de la prevención de riesgos laborales, no sólo desde la óptica de la sanción administrativa -si bien ésta constituirá un núcleo importante de nuestro estudio-, sino que incidiremos igualmente en los supuestos de ilícitos penales, de responsabilidad civil y de Seguridad Social a través -en este caso- de la consabida figura del *recargo de prestaciones*.

Por último es menester poner de relieve que el orden sistemático en el que se trata este elenco de responsabilidades, si bien no es el más ortodoxo, no obedece a un

⁵⁵³ Sobre esta matización semántica, *vid.* STSJ-Vasco de 28 de enero de 2003 (AS-80).

⁵⁵⁴ *Cfr.* GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, *op. cit.*, pg.: 267, para los que <<resulta, hasta cierto punto, razonable que esta Ley no haga una regulación específica de cada una de ellas [responsabilidades], que queda diferida a la específica rama del ordenamiento. La excepción la constituye la responsabilidad administrativa, lo que, como más adelante se insistirá merece alguna crítica por romper la unidad que ofrecía la LISOS.>>

resultado aleatorio ni caprichoso sino que responde a un criterio de *especialización* en el tratamiento de la materia, siendo por ello objeto primero –y no necesariamente prioritario- de nuestro análisis el estudio de la responsabilidad administrativa, no por presentar una mayor importancia ni una intervención estatal privilegiada, sino por ser esta responsabilidad la única que trata sobre infracciones *específicas* dirigidas directamente a regular infracciones en materia de riesgos laborales planteadas para el ámbito concreto de las ETTs.

Seguidamente continuamos con la responsabilidad social a través del recargo de prestaciones, en la medida en que se trata de una *herramienta sancionadora* planteada también de manera *específica* para el ámbito laboral concreto y derivado de las infracciones sobre prevención de riesgos laborales. Para continuar con la responsabilidad civil que por esta mencionada causa acontece cuando se produce un accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero no tanto por tratarse de un daño con génesis laboral y sujeto pasivo trabajador, sino por el simple hecho de producirse un daño susceptible de reparación jurídica, y en el que ya sí, es preciso un determinado resultado lesivo y no la comisión de la mera conducta infractora.

Finalmente, e insisto, no por ello con menor repercusión, hemos analizado el como reproche máximo ante la comisión de estas conductas en su mayor expresión, no solo contra el trabajador o trabajadores afectados por las respectivas conductas típicas, sino como conductas acreedoras de la más contundente reprobación jurídica por parte de la Sociedad en su conjunto. Si bien hay que advertir que en estos casos, el hecho de que el sujeto pasivo sea un trabajador en misión no incrementa ni convierte en *específico* el trato que el ordenamiento penal otorga a las infractoras de las medidas sobre prevención de riesgos laborales en el ámbito concreto de las ETTs, constituyendo por ello una casuística casi anecdótica las sentencias penales en las que intervengan como protagonistas alguno de los elementos subjetivos de las ETTs.

II.- LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DERIVADA DE LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS.

En materia de responsabilidad administrativa, la LPRL ha dejado al margen la exigencia de la intencionalidad de la conducta, consolidando así una *responsabilidad objetiva*⁵⁵⁵, en un doble sentido, a saber: 1ª) la eventualidad de imprudencias de los propios trabajadores, y 2º) la consideración secundaria de la voluntariedad empresarial.

Así, en relación con la primera premisa apuntada de esta responsabilidad objetiva, el empresario no podrá delegar su responsabilidad en los trabajadores incumplidores. En este sentido el art. 15.4 LPRL dispone que <<la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las infracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador>>. Se trataría, por tanto, de la consabida responsabilidad <<in vigilando>>.

Con respecto al segundo de los elementos apuntados de la responsabilidad objetiva, cabe señalar que el grado de *voluntariedad empresarial* en la comisión de la infracción resulta irrelevante para la tipificación de la misma.⁵⁵⁶ En este sentido, los <<aspectos culpabilísticos>> sólo son tenidos en cuenta a efectos de la graduación de la sanción.⁵⁵⁷ No obstante, entendemos que una justa aplicación del Derecho en materia sancionadora debe siempre tener presente el tradicional principio panal de la *culpabilidad personal*, en la medida en que las infracciones son cometidas al fin y al cabo por personas (físicas), constituyendo un componente fundamental de ello la intencionalidad que éstas hayan presentado en la conducta tipificada.

En los siguientes apartados analizaremos la responsabilidad administrativa y el subsiguiente régimen sancionador de las normas (LPRL, LETT y LISOS, fundamentalmente) que presentan incidencia en la estructura triangular de las relaciones a través de las ETTs.

⁵⁵⁵ Merced en gran medida a una antigua doctrina jurisprudencial previa por la que se establece que este tipo de responsabilidad debe ser objetiva. Como paradigma de esta doctrina, *cfr.* STS 28 de febrero de 1979 (RA-699).

⁵⁵⁶ *Cfr.* SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*. Valencia, 1996, pp: 19 y ss.

⁵⁵⁷ *Cfr.* GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. op. cit.*, pg.: 283.

2.1. Infracciones y sanciones relativas a la información sobre riesgos laborales.

La información sobre riesgos laborales aparece contemplada como un *deber* del empresario de carácter trascendental, de cuyo incumplimiento se derivan las oportunas responsabilidades disciplinarias.

Los arts. 45 a 48 LPRL –ambos inclusive- regulan las *infracciones* en materia de información preventiva para el conjunto de los empresarios.

Para el ámbito específico de las ETTs y EUs, la *Sección Cuarta*⁵⁵⁸ del *Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*, bajo el epígrafe de <<*Infracciones en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias*>>, establece en sus artículos 18 y 19, el régimen disciplinario correspondiente a las situaciones de vulneración de los derechos de los trabajadores por parte de los sujetos obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre determinadas materias que afectan a los trabajadores contratados a través de ETTs. Y estableciendo a su vez, la clásica *graduación* de faltas en *leves, graves y, muy graves*.

No obstante, la LISOS se encuentra trufada de supuestos de hecho relacionados con el ámbito de las ETTs o con incidencia sobre éste, tipificando fuera de la citada Sección 4ª acciones lesivas contra los derechos de los trabajadores cedidos por ETTs en materia de prevención de riesgos laborales, como seguidamente tendremos ocasión de comprobar.

2.1.1. *Infracción del deber de información preventiva por parte de las ETTs.*

⁵⁵⁸ Inscrita dentro del *Capítulo II <<Infracciones Laborales>>* de esta Ley.

El art. 18 LISOS está dedicado, según reza su propio epígrafe, a las <<Infracciones de las empresas de trabajo temporal>>, y establece en cada uno de sus tres apartados la graduación de las mismas en <<leves>>, <<graves>> y, <<muy graves>>, respectivamente.

En materia de infracciones sobre información preventiva, destaca, paradójicamente, la ausencia de tipificación de esta conducta por parte de la ETT. De esta ausencia, pudiera llegarse a la conclusión de que las ETTs carecen de cualquier tipo de responsabilidad en materia informativa, en la medida en que si un deber no va acompañado de una sanción que disuada o penalice su incumplimiento, dicho deber puede quedar reducido a una entelequia o a una práctica de *buenas intenciones*.⁵⁵⁹

Según se ha expuesto más arriba, y de conformidad con el art. 28.5 LPRL, las ETTs están sujetas al deber de informar a los <<trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas>>.⁵⁶⁰

Por lo tanto, si existe ese imperativo legal de información para las ETTs, no acertamos a comprender, cómo la LISOS no contempla en el elenco de las infracciones de su art. 18, el incumplimiento de este deber de información al que está obligada.

Una posible explicación de este vacío, empero, podría encontrarse en el deber de comprobación que, *a posteriori* -según el art. 4.1.c) RD 216/1999- ha de realizar la EU sobre la información preventiva que presentan los trabajadores puestos a su disposición por la ETT con anterioridad al comienzo de sus actividades laborales. Es decir, el Legislador entiende que la ETT no puede incumplir su deber acerca de la información preceptiva a los trabajadores por ella cedidos, porque antes de que dicho incumplimiento se produzca, la EU, en cumplimiento del precepto reglamentario

⁵⁵⁹ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. op. cit.*, pg.:266, para los que <<sin responsabilidad las obligaciones serían poco menos que nada>>.

⁵⁶⁰ Pese a que nuestro ordenamiento jurídico recoge este deber para la ETT, el art. 3 de la Directiva 91/383/CEE, sólo impone el deber de información preventiva para <<la empresa y/o establecimiento usuarios de los riesgos a que vaya a estar expuesto (el trabajador)>>, es decir, la EU y sólo ésta.

precitado, impedirá que se consume, evitando así que el trabajador se incorpore ante el supuesto de que la ETT no haya informado debidamente a dicho trabajador.⁵⁶¹

A nuestro modo de ver, la fórmula para controlar que la ETT ha informado debidamente a sus trabajadores sería mediante la comprobación de la copia del contrato de trabajo y a través de las <<órdenes de servicio>> que deberá suministrar a la EU, de conformidad con lo establecido en los arts. 17.a) RD 4/1995 y 3.2 RD 216/1999.⁵⁶²

De este modo, si la EU cumple con el mandato reglamentario de la verificación previa sobre la información preventiva del trabajador cedido por la ETT, este resorte de seguridad impediría en la práctica que el incumplimiento del deber de información preventiva por parte de la ETT no se produjera nunca, y por tanto, no cabría tipificar una infracción que, de conformidad con los mecanismos reglamentarios, no podría producirse.

Además, nuestro Legislador ha reforzado, aún más si cabe, el papel de esta verificación previa por parte de la EU, de suerte que, de no efectuarla, entraría en funcionamiento el párrafo f) del art. 19.2 LISOS⁵⁶³, por el que se tipifica como *infracción grave*, el hecho de <<permitir el inicio de la prestación de servicios de los trabajadores puestos a disposición sin tener constancia documental de que han

⁵⁶¹ En este sentido la STSJ-Cataluña de 9 de abril de 2003 (AS-2090) entendió que la obligación de informar corresponde a la EU, si bien considera reprobable –aunque no antijurídico– el hecho de que el trabajador (electricista de profesión) accidentado <<había sido contratado en una ocasión anterior por la misma ETT en 1998, ocasión en la que se le había entregado un folleto explicativo sobre riesgos laborales en el ámbito de electricidad, y en el que había debido responder a unos cuestionarios de comprensión del contenido. No consta se le realizara nuevamente en el momento de la nueva contratación, en la que se produjo el accidente>>, no obstante, <<el trabajador firmó una “ficha sobre prevención de riesgos laborales” en la que se le informaba sobre las condiciones concretas del puesto y sus riesgos>>. Sobre esta cuestión cabe igualmente traer a colación la STSJ-Cataluña de 7 de marzo de 2003 (AS-1615) en la que se expresa que <<por parte de la Inspección de Trabajo, a raíz del accidente sufrido por el trabajador, se levantó Acta de Infracción contra la ETT, al apreciar que la misma no había cumplido sus obligaciones de información (...) para el puesto de trabajo que iba a ocupar, recurrida dicha Acta, fue dejada sin efecto por Resolución del Departament de Treball de 30-10-01, al estimar que las infracciones que toma en consideración el Acta de Infracción no son exigibles a la ETT.>>.

⁵⁶² En este sentido conviene traer a colación la STSJ-Comunidad Valenciana de 11 de febrero de 2003 (AS-2941), al exonerar de responsabilidad a la ETT del accidente sufrido por el trabajador, señalando al respecto entre sus hechos probados que la cláusula 9ª del contrato de trabajo suscrito entre la ETT y el trabajador en misión contiene una relación exhaustiva de los riesgos.

⁵⁶³ Introducido mediante el art. 12 de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, *de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales* (BOE nº 298 de 13 de diciembre)..

recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, poseen la formación específica necesaria y cuentan con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar.>>

No obstante, esta exégesis que pudiera parecer plausible, encuentra un importante escollo, sobre todo si prestamos más atención a la intencionalidad que al resultado, es decir, si por mor del art. 4.1.c) RD 216/1999, la EU detecta que la ETT no ha cumplido con su deber de información para con el trabajador que cede, aquí la EU podría actuar -a nuestro juicio- de tres formas diferentes, a saber:

- a) Impidiendo que el trabajador no informado por la ETT se incorpore a trabajar, y *devolverlo* a la ETT a fin de que ésta cumpla con la obligación establecida en el art. 28.5 LPRL, de manera que una vez cumplida la obligación –y si aún se precisa este trabajador-, vuelva a cederlo a la EU que lo había inicialmente rechazado.
- b) Completando la propia EU la falta de información preventiva del trabajador cedido por la ETT, pese a que es obligación de ésta y no suya, pero permitiendo de ese modo, no obstante, solventar la situación y mantener así la relación jurídica entre ambas empresas y el *iter* que conduce a la incorporación del trabajador en misión a la EU para desarrollar su trabajo.
- c) La EU, en cumplimiento del art. 4.1.c) RD 216/1999, advierte el incumplimiento del deber informativo de la ETT y denuncia dicho incumplimiento a la Autoridad Laboral competente.

De las tres razones que acabamos de apuntar, si bien la solución enumerada como *letra b)* podría ser la más eficaz, desde la óptica de la actividad empresarial y la flexibilidad e inmediatez que caracterizan a las relaciones de trabajo a través de ETTs, entendemos igualmente que la respuesta señalada como *letra a)* sería la más adecuada a Derecho, quedando por último el razonamiento de la *letra c)* como técnicamente antijurídica pero de difícil ejecución sancionadora en la práctica,

precisamente por no encontrar en el ordenamiento jurídico-sancionador dicho incumplimiento tipificado, según hemos advertido más arriba.

En conclusión, cabría en la práctica la posibilidad de que una ETT incumpla con su deber de información sobre los riesgos laborales, pero, a falta de una norma que tipifique dicha infracción, ésta quedaría fuera y sin un asidero jurídico sobre el que pueda sostenerse -y aún menos aplicarse- la oportuna sanción.

2.1.2. Infracciones del deber de información preventiva por parte de la EU.

Ya hemos indicado al principio de este capítulo que la información en materia de prevención de riesgos laborales resulta del todo trascendental, habida cuenta de su importancia troncal dentro de la seguridad y la salud de los trabajadores contratados por ETTs y cedidos mediante CPDs a las respectivas EUs. Muestra de esta importancia trascendental radica precisamente en el tratamiento que el ordenamiento jurídico-laboral otorga al incumplimiento de este deber empresarial, procediendo de este modo a su tipificación en la correspondiente norma del orden sancionador.

En efecto, el art. 19 de la LISOS, dedicado a las <<Infracciones de las empresas usuarias>>, establece en su apartado 2.) relativo a las <<infracciones graves>>, en su letra d) señala como conducta merecedora de tal naturaleza <<la falta de información al trabajador temporal en los términos previstos en el artículo 16.1 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, y en la normativa de prevención de riesgos laborales.>>

El contenido de este precepto es correlativo al establecido en el art. 42.3 LPRL al indicar que en <<las relaciones de trabajo de las empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo en los términos del artículo 16 de la Ley 14/1994, de 1 de julio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.>>⁵⁶⁴

⁵⁶⁴ En este sentido, la STSJ-Cataluña de 7 de marzo de 2003 (AS-1615), no atribuye a la EU responsabilidad por falta de información sobre riesgos laborales en el supuesto juzgado por el que se

Junto a la redacción de estos preceptos, la reforma de la LPRL operada a través de la Ley 54/2003, ha introducido un nuevo apartado f) en el apartado 2) del artículo 19 LISOS que queda redactado de la siguiente forma: <<Permitir el inicio de la prestación de servicios de los trabajadores puestos a disposición sin tener constancia documental de que han recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, poseen la formación específica necesaria y cuentan con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar.>>

Observamos que se introduce como novedad, *únicamente*, la *constancia documental* que es exigida ahora⁵⁶⁵, y que no se precisaba con la regulación anterior⁵⁶⁶, dejando intacta, no obstante, la obligación sustantiva de *informar* que continúa existiendo en la letra d) del propio art. 19.2 LISOS⁵⁶⁷.

Partiendo de esta tipificación normativa del art.19.2.d) LISOS, debemos completar su contenido siguiendo su propia literalidad basándonos en la amplia

produjo un accidente de trabajo consistente en una quemadura de origen químico producida al trabajador cedido por la ETT, ya que la EU había comunicado a éste en el apartado de *riesgos específicos del puesto de trabajo* que <<la empresa trabaja con productos químicos, siendo el equipo de protección individual el de guantes, y en caso necesario tapones>>, toda vez que el trabajador siniestrado realizaba –entre otras- funciones de <<limpieza de la tanqueta de sellado (...) utilizando para ello una solución de agua y ácido nítrico al 5%, siendo dichas funciones propias del peón>>. Además, según el relato fáctico de la sentencia, el encargado de la EU <<indicó al trabajador (de la ETT) que la citada solución no era peligrosa y para demostrarlo introdujo su mano en el líquido, procediendo inmediatamente a enjuagarla con agua corriente, e indicando al trabajador de que en caso de que entrase en contacto la piel con dicha solución procediese a lavarse la zona inmediatamente con agua>>.

⁵⁶⁵ No obstante, pese a que esta exigencia de la constancia documental no se precisó hasta la entrada en vigor de la reforma indicada, con anterioridad a la misma constituía una práctica de algunas empresas que de este modo se aseguraban un *respaldo probatorio* de cara a depurar eventuales responsabilidades. Así, en la STSJ-Cataluña de 9 de abril de 2003 (AS-2090), se hace mención expresa de la entrega de esta información al señalarse que <<el trabajador firmó una “ficha sobre prevención de riesgos laborales”, en la que se le informaba sobre las condiciones concretas del puesto y sus riesgos >>. Por su parte, la STSJ-Andalucía, Granada, de 12 de noviembre de 2003 (AS-50), señala en su relato fáctico que la EU entregó al trabajador un <<Mapa de Riesgos>> redactado por el Técnico de seguridad de dicha empresa, si bien ello no ha sido considerado por el juzgador como medida suficiente en orden a satisfacer el deber de información al que por Ley está obligada la EU, no tanto respecto de los riesgos en general de la actividad o de las instalaciones de la empresa sino de los riesgos específicos del puesto de trabajo, cuestión ésta que no se cumplió.

⁵⁶⁶ Si bien la norma precedente, específica y próxima a esta reforma parcial de 2003 es el RD 216/1999, ésta ya especificaba en su elenco de obligaciones el contenido material de esta información, también es cierto que no se contemplaba ninguna obligación formal respecto de esta constancia documental, siquiera en el apartado denominado <<Documentación>> del art. 7 de esta norma reglamentaria.

⁵⁶⁷ Así como del art. 42.3 LPRL.

normativa sobre prevención de riesgos laborales⁵⁶⁸, así como en el citado precepto específico del art. 16.1 LETT que regula este deber informativo del siguiente tenor: <<con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, la empresa usuaria deberá informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo así como las medidas de protección y prevención contra los mismos.>>

La norma dispone que <<la EU deberá informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo>>, por lo que en caso de variar al trabajador de puesto –o de funciones-, es lógico que la EU deba informar al trabajador sobre los nuevos riesgos a los que puede enfrentarse, con independencia de que el trabajador haya iniciado ya su actividad en la EU y al inicio de ésta haya sido informado sobre los riesgos del puesto de origen.⁵⁶⁹

Junto a esto, con respecto a la normativa genérica sobre prevención de riesgos laborales a la que el art. 19.2.d) LISOS hace referencia expresa, nos encontramos con una situación parecida a la que sucede con el deber empresarial de *formación preventiva*, y que afecta sobre todo a las ETTs. Esta situación a la que nos referimos se produce ante una posible *duplicidad* tanto en la tipificación como en la correspondiente sanción derivada de la misma.

