

B.- Respecto a la segunda cuestión, hay que detractar la fisura normativa que deja irresoluta y abierta el art. 25 LPRL, en tanto fomenta una serie de complejas dudas interpretativas: ¿nos hallamos ante un nuevo supuesto de movilidad funcional?, ¿ante el dintel de una situación que abre el portillo a la extinción contractual por ineptitud sobrevenida del trabajador?, ¿o incluso frente a la posibilidad de despido disciplinario, ex art. 54.2.f TRLET, cuando la embriaguez o toxicomanía sea habitual, acreditada, repercute negativamente en el trabajo y cuando manifiestamente incida de modo negativo en las capacidades psicofísicas del trabajador respecto al puesto de trabajo asignado?. En suma, nos hallamos ante una muestra más de la dialéctica tensión entre la continuidad (movilidad funcional con cambio de funciones y/o de puesto de trabajo⁹³⁶) y la extinción del contrato (por

polimérico--”). Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., págs. 414-415 y nota a pie nº 11.

⁹³⁶La movilidad funcional así acordada (unilateral o pactada individual o colectivamente) será “ordinaria” si se ejerce “sin desbordar los lindes del grupo profesional o de las categorías profesionales equivalentes”, mientras será extraordinaria cuando el empresario encomiende (unilateralmente o previo pacto individual o colectivo) “la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes” --cfr. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 70-71--. A mi modo de ver, y al igual que sucede con la movilidad funcional en el caso del art. 26 LPRL (protección de la maternidad: GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 174-175), el alcance material de la misma puede coonestarse tanto con la modalidad “ordinaria” como con la “extraordinaria”, por cuanto pese a sus diferentes efectos derivados de sus diversas limitaciones, *lo realmente importante es brindar cuantas más opciones mejor al empresario en punto a garantizar la continuidad del trabajador en un puesto adecuado a las características biológicas del trabajador, antes que proceder al expediente de la extinción contractual por ineptitud del trabajador*. Naturalmente, si el trabajador se muestra disconforme con la decisión empresarial de movilidad funcional y el nuevo puesto de trabajo asignado, tiene abierta la vía jurisdiccional social, ex art. 137 TRLPL, en defensa de su derecho a obtener un puesto de trabajo adecuado a su estado o situación, además de la posibilidad, ex art. 50.1.a TRLET, de solicitar la voluntaria extinción contractual si entiende que dicha movilidad funcional es, en realidad, una modificación sustancial de condiciones (ex arts. 39.5 y 41 TRLET) que redunde en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad (sobre esta opción, ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Modificación de funciones y protección de la dignidad y derechos profesionales del trabajador», Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del

ineptitud sobrevinida del trabajador) como opciones que al empresario se le brindan⁹³⁷.

En un forzado, pero voluntarioso, afán de síntesis (porque la problemática cuestión apuntada sería digna, con certeza, de un estudio monográfico exhaustivo que aquí resulta de imposible abordaje), hay que señalar tres cuestiones:

- A mi juicio, al empresario se atribuye, ex art. 25 LPRL, una facultad implícita de movilidad funcional de los trabajadores “especialmente sensibles”⁹³⁸ (por sus circunstancias personales⁹³⁹ o estado biológico

Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, págs. 13-18). Sobre las modificaciones funcionales y el derecho a la formación profesional del trabajador, MIRÓN HERNÁNDEZ, M.M.: «Modificaciones funcionales y formación profesional del trabajador», Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996.

⁹³⁷Sobre esta cuestión, sin referencia específica a la seguridad y salud en el trabajo pero con una interesantísima *perspectiva de conjunto*, ESTEBAN LEGARRETA, R.: «El Derecho al trabajo de los minusválidos», Cuadernos Jurídicos nº 35-1995, especialmente págs. 14-17; GÁRATE CASTRO, F.J.: *El rendimiento en la prestación...*, op.cit., págs. 288-300.

⁹³⁸Si de alguna forma tuviéramos que catalogar a esta modalidad de movilidad funcional, lo haríamos como *movilidad funcional por causas fisiológicas, psíquicas o sensoriales, permanentes o transitorias*.

⁹³⁹Dentro de las circunstancias personales, la LPRL debe interpretarse sistemáticamente con una exigencia del principio de adaptación ubicada extramuros de la LPRL: la *protección del trabajador nocturno* (cuya regulación se ancla, junto a la del trabajador a turnos, en los arts. 36 LTRET y 32 RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, BOE 26.9.1995). En apretada síntesis (un tratamiento más extenso de la cuestión, puede verse en GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., págs. 373-408), hay que convenir en que el derecho del trabajador nocturno a cambiar de puesto de trabajo por razones de salud precisa de la concurrencia de tres requisitos: a) La presencia de una alteración de la salud, *consecuencia del trabajo nocturno* —de diez de la noche a seis de la mañana— desarrollado, que determine la *imposibilidad de proseguir* la prestación en horario nocturno; b) Que el trabajador, pese a sufrir dicha alteración, sea *profesionalmente apto* para realizar la misma u otra prestación de trabajo; c) Que exista en la empresa un puesto de trabajo que se corresponda con esa aptitud. La exigencia de esos requisitos desvirtúa su condición de derecho absoluto en cuanto no resulta ejercitable en todo caso (MURCIA CLAVERÍA, A.: «Trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo», op.cit., pág. 316), si bien cuando existe el puesto de trabajo que se corresponde con la aptitud del trabajador, el derecho deviene absoluto (ALFONSO MELLADO, C.L.-GARCÍA

conocido, condición de discapacitados físicos-psíquicos-sensoriales, o aquéllos que estén en estado o situación transitoria que afecte a su capacidad psicofísica)⁹⁴⁰, por mor del principio de adaptación del trabajo a la persona y de la protección eficaz que el empresario como garante de seguridad debe asumir, a fin de preservar a ese colectivo humano de los riesgos a cuya exposición no puedan someterse sin sufrir daños