Ello es debido a que ambos deberes empresariales, el de información -art. 18 LPRL- y el de formación -art. 19 LPRL- también se muestran como *troncales* de cara

⁵⁶⁸ Como no podría ser de otra manera, aunque en este caso hay que insistir en que no sería como *Derecho subsidiario* sino de manera *complementaria*, es decir, actuando al mismo nivel que el art. 19.2.d) LISOS en todo aquello que por razón de la materia éste precepto no regule.

⁵⁶⁹ En este sentido, la sentencia del Juzgado de los Social de Navarra, Pamplona de 23 de octubre de 2003 (AS-3503), considera que <<el accidente no se hubiera producido de no haber existido las graves infracciones de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales por parte de la empresa y, en concreto, al haber cambiado la empresa usuaria de puesto de trabajo al trabajador accidentado de forma, absolutamente indebida, teniendo en cuenta que fue contratado como peón para realizar exclusivamente tareas de mozo de almacén, transporte de materiales, carga y descarga, y, en cambio, fue destinado al puesto de trabajo de corte con sierra de cinta horizontal en la máquina SABI, puesto de trabajo que requiere una mayor cualificación y preparación que los requeridos para el de mozo de almacén (...), no recibió (el trabajador en misión) la debida información sobre los riesgos específicos del nuevo puesto de trabajo (...), ya que fue contratado para cubrir un puesto de peón de almacén y sin comunicárselo la demandante (EU) a la empresa de trabajo temporal se le cambió indebidamente a otro puesto de trabajo>>. Un caso similar aparece contemplado en la STSJ-Murcia de 20 de diciembre de 2004 (AS-2005/82776), en la que se cambia a un trabajador cedido por una ETT de realizar las tareas de almacenaje para las que había sido contratado a realizar funciones dentro de la cadena de producción de una fábrica de golosinas, en cuya la tolva extrusora se produjo el accidente de trabajo juzgado.

a garantizar la seguridad y salud laboral del conjunto de los trabajadores. La consecuencia que el propio cuerpo legal que establece tales deberes troncales para el conjunto de los trabajadores en sus arts 18 y 19 LPRL, respectivamente, también señala a través de su art. 47.8 LPRL las correspondientes infracciones con la catalogación de <<grave>>⁵⁷⁰ por el incumplimiento de los mismos, al tipificar el <<incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables>>

Además, el incumplimiento de ambos deberes se encuentra igualmente tipificado dentro del capítulo de <<infracciones graves>> del art. 12.8 LISOS al señalar que el <<incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables>>.⁵⁷¹

Así las cosas, podemos observar como los trabajadores *en misión*, en cuanto a trabajadores en sentido amplio que son, gozan de la protección que la normativa genérica sobre prevención de riesgos laborales les brinda, y a la que, por su especificidad y mayor susceptibilidad en este ámbito, hay que añadir una *segunda protección o sobreprotección* que ampliaría, aún más si cabe, su cobertura *tuitiva* en cuanto a la seguridad y salud laboral.

Así pues, la escasa o deficiente de información sobre riesgos laborales a un trabajador cualesquiera, viene tipificada como <<infracción grave>> por la vía de los arts. 47.8 LPRL y 12.8 LISOS. Pero, si además, este trabajador es un trabajador

⁵⁷⁰ No deja de ser llamativo que dos deberes tan importantes para la seguridad y salud como son el de formación e información de los trabajadores, ocupe un lugar *intermedio* en el capítulo de las infracciones, catalogándose su incumplimiento dentro del elenco de las <<infracciones graves>> que, sin dejar de ser baladí, entendemos que ante determinadas situaciones y circunstancias, tales incumplimientos podrían dar paso a un tratamiento infractor más riguroso a través de la oportuna consideración de <<infracción muy grave>>.

⁵⁷¹ Podemos comprobar a simple vista que la redacción de este precepto de la LISOS es copia literal de la redacción del art. 47.8 LPRL, el cual es cronológicamente anterior dado que el art. 12.8 LISOS quedó establecido mediante Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, mientras que la redacción del art. 47.8 LPRL es del año 1995, es decir, casi cinco años antes.

contratado por una ETT y cedido a una EU, éste cuenta también con la protección jurídica que le otorga la declaración como <<*infracción grave*>> de la referida conducta consistente en la falta de información sobre riesgos laborales, aunque en este caso –y por añadidura- por la senda *específica* para el sector de las ETTs, esto es, por la vía de los arts. 19.2.d) y f) LISOS⁵⁷².

Como puede observarse, pese a la existencia de una doble regulación protectora, y siendo una de ellas de carácter específico como consecuencia de la toma de conciencia del Legislador de la gravedad que tales infracciones conllevan en el terreno de las ETTs, resulta paradójico atestiguar que esta regulación específica del art. 19.2.d) LISOS y, sobre todo la del nuevo art. 19.2.f) LISOS, no hayan acentuado el rigor sancionador de la conducta infractora de referencia, declarando la misma como *infracción muy grave*, en lugar de la graduación otorgada en su día y que actualmente continúa vigente de <<*infracción grave*>>, sobre todo dado el sector tan sensible en el que la misma se efectúa como es el de las ETTs.

Además, si la catalogación de la misma conducta es idéntica tanto para los trabajadores en general como para los trabajadores de las ETTs en particular, carece de sentido práctico el que la condena legal se realice por la vía genérica de los arts. 47.8 LPRL y 12.8 LISOS, o por la vía específica para las ETTs del art. 19.2.d) y f) LISOS.

A nuestro modo de ver, sería de <<*lege ferenda*>> que nuestro ordenamiento jurídico dispusiera de un mayor *reproche* sancionador la conducta llevada a cabo por un empresario (EU) hacia un trabajador en misión cedido por una ETT que el que de suyo ya se viene haciendo de estas mismas conductas para el conjunto de los trabajadores, tanto por la especialidad como por la mayor sensibilidad social que ello conlleva.

En conclusión, y dado que el ordenamiento jurídico contempla esa *doble* regulación sancionadora y *tuitiva*, habría que poner especial cuidado en la norma finalmente aplicable a cada caso. Por ello sería conveniente traer a colación el

⁵⁷² Contando ya con el refuerzo que ha supuesto la introducción del art. 19.2.f) mediante la Ley 54/2003.

conocido principio en materia sancionadora de <<*non bis in idem*>>, es decir, evitar que la doble tipificación de una conducta idéntica desemboque en la indeseable imposición de una sanción doble derivada del mismo hecho infractor.

Cabe indicar una *tercera* infracción de carácter *grave* y específica para las EUs⁵⁷³ que aparece recogida en el art. 19.2.c) LISOS por el cual se tipifican <<*las acciones u omisiones que impidan el ejercicio de los trabajadores puestos a su disposición de los derechos establecidos en el artículo 17 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.*>>

Este precepto encuentra su correlativo a nivel general, destinado al conjunto de los trabajadores, en el art. 12.11 LISOS por el que se tipifica como *infracción grave*, <<*el incumplimiento de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales*>>.

Paradójicamente no acertamos a comprender que nuestro ordenamiento sancionador haya tipificado ambas infracciones bajo la misma graduación – *infracción grave*-. A nuestro juicio, pese a que el supuesto de hecho de ambos preceptos pueda presentar un contenido similar, sin embargo carece de sentido establecer un precepto específico –el art. 19.2.c) LISOS- cuando la infracción por éste contemplada ya podía subsumirse en el precepto genérico del art. 12.11 LISOS.

Y por el contrario, si la finalidad de establecer una infracción específica para otorgar un mayor énfasis *tuitivo* a estos trabajadores cedidos por las ETTs mediante el art. 19.2.c) LISOS, no alcanzamos a entender como la graduación de la infracción es idéntica y no superior: Por ello, entendemos que si la acción protectora que se pretende dispensar a los trabajadores en misión debe ser superior, la tipificación de conductas contra tales trabajadores que presentan un incremento de la vulnerabilidad frente a posibles abusos empresariales, dichas conductas específicas del ámbito de las ETTs deberían ser acreedoras de un rigor sancionador más pronunciado, siendo

⁵⁷³ Toda vez que las ETTs no están obligadas a informar a los representantes de los trabajadores de la EU.

por tanto de *lege ferenda* una elevación de la graduación de la conducta tipificada en el art. 19.2.c) LISOS, pasando ésta a formar parte del elenco de <<*infracciones muy graves*>> de la *Sección 4ª del Capítulo I* de la LISOS.

Cabe una cuarta infracción propia de las EUs contenida en el art. 12.18 LISOS por el que se tipifica <<*el incumplimiento del deber de información a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de prevención o, en su caso, al servicio de prevención de la incorporación a la empresa de trabajadores con relaciones de trabajo temporales, de duración determinada o proporcionados por empresas de trabajo temporal.*>>

Aquí, a diferencia de las infracciones anteriormente reseñadas, no aparece tipificada esta infracción en la *Sección 4ª del Capítulo I* de la LISOS dedicada a las infracciones de las EUs. El motivo, quizás, pueda deberse a que el art. 12.18 LISOS tipifica la falta de información de un conjunto de trabajadores entre los que se encuentran los trabajadores cedidos por ETTs. Por lo que entendemos que el Legislador, con buen criterio, no ha reproducido de manera específica en la *Sección 4ª del Capítulo I* de la LISOS, la infracción por parte de la correspondiente EU de no informar a su SP o trabajadores encargados de la prevención, de la adscripción en el seno de su empresa de trabajadores procedentes de la cesión de una ETT.

Sin embargo, esta infracción específica puede incardinarse dentro de las <<*infracciones graves*>> establecidas a nivel general por la propia LPRL, no ya como específica para las EUs sino porque toda EU es, al fin y al cabo, una empresa común, y por tanto, puede ser susceptible de convertirse en *sujeto activo* de las infracciones establecidas para el conjunto de las empresas.

No obstante, en este caso, de atender la comisión de esta infracción por parte de una EU pero no como tal sino como una empresa cualquiera, se produciría – paradójicamente- una duplicidad no deseada en la sanción, dándose una reiteración dentro del mismo texto legal sobre una misma conducta que varía su tipificación en función de que la infracción sea cometida por una EU, o bien por una empresa que no sea usuaria de los servicios de una ETT.

Así, el art. 47.11 LPRL tipifica como <<infracción grave>>, el incumplimiento <<de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.>>⁵⁷⁴

Por ello, no alcanzamos a entender el motivo por el cual nuestro Legislador no ha sancionado con mayor rigor, o al menos con distinto rigor, la graduación de esta índole de infracciones, diferenciando cuando se trata de una EU –en cuanto usuaria de los servicios de una ETT- de una empresa que no lo es. A nuestro juicio, entendemos que es merecedora de una mayor rechazo, y por ende de una mayor fuerza sancionador, el incumplimiento por parte de una EU que, como tal, adquiere una posición especial sobre un conjunto de trabajadores a los que el propio ordenamiento jurídico les reconoce como acreedores de una protección específica respecto del conjunto de trabajadores, derivada de una situación inicial de debilidad, motivada por las causas que venimos comentando.

2.2. Infracciones por incumplimiento de los deberes formativos.

Dentro del incumplimiento de impartir formación preventiva a los trabajadores en misión, se han pronunciado algunos autores, considerando que <<la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados <<suficiente y adecuada>>, relativos a la información y formación de los trabajadores, no supone un atentado contra las exigencias de tipicidad, porque con la remisión a los bloques normativos de referencia la autoridad administrativa que aplica esta norma no tiene poderes interpretativos que supongan una reconstrucción del tipo.>>⁵⁷⁵

Por nuestra parte entendemos que debemos poner el acento no tanto en la tipicidad –penal o administrativa- de la infracción sino en <<el bien jurídico

⁵⁷⁴ En términos idénticos e igualmente como <<infracción grave>> se expresa el art. 12.11 LISOS. Sobre esta cuestión *vid.* apartado 4 del presente estudio.

⁵⁷⁵ Cfr. GONZALEZ ORTEGA, S./APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, op. cit. pg. 292.

protegido>>, que en este caso no es otro que *la salud y la seguridad en el trabajo*.

A nuestro juicio se trataría en realidad de un bien jurídico protegido *doble*, puesto que se trataría, por un lado, de la <<*salud de los trabajadores*>>, y de la <<*seguridad en el trabajo*>>, por otro; es decir de la seguridad de esos mismos trabajadores pero referida no tanto como *ámbito personal*, sino a la *seguridad de la actividad* que realizan esas mismas personas –trabajadores- en el ámbito laboral. En definitiva, habría que diferenciar un bien jurídico relativo a las personas, y un bien jurídico atinente a la actividad de esas mismas personas.⁵⁷⁶

No obstante, y con independencia de la tipicidad penal de estas conductas⁵⁷⁷, es cierto que en caso de no dar esa formación preventiva obligatoria, o de darla de manera *insuficiente o inadecuada*, de cuyo resultado se produjera un daño⁵⁷⁸, en tal caso la duda que se plantea es la de si se ha producido un perjuicio para la seguridad y salud laboral, toda vez que hemos considerado que la formación es un elemento esencial –incluso constitutivo- en la prevención de riesgos laborales.

Por lo tanto, si como consecuencia de una escasa, nula o deficiente formación preventiva se produjera un resultado perjudicial para el trabajador en misión⁵⁷⁹, habría que estimar, pues, una *doble consecuencia*, como es, por una parte, el

⁵⁷⁶ El ámbito de la *salud de las personas* entendida como <<*derecho a la vida y a la integridad física y moral*>> puede considerarse como un bien jurídico que se encuentra protegido al más alto nivel jurídico, es decir, con una protección nada menos que de rango constitucional a través del art. 15 de nuestra *Carta Magna*. Al margen de esto, tanto la *salud* –en sentido genérico- como la *seguridad en el trabajo* representan un bien jurídico muy importante con un rango *tuitivo* igualmente constitucional – arts. 43 y 40 respectivamente- aunque algo inferior si se compara con el de la salud entendida como integridad física y moral, ya que ésta se halla recogida dentro del denominado <<*bloque de la constitucionalidad*>>, esto es, en la *Sección 1ª* (<<*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*>>), dentro del *Capítulo II* (<<*Derechos y libertades*>>) de nuestra Constitución. Por ello, ante la producción de un siniestro laboral con resultados muy graves para los trabajadores, la *tipicidad penal* vendrá determinada en la medida en que ello sea consecuencia de un atentado contra la salud de los mismos, quedando como coadyuvante de lo anterior las consecuencias derivadas de una conducta inadecuada contra la seguridad en el trabajo, siendo ésta encuadrada en una *tipicidad administrativa*.

⁵⁷⁷ Esta materia es objeto de estudio en otro apartado posterior del presente capítulo al tratar de la responsabilidad penal.

⁵⁷⁸ Cfr. sentencia del TSJ-Cataluña de 19 de octubre de 1998 (RA-4210), en la que un trabajador en misión sufrió un grave accidente debido a una inadecuada e insuficiente formación preventiva.

⁵⁷⁹ Afirma la STSJ-Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social), de 16 de julio de 2003 (AS-247) que el trabajador es contratado en fecha <<*10 de mayo de 1999, y que en esa misma fecha fue puesto a su disposición de la codemandada (ETT) por lo que difícilmente pudo recibir el trabajador ninguna formación teórica no práctica por parte de la empresa de trabajo temporal*>>. En este caso la escasa formación por parte de la ETT pone de manifiesto que actúa como detonante del accidente sufrido por el trabajador en misión.

nacimiento del derecho a una indemnización para reparar el daño realizado – prestaciones sanitarias y asistenciales de la Seguridad Social-; y por otro, un castigo para el infractor o infractores –sanción y multa- en la medida en que esa falta de formación haya sido motivada por una dejación de las funciones formativas de la ETT, o bien haya sido producida por una inadecuada o deficiente *información* de la EU hacia la ETT.⁵⁸⁰

En los siguientes apartados trataremos de analizar tanto las causas como naturaleza de estas infracciones, y el régimen disciplinario y sancionador que de las mismas se desprende.

Para las ETTs, la responsabilidad disciplinaria supone la verdadera contrapartida ante el incumplimiento de la obligación empresarial de impartir una formación suficiente y adecuada en materia de prevención de riesgos laborales. Esta conducta empresarial aparece tipificada en el seno de la propia LPRL, derivando, no obstante, su régimen sancionador hacia su natural texto normativo encargado de estas cuestiones, y que no podía ser otro que la LISOS.

En primer término, y por lo que a la *normativa genérica* se refiere, el art. 47.8 LPRL establece como *<<infracción grave>>* el *<<incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.>>*

Por su parte, el art.12.8 LISOS dispone igualmente como *<<infracción grave>>*, y en términos muy similares a los de la norma preventiva que *<<el*

⁵⁸⁰ En este sentido, la sentencia del Juzgado de lo Social de Navarra, Pamplona de 23 de octubre de 2003 (AS-3503), considera que *<<el accidente no se hubiera producido de no haber existido las graves infracciones de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales por parte de la empresa y, en concreto, al haber cambiado la empresa usuaria de puesto de trabajo al trabajador accidentado de forma, absolutamente indebida, teniendo en cuenta que fue contratado como peón para realizar exclusivamente tareas de mozo de almacén, transporte de materiales, carga y descarga, y, en cambio, fue destinado al puesto de trabajo de corte con sierra de cinta horizontal en la máquina SABI, puesto de trabajo que requiere una mayor cualificación y preparación que los requeridos para el de mozo de almacén, y sin que el trabajador hubiera sido formado por la empresa Adecco (ETT) sino en los riesgos propios de tareas de almacén, pero no en los riesgos de utilización de máquinas, y menos de máquinas que puedan conllevar el riesgo de cortes>>*.

*incumplimiento de las obligaciones en materia de formación (...) suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud.>>*⁵⁸¹

Por su parte, y en lo que a la *legislación específica* sobre ETTs se refiere, el art. 19.2.b) LETT cataloga como <<*infracción grave*>> el <<*no destinar a la formación de los trabajadores las cantidades a que se refiere el artículo 12.2 de esta Ley.*>> Se aprecia en este sentido la comisión de una infracción muy concreta y específica que, a su vez, establece la propia normativa de las ETTs, por lo que resulta correcto, a nuestro modo de ver, la tipificación en el mismo cuerpo normativo tanto de la obligación como de la oportuna infracción.⁵⁸²

Como excepción a las infracciones expresadas, es decir, para aquellas situaciones que aún habiéndose consumado la infracción, ésta no llevaría aparejada la sanción correspondiente; entendemos que tan sólo cabe en los supuestos en los que la formación preventiva no era precisa, bien porque el trabajador ya la hubiera recibido o porque la escasa entidad de los riesgos y/o proximidad con un contrato precedente, desaconsejaran tales acciones formativas.⁵⁸³ En consecuencia, fuera de esta excepción, la inobservancia o cumplimiento defectuoso de las obligaciones formativas supone una infracción catalogada como *grave* tanto por la legislación genérica –LPRL y LISOS– como por la propia normativa específica a través de la LETT.

Sin embargo no es ésta la única infracción que, en materia de formación, tipifica la LISOS y que puede ser aplicable a las ETTs.

⁵⁸¹ Este mismo precepto finaliza con una remisión al artículo siguiente para aquellos casos en los que se califiquen los hechos como constitutivos de una <<*infracción muy grave*>>.

⁵⁸² Por lo que a la legislación comunitaria específica sobre la materia cabe destacar que ni la Directiva-Marco ni la Directiva 91/383/CEE disponen nada relativo a régimen disciplinario, relegando esta tarea a la regulación interna de cada Estado miembro.

⁵⁸³ No obstante, la repetición de la formación sobre riesgos laborales en materia tan sensible como la preventiva siempre resulta aconsejable, siquiera en su mínima expresión y por breve que haya sido el período de interrupción entre una contratación y la precedente. Como ejemplo de esta práctica cabe traer a colación la STSJ-Cataluña de 9 de abril de 2003 (AS-2090), en la que no se apreció falta de medidas preventivas en cuanto al deber de formación y en la que <<*el trabajador había sido contratado en una ocasión anterior por la misma ETT en 1998, ocasión en la que se le había entregado un folleto explicativo sobre riesgos laborales en el ámbito de electricidad, y en el que había debido responder a unos cuestionarios de comprensión del contenido. No consta se le realizara nuevamente en el momento de la nueva contratación, en la que se produjo el accidente*>>.

Junto a estos preceptos existen tres cuestiones con incidencia en el régimen sancionador relativas a los aspectos formativos de las ETTs y que merecen ser tratadas con detenimiento y por separado, como son el criterio legal del porcentaje de la masa salarial anual dedicado a formación, por una parte, la comprobación previa de la formación preventiva, y en tercer lugar, la *gratuidad* de la formación preventiva para los trabajadores en misión. Al estudio de estas tres infracciones dedicaremos los siguientes subapartados.

2.2.1. La infracción sobre el porcentaje destinado a formación.

En relación con la primera de las cuestiones reseñadas relativa al porcentaje de masa salarial dedicado a formación, ya hemos indicado que éste va referido a la formación en su conjunto, y que bajo ningún concepto puede actuar como límite en lo que a formación específica sobre prevención de riesgos laborales se refiere.⁵⁸⁴ De no ser así, y llevando la cuestión al terreno del absurdo, podríamos estar en presencia de una contradicción entre normas, ya que por un lado el porcentaje contemplado en el art. 12.2 LETT podría servir de *techo cuantitativo* de la formación suficiente y adecuada que predica el art. 28 LPRL.⁵⁸⁵

No obstante, la redacción del art. 12.3 LETT introducida por la Ley 29/1999 ha despejado cualquier posible duda sobre el particular, al señalar en su 2º) *párrafo* que el coste de la formación preventiva será computado a efectos del porcentaje del 1% que dispone el art. 12 LETT⁵⁸⁶ en su *apartado 2)*, <<pero el montante

⁵⁸⁴ Vid. supra. *Capítulo III, apartado 7*: <<La gestión financiera de los costes derivados de la formación preventiva>>, *del presente trabajo*.

⁵⁸⁵ En este sentido, el empresario de una ETT sin demasiados escrúpulos podría asirse a este argumento para dejar de impartir la formación preventiva necesaria o que ésta no sea ni la suficiente ni la adecuada, alegando “*falta de presupuesto*” por la superación del porcentaje legalmente establecido.

⁵⁸⁶ Recuérdese que el *I Convenio Colectivo de Trabajo (1995-1996) de Empresas de Trabajo Temporal*, aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 31 de marzo de 1995 (BOE nº 95, de 21 de abril de 1995), aumentó este porcentaje a través de su art. 40.2 estableciendo que <<la cantidad destinada a formación (...) será incrementada en un 0.25 por 100 de la masa salarial.>> Este incremento se ha mantenido inalterable hasta el art. 46.2 del IV Convenio Estatal de Empresas de Trabajo Temporal.

establecido en dicho apartado no constituye en ningún caso un límite a las necesidades de formación en materia preventiva.>>

Así, el incumplimiento del deber de destinar al menos el 1% de la masa salarial a formación constituye una <<*infracción grave*>> que aparece tipificada en el reformado⁵⁸⁷ art. 19.2.d) LETT en los siguientes términos: <<*No destinar a la formación de los trabajadores las cantidades a que se refiere el artículo 12.2 de esta Ley.*>>⁵⁸⁸

Por su parte, y con una redacción prácticamente idéntica al referido art. 19.2.d) de la LETT, el art. 18.2.d) LISOS cataloga igualmente como <<*infracción grave*>> lo siguiente: <<*No destinar a la formación de los trabajadores temporales las cantidades a que se refiere el art.12.2 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal*>>.

Si bien el precepto transcrito establece un elemento claramente objetivo, como es el del 1%, entendemos que puede precisar de algunas consideraciones en orden a la determinación de la obligación que se infringe.

Primero. En primer lugar, cabe poner de relieve la divergencia entre la redacción del actual art. 19.2.d) de la LETT de 1999 y la redacción del precepto de la LISOS. Esta divergencia procede, paradójicamente, de una *elevadísima identidad* entre ambos preceptos pero correspondientes a momentos cronológicamente distintos. Y es que el contenido del art. 18.2.d) de la LISOS del año 2000 es claramente fiel a la redacción del art. 19.2.d) LETT pero de la LETT de 1994 y no al de la LETT de 1999. Por ello, debería haber contemplado con idéntica fidelidad la modificación y consiguiente diferencia, entre el art. 19.2.d) de la LETT de 1994 y el mismo precepto tras su reforma por la Ley 29/1999, y que únicamente consiste en la supresión del

⁵⁸⁷ Reformado mediante la Ley 29/1999.

⁵⁸⁸ Repárese en que esta infracción aparece graduada como <<*infracción grave*>>, dando a entender que la insuficiente aportación de recursos económicos a la formación debe considerarse –en caso de accidente de trabajo– como una *vía indirecta o no mediata* en la producción de tal resultado lesivo para la salud laboral, y por ende, debe estimarse como acreedora de una menor gravedad a la hora de establecer la sanción correspondiente que la que, de suyo, lleva aparejada la inadecuada o insuficiente formación preventiva en un sentido más directo o material de la infracción subyacente, y tipificados por otros preceptos.

término <<*trabajadores temporales*>> quedando en 1999 en tan sólo <<*trabajadores*>>.

Esta modificación aparentemente nimia –recuérdese que sólo se suprime una palabra- encierra tras de sí, empero, un profundo calado y que, al tiempo, nos parece mucho más acertada, toda vez que la versión de la Ley 29/1999 resulta más omnicomprendensiva, en la medida en que los trabajadores en misión no tienen por qué ser necesariamente temporales para quedar abarcados por el ámbito de aplicación *tuitivo* de la regla infractora, y que en el caso de la Ley 14/1994 queda relegado dicho ámbito protector a los <<*trabajadores temporales*>>.

Segundo. Otra cuestión a resaltar, tanto en el art. 19.2.d) LETT como en la norma sancionadora contenida en el art. 18.2.d) LISOS, consiste en que establecen como *hecho punible* el <<*no destinar*>>, es decir, el no dotar de *ninguna* cantidad económica o partida presupuestaria a la formación sobre riesgos laborales. En consecuencia, si realizamos una *interpretación literal* en estos términos, podríamos llegar a la paradoja de que si se destinan algunos recursos económicos, aunque éstos sean insuficientes, no estaríamos en presencia del hecho ilícito que sanciona este precepto, el cual sólo castiga al empresario que *no destina absolutamente nada*, dejando así impune al que *sí destina* algo, aunque tales recursos sean inadecuados o escasos. Contraviniendo de este modo los requerimientos básicos en cuanto al contenido que marca la legislación y que hemos analizado en un apartado precedente.

Otra posibilidad que puede presentarse al hilo de lo que acabamos de expresar, y que puede suceder en la práctica con mayor probabilidad sería aquella situación en la que, aún existiendo una dotación presupuestaria claramente inadecuada o insuficiente, la empresa responsable de impartir la formación preventiva, la ETT, sí haya invertido positivamente una cantidad sensiblemente superior al 1% que exige la norma.

Entendemos que en este caso, al igual que en el supuesto anterior, y dado que se trata de un *bien jurídico protegido* tan importante como es el de la *seguridad y la salud en el trabajo*, debería primar el criterio de una formación *suficiente y adecuada* por encima de criterios *economicistas* que, a la postre, actuarían más como *excusa* o *coartada* que como vehículo necesario para lograr el objetivo o el *fin* de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en misión.

Tercero. Una última cuestión, más semántica que jurídica aunque con evidente repercusión en este último ámbito, consiste en que tanto el art. 19.2.d) LETT como el art. 18.2.d) LISOS han empleado el tiempo verbal en infinitivo –<<*no destinar*>>- en lugar de haber empleado alguna otra conjugación en tiempo pretérito. La importancia de esta cuestión aparentemente baladí y retórica, estriba, a nuestro juicio, en que el uso de un modo pretérito indicaría un *hecho consumado*, una acción, en definitiva, ya conclusa y de la que se desprende una actuación manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico.

Cabe entender aquí que para estimar el supuesto de hecho de esta infracción, el empresario ha tenido que incumplir su deber –por omisión- de impartir formación. Por lo que si éste tan sólo ha mostrado una intención de no formar o de hacerlo insuficientemente pero por cualquier circunstancia, interna⁵⁸⁹ o exógena⁵⁹⁰, realiza finalmente dicha acción formativa de manera suficiente y adecuada, cabe concluir que no se cometería dicha infracción por no haberse consumado finalmente el hecho infractor⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Pensemos en el supuesto de que el empresario haya manifestado su voluntad de no impartir formación preventiva o que de sus actuaciones se desprenda que ésta no va a ser ni adecuada ni suficiente, y que en ese *iter* que hemos visto más arriba (vid. Capítulo III) existente entre el momento de la contratación laboral y la puesta a disposición de la EU, los representantes de los trabajadores se percataran de esa antijurídica intencionalidad y que, en consecuencia, el empresario se vea finalmente presionado por el entorno que le circunda y, tras recapacitar, imparta esa formación en materia de prevención de riesgos laborales a la que viene obligado por Ley.

⁵⁹⁰ V. gr. la noticia de un accidente laboral grave en otra empresa del sector cuya causa sea la falta de formación preventiva de los trabajadores siniestrados, o la noticia de una serie de actuaciones en ETTs cercanas a la del empresario en cuestión, etc.

⁵⁹¹ Cabría interpretar aquí, a diferencia de lo que sucede con la doctrina penal, que no es posible sancionar por estos hechos a un empresario por realizar una conducta <<*en grado de tentativa*>>.

Cuarto. En consonancia con lo anterior podría darse la circunstancia de que el empresario deseara de manera positiva realizar una formación conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico, es decir, impartir a sus trabajadores una serie de instrucciones que formen a éstos de manera suficiente y adecuada. Sin embargo, puede darse el caso de que por un error de cálculo o de previsión a la hora de *presupuestar la dotación* en materia formativa, ésta sea insuficiente, o que como resultado de esa escasez de *medios financieros*⁵⁹², el resultado sea el mismo que el establecido en el supuesto de hecho de la norma infractora. La respuesta a este planteamiento es que el empresario infractor participaría de las mismas consecuencias legalmente previstas para sancionar dicha conducta.

No obstante lo anterior, si bien el resultado *objetivo* derivado de la conducta empresarial es idéntico al del supuesto que expresábamos más arriba, en esta situación, la diferencia estriba precisamente en el *elemento subjetivo*, es decir, en la conducta o *intencionalidad infractora* de la ETT, ya que aquí –y a diferencia del caso precedente- el empresario no desea cometer la infracción pese a que finalmente llega a ese resultado indeseable y sancionado por la norma sin que en ningún momento se lo haya propuesto.

Sin embargo, en la hipótesis anterior se distingue claramente una conducta empresarial contraria a la norma al no dispensar desde el inicio ni la voluntad ni los medios precisos para lograr una formación preventiva suficiente y adecuada de sus trabajadores.

Menos aún cabría la posibilidad de sancionar el mero pensamiento o la simple idea reticente a impartir formación preventiva a los trabajadores en misión. Ante este último planteamiento podríamos traer a colación la vieja máxima de Concepción Arenal que establece que <<los pensamientos no delinquen>>. En definitiva, sino existe un hecho consumado y demostrable no sería factible imputar infracción alguna.

⁵⁹² Entendemos más adecuada la expresión de *medios financieros* más que la de *medios económicos*, toda vez que se trata de dotar presupuestariamente un determinado fin empresarial. En definitiva, no se trata tanto de que una empresa cuente con suficientes recursos económicos sino más correctamente de si está dispuesta a emplearlos en pos de un determinado fin mediante la dotación de la partida presupuestaria oportuna.

En definitiva, y como colofón a estas breves exégesis, podríamos extrapolar aquí toda la teoría penalista relativa a la *culpabilidad*⁵⁹³, entendiendo por nuestra parte que, en materia de prevención de riesgos laborales, la norma impone un fin, unas garantías en las condiciones laborales, y por lo tanto la consecución de un determinado objetivo; el cual, de no lograrse, ya sea por *dolo* o *culpa*, se produce la infracción contemplada en los artículos 19.2.d) LETT y 18.2.d) LISOS, y del que se derivan las sanciones legalmente establecidas por nuestro ordenamiento jurídico.⁵⁹⁴

2.2.2. La comprobación previa de los medios destinados a la formación preventiva.

Impartir formación preventiva a los trabajadores en misión es una importantísima obligación legal de la ETT. La *comprobación* consistente en asegurar que esa formación preventiva se ha realizado efectivamente de manera suficiente y adecuada atañe –según veremos en este apartado- tanto a la ETT como a la EU. Lógicamente, esa falta de comprobación previa a la cesión efectiva de los trabajadores en misión puede presentar una notable incidencia en el terreno sancionador.⁵⁹⁵

⁵⁹³ Sobre esta *culpabilidad* podría traerse a colación toda la teoría acerca de si la responsabilidad empresarial derivada de una infracción es *objetiva*, o por el contrario es *subjetiva* al requerir de un determinado comportamiento empresarial merecedor de la pertinente sanción. Vid. BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, Valladolid, 1991, pp: 41 y ss.

⁵⁹⁴ En otros términos podría afirmarse que la norma impone más una *conducta eficaz* –logra el objetivo- más que una *conducta eficiente* –usando los medios más idóneos para lograr ese objetivo-. Por ello, si bien es cierto que el cálculo *apriorístico* de la dotación presupuestaria en materia de formación preventiva puede ser en algunos casos una tarea harto complicada y por ello susceptible de ser errónea –sobre todo si como ya prevé la norma pueden darse situaciones de cierta duración en el tiempo que precisen de un reciclaje inicialmente no previsto-; no es menos cierto que si de ese error de cálculo se deriva una infracción, el empresario será igualmente responsable de haber cometido una infracción contemplada por el ordenamiento laboral y por ello acreedora de la correspondiente sanción.

⁵⁹⁵ Para la STSJ-Madrid de 27 de mayo de 2005 (AS-1718), inicialmente se consideraba a la ETT como única responsable del accidente sufrido por un trabajador en misión por la falta de formación preventiva suficiente y adecuada, si bien el fallo declaró la <<*responsabilidad solidaria del recargo de prestaciones*>> de la ETT y la EU por la ausencia de verificación de estas circunstancias contrarias a la seguridad y salud en el trabajo.

Pese a que esta obligación de comprobación previa se halla íntimamente ligada al ámbito de la formación preventiva en las ETTs, como así lo regulan diversas normas atinentes a la materia, sin embargo nos encontramos con un vacío normativo en la legislación específica al respecto –y en particular en la LETT-, ya que no existe ningún precepto que, insisto, de manera *específica*, tipifique como infracción la falta de comprobación previa de la formación preventiva que se exige tanto en el art. 12.3 LETT como en los arts. 3.3 y 4.1.b) RD 216/1999.⁵⁹⁶

Por ello debemos acudir a la Legislación *genérica* sobre infracciones en materia de prevención de riesgos laborales para encontrar un precepto que de alguna manera tipifique, no tanto la falta de comprobación previa a la cesión de la que habla la legislación de las ETTs, como la tipificación derivada de la falta efectiva de formación preventiva suficiente y adecuada con carácter previo al inicio de las actividades del trabajador como tal, con independencia de que el mismo lo sea de una ETT y desempeñe sus funciones en la EU.

Ese precepto que realmente tipifica la escasa o nula formación preventiva no es otro que el art. 12.8 LISOS que establece que el *<<incumplimiento de las obligaciones en materia de formación (...) suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.>>*⁵⁹⁷

Así, con un asunto de indudable trascendencia práctica relativo a las infracciones que en materia de formación preventiva se producen en las ETTs, y que tiene su origen en la denominada *<<comprobación previa>>* acerca de la formación preventiva de los trabajadores en misión que viene exigida en los preceptos de la ya citada legislación sobre ETTs, tanto por el art. 12.3 LETT como por los arts. 3.3 y 4.1.b) RD 216/1999.

⁵⁹⁶ Sobre este particular encontramos tan sólo un precepto que obliga a observar una conducta similar pero referida a la *información previa* y no a la *formación previa*. Nos referimos al art. 16.1 LETT –ya contemplado en la Ley 14/1994 y no modificado por la Ley 29/1999- que establece que con *<<carácter previo al inicio de la prestación de servicios, la empresa usuaria deberá informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo así como las medidas de protección y prevención contra los mismos.>>*

⁵⁹⁷ Cfr. art. 13 LISOS.

Conviene aquí recordar que mientras en el art. 12.3 LETT y el art. 3.3 RD 216/1999 la mencionada <<*comprobación previa*>> de que los trabajadores en misión poseen una formación suficiente y adecuada ha de efectuarla *la ETT*, en el caso del art. 4.1.b) RD 216/1999 dicho aseguramiento corresponde a la *EU*, lo que sin duda puede interpretarse –según ya indicamos en el apartado correspondiente- como una paradoja, una contradicción, o simplemente -y a nuestro juicio la respuesta más plausible- de una *doble medida de aseguramiento* que no huelga en un asunto tan importante y trascendente como es la seguridad y la salud de unos trabajadores que, de suyo, ya presentan un mayor potencial de siniestralidad.

Así pues, el problema que se plantea junto con el mencionado vacío legal sobre la regulación específica de una norma infractora; no es tanto el determinar ahora *quién* es el responsable de haber cometido la infracción consistente en no dotar suficientemente a la formación preventiva -y que por no ser reiterativos basta recordar que es la ETT-, como la cuestión atinente a evitar la infracción o, al menos, detectarla en una fase precoz que permita corregir la deficiencia de formación preventiva con la suficiente antelación para así impedir que de aquella se deriven consecuencias nocivas para los trabajadores que van a ser cedidos a la EU; y de paso, subsanar en la medida de lo posible esa referida formación preventiva deficitaria o inexistente.

Seguidamente veremos que procedimientos han sido establecidos por la norma en relación con la verificación previa del grado formativo, para posteriormente proponer algunos mecanismos que permitan llevarlos a buen término de cara a garantizar la seguridad y salud laboral de tales trabajadores.

2.2.2.1. La comprobación previa desde la óptica de la ETT.

En efecto, los arts. 12.3 LETT y 3.3 RD 216/1999 ya prevén bajo la expresión <*deberá asegurarse*>>, que la ETT ha cumplido con sus deberes

formativos con anterioridad a la cesión de los trabajadores en misión.⁵⁹⁸ La explicación de este *autocontrol* puede entenderse bajo un *doble prisma*.

Primero. Por un lado, el de actuar como un mecanismo de *garantía interna* ante una cuestión tan importante como es la seguridad y salud laboral, es decir, una especie de mecanismo de seguridad que impida ceder a los trabajadores en misión sin la formación preventiva a la que por Ley tienen derecho y a la que la ETT viene obligada.

Segundo. La segunda interpretación tendría su razón de ser en que según el art. 12.3 LETT, la ETT puede impartir la formación sobre prevención de riesgos laborales a que viene obligada, tanto por ella misma y con sus propios medios, como a través de una tercera empresa, entidad, institución u organismo que se encargue de realizar esta importante labor⁵⁹⁹. En este segundo caso, pese a que se supone que la entidad u organismo al que la ETT ha derivado la formación está *especializado* en estas materias, no por ello, se pierde o difumina la responsabilidad que la ETT tiene asumida por Ley.⁶⁰⁰

Como consecuencia de lo que acabamos de exponer, cobra sentido la imposición del *aseguramiento* que marca tanto el art. 12.3 LETT como el art.3.3 RD 216/1999, con el fin de evitar dos consecuencias fundamentales, a saber: que la formación no se realice de manera suficientemente y/o adecuada; y la otra, que la ETT pretenda obviar su responsabilidad en terceras personas ante el acaecimiento de unos hechos que pongan de manifiesto el supuesto de hecho contenido en el art. 12.8

⁵⁹⁸ *Vid.* sentencia del Juzgado de lo Social (nº 1) de Vitoria de 7 de abril de 2004 (AS-2875) en el que se condena a ambas empresas (ETT y EU), a la ETT por no realizar la formación suficiente y adecuada del trabajador, y a la EU por no comprobarlo una vez el trabajador había iniciado su actividad y sufrir un accidente, si bien inicialmente la demandante era la EU, el resultado final por aplicación del principio procesal <<*iura novit curia*>> consagrado en el art. 218.1 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC).

⁵⁹⁹ Tanto el art.12.3 LETT como el art. 3.3 RD 216/1999 se refieren a esta *delegación formativa* mediante la expresión: <<*medios propios o concertados*>>.

⁶⁰⁰ Se trataría, pues, de una responsabilidad <<*in vigilando*>>, similar a la existente en los supuestos de contratas y subcontratas que, en definitiva, es la figura jurídica que se produciría en aquellos casos en los que la ETT decide descentralizar las tareas de la formación preventiva. Aquí sólo se descentraliza la operativa de la formación y no la responsabilidad legal de impartir ésta.

LISOS.

2.2.2.2. *El aseguramiento de la formación preventiva desde la óptica de la EU.*

Esta misma cuestión relativa al *aseguramiento* de la formación preventiva previo al inicio de la actividad de los trabajadores en misión, puede observarse desde una óptica diferente, es decir, desde la visión de la EU, sobre todo si lo analizamos a la luz del ya referido art. 4.1.b) RD 216/1999. En este precepto se indica que la EU deberá *asegurarse* de que el trabajador puesto a su disposición <<*cuenta con la formación necesaria (...) en relación con la prevención de los riesgos a los que pueda estar expuesto.*>>

La dificultad del análisis de esta cuestión estriba, no tanto en la obligación de la EU de asegurarse de la formación de los trabajadores que recibe de la ETT, como en el *mecanismo* a través del cual pueda efectuarse esa comprobación.

Del tenor literal del art. 4.1.b) RD 216/1999 se desprende que la EU es la obligada a <<*recabar la información necesaria de la empresa de trabajo temporal para asegurarse de que el trabajador puesto a su disposición (...) cuenta con la formación necesaria*>> en materia de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, y sobre todo si llevamos esta obligación al terreno práctico, podemos constatar que la EU difícilmente puede *asegurar* unos extremos para los que carece de medios para constatarlos. Sobre todo si tenemos en cuenta que para determinar, por ejemplo, si se ha destinado una cantidad económica suficiente en concepto de formación – preventiva- debería antes conocer el dato de cuál es la masa salarial de la ETT a fin de determinar si, al menos, se ha destinado el 1% de la misma.

No sólo resulta harto complicado el que la EU compruebe determinados datos que de suyo le son desconocidos⁶⁰¹, sino que difícilmente podrá la EU pronunciarse – favorable o desfavorablemente- acerca de la formación preventiva de los trabajadores

⁶⁰¹ V. gr. El ya mencionado desconocimiento del porcentaje mínimo del 1% de la masa salarial destinado a formación.

de los trabajadores contratados por la ETT y puestos a su disposición, cuando la EU, insistimos, no ha participado en dicho proceso formativo, toda vez que es la ETT la que ostenta el deber legal de cumplir de manera suficiente y adecuada con dicha formación preventiva.

Por ello, comprobar y constatar fehacientemente hasta el punto de convertirse con ello en *co-responsable*⁶⁰² de si el trabajador que le ha sido cedido ha recibido de la ETT formación o no. Y en caso afirmativo, es decir, si una vez se constata que dicho trabajador ha recibido formación sobre los riesgos laborales del puesto y la actividad que va a desarrollar en el seno de la EU, ésta debe dar nada menos que su *aprobación* sobre una cuestión tan importante y delicada, pero, basándose para ello – y de aquí radica lo paradójico- únicamente en referencias *indirectas* ofrecidas por la ETT que, por ser parte interesada no aportará nada desfavorable o contrario a que el trabajador por ella contratado y cedido a la EU.⁶⁰³

La previsión legal ante el supuesto de que el trabajador cedido por la ETT no hubiera recibido la formación preventiva suficiente y/o adecuada, se haya recogida en el art. 4.2 RD 216/1999, al establecer que la EU <<*no permitirá el inicio de la prestación de servicios en la misma de un trabajador puesto a su disposición hasta que no tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones del apartado anterior*>>, es decir, del apartado 1. –en particular su letra b)- del art. 4 RD 216/1999 que venimos comentando.

En consecuencia, el estado actual de las cosas basándonos en la normativa

⁶⁰² Con la oportuna atribución por vía del art. 4.1.b) RD 216/1999 y las consecuencias legales nada desdeñables que de ello se derivan.

⁶⁰³ El motivo por el que afirmamos que la ETT no aportará nada manifiestamente desfavorable acerca de la formación preventiva recibida por el trabajador que cede a la EU, se fundamenta en dos motivos fundamentales. El primero de ellos partiría de una suspicacia o maledicencia por la cual la ETT ocultaría todo aquello que pudiera ser negativo con anterioridad a la puesta a disposición efectiva del trabajador y que por ello ponga en peligro la celebración, conclusión o perfeccionamiento del CPD, o bien que una vez operada esta cesión del trabajador, y ante cualquier eventualidad o accidente, dicha información negativa o contrario a una formación preventiva suficiente y adecuada, pueda incriminarle. Por otro lado, el segundo motivo por el que formulamos esta afirmación se centraría en que si la ETT está obligada legalmente a dar una formación preventiva suficiente y adecuada, no se entendería razonablemente cómo podría informar, *a priori*, a la EU de que sinceramente ha incumplido una de sus obligaciones principales. Sería reconocer por anticipado –con la sinceridad que le diferencia del caso anterior- el incumplimiento de una obligación que, obviamente, no sería de recibo por parte de la EU, la cual estaría obligada, por mor del art. 4.2 RD 216/1999, a no permitir el inicio de las actividades en el seno de su empresa de ese trabajador inadecuada o insuficientemente formado.

vigente, pasa por ser la EU la encargada de *validar* la formación preventiva suficiente y adecuada pero apoyándose para ello en las referencias indirectas de un tercero como es la ETT. De no obtener dichas referencias o estimar que éstas no se corresponden con la realidad, la única posibilidad de solventar esta duda sería la de acudir al recurso de tener que constatar con sus propios medios o con medios exógenos pero en cualquier caso a su exclusivo cargo, la verificación de los requerimientos formativos en materia preventiva y a cuya comprobación *fidedigna* está obligada legalmente.

Esta posibilidad contemplada actualmente por nuestra legislación puede tropezar, no obstante, con algunos escollos a los que seguidamente hacemos referencia.

- a) El primero de ellos puede provenir de la escasez de medios técnicos y/o humanos para realizar las comprobaciones formativas a los trabajadores puestos a su disposición. Tal sería el caso de aquellas EUs que por su reducida estructura no dispongan de la posibilidad técnica u organizativa de destinar los recursos humanos o materiales a las mencionadas tareas de verificación a las que, sin embargo, vienen obligadas por mor de los preceptos que venimos comentando.

Por otro lado, aún en aquellos supuestos en que la EU tenga recursos para realizar la verificación formativa que venimos comentando, ya sea mediante los recursos propios que su dimensión y estructura le permitan, o bien a través de los recursos de personas o empresas externas que se dediquen específicamente a las tareas de realizar las *pruebas* necesarias para otorgar la aprobación de que el trabajador cedido a la EU cuenta con la formación preventiva suficiente y adecuada; pues bien, sea cual sea el método de verificación empleado, surge una cuestión que no por recurrente resulta baladí, consistente en si la EU debe hacerse cargo de los *costes de verificación formativa*, es decir, de los costes derivados de la comprobación del grado de formación preventiva del trabajador puesto a su disposición por la ETT.

A este respecto cabe señalar que ni la Legislación sobre ETTs ni la relativa a prevención de riesgos laborales dictaminan nada sobre este particular. Por lo que entendemos que si la EU debe hacerse cargo –*ex lege*– de esa comprobación, debe hacerlo con todas sus consecuencias, esto es, la Ley le obliga a cumplir un determinado *fin* que no es otro que el de la verificación del grado formativo del trabajador puesto a disposición de la EU. Y por ello, no debe escatimar en el uso de los *medios necesarios* para lograr ese fin.

Cosa distinta, empero, es que la EU descunte de la facture que le gire la ETT tales gastos. Aunque hay que insistir que en principio, es la EU la que debe afrontar la verificación y por ende los gastos de ella derivados.⁶⁰⁴

- b) Cuestión aparte aunque estrechamente relacionada con todo lo anterior, sería el supuesto en que la EU tras verificar el grado de formación preventiva del trabajador puesto a su disposición, detectara que dicho nivel de formación es *insuficiente* o *inadecuado* para los requerimientos del puesto de trabajo a cubrir, y por ello sea la propia EU la que tenga que complementar esa *formación deficitaria*. Ante esta situación entendemos que los costes derivados de ese *complemento formativo* deban ser claramente repercutidos a la ETT, puesto que es ésta la obligada por Ley a impartir una formación suficiente y adecuada; y si ella no lo realiza, y es otra empresa –en este caso la EU– no por ello debe dejarse escapar la imputación de los costes formativos a la ETT, y todo ello con independencia de las responsabilidades disciplinarias que dicha dejación de funciones pueda acarrear a la ETT.
- c) Por último, nos encontramos con el factor <<*tiempo*>> que debe invertirse en esta comprobación y que dado el carácter del sector de las ETTs, no siempre será factible dedicar el tiempo necesario a realizar con

⁶⁰⁴ No obstante esta solución pudiera resultar en la práctica de escasa viabilidad por convertir en excesivamente onerosa la cesión del trabajador por la ETT, lo que convertiría esta actividad en antieconómica y de difícil acomodo con la eficacia en la gestión que se pretende con el recurso a las ETTs.

las debidas garantías dicha comprobación; salvo que se asuma de antemano un *retraso* en el *iter* de la cesión del trabajador. Aquí, al igual que en el caso anterior, la EU ya debe dar por *descontado* el tiempo que deba destinar a esa comprobación formativa que le impone la Ley.

Aparte de los escollos que acabamos de comentar, y en aras de encontrar una posible solución que pueda paliar el desconocimiento por parte de la EU que a su vez impide conocer si la ETT ha cumplido con su obligación de destinar los medios económicos suficientes para la formación preventiva, podría ser mediante una especie de <<*certificación positiva*>> expedido por la ETT, y en el que se hiciera constancia de los medios que la ETT a destinado a la formación de sus trabajadores.

Esta certificación resolvería de este modo el sempiterno problema de la *prueba procesal*, lográndose así la efectiva asunción de responsabilidades y, en su caso, tasar de algún modo el grado de incumplimiento por parte de la ETT en aquellos casos en los que, aún existiendo certificación, de ésta se desprenda que no se han destinado los medios necesarios para atender a la formación preventiva.

En definitiva, se trataría *–mutatis mutandi–* de reproducir un mecanismo similar al establecido en el art. 42.1 ET en relación con la *certificación negativa* sobre la deuda de cuotas a la Seguridad Social en los supuestos de contratas y subcontratas⁶⁰⁵. En el caso del posible establecimiento de algún tipo de certificación en el caso de las ETTs, restaría tan sólo concretar el rango o disposición normativa que regulase ese modelo de certificación, así como fijar el contenido literal mínimo que debería contener. Por último, cabría valorar la posibilidad de que dicha certificación fuese expedida por la ETT o, como sucede en el art. 42.1 ET que hemos

⁶⁰⁵ En este sentido el art. 42.1 ET establece que los empresarios que <<*contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito una identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.*>> Sobre estas cuestiones, vid. GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Valencia, 1998.

tomado como referencia, sea la propia Administración o Autoridad laboral competente la que expenda tales documentos.

No obstante, entendemos que la ETT es la que posee la información más completa y que, en el caso de las certificaciones, la solución de asegurar que los trabajadores en misión poseen la formación preventiva necesaria, pasaría por modificar el procedimiento establecido en el art. 4.1.b) RD 216/1999. Dicha modificación consistiría en que, en lugar de que sea la EU la que se asegure de la formación de los trabajadores que le son cedidos partiendo de la información que le suministra la ETT, sea ésta -la ETT- la que suministre dicha información -por escrito- a la Autoridad laboral competente y que, en consecuencia, y dado que la Administración laboral es la competente para fiscalizar tales extremos, sea la propia Autoridad laboral la que expida una certificación positiva que señale que la ETT ha cumplido con su deber de destinar los medios necesarios a la formación preventiva.

En definitiva, se trata de articular una medida que permita aunar las dos cuestiones básicas que confluyen ante el cumplimiento de esta obligación: auténtica formación preventiva junto con la *seguridad jurídica* que todas las partes implicadas -Administración, EU, ETT, y sobre todo trabajadores- precisan para conocer el correcto cumplimiento de los deberes formativos en toda su extensión, tanto de contenido -incluidas las dotaciones presupuestarias- como formales.

2.2.3. La infracción sobre la gratuidad de la formación preventiva.

El art. 12 LETT en su nuevo apartado 4., establece que *<<será nula toda cláusula del contrato de trabajo temporal que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación.>>*⁶⁰⁶

⁶⁰⁶ Este apartado 4. fue introducido por la Ley 29/1999, aunque su contenido material no resultó ser ninguna novedad, toda vez que el párrafo tercero del art. 12.2 de la Ley 14/1994 ya establecía la misma prohibición y en los mismos términos expresados por su sucesor -el art. 12.4- de la Ley 29/1999.

Como consecuencia de lo anterior el art. 18.2.e) de la LISOS, relativo a las infracciones específicas del sector de las ETTs, señala como <<*infracción grave*>> el hecho de <<*cobrar al trabajador cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación.*>>

Es evidente que los gastos propios derivados de la gestión interna de una determinada empresa no pueden ser repercutidos a los trabajadores. Además, debemos tener en cuenta que no se trata de la prestación de un servicio que la empresa realizara para estos trabajadores, ni tampoco de una *mejora voluntaria* de la ETT hacia los mismos. Se trata, pues, del cumplimiento de una obligación establecida por Ley y cuya inobservancia constituye una infracción sancionada igualmente por la ley.

Si no existiera esta taxativa prohibición, entendemos que sería muy complicado *facturar* los gastos derivados de las acciones selectivas, formativas y/o contractuales, puesto que se entiende que sólo sería factible cobrar a los trabajadores que finalmente fuesen contratados por la ETT que genera los gastos. Además, tales trabajadores sólo podrían correr con los costes de la parte alícuota de su propia selección, formación o contratación, corriendo la ETT con los gastos del resto de trabajadores no contratados finalmente.

No obstante, podría suceder que la empresa hubiese impartido formación previa a la contratación, y que precisamente por su carácter previo sí hubiese sido cobrada a los *alumnos* –que no trabajadores- en forma de matrícula de *cursillo* sin el cual el *aspirante* a trabajar en esa ETT no pasaría -de entrada- a formar parte de una ulterior selección, aunque bien entendido que en este caso estaríamos seguramente ante un posible fraude de ley al intentar *camuflar* unos costes formativos obligatorios en una *tasa académica*. En cualquier caso, separar del gasto global de formación, selección y contratación de los costes unitarios derivados de cada una de ellas resulta una tarea harto complicada que sólo realizando una rigurosa *contabilidad de costes* –distinta de la tradicional contabilidad financiera- podría procederse al cálculo de la cantidad que cada trabajador tendría que sufragar.

2.3. Responsabilidad derivada de la vigilancia de la salud de los trabajadores en misión.

La vigilancia de la salud se configura en principio como una responsabilidad situada en la esfera de la ETT, si bien, tal y como afirmábamos en un principio, en la prevención de riesgos laborales en el ámbito de las ETTs, la responsabilidad de cada una de las obligaciones principales no se circunscribe de manera estricta y/o excluyente a una de las empresas implicadas sino a ambas, como responsables en su conjunto de la seguridad y salud laboral del trabajador en misión, si bien respetando en todo momento los matices correspondientes a cada parcela en la que se desarrolla la actividad de los trabajadores cedidos por las ETTs.

Para una mejor sistemática en el análisis de esta responsabilidad, separemos por orden de graduación las infracciones que en esta materia afectan a la ETT y la EU, es decir, comenzando por las faltas <<leves>>, continuando con las <<graves>> y finalizando con las <<muy graves>>.

Dentro de los aspectos que atañen a la vigilancia de la salud del trabajador, analizaremos dentro de este epígrafe aquellas que, si bien no tienen una incidencia directa, afectan a las condiciones de ejecución del trabajo, y por ende deben situarse en la esfera de la responsabilidad de la EU.

Así, dentro del grupo de <<infracciones leves>> nos encontramos con la primera conducta infractora que, si bien no es específica de la EU, sí que afecta a ésta como empresa en la que se desarrolla la actividad laboral. Así, el art. 11.1 LISOS señala como infracción leve: <<La falta de limpieza del centro de trabajo de la que no se derive riesgo para la integridad física o salud de los trabajadores.>>

Dentro de un terreno más atinente a obligaciones formales, el art. 11.2 LISOS establece igualmente como <<infracción leve>> el <<no dar cuenta, en tiempo y forma, a la autoridad laboral competente, conforme a las disposiciones vigentes, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de leves.>>

Además de las infracciones anteriores, el art. 11 LISOS en sus *apartados* 4) y 5) señala a modo de “cajón de sastre” la consideración de *infracciones leves* relativas a la prevención de riesgos laborales tanto en el orden material como formal, entre las que pueden hallarse igualmente infracciones relativas a la vigilancia de la salud.

Dentro del terreno de las <<*infracciones graves*>>, el art. 12.2 LISOS resulta paradigmático respecto de la vigilancia de la salud, al considerar como conducta infractora: <<*No realizar los reconocimientos médicos y pruebas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores que procedan conforme a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, o no comunicar su resultado a los trabajadores afectados.*>>⁶⁰⁷

Por su parte, el art. 47.2 LPRL tipifica con igual graduación –infracción grave- y con idéntica redacción⁶⁰⁸, la no realización de reconocimientos y pruebas médicas precisos para la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores en su conjunto, esto es, sin realizar ninguna especificidad respecto a actividades, modalidad contractual o, más concretamente, a trabajadores cedidos por ETTs.

Sin embargo, llama la atención que, pese a la coincidente literalidad en la redacción de ambas normas, distantes en el tiempo en más de un lustro⁶⁰⁹, ninguna de ellas –sobre todo la LISOS que es cronológicamente posterior- haya aprovechado la coyuntura para ser más rigurosa en la redacción y en la determinación de los controles que deben realizarse para no incurrir en la infracción de referencia que, a falta de la mentada concreción legal o reglamentaria, entendemos que se desarrollará por la vía convencional.

También en relación con la vigilancia de la salud pero con respecto a las infracciones destinadas más al orden formal que material, hay que relacionar una

⁶⁰⁷ Una infracción de esta naturaleza la encontramos en la STSJ-Cataluña de 9 de abril de 2003 (AS-2090), haciéndose constar en su redacción que al trabajador <<*no se le efectuó revisión médica previa al inicio del trabajo, si bien tenía hora para realizar una revisión en la Mutua*>>.

⁶⁰⁸ Repárese en que al decir *idéntica redacción* nos acogemos a la literalidad de lo expresado.

⁶⁰⁹ Año 1995 la LPRL y año 2000 el Texto Refundido de la LISOS.

serie de preceptos tanto de la LPRL como de la LISOS, que tipifican las actuaciones –y sobre todo las omisiones- correspondientes a la obligaciones informativas derivadas del art. 23 LPRL.

En este sentido, el art. 12.3 LISOS califica como <<grave>> la conducta consistente en <<*no dar cuenta en tiempo y forma a la autoridad laboral, conforme a las disposiciones vigente, de los accidentes de trabajo ocurridos y de las enfermedades profesionales declaradas cuando tengan la calificación de graves, muy graves o mortales, o no llevar a cabo una investigación en caso de producirse daños a la salud de los trabajadores o de tener indicios de que las medidas preventivas son insuficientes.*>>

Al igual que sucede en el caso anterior, la redacción de este precepto es idéntica a a la del art. 47.3 LPRL, pudiéndose por ello efectuar las mismas consideraciones de indeterminación conceptual que hemos expresado más arriba.

Siguiendo con las infracciones relativas a las obligaciones formales de vigilancia de la salud, el art. 12.4 LISOS tipifica como <<*infracción grave*>>, el <<*no registrar y archivar los datos obtenidos en las evaluaciones, controles, reconocimientos, investigaciones o informes a que se refieren los artículos 16, 22 y 23 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.*>>⁶¹⁰ Del mismo modo –y al igual que en los artículos precedentes- este precepto de la LISOS encuentra su “clon” en el art. 47.4 LPRL.

Continuando con las infracciones sobre vigilancia de la salud pero ya fuera de las meramente formales, y aumentando la graduación de las mismas hasta la calificación de <<*muy graves*>>, nos encontramos en primer lugar con el art. 13.4 LISOS que condena el <<*la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitoria que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo,*

⁶¹⁰ Como es sabido el art. 16 LPRL está dedicado a <<*la evaluación de los riesgos*>>, mientras que los arts. 22 y 23 LPRL se destina a la <<*vigilancia de la salud*>> y a la <<*documentación*>> atinente a la misma, respectivamente.

así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores.>>⁶¹¹

Ante esta infracción debemos plantearnos algunas cuestiones sobre el particular. Así la primera duda que surge consiste en conocer la causa y la subsiguiente intencionalidad que ha motivado la eventual comisión del hecho infractor. En este sentido, cabría deducir que la causa podría deberse a una no realización de las pruebas y reconocimientos médicos pertinentes, y en caso afirmativo, conocer la obligatoriedad de éstos. Además podría darse la circunstancia de que tales reconocimientos se hubieren efectuado pero, aún así -por dolo o negligencia- se hubiera destinado a un trabajador en misión a un puesto para el que no se encuentra preparado.

Ante las situaciones planteadas, a nuestro juicio, la solución pasaría, en primer término, por conocer la determinación del perfil requerido así como la obligatoriedad –o no- de realizar controles médicos previos. Y en segundo lugar sería preciso saber *quién* es el sujeto obligado a realizar el examen de las condiciones del trabajador para adscribirlo a un puesto u otro. En tal caso, entendemos que la determinación del *perfil* del trabajador le corresponde a la ETT, aún en los supuestos en los que ésta no haya realizado pruebas o controles médicos prelaborales por no ser necesarios u obligatorios para desempeñar el puesto que ocupará el trabajador en misión.⁶¹²

Así, en el caso de que para el puesto a desempeñar por el trabajador en misión fuese precisa la realización de controles médicos prelaborales, habría que entender que, la ETT ya no destinaría un trabajador en misión a un puesto requerido por la EU para el que no está preparado, concluyendo por consiguiente que, si la adscripción finalmente se produce será por voluntad de la EU, toda vez que ésta está obligada por el art. 4 RD 216/1999 a corroborar una serie de informaciones y circunstancias antes

⁶¹¹ En términos idénticos se expresa el art. 48.4 LPRL.

⁶¹² Sobre la obligatoriedad de realización de reconocimientos médicos prelaborales, *vid. supra.* apartado 3.3.2. del Capítulo IV del presente trabajo.

de la adscripción del trabajador cedido por la ETT.

En consecuencia, si la ETT cede un trabajador suyo para un puesto para el que no está cualificado y la EU lo detecta con anterioridad al inicio de la actividad del trabajador, la infractora y por ende, la responsable será únicamente la ETT. Si por el contrario, la ETT destina a un trabajador no cualificado para el puesto a desempeñar, y además, esta circunstancia no es detectada por la EU porque sencillamente ésta no verifica la compatibilidad del trabajador con el puesto a cubrir, aquí la responsabilidad será de ambas empresas. Y por último, si la ETT envía un trabajador a la EU pero ésta lo adscribe a un puesto para el que el trabajador no está cualificado o posteriormente lo cambia una vez iniciada la actividad, en tal caso la responsabilidad sería exclusivamente de la EU.

Tal situación podría llevarse a cabo bien por una adscripción del trabajador en misión una vez que ya ha sido cedido, y operándose bien mediante la inexacta, errónea o directamente falsa información suministrada a la ETT sobre el puesto de trabajo a cubrir; o bien que dicha información haya sido correcta pero la EU haya decidido unilateralmente el ulterior cambio a un puesto diferente al solicitado a la ETT o distinto al puesto en el que inicialmente se había incorporado el trabajador.⁶¹³

Siguiendo con el análisis de las <<infracciones muy graves>> atinentes a la vigilancia de la salud, nos encontramos con la infracción del art. 13.5 LISOS consistente en <<incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores, en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.>>⁶¹⁴

Aquí se trata de una infracción genérica que en el caso de las ETTs, afectaría, en principio, únicamente a la empresa responsable de la obligación de la vigilancia de la salud, esto es: la ETT. No obstante, y según hemos visto más arriba⁶¹⁵, si la EU realiza alguna prueba necesaria para corroborar el estado de salud del trabajador en misión, de cuyo resultado se produce un incumplimiento de la confidencialidad sobre

⁶¹³ Una situación de esta índole se juzga en la sentencia del Juzgado de lo Social de 23 de octubre de 2003 (AS-3503).

⁶¹⁴ Con idéntica graduación y redacción se expresa el art. 48.5 LPRL.

⁶¹⁵ Vid. *supra*. apartados 4.1 y 4.2 del Capítulo IV del presente trabajo.

la información derivada, en tal caso, la conducta infractora habría que situarla bajo la responsabilidad de la EU.

III.- RESPONSABILIDAD SOCIAL: EL RECARGO DE PRESTACIONES.

El art. 123 LGSS, bajo el epígrafe: <<Recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional>>, dispone en su apartado 1). que <<todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo, y demás condiciones del trabajador.>>

Según la más reciente doctrina del Tribunal Supremo⁶¹⁶, la finalidad teleológica que cumple la figura del recargo <<es la de evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, impulsando coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, mediante un incremento específico de sus responsabilidades, con el propósito de que no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente>>.

Extrapolando la anterior doctrina al ámbito de las ETTs, no se alcanzaría dicha finalidad plenamente si las ETTs quedaran exoneradas de responsabilidad por

⁶¹⁶ Cfr. SSTS (Sala de lo Social) 2 de octubre de 2000 (RJ-2000/9673), 14 de febrero de 2001 (RJ-2001/2521), 9 de octubre de 2001 (RJ-2001/9595), 21 de febrero de 2002 (RJ-2002/4539) y 22 de octubre de 2002 (RJ-2003/504).

el incumplimiento de sus deberes en esta materia sin causa que lo justifique y en perjuicio del accidentado, que dada la prohibición legal del aseguramiento del recargo podría verse privado del mismo en el supuesto de que la empresa usuaria resultara insolvente.⁶¹⁷

3.1. La naturaleza sancionadora del recargo de prestaciones.

El Tribunal Constitucional, a través de su sentencia 158/1985 (RTC-158/1958)⁶¹⁸, considera que el *recargo de prestaciones* es una <<responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora>>. Sin embargo, más adelante, el propio órgano constitucional *modera* este calificativo de *sanción* mediante el establecimiento de la compatibilidad entre el recargo de prestaciones y la sanción administrativa mediante la exclusión en esta materia del principio <<*non bis in idem*>>. El propio art. 123 LGSS deja clara que el recargo de prestaciones es una *responsabilidad* y por ello compatible con el resto de responsabilidades.⁶¹⁹

Llevando esta cuestión al ámbito de las ETTs, la STSJ-Cataluña de 9 de abril de 2003 (AS-2090) señala que de conformidad con el art. 123 LGSS la EU <<*responde del recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional que tenga lugar en su centro de trabajo, durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, y traigan su causa en la falta de medidas de seguridad e higiene, por tanto la naturaleza del recurso de este recargo es claramente sancionadora y por ello, la responsabilidad de su pago recae directamente sobre el empresario infractor*>>.⁶²⁰

⁶¹⁷ En esta cuestión, *cfr.* STSJ-Vasco (Sala de lo Social, sección 1ª) de 28 de junio de 2005 (AS-2418).

⁶¹⁸ Cabe aclarar que según reza la propia STCo, esta doctrina no es fruto del propio Tribunal Constitucional sino que éste se limita a recoger <<*una dilatada jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo*>>.

⁶¹⁹ Para la STSJ-Madrid de 27 de mayo de 2005 (AS-1718), el recargo <<*no es una sanción sino una consecuencia prestacional de la infracción, como no lo es la responsabilidad empresarial por los daños y perjuicios derivados del mismo*>>.

⁶²⁰ Una cuestión interesante es la que pone de relieve la sentencia del Juzgado de lo Social (nº 3) de Girona, de 1 de junio de 2000 (AS-2672), en relación al conflicto generado por la base reguladora aplicable derivada del accidente de trabajo sufrido por un trabajador con categoría de peón, y en la que se considera que <<*de conformidad 11.1.d) de la Ley 14/1994, modificado por la Ley 29/1999, el demandante (trabajador en misión accidentado) debe percibir el salario correspondiente a la*

3.2. El sujeto responsable en el recargo de prestaciones.

En relación con el sujeto responsable, el art. 123.2 LGSS dispone que <<la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.>>⁶²¹

Del anterior precepto se desprenden tres ideas básicas, a saber: 1ª) que no se puede *transferir* la deuda, el responsable es el empresario infractor; 2ª) que tampoco puede ser objeto de *seguro* la deuda; y 3ª) que resulta irrelevante que sea una o varias las infracciones cometidas aunque el art. 123 LGSS hable *en plural*, pudiéndose aplicar el recargo aunque se trate de una *única* infracción de las contempladas en el supuesto de hecho del propio art. 123 LGSS.⁶²²

Trasladando este precepto al terreno de las ETTs, es preciso recordar lo que apuntábamos más arriba, en el sentido de que en materia de responsabilidad, ninguno de los empresarios puede exonerarse *apriorísticamente* de la misma, siendo por tanto

categoría de peón del convenio colectivo aplicable de la industria siderometalúrgica (el de la EU), y determinarse la base reguladora de la prestación económica de la Incapacidad Temporal tal y como regulan las normas generales de cotización a tiempo completo ; y no a tiempo parcial como ha efectuado la codemandada (ETT) al tener en cuenta solamente las horas efectivas trabajadas por el demandante>>. Se parte de la base que a efectos salariales, la ETT es la responsable del pago del salario así como de las prestaciones de Seguridad Social, abonando en la práctica las horas realmente trabajadas y que, de suyo, coincide con las horas que la EU ha “comprado” a la ETT por los servicios del trabajador cedido. Sin embargo la práctica habitual es que en los CPDs -y por razones de flexibilidad en la gestión de personal de ETTs y EUs- no se indique ninguna cláusula de contrato de trabajo a tiempo parcial, por lo que se aplica la contratación a tiempo completo, lo que se implica -como sucede en el presente caso-, que a la hora de aplicar la base reguladora se aplique la correspondiente a tiempo completo que -en principio- no coincidirá con las horas realmente trabajadas por el trabajador en misión -y por ende con las horas contratadas por la EU a la ETT-, toda vez que el accidente acontece de manera inesperada y sobre todo con anterioridad a la finalización de la misión.

⁶²¹ La STSJ-Cantabria (sala de lo Social, sección 1ª) de 4 de mayo de 2005 (AS-1035), critica no tanto la existencia de seguro privado de responsabilidad sino que tratándose de un seguro de responsabilidad civil que la ETT había celebrado con una conocida empresa aseguradora, <<no cabe defender (...) que la cobertura contratada se limite a los trabajadores con contratos estables>>-

⁶²² Sobre esta cuestión, *vid.* ALFONSO MELLADO, C.A., <<El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene>>, *Tribuna Social*, nº 101, 1999, pp: 17 y ss.

la ETT o la EU, responsables cada una de la infracción que hubieren podido cometer.⁶²³

Sin embargo, esta cuestión que ya aparece como superada, no se ha presentado siempre de este modo. En este sentido conviene traer a colación lo dispuesto por el art. 44.2 del *II Convenio Colectivo estatal de Empresas de Trabajo Temporal*, estableciendo que <<al amparo de lo previsto en el art. 16.2 LETT, de 1 de junio, la empresa de trabajo temporal no será responsable de la protección del personal en misión en materia de seguridad e higiene en el trabajo ni del recargo de prestaciones de Seguridad Social legalmente establecido, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que tenga lugar en el centro de trabajo de la empresa usuaria durante la vigencia del contrato de puesta a disposición>>.

Pese a que durante el momento de vigencia de dicho convenio colectivo estatal hubo diversos convenios colectivos de empresa⁶²⁴ que se sumaron a esta exoneración de la ETT, lo cierto es que ya el *IV Convenio Colectivo estatal de Empresas de Trabajo Temporal* suprimió por completo cualquier alusión a la misma.

Por lo que a la segunda cuestión de las más arriba apuntadas, esto es, la prohibición de seguro de la deuda del recargo de prestaciones, cabe señalar que conforme al art. 15.5 LPRL, tanto la ETT como la EU podrán acudir a la contratación de un seguro para cubrir sus respectivas y eventuales responsabilidades de carácter civil, no así las de índole administrativa o penal, debido a su carácter sancionador. Y en el caso particular del recargo de prestaciones derivadas de

⁶²³ En este sentido, no compartimos la opinión de CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Empresas de Trabajo Temporal y contrato de trabajo*, Valencia, 2000, pg.: 482, al pretender aplicar a las ETTs y EUs el criterio de *responsabilidad solidaria* establecido por la STCo 81/1995, de 5 de junio (BOE de 8 de julio), para la responsabilidad de contratas y subcontratas, y que de hecho no ha sido asumida por resoluciones aisladas de determinados Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, entre ellas, *vid.* STSJ-Madrid de 5 de octubre de 1993 (RA-4637) y de 6 de abril de 1994 (RA-1568), TSJ-Cataluña de 3 de febrero de 1993 (RA-787) y de 10 de marzo de 1994 (RA-1256), así como las sentencias del TSJ-Andalucía (Sevilla) de 16 de mayo de 1994 (RA-2227) y TSJ-Andalucía (Málaga) de 25 de julio de 1995 (RA-2963), entre otras.

⁶²⁴ *V. gr.* los Convenios Colectivos de las empresas: *Teamwork*, ETT (BOE de 5 de abril de 1995) y *Tempo Group*, ETT (D.O.G.C. de 28 de abril de 1995).

accidente de trabajo o enfermedad profesional, pese a su naturaleza, el transcrito art. 123.2 lo prohíbe expresamente.⁶²⁵

En este sentido, la STSJ-Cataluña de 17 de marzo de 2003 (AS-1615) desestimó la pretensión del trabajador accidentado y contratado por una ETT del pago en concepto de daños y perjuicios a través de la cobertura de la póliza que tenía suscrita la ETT con una compañía aseguradora, si bien el motivo de desestimación no obedece tanto a la falta de cobertura de la póliza sino a que se probó que la ETT se situó fuera del ámbito de responsabilidad del accidente.⁶²⁶

Por su parte, y en referencia a la exigencia de una única infracción para invocar la aplicación del recargo de prestaciones, cabe traer a colación la STSJ-Cataluña de 9 de abril de 2003 (AS-2090) al considerar que no puede aceptarse la interpretación en virtud de la cual no procede el recargo del art. 123 LGSS cuando ha existido *<<sólo la infracción de una medida de seguridad (...) por cuando el precepto prevé el incumplimiento de plurales normas>>*, añadiendo que esta interpretación *<<llevada a sus últimos extremos conduciría a la conclusión de no sancionar la existencia de una única medida de seguridad cuando, cumpliéndose todas las demás, a excepción de aquella, el trabajador sufriera un accidente de trabajo>>*.

En resumen, el recargo de prestaciones correrá a cargo de la empresa infractora y con independencia del número de infracciones que se hayan cometido. Por lo tanto, resulta crucial la determinación de esta empresa, no tanto en función de la obligación que se haya incumplido sino de la relación de causalidad entre la empresa infractora y el accidente de trabajo o enfermedad profesional que se haya producido.

⁶²⁵ Sobre la *congruencia* del carácter sancionador y no asegurable del recargo de prestaciones, *cfr.* MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1992, pg.: 68.

⁶²⁶ Una situación similar se produce en la STSJ-Asturias de 24 de enero de 2003 (AS-1717) que también tiene una póliza concertada.

IV.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL.

La Responsabilidad Civil en el ámbito de la prevención de riesgos laborales entra en juego a través de dos posibilidades. La primera, cuando se ha producido un *daño* al trabajador -en misión- derivado de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en el que haya concurrido como causa la ausencia de medidas preventivas, inobservancia de las obligaciones empresariales legalmente establecidas o la negligente aplicación de las mismas. Y la segunda causa por la que puede activarse esta responsabilidad civil es a través de la comisión de un ilícito penal de los -que veremos en el siguiente apartado-, y que por mandato del art. 116.1 del Código Penal, se considera que toda persona declarada como responsable penal lo es también como responsable civil, siempre y cuando de la comisión de la falta o delito se derivan daños y perjuicios para el trabajador o trabajadores –en misión- afectados.

No obstante, respecto de esta responsabilidad civil derivada de ilícito penal, conviene formular algunas precisiones, siendo la primera de ellas la consistente en la compatibilidad entre la indemnización fijada en sentencia penal y el “*quantum*” solicitado en la demanda por responsabilidad civil derivada del mismo accidente.

En este sentido, el art. 109 del Código Penal (CP) dispone lo siguiente: <<1. *La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.*>> Y el apartado 2.) del mismo precepto añade: <<2. *El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.*>>

Y en coherencia con el anterior precepto, también el vigente artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEC) dispone: <<*De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.*>>

Por su parte, conviene recordar al respecto que el Alto Tribunal intenta arrojar luz sobre el particular en algunas de sus resoluciones a las que seguidamente haremos referencia.

Así, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de abril de 2002 (RJ 2002, 6153), expresó⁶²⁷ que: *<<Si no se establece un límite indemnizatorio, y el Estado, para viabilizar el resarcimiento, reconoce al damnificado la posibilidad de ejercitar su pretensión ante órganos jurisdiccionales de distinto Orden, se están posibilitando indemnizaciones diversas según la acción que se agite y el Orden jurisdiccional que conozca de su pretensión.>>* Y seguidamente añade que: *<<Fácilmente existiría una divergencia, por ejemplo, entre los supuestos de ilícitos penales y los casos en que existe un incremento de prestaciones por omisión de medidas de seguridad en el ilícito laboral, ya que en éste el importe del recargo se fija en relación con la intensidad de la infracción y no con la importancia del perjuicio>>*.

Esta doctrina aparece igualmente en sentencia de 17 de febrero de 1999 (RJ 1999/2598) destacando que *<<estamos ante formas o modos de resolver la misma pretensión aunque tengan lugar ante vías jurisdiccionales o procedimiento diversos, que han de ser estimadas como partes de un total indemnizatorio, y por ello las cantidades ya recibidas han de computarse para fijar el quantum total", pues "no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamación compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio>>*.

⁶²⁷ Basándose en los criterios establecidos por la STS (de Sala General) de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10501).

A mayor abundamiento, la STS de 2 de octubre de 2000 (RJ 2000/9673), añade que *<<en orden a la compensación económica por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del accidente de trabajo, la jurisprudencia unificadora viene proclamando que el trabajador accidentado o sus causahabientes tienen, como regla, derecho a su reparación íntegra, así como que las consecuencias dañosas de los accidentes de trabajo no afectan sólo al ámbito laboral y a la merma de capacidad de tal naturaleza que pueda sufrir el trabajador accidentado, sino que pueden repercutir perjudicialmente en múltiples aspectos o facetas de su vida personal, familiar o social de aquél y de las que personas que del mismo dependan; también se proclama que los perjudicados no deben enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena>>*.

Como conclusión de cuanto antecede, y dentro del ámbito específico de las ETTs, existen algunas sentencias⁶²⁸ –que no constituyen jurisprudencia–, en virtud de las cuales se colige que, en el proceso penal, el perjudicado puede ejercitar cualquier tipo de acciones tendentes a lograr cualquiera de los contenidos que a la responsabilidad civil derivada de ilícito penal, asignan el artículo 110 del Código Penal (CP) y el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), y que, por tanto, está en libertad para configurar su pretensión en los términos que le parezcan más convenientes, sea fundándola en responsabilidad contractual o extracontractual,

⁶²⁸ En la STSJ-La Rioja de 14 de abril de 2005 (AS 2005/954), razona lo siguiente: *<<En el presente caso el actor solicita una indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente que sufrió el 30 de septiembre de 2002 al resultar su mano izquierda atrapada en una máquina torno, cuando prestaba servicios para la empresa Defontaine Ibérica, SA, contratado por la empresa de trabajo temporal Grupoempleo ETT, quedándole como secuelas (...). Tales hechos fueron objeto de enjuiciamiento en la vía penal, en la que se ejercitó simultáneamente la acción civil, siguiéndose Juicio de Faltas 25/2004 en el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Estella (Navarra), en el que se dictó sentencia el 22 de marzo de 2004 condenando a don Jose Daniel, Defontaine Ibérica, SA y Seguros HDI Internacional al abono solidario a don Eduardo de la cantidad de 3.196,64 euros por lesiones, 3.180,9 euros por secuelas, más el 10% de dichas cantidades como factor de corrección, e intereses; habiendo percibido don Eduardo la cantidad de 7.015,29 euros>>*, dándose la circunstancia de que *<<en el presente pleito el actor solicita lo mismo que ya se decidió en la vía penal, existiendo identidad entre lo que se pide: una indemnización por daños y perjuicios derivados de accidente>>*, de modo que *<<la responsabilidad civil de los ahora demandados ya se fijó definitivamente en el proceso penal, tomándose en consideración tanto las circunstancias personales del actor, como las secuelas sufridas, las cuales no se han agravado con el tiempo, no constando haya surgido con posterioridad ningún hecho nuevo que no fuera conocido entonces...>>* En consecuencia, la propia sentencia entiende la excepción de “cosa juzgada”, *<<... pues lo que pretende el demandante no es sino volver a resarcirse, otra vez, de los daños y perjuicios causados por el accidente de trabajo, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad civil a través de otro orden jurisdiccional.>>*

pero en modo alguno autorizan a ampliar el “*quantum*” reparador e indemnizatorio a través de un sucesivo *peregrinaje* por diferentes órdenes jurisdiccionales.

Una vez vista la responsabilidad derivada de ilícito penal, nos centraremos ahora en el análisis de la responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, a nivel general, y en el ámbito de las ETTs en particular, se precisa la concurrencia de *cuatro* elementos para recurrir a esta responsabilidad civil, a saber:

Primero. Que exista la producción de un *daño*⁶²⁹, si hay inobservación o negligencia en la prevención pero de dicha infracción no se deriva un daño, estaremos en presencia de una responsabilidad administrativa y/o penal, pero en ningún caso civil. Al respecto, la propia LPRL define en su art. 4 el concepto de <<daño derivados del trabajo>> como <<las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo>>.

Segundo. Que el sujeto que sufre el daño sea un *trabajador*, y en el caso específico de las ETTs, que se trate de un trabajador en misión.

Tercero. Que el daño sufrido por el trabajador sea derivado de un *accidente de trabajo o enfermedad profesional*.

Cuarto. Que la causa del accidente o enfermedad profesional haya acaecido como consecuencia del *incumplimiento* de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y no por otra causa diferente.

En el ámbito específico de las ETTs, esta responsabilidad puede ser ejercida por el trabajador –en misión- afectado, tanto a la EU como a la ETT, e incluso a ambas, toda vez que dicha responsabilidad se deriva de un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos, y por ende, dicho incumplimiento puede tener su origen –en principio- en alguna de las empresas o, como consecuencia de la concurrencia infractora tanto de la ETT como de la EU. Con la lógica excepción –

⁶²⁹ Se consideran <<daños derivados del trabajo>> según el art. 4 LPRL, <<las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo>>.

expuesta anteriormente- consistente en que se hubiera producido ya una resolución de la jurisdicción penal que, como jurisdicción que primero conoce de las situaciones en las que exista un resultado lesivo contra las personas, en virtud de esta sentencia penal se haya determinado el sujeto responsable y, en consecuencia, el trabajador pueda conocer con precisión la empresa responsable de los hechos y el alcance de de los mismos.⁶³⁰

En relación con lo anterior, podemos considerar que la responsabilidad civil derivada de un accidente de trabajo puede ser ejercida tanto contra la EU como contra la ETT. Sin embargo, no resulta unánime la *naturaleza jurídica* de esa responsabilidad civil para cada una de las empresas aunque la *causa* – incumplimiento de las obligaciones preventivas- y el *resultado* –accidente de trabajo o enfermedad profesional- se produzcan de igual forma.

Se produce de este modo una *dicotomía* en orden a determinar la naturaleza de la responsabilidad civil, en base a si la causa y el resultado han sido generados por la ETT o, en cambio, por la EU. Y en consecuencia, pudiendo ser esta responsabilidad de naturaleza *contractual* o, por el contrario, *extracontractual*, con la subsiguiente intervención de una u otra jurisdicción –laboral *versus* civil-, amén de otros factores y consecuencias jurídicas.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1997 (RJ-1997/6853) declara a este respecto que <<*es competente el orden social para conocer de los daños causados al trabajador, causados por todas las conductas del empresario en que éste actúe como tal empresario, con imputación de culpa bien se plantee ésta como contractual, bien se plantee como extracontractual que sea causa del daño producido*>>.

A este respecto, parece existir un cierto consenso en el seno de la doctrina

⁶³⁰ Vid. STSJ-La Rioja de 14 de abril de 2005 (AS 2005/954) que en materia indemnizatoria por responsabilidad civil está basada en la sentencia de 22 de marzo de 2004 del Juzgado de Primera Instancia de Estella (Navarra) sobre el juicio de faltas 25/2004 en el que se produjo el accidente (atropamiento en máquina) del trabajador en misión por falta de formación específica sobre el puesto de trabajo.

científica⁶³¹ acerca de la *naturaleza* de la responsabilidad civil derivada de la LPRL, considerándose ésta como *contractual*, en la medida en que surge de un vínculo jurídico materializado a través del contrato laboral, y en concreto derivada de las obligaciones –legales, convencionales y contractuales– propias del empresario en orden a la prevención de riesgos laborales.

Esta responsabilidad contractual consistiría <<en la imputación personal y directa al empresario del deber de indemnizar del daño producido por éste al trabajador, estando ambos vinculados entre sí por un contrato, bien entendido que no es suficiente la existencia de ese contrato “Inter-partes” para que entre en juego la responsabilidad contractual>>⁶³², siendo precisa además que <<la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial>>⁶³³.

Es claro, por tanto, que si se determina que el accidente es imputable a la ETT, y existiendo una *relación contractual* entre la ETT y el trabajador en misión, a través del contrato de trabajo, podemos inferir que la responsabilidad civil, derivada del accidente o enfermedad profesional, presentaría una naturaleza netamente contractual.⁶³⁴

Sin embargo, esta naturaleza contractual no parece ser tan diáfana en los supuestos en que se determine que la causante del accidente o enfermedad profesional es la EU, ya que, de entrada, no existe relación contractual entre la EU y el trabajador en misión; y siendo por tanto de aplicación la responsabilidad

⁶³¹ Vid. GARCÍA MURCIA, J., <<Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo>>, en CASAS BAAMONDE, M. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F., *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*. Madrid, 1997, pp: 208 y ss.; GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. op. cit.* pp: 267 y ss.; SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. op. cit.*, pp: 237 y ss.

⁶³² Cfr. GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias. op. cit.* pg.: 164.

⁶³³ Cfr. MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. Madrid, 1996, pg.: 272.

⁶³⁴ Entre otras, vid. STSJ-Cantabria de 4 de mayo de 2005 (AS 2005/1035), STSJ-La Rioja de 14 de abril de 2005 (AS 2005/954) y STSJ-Castilla-León (Burgos) de 5 de noviembre de 2004 (JUR 2004/186523).

extracontractual del art. 1902 del Código Civil.⁶³⁵

Cabría considerar, pese a la afirmación anterior que en modo alguno resulta doctrinalmente pacífica, que ante el incumplimiento de las obligaciones preventivas de la EU, ésta fuese acreedora de responsabilidad civil contractual en base tanto al propio art. 1101 como al art. 1258 del Código Civil, y no bajo la responsabilidad extracontractual del art. 1902 del mismo texto legal.

El fundamento de esta última conclusión se basa en que la responsabilidad civil de naturaleza contractual tiene su origen en las obligaciones y, en particular, en la ley y convenios colectivos. Por tanto, si las obligaciones relativas a la prevención de riesgos laborales de la EU tiene su origen en la propia Ley –art. 28 LPRL-, sería consecuente inferir que la responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las mencionadas obligaciones, daría lugar a la aplicación de la responsabilidad civil contractual.

Por su parte, la doctrina del Tribunal Supremo⁶³⁶ entiende que *<<no puede ser objeto la responsabilidad contractual –artículo 1.101 del Código Civil- derivada del accidente de trabajo, la cual aparece agotada en su ejercicio y resarcida con los efectos que le son propios en virtud de la correspondiente resolución administrativa (...) con derecho al “quantum” indemnizatorio de la pensión mensual que dicha resolución refiere conforme a lo establecido por los artículos 120, 125, 126, 127, 128, 134, 137 y 139 de la Ley General de la Seguridad Social, y cuyo derecho aparece así normativamente cuantificado y fijado, por lo que no se pueden reclamar ahora, por causa de idéntico título de responsabilidad contractual una indemnización que, derivadas de normas de incumplimiento o inobservancia del contenido de los artículos 42 y 19.1 ambos del Estatuto de los Trabajadores aparece tasada dentro de los límites que legalmente se señalan y para cuya efectividad existe*

⁶³⁵ A favor de esta tesis *vid.* MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. *Op. cit.* pg.: 274 y GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*. *op. cit.* pg.: 166.

⁶³⁶ *Cfr.* SSTS de 15 de noviembre de 1990 (RJ-8575), 2 de enero de 1991 (RJ-1991/102), 24 de mayo de 1994 (RJ-429), 24 de junio de 199 (RJ-5489) y sobre todo la STS de 30 de septiembre de 1997 (RJ-6853).

un procedimiento específico en los artículos 141 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral>>. ⁶³⁷

Además, el Alto Tribunal⁶³⁸ aclara de manera determinante que <<*si con tales acciones no se alcanzó el resarcimiento en toda la extensión del daño sufrido con el accidente cabe acudir a la aplicación del artículo 1902 del Código Civil regulador de la culpa extracontractual o aquiliana, que como tal no se presenta específicamente como una infracción de las obligaciones pactadas en el contrato que vincula a las partes, por lo que su determinación deviene independiente y no resulta establecida sin más por la existencia probada o no de infracción de normas de seguridad e higiene en el trabajo*>>. ⁶³⁹

En este sentido, la *responsabilidad extracontractual* –contenida en el art. 1902 de nuestro Código Civil-, se presenta en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, como una responsabilidad exigible por el trabajador pero fuera del ámbito estrictamente laboral, y por ende, fuera del elenco de derechos y obligaciones empresariales entre las que cabría incluir las propias de la prevención de riesgos laborales, y por consiguiente, ocasionada por sujetos distintos a los patronales. ⁶⁴⁰

Un criterio –no exento de tintes *surrealistas*- es el que aparece en la STS-Asturias, de 24 de enero de 2003 (AS-2004/1717), relativo al carácter de esta responsabilidad respecto de los trabajadores en misión, basándose en el alcance una *póliza* de seguro que tenía suscrita la EU para accidentes de trabajo. A tal fin, se considera que la responsabilidad es *extracontractual*, debido a la distinción que hace entre “*trabajador en plantilla*” y “*trabajador dependiente*”, siendo integrante de este segundo grupo los trabajadores cedidos por la ETT, y por lo tanto, no siendo

⁶³⁷ Sobre la aplicación de esta doctrina del Alto Tribunal a un caso concreto de accidente laboral de un trabajador en misión, *cfr.* STSJ-Cataluña (Sala de lo Social) de 22 de julio de 1999 (AS-3161).

⁶³⁸ *Cfr.* STS 30 de septiembre de 1997 (RJ-1997/6853).

⁶³⁹ Sobre este “*quantum*” indemnizatorio, el art. 1.103 del Código Civil establece que <<*la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.*>>

⁶⁴⁰ Un ejemplo en el que tendría plena cabida esta responsabilidad civil de carácter extracontractual sería en el supuesto de la comisión de un ilícito penal –delito o falta- del que se derivara un accidente de trabajo o enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad y salud laboral, en tal caso, una vez declarada la responsabilidad penal del infractor, los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo o enfermedad profesional podrían ventilarse a través de la responsabilidad civil subyacente que, debido a su etiología penal, será extracontractual y directa.

éstos trabajadores incluidos en la póliza de cobertura⁶⁴¹, concluyéndose que <<a efectos del seguro, el trabajador en misión presenta la misma condición que un tercero>> y que por tanto <<los daños a tercera persona tendrían el carácter de culpa extracontractual ya que no hay contrato entre el tomador del seguro (EU) y la víctima (trabajador en misión)>>.⁶⁴²

En conclusión, entendemos que, en el ámbito de las relaciones a través de ETTs, cuando se produce un daño a un trabajador en misión derivado de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuya causa deviene de un incumplimiento acerca de la prevención de riesgos laborales, se entiende que la responsabilidad contractual –del art. 1.101 del Código Civil- quedaría circunscrita a la esfera de la ETT, ya que es el empresario vinculado al trabajador mediante contrato de trabajo.

Mientras que, por su lado, la EU sería la destinataria de acciones propias de la responsabilidad extracontractual, ya que aunque éstas se produzcan en el seno de su empresa, tal situación es *circunstancial* y no contractual, por lo que el trabajador acudiría a resarcir sus daños contra la EU a través de la *responsabilidad civil aquiliana*, y en todo caso, con independencia del concurso de otras responsabilidades como la social o la penal.⁶⁴³

No obstante lo anterior, no sería admisible la posibilidad del trabajador en misión que hubiera sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional por incumplimiento doloso o culposo de la normativa –ley y convenios colectivos- sobre prevención de riesgos laborales, de optar por una u otra responsabilidad para resarcir su daño, entendiéndose a tal fin que el eventual <<*petitum*>> de la demanda sería el

⁶⁴¹ Del relato fáctico de la sentencia aparece como hecho probado que la póliza de referencia únicamente cubría los accidentes de trabajo sufridos por los “trabajadores de plantilla” y no respecto de los “trabajadores dependientes”, considerándose aquí incluidos a los trabajadores en misión.

⁶⁴² En términos similares, *vid.* la STSJ-Cantabria, de 4 de mayo de 2005 (AS-2005/1035) en la que existe una póliza de responsabilidad civil pero en este caso suscrita por la ETT para con sus trabajadores, y en la que se estima el carácter de responsabilidad de la ETT <<por la vía del art. 1101 del Código Civil>> con ocasión de un accidente de trabajo por inadecuada e insuficiente falta de formación e información preventiva.

⁶⁴³ Para GARCÍA MURCIA, J., <<Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo>> *op. cit.*, pg: 208, la experiencia pone de relieve que la vía más frecuentemente utilizada por el trabajador es la contractual por no exigir la previa acreditación de la existencia de vínculo contractual ni del incumplimiento producido.

mismo y, en consecuencia, sería aceptable –como así se aprecia en algunas sentencias relativas a ETTs-⁶⁴⁴, traer a colación la *excepción de cosa juzgada*.

Cuestión diferente a las situaciones anteriormente expuestas, consistiría en aquellos casos en que se derive un daño para un trabajador en misión derivado de un incumplimiento –doloso o culposo- de las medidas de seguridad y salud laboral, y cuyo causante sean los trabajadores pertenecientes a la plantilla de la EU.

Ante esta situación cabría entender, empero, que la responsabilidad sería del empresario de la EU pero por aplicación del art. 1903 del Código Civil, es decir, responsabilidad de la EU pero derivada de actos de sus dependientes mientras se encuentre vigente el CPD.⁶⁴⁵ Si bien en esta situación sería viable la ulterior acción del empresario de la EU para *repetir* contra sus trabajadores causantes del daño al trabajador en misión.

V.- LA RESPONSABILIDAD PENAL EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

La responsabilidad penal presenta –según afirmábamos al comienzo del presente capítulo- una finalidad distinta a las anteriores responsabilidades -la administrativa y la civil, si bien no tanto la social-⁶⁴⁶, persiguiendo en este caso la no vulneración del *bien jurídico protegido*, esto es: la vida, la salud y la integridad física de la persona, pero no en cuanto persona en sentido genérico sino en la medida en

⁶⁴⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* STSJ-La Rioja, Sala de lo Social (secc. 1^ª), de 14 de abril de 2005 (AS-2005/954) y STSJ-Cataluña, Sala de lo Social (secc. 1^ª), de 22 de junio de 2004 (JUR 2004/226357), entre otras.

⁶⁴⁵ El art. 1903 de nuestro Código Civil establece en su *párrafo primero*: <<La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.>> Y en este sentido, el mismo precepto en su *párrafo cuarto* señala: <<Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.>>

⁶⁴⁶ Se trata de la aplicación de la medida *tuitiva* de mayor contundencia jurídica en un Estado de Derecho. Al respecto, *vid.* BAYLOS GRAU, A y TERRADILLOS BASOCO, J, <<Significado y función del Derecho penal del Trabajo>>, *Relaciones Laborales*, 1990 (t: II), pg.: 164.

que esta persona es *trabajador*, considerada ésta como relevante para el conjunto de la colectividad y por ello, materializa su importancia a través de la imposición de una sanción penal a los infractores con el fin de alcanzar el respeto de los individuos a esas normas *tuitivas* del bien jurídico expresado anteriormente.⁶⁴⁷

Del establecimiento de la responsabilidad penal aplicada al ámbito de la prevención de riesgos laborales se dedica el art. 42.1 LPRL al señalar que <<*el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.*>>⁶⁴⁸, y encargándose a tal fin para el ámbito concreto de las ETTs el *párrafo segundo* del art. 42.2 LPRL.

Sin embargo, los preceptos señalados únicamente señalan la naturaleza de la responsabilidad que eventualmente dicho incumplimiento pueda representar, pero sin entrar a valorar ni el supuesto de hecho, ni el alcance que para cada ámbito y para cada situación, nuestro ordenamiento jurídico determine, encargándose de manera concreta para esta materia penal –como no podría ser de otra forma- nuestra legislación penal.

Son, pues, de aplicación a esta materia, la propia *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal*⁶⁴⁹, y en particular su *Título XV*, dedicado precisamente a <<*los delitos contra los derechos de los trabajadores*>>⁶⁵⁰, al condenar estas conductas en su articulado.⁶⁵¹

⁶⁴⁷ Por su naturaleza, las responsabilidades penal y administrativa tienden a paliar el daño hecho a la *colectividad* –cfr. art. 103.1 de nuestra Constitución- en su conjunto por el simple hecho de incumplir unas determinadas normas, por lo que admiten un resarcimiento más abstracto en el que se persigue más la sanción o el castigo del infractor que la reparación del sujeto afectado.

⁶⁴⁸ Sobre la aplicación de estos preceptos, *vid.* BARBANCHO TOVILLAS, F., RIVAS VALLEJO, P.L., PURCALLA BONILLA, M.A., <<*La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores*>>, *Tribuna Social* n° 99, 1999.

⁶⁴⁹ BOE n° 281, de 24 de noviembre de 1995; corrección de errores en BOE n° 54, de 2 de marzo.

⁶⁵⁰ Si bien los preceptos contenidos en el *Título XV* son los que regulan de manera específica esta conducta delictiva con fundamento en el incumplimiento de las obligaciones preventivas, debe entenderse que, por el *resultado* derivado de la conducta, son de aplicación los preceptos sobre faltas de lesiones del art.

⁶⁵¹ Los preceptos penales existentes con anterioridad al CP de 1995 eran: art. 348 *bis*) CP, como delito por infracción grave de normas reglamentarias que pongan en peligro la vida e integridad física, art. 427 CP, como delito de lesiones, art. 565 como delito por imprudencia temeraria, y 586 *bis*) CP como falta por imprudencia o negligencia del Código Penal.

Si bien estas conductas delictivas contra los trabajadores aparecen recogidas en el Título XV del Código Penal, debe entenderse igualmente que, en base al *resultado* derivado de la conducta típica (lesiones, muerte), son de aplicación los preceptos sobre *faltas*, y en particular el art. 621 CP al condenar a los que <<*por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.*>>⁶⁵²

A continuación, el *apartado 2.*) de este art. 621 CP sanciona a los que <<*por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses*>>⁶⁵³

Seguidamente nos centraremos en los preceptos que tratan sobre las conductas delictivas, y sobre todo en alguna de las sentencias existentes sobre aquellos casos que presentan alguna incidencia en el ámbito de las ETTs.

El principal precepto sobre esta materia es el art. 316 CP, al condenar a los que <<*con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de seis a doce meses.*>>

El precepto contenido en el artículo 316 del Código Penal se define como un ilícito penal de naturaleza especial y de los denominados *de riesgo concreto*, generalmente de comisión por omisión. Delito especial porque en el mismo aparece

⁶⁵² Como ejemplo más o menos reciente de este tipo penal aplicado al ámbito de la prevención y las ETTs, encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 de enero de 2005 (JUR 2005/110503), cuyo asunto consiste en la comisión de una falta contra las personas con resultado de lesiones (art. 621.1 CP) cuando el trabajador en misión cedido por la ETT (*Sesa Sart España ETT*), sufrió un accidente de trabajo mientras limpiaba una máquina mezcladora de color de la EU (*Ferro Enamel España, S.A*), considerándose como criminalmente responsables del accidente tanto al jefe de planta como al jefe de seguridad y prevención de riesgos laborales de esta última empresa.

⁶⁵³ Encontramos una reciente sentencia sobre esta tipología emanada de la Audiencia Provincial (secc. 3º) de Pontevedra de 14 de julio de 2004 (ARP 2005/786), en la que malogradamente se produce la muerte del trabajador en misión cedido por Empleo ETT, SL. en la EU (Gramol, SA.), siendo condenado el gerente de la ETT por haber facilitado al trabajador formación e información insuficiente sobre el puesto de trabajo.

restringido el círculo de posibles *sujetos activos* de la infracción criminal, al referirse el precepto a los que estén <<*legalmente obligados*>> a *facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas*>>.

Este artículo 316 del vigente Código Penal presenta algunas diferencias de redacción con la que tenía en el Código Penal precedente -artículo 348 bis-, en el que, junto al verbo <<*facilitar*>> se incluía la omisión de <<*exigir*>> las condiciones de seguridad.

El tipo penal que incorpora el actual artículo 316 CP es un delito de omisión -de las medidas de seguridad e higiene adecuadas-, pero al que se añade la exigencia de que, en *conexión causal*, se produzca un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores. Esa omisión debe ser -en expresa remisión a la normativa laboral- de normas de prevención de riesgos laborales y sólo afecta a los legalmente obligados a facilitarlas.⁶⁵⁴

Podemos concluir que los *elementos del tipo penal* que nos ocupa son:

- 1º) infracción de normas de prevención de riesgos,
- 2º) omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo,
- 3º) en condiciones de seguridad adecuadas y exigidas por las normas reguladoras de esa protección frente a riesgos laborales, y
- 4º) efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores.

Continuando con este análisis, el art. 317 CP dispone que <<*cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.*>>

⁶⁵⁴ Vid. sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 de enero de 2005 (JUR-2005/110503) en la que se condena al jefe de planta y al jefe de seguridad y prevención de riesgos laborales; así como la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de julio de 2005 (ARP 2005/786), en la que se condena al gerente de la ETT.

Podemos apreciar como el precepto transcrito se limita a *atenuar* la sanción penal en aquellos supuestos en los que no medie una intencionalidad dolosa por parte del sujeto activo del hecho punible, con independencia, claro está, de que el resultado al que se llegue sea idéntico.

En consecuencia, el art. 317 CP tipifica la misma conducta que el precepto que le precede pero en su modalidad *imprudente*, cuando ésta sea grave. Lo que plantea la no siempre fácil tarea de diferenciar, según el caso concreto, la línea divisoria que separa el *dolo eventual*, forma en la que comúnmente se dará el tipo del artículo 316, de la culpa consciente o con previsión.

Por su parte, el art. 318 CP establece que *<<cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello.>>*

Acerca de la determinación de imputabilidad de esta responsabilidad penal, interesa despejar desde el principio dos cuestiones fundamentales en la medida en que los preceptos transcritos afectan de manera directa al elenco de responsabilidades que, en materia preventiva, atañen tanto a las EUs como a las ETTs. Ambas cuestiones tienen como finalidad la determinación de la *<<persona jurídica>>* y, una vez acotada ésta, la concerniente a la responsabilidad de la persona –física– responsable de los hechos punibles.

Así pues, la *primera* incógnita a despejar gira en torno a la determinación de la *<<persona jurídica>>* responsable, esto es, la imputabilidad de la EU o de la ETT ante la comisión del supuesto de hecho de los preceptos de referencia.

En este sentido cabe afirmar que no existe una determinación *apriorística* de responsabilidad de una u otra empresa, la cual dependerá, obviamente, de las circunstancias en las que se hayan desarrollado los hechos punibles y las consecuencias derivadas de los mismos.

No obstante lo anterior, cabe advertir que el supuesto de hecho del art. 316 CP –con independencia de las personas que ejecuten la conducta tipificada- habla de <<los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas>>. Pues bien, por mandato del art. 28.5 LPRL, sabemos que la EU <<será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores>>. Así las cosas, podemos apreciar como se conjugan en la *persona* de la EU los conceptos de <<actividad>> y <<medidas de seguridad>> del art. 316 CP con los de <<condiciones de ejecución del trabajo>> del art. 28.5 LPRL.

Como consecuencia de lo anterior podemos afirmar que, si bien es cierto que no existe una imputabilidad apriorística de la EU, o mejor dicho, de las personas responsables pertenecientes al ámbito de ésta, también es cierto que el hecho por el que la actividad y las medidas preventivas derivadas de ésta sean *competencia* de la EU, convierten a la usuaria en destinataria -prácticamente única- del art. 316 CP.

La *segunda* cuestión a la que aludíamos más arriba, pivota sobre la determinación de la *persona física* –o conjunto de éstas- responsables de las conductas tipificadas, con independencia de su adscripción a la ETT, la EU, o a ninguna de ellas.

Llegados a este punto interesa traer a colación el art. 31.1 CP al establecer que <<el que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.>>

Al hilo de lo anterior es preciso analizar seguidamente *dos cuestiones*, toda vez que ahora nos ocupamos de personas físicas con independencia de su pertenencia –o no– a la estructura de una persona jurídica –empresa o Administración-, a cuyo menester está dedicado, según acabamos de analizar, el art. 318 CP, quedando de este modo los arts. 316 y 317 CP destinados a sancionar las conductas tipificadas que

de manera directa puedan cometer las personas físicas –trabajadores o no- que incidan en los supuestos tipificados en los preceptos referidos.

Primera. En relación con lo anterior, interesa traer a colación como *primera* cuestión que el antes mencionado art. 42.1 LPRL habla de <<empresarios>>, mientras que el segundo párrafo del art. 42.2 LPRL dedicado *específicamente* a las ETTs, habla de <<empresa>>, y *usuaria*, para más señas. La distinción es importante a efectos de responsabilidad penal, ya que ésta sólo puede ser cumplida por un <<empresario>> que sea persona física, mientras que el resto de responsabilidades (civil, administrativa y de Seguridad Social) atañen a cuestiones pecuniarias o patrimoniales que pueden ser satisfechas tanto por un <<empresario>> (persona física) como por una <<empresa>> (persona jurídica).

Segunda. Como *segunda* premisa, hay que recordar que la conducta punible del art. 316 CP está prevista para los sujetos que <<no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas>>. El propio precepto añade que esta conducta la cometen los sujetos que, además, la realicen <<estando legalmente obligados>> a garantizar estas medidas preventivas. En consecuencia, la conclusión a la que podemos llegar es que, aunque la norma penal no lo señale expresamente, la comisión de este delito sólo pueden efectuarla un determinado grupo de personas pertenecientes a la estructura empresarial.

En consecuencia, un trabajador de cualesquiera de las empresas (EU/ETT) que carezca de responsabilidades en materia de prevención, no podría incurrir en el delito tipificado por el art. 316 CP, pudiendo ser en este caso únicamente imputable por vía distinta a este precepto⁶⁵⁵, pero no por la vía específica del de los delitos contra los trabajadores, pensados para responsables y empresarios.

⁶⁵⁵ V. gr. como delito –o falta- *común* de imprudencia, lesiones, etc., dependiendo del resultado en cada caso,

Junto a las dos cuestiones previas que acabamos de abordar, pero en el ámbito específico de las ETTs, podemos agrupar en *tres* los conjuntos de posibles personas físicas que pueden convertirse en sujeto activo de la tipificación contenida en el art. 316 CP, a saber: personal de la EU; un segundo grupo podría estar constituido por personal de la ETT; y por último, un miembro de la Administración pública. Vamos a analizar a continuación cada uno de estos tres grupos.⁶⁵⁶

a). *comisión por personal de la EU*: Para una mejor sistemática, podríamos subdividir en *dos* el conjunto de potenciales *sujetos activos* pertenecientes a la esfera de responsabilidad de la EU, a saber: prevencionistas y trabajadores con responsabilidades en materia preventiva, por un lado, y por otro, administradores o gestores de la EU⁶⁵⁷, en la medida en que todos ellos cumplen con el mencionado requisito de infringir las normas preventivas <<estando obligados a ello>>.⁶⁵⁸

⁶⁵⁶ Las valoraciones que se realizan respecto del análisis de la responsabilidad subjetiva del art. 316 CP, sirven igualmente para el art. 317 CP, toda vez que, según hemos indicado más arriba, se trata de una atenuación expresa de la sanción penal del artículo precedente en base a una ausencia de intencionalidad en la conducta punible del sujeto activo.

⁶⁵⁷ Sobre los trabajadores con estas competencias, *vid. supra.* apartados 4. y 5. del capítulo II del presente estudio.

⁶⁵⁸ Como paradigma de esta determinación subjetiva de responsabilidad penal, interesa traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora nº 58/2005 (secc. 1ª), de 21 de noviembre (ARP 2006/33, en la que se condenó a la coordinadora de seguridad de la EU y quedó absuelto el administrador único de la EU a la vista de los hechos probados cuyo extracto exponemos a continuación: <<El día 14 de noviembre del año 2002, Pedro Antonio, trabajaba para la empresa Graveras del Magdalena, SL en virtud de un contrato de puesta a disposición formalizado por ésta última con la empresa de trabajo temporal Sesa Star España, ETT, con funciones de compactación del terreno de relleno de la zanja con un rodillo manual (...) cuando el trabajador Pedro Antonio se encontraba en la obra mencionada y se hallaba en las proximidades de uno de los bordes de la zanja que se había abierto cuya profundidad era de unos tres metros, tenía unos cinco metros de ancho y cuyas paredes eran verticales, se produjo un hundimiento del terreno donde se apoyaba el referido trabajador, cayendo hacia el interior de la zanja, quedando sepultado por el desplome de suelo y consiguiente avalancha de tierra, resultando muerto por asfixia mecánica pese a los auxilios rápidos que el prestaron sus compañeros de trabajo (...) la mencionada zanja incumplía en varios aspectos el Plan de seguridad de la obra al no haberse adoptado por la Coordinadora de seguridad ni por el encargado de obra ni otros técnicos que intervenían en el proceso constructivo, las medidas previstas en el mismo para evitar el desprendimiento de tierra de los bordes de la zanja, no habiéndose procedido al entibado de sus paredes, ni a la realización de taludes desmochando 45° en bisel los bordes superiores de las zanjas conforme preveía el plan, ni se había procedido a la delimitación ni señalización de una franja paralela y contigua a la misma en la que no se pudiera colocar ningún tipo de carga como zona de seguridad para evitar desprendimientos, ni se habían colocado vallas, cuerdas con balizas u otras señales pintadas en el suelo que evitara la presencia de personas en la cercanía de la zanja. Tal falta de cumplimiento de estas medidas era conocida por la acusada Angelina en su condición de coordinadora de seguridad, la cual faltando a las más elementales normas de prudencia y precaución, no exigió se cumplieran aquellas medidas y adoptó otras sustitutivas de las anteriores sin que conste lo comunicara a la empresa, medidas estas últimas que resultaban insuficientes para prevenir el riesgo de derrumbe>>. En el mismo sentido, *vid. la*

b). *Comisión por personal de la ETT*: la imputación en este caso resultaría más compleja en la medida en que se el personal de la ETT⁶⁵⁹ presentaría una incidencia *mediata* en relación con las medidas preventivas y por ende con respecto al resultado punible. No obstante, si el resultado lesivo contra el bien jurídico protegido por el art. 316 CP fuese producto de de la dejación de las responsabilidades que por mor del art. 28.5 LPRL tienen encomendadas las ETTs, es decir, formación y vigilancia de la salud, cabría impura este tipo penal al personal responsable de la ETT.

En consecuencia, si se produce una conducta de las tipificadas contra los trabajadores –en misión o de la EU- <<*de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física*>>, concluyéndose que la misma presenta su etiología en la formación o vigilancia de la salud por parte de algún responsable en materia preventiva perteneciente a la ETT⁶⁶⁰, éste pasaría a convertirse en sujeto activo del precepto que venimos comentando.

c). *Comisión por trabajador perteneciente a la Administración pública*: La inclusión de este grupo de trabajadores –con relación funcional- resulta algo más compleja en la medida en que se trata de sujetos externos a la relación triangular entre trabajador en misión, EU y ETT, si bien es cierto que pudiera existir una responsabilidad en materia preventiva.

Además, una cuestión a dilucidar partiría de la condición de *funcionario* del sujeto activo del hecho punible, o bien, éste mantiene una relación laboral con la Administración.

Por otro lado, entendemos que la conducta que pudiera ejercer este sujeto presentaría un cariz más cercano a la comisión por omisión, en la

sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 de enero de 2005 (JUR 2005/110503), en la que fueron condenados el jefe de seguridad y prevención de riesgos laborales y el jefe de planta.

⁶⁵⁹ Aquí el personal en misión de la ETT podría tener una incidencia más directa en la eventual comisión de este delito por estar desarrollando su actividad en el propio seno de la EU, pero, según hemos concluido anteriormente, los arts. 316 y 317 CP sólo están pensados para trabajadores con responsabilidades preventivas o prevencionistas.

⁶⁶⁰ V. gr. un médico de empresa de la ETT que no realizara los controles médicos prelaborales necesarios o de manera negligente en la interpretación de los resultados de los mismos.

medida en que ejerce una actuación de escasa o nula inmediatez en el seno de las acciones preventivas de la EU y por ello su implicación en el resultado punible presenta un encuadre más complejo.

Entendemos de este modo que un funcionario con responsabilidad en la verificación de las medidas preventivas, podría llegar a la comisión del hecho punible contenido en el art. 316 CP, en la medida en que se produzca el supuesto de hecho del art. 316 CP.⁶⁶¹

No obstante, entendemos que si examinamos el conjunto de circunstancias que eventualmente rodearan a una conducta de esta índole, podríamos inferir que estaríamos en presencia de un *concurso de delitos* en el que, seguramente, dada la condición funcional del sujeto activo, intervendrían otras figuras delictivas, pero inculcinadas en delitos propios de los funcionarios tales como *el cohecho*⁶⁶², *infidelidad en la custodia de documentos*⁶⁶³, etc.

En el caso de que el *sujeto activo* que provoque el accidente laboral – v. gr. por dejación de sus funciones- y que no se trate de funcionario, v. gr. trabajador de un empresa pública o perteneciente a una empresa subcontratada por la Administración pública –v. gr. para verificar determinados parámetros en una obra civil o servicio público-, entendemos que su eventual intervención en el resultado tendría un carácter mediato si bien no exento de responsabilidad a los efectos del art. 316 CP en la medida en que su conducta podría ser la desencadenante el eventual accidente o enfermedad profesional que pudiera afectar a los trabajadores en general y a los trabajadores en misión en particular.

⁶⁶¹ V. gr. pensemos en un funcionario de la Inspección de Trabajo que dejara de comprobar o requerir a una empresa en que no se observan las medidas preventivas y de cuya dejación se produjera el resultado contenido en los arts. 316 ó 317 CP.

⁶⁶² Cfr. arts. 419, 420 y 421 CP.

⁶⁶³ Cfr. art. 413 CP.

CONCLUSIONES:

* Las Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) surgen como respuesta a una demanda empresarial de gestión de personal flexibles, ágiles y preparadas, que les permitan afrontar las necesidades puntuales de mano de obra.

* Las ETTs se presentan como la figura más adecuada para aglutinar esa demanda empresarial de mano de obra puntual y específica.

* Las relaciones de trabajo a través de ETTs se configuran mediante la cesión temporal de mano de obra del trabajador a una empresa usuaria, conformando de este modo la consabida relación triangular que caracteriza a este ámbito.

* La regulación de las ETTs en España se perfila, fundamentalmente, a través de la Ley 14/1994, reformada mediante la Ley 29/1999 y complementada muy especialmente en el terreno de la prevención de riesgos laborales mediante el RD 216/1999.

* Se instaura un nuevo modelo a través de la Ley 8/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, así como toda su normativa de desarrollo, siendo en gran medida ésta resultante de la transposición de la normativa europea, en especial, de la Directiva 89/391/CEE (Directiva-marco), y encontrando su expresión específica para el ámbito de las ETTs en la Directiva 91/383/CEE.

* La seguridad y salud laboral para los trabajadores cedidos por ETTs se asienta sobre *cuatro pilares*: la igualdad de trato, la formación preventiva, la información sobre los riesgos, y la vigilancia de la salud.

* Si bien las obligaciones preventivas no suponen *compartimentos-estanco*, si existe una asignación apriorística sobre el reparto de las mismas establecida, por la legislación tanto europea como española, en virtud de la cual la ETT asumiría la responsabilidad de la formación y la vigilancia de la salud, mientras la EU asumiría la obligación principal de información

* La EU asume el papel principal respecto de la información preventiva, tanto de manera recíproca con el trabajador como con el trabajador, sus representantes y los trabajadores encargados de manera profesional de las tareas preventivas.

* La formación se postula como uno de los pilares fundamentales en la prevención de riesgos laborales, siendo obligación del empresario esta tarea, y correspondiendo por tanto a la ETT, como empresario del trabajador en misión, la instrucción específica en materia de formación sobre riesgos laborales, con independencia del porcentaje de la masa salarial que por mandato de la LETT y acuerdo convencional debe destinar a la formación genérica de los trabajadores en misión.

* Si la seguridad y la salud del trabajador es un derecho de éste, tiene como contrapartida la obligación para la ETT de vigilar la misma con respecto a los trabajadores que haya cedido en misión, incluso si fuera preciso, más allá de la vigencia del CPD. Para ello emplea como instrumento los controles periódicos, específicos, así como los iniciales una vez que el trabajador ya se haya incorporado a la actividad de la EU.

* En los supuestos en que se infrinja alguna de las obligaciones que en materia preventiva presentan tanto la ETT como la EU, entran en juego un conjunto de responsabilidades de diferente y diversa etiología y finalidad. Estas responsabilidades analizadas se circunscriben a la responsabilidad administrativa, social, administrativa y penal.

* Las infracciones afectan tanto a la ETT como a la EU en la medida en que cada una de ellas es responsable de cada una de las obligaciones preventivas.

* La responsabilidad administrativa se ubica a nivel normativo tanto en la LPRL como en la LISOS, produciéndose situaciones de duplicidad, al contemplarse una misma infracción en más de una norma.

* La responsabilidad social encarnada en la figura del recargo de prestaciones del art. 123 LGSS se perfila como una sanción según la más reciente doctrina del Tribunal

Supremo. La imposición de este recargo se halla en función de la determinación de la empresa responsable del accidente de trabajo.

* La responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo se configura según la reciente doctrina científica y del Alto Tribunal como de naturaleza *objetiva*. La responsabilidad por accidente del trabajador en misión que afecta a la ETT es de naturaleza *contractual*. No obstante surge la disyuntiva acerca de si la responsabilidad que afecta a la EU es de índole contractual, o por el contrario entra dentro de la esfera del art. 1902 de nuestro Código Civil, decantándonos -en nuestro caso- por esta última opción, por entender que entre el trabajador y la usuaria no existe relación contractual.

* La responsabilidad penal, como sanción máxima prevista por nuestro ordenamiento, queda contemplada a través de los art. 316 y ss. de nuestro Código Penal, pudiendo ser considerados sujetos activo de este delito tanto la ETT como la EU, si bien no existe un tipo penal destinado específicamente al ámbito de las ETTs.

BIBLIOGRAFÍA:

ALFONSO MELLADO, C.A., <<El recargo de las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene>>, *Tribuna Social*, nº 101, 1999.

BARBANCHO TOVILLAS, F., RIVAS VALLEJO, P.L., PURCALLA BONILLA, M.A., <<La responsabilidad penal en los delitos de riesgo o peligro contra la seguridad y salud de los trabajadores>>, *Tribuna Social* nº 99, 1999.

BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS, J., *Derecho penal del trabajo*, Valladolid, 1991.

BAYLOS GRAU, A y TERRADILLOS BASOCO, J, <<Significado y función del Derecho penal del Trabajo>>, *Relaciones Laborales*, 1990-II.

BERNARDO JIMÉNEZ, I., <<Vigilancia de la salud de los trabajadores: reconocimientos médicos.>>, en *A. Social* nº 20-2003.

BLANPAIN, R. (coord.), *Temporary work in modern society*, Deventer, 1978.

BLANPAIN, R., <<La situación del trabajo temporal en Europa>>, en *Revista de Trabajo*, 1982,

BLANPAIN, R., <<Temporary work and the law. The E.C. Directive and Proposals>>, en AA.VV., *Temporary work and labour law of the European Community and Members States*, Netherlands, 1993.

BORRAJO DACRUZ, E., en <<Cesión de trabajadores>>, AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales: El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid, 1982.

CASAS BAAMONDE, M. E. y PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., <<La ruptura del monopolio público de colocación y fomento del empleo>>, *Relaciones Laborales* nº 6 y 7 de 1994.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, (tomo 3º), Madrid, 1986.

CIACCI, G., <<Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sanitari>>, en *Politica del Diritto*, nº 4, (diciembre 1991).

CRESPÁN ECHEGOYEN, J., *Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 1998.

CRUZ VILLALÓN, J., <<Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas>>, *Relaciones Laborales (tomo I)*, 1992.

CRUZ VILLALÓN, J. <<La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos profesionales>>, *Temas Laborales* nº 26, 1993.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Empresas de Trabajo Temporal y contrato de trabajo*, Valencia, 2000.

DE VICENTE PACHÉS, F., en *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, 1998.

CRUZ VILLALÓN, <<El marco jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal.>>, en *La Reforma laboral de 1994*, AA.VV, Madrid, 1994.

DEL REY GUANTER, S., <<Tratamiento automatizado de datos de carácter personal y contrato de trabajo. Una aproximación a la “intimidad informática” del trabajador>>, en *Relaciones Laborales* nº 11/1994.

DEL REY GUANTER, S., <<Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: unas notas para una teoría general.>>, en *Relaciones Laborales* 1995-I.

DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral (MT y SS)*, Madrid, 1996.

DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVÓ, F., <<La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada>>, *Relaciones Laborales* 1996-II.

DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., <<Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal>>, *Relaciones Laborales* 2001 (t. I).

DEL REY GUANTER, S. & LUQUE PARRA, M., *El tabaco en los centros de trabajo*, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ MARCOS, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Salud Laboral)*, Madrid, 1996.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., <<Tratamiento de la seguridad e higiene en la nueva regulación sobre las Empresas de Trabajo Temporal>>, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 75.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A., <<Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador (comentario al art. 22 de la Ley de prevención de riesgos laborales)>>, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 82-1997.

FONTANA, I, <<Las empresas de trabajo temporal en las normas comunitarias y el Derecho Internacional del Trabajo>>, *Revista de Trabajo* nº 88, 1987.

FREIXAS SANJUAN, T., *Constitución y Derechos Fundamentales*, Barcelona, 1992.

GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998

GARCÍA FERNÁNDEZ, M., <<Posición de l trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: Puntos críticos>>, *Actualidad Laboral* nº 34, 1994.

GARRIDO PEREZ. E., <<La participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales en la Ley 31/1995>>, *Relaciones Laborales*, nº 20/1997.

GARCÍA MURCIA, J., <<Régimen de responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo>>, en CASAS BAAMONDE, M. E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F., *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*. Madrid, 1997.

GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Valencia, 1998.

GIDDENS, A., *Sociología*, Madrid, 1995.

GONZÁLEZ BIEDMA, E., <<La responsabilidad de los grupos de empresarios a efectos laborales>>.

GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.; <<La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas comunitarias: Balance y perspectivas a comienzos de 1989>>; en *Relaciones Laborales 1989-1*.

GONZÁLEZ LABRADA, M., *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Barcelona, 1996.

GONZALEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Valladolid, 1996.

GONZALEZ ORTEGA, S., <<Derecho a la salud y control de los trabajadores>>, *Relaciones Laborales 1990-I*.

GOÑI SEÍN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador. Un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, 1988.

LÓPEZ BALAGUER, M., *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Valencia, 2000.

LÓPEZ GARRIDO, D., *El Tratado de Maastricht*, Madrid, 1992

MARTÍN VALVERDE, A., <<Cesión de Trabajadores>> en *Comentarios a las Leyes Laborales (tomo VIII)*, Madrid, 1982.

MARTINS CATHARINO, J., <<El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal>>, *Revista Española de Derecho del Trabajo* (julio-sept. 1982)

MERCADER UGUINA, J.R. <<Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal (Notas al Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero)>>, en *Relaciones Laborales 1999 (tomo-I)*.

MIÑARRO YANINI, M. <<La formación en materia preventiva de los Trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal>>, *Tribuna Social*, nº 126/2001.

MOLERO MARAÑÓN, M.L., <<La reforma del contrato de puesta a disposición>>, *Relaciones Laborales*, nº 5/2000.

MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1992.

MONEREO PEREZ, J.L. *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo*, Valencia, 1996.

MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J., *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. Madrid, 1996.

MOORE, *The temporary help service industry: historical development, operations and scope*>>, *18 Industrial Labor Relations Review*, 1965.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*, Madrid, 1991.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. <<El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo>>, *Actualidad Laboral* nº 4, 1992.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., <<Las empresas de trabajo temporal y el ordenamiento laboral español>>, *Revista de Trabajo* nº 74, 1984.

PÉREZ ALENTAR, A. y REGUERO CELADA, J., *Manual práctico de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1990, (capítulo 6).

PEREZ ALENCART, A., *El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*. Madrid, 1993.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., <<La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español>>, en *Relaciones Laborales, 1992-I*.

PEREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1986.

PÉREZ YAÑEZ, R., <<El reparto de poderes empresariales entre Empresa de Trabajo Temporal y Empresa Usuaria respecto a los trabajadores en misión>>, *Relaciones Laborales 1998-I*.

PITA YÁÑEZ, C., DOMÍNGUEZ MANZANO, B., <<Los accidentes laborales en España: la importancia de la temporalidad>>, *DL*, nº 55, 1998.

- RESCALVO SANTIAGO, F., *Medicina del Trabajo (tomo I)*, Madrid, 2000.
- RIVERO LAMAS, J.), *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993.
- ROGEL VIDE, C., *Bienes de la Personalidad, Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Bolonia, 1985
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Cesión de trabajadores y Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.C., <<Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal>>, en *Relaciones Laborales*, (octubre 1992).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., <<Las Empresas de Trabajo Temporal en la Europa comunitaria>>, *Relaciones Laborales*, 1991-I.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.<<La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva (CEE) sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales>>, en *Actualidad Laboral* nº 12, 1992.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*. Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C. *Las Empresas de Trabajo Temporal en España*, Valencia, 1994,
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994* Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGO, G., <<Grupos especiales de riesgo>>, en OJEDA AVILÉS, A, ALARCÓN CARACUEL, M.R, y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., (Coord.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Pamplona, 1996.
- ROMÁN DE LA TORRE, M.D. <<La situación jurídico-laboral de las empresas de trabajo temporal en España>>, *Relaciones Laborales (tomo I)*, 1991.
- SAGARDOY BENGOCHEA, <<Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal>>, en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995
- SALA FRANCO, T. <<El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo>>, (AA.VV) ALARCÓN CARACUEL (Coord.), *La Reforma laboral de 1994*, Madrid, 1994.
- SALA FRANCO, T y ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Valencia, 1996.

SAN MARTÍN AGUILAR, L.F., <<Consideraciones generales acerca del nuevo Reglamento de los Servicios de prevención>>, *Capital Humano*, nº 104, octubre 1997.

SAN MARTÍN MAZZUCONI, C. (Dir.) *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ TORRES, E., <<El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales>>, en *Relaciones Laborales* nº 20, 1997.

SANCHO CUESTA, J., *La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento comunitario. Estudio y Código de Directivas*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.

SERRANO ARGÜELLO, N., <<Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo>>, *Relaciones Laborales*, 20/1999.

VALDÉS DAL-RÉ, F., <<Las empresas de trabajo temporal: notas de un debate no tan ajeno para un próximo debate propio>>, *Relaciones Laborales*, 1993 (tomo I).

TEJADA PONCE, A., PEREZ MOROTE, R., ANDUJAR TENDERO, M.J., en <<La gestión financiera de la prevención de riesgos laborales en la empresa>>, *Relaciones Laborales* I/2001,

VALDÉS DAL-RÉ, F., <<Servicios públicos de empleo y contratación laboral>>. *Comentarios a las Leyes Laborales (Tomo I)*. Madrid, 1983.

VALDÉS DAL-RÉ, <<Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal>>, en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*. Madrid, 1995

ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

El orden se halla sistematizado por orden de aparición en los capítulos que conforman el presente trabajo

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STCo 177/88, de 10 de octubre
STCo 148/90, de 1 de octubre
STCo 73/1982, de 2 de diciembre
STCo 110/1984, de 26 de noviembre
STCo 89/1987, de 3 de junio
STCo 231/1988, de 2 de diciembre
STCo 197/1991, de 17 de octubre
STCo 83/2002, de 22 de abril
SSTCo 98/2000, de 10 de abril
STCo 196/2004, de 15 de noviembre
STCo 37/1989, de 15 de febrero
STCo 120/1990, de 27 de junio
STCo 137/1990, de 19 de julio
STCo 207/1996, de 16 de diciembre
STCo 156/2001, de 2 de julio
STCo 218/2002, de 25 de noviembre
STCo 234/1997, de 18 de diciembre
STCo 272/1998, de 3 de diciembre.
STCo 81/1995, de 5 de junio

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 4 de febrero de 1999 (AS-2022)
STS de 6 de mayo de 1998 (RJ-4096).
STS 28 de febrero de 1979 (RA-699)
STS (Sala de lo Social) 2 de octubre de 2000 (RJ-2000/9673)
STS 14 de febrero de 2001 (RJ-2001/2521)
STS 9 de octubre de 2001 (RJ-2001/9595)
STS 21 de febrero de 2002 (RJ-2002/4539)
STS 22 de octubre de 2002 (RJ-2003/504).
STS de 8 de abril de 2002 (RJ 2002, 6153)
STS de 10 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10501)
STS de 15 de noviembre de 1990 (RJ-8575)
STS 2 de enero de 1991 (RJ-1991/102)
STS 24 de mayo de 1994 (RJ-429)
STS 24 de junio de 199 (RJ-5489)
STS de 30 de septiembre de 1997 (RJ-6853)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ-Castilla-León (Burgos) de de 5 de noviembre de 2004 (JUR-2004/186523)

STSJ-Cataluña de 19 de octubre de 1998 (AS 1998/4210)
STSJ-Vasco (Sala de lo Social, Sección Única), de 30 de diciembre de 2003 (AS-2003/931)
STSJ-Cantabria (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 4 de mayo de 2005 (AS-1035)
STSJ de Cataluña de 6 de julio de 1999 (AS 3140/1999)
STSJ-Castilla y León, (Burgos), de 16 de julio de 2003 (AS-247)
STSJ-Cataluña de 22 de julio de 1999 (AS-3161)
STSJ de Navarra de 23 de octubre de 2003 (RA-3503)
STSJ-Cataluña de 9 de abril de 2003 (AS-2090)
STSJ-Cataluña de 7 de marzo de 2003 (AS-1615)
STSJ-Murcia de 20 de diciembre de 2004 (AS-2005/82776)
STSJ-Madrid de 27 de mayo de 2005 (AS-1718)
STSJ-Madrid de 5 de octubre de 1993 (RA-4637)
STSJ-Madrid 6 de abril de 1994 (RA-1568)
TSJ-Cataluña de 3 de febrero de 1993 (RA-787)
STSJ-Cataluña 10 de marzo de 1994 (RA-1256)
STSJ-Andalucía (Sevilla) de 16 de mayo de 1994 (RA-2227)
STSJ-Andalucía (Málaga) de 25 de julio de 1995 (RA-2963)
STSJ-La Rioja de 14 de abril de 2005 (AS 2005/954)
STSJ-Cataluña (Sala de lo Social) de 22 de julio de 1999 (AS-3161)

OTROS TRIBUNALES

Juzgado de lo Social nº 6 de Alicante de fecha 30 de mayo de 2002 (AS 2002/2053)
Juzgado de lo Social de Navarra, Pamplona de 23 de octubre de 2003 (AS-3503)
Juzgado de lo Social (nº 3) de Girona, de 1 de junio de 2000 (AS-2672)
Audiencia Provincial de Castellón de 12 de enero de 2005 (JUR 2005/110503)
Audiencia Provincial de Pontevedra de 14 de julio de 2005 (ARP 2005/786)
Audiencia Provincial de Zamora nº 58/2005 (secc. 1ª), de 21 de noviembre (ARP 2006/33)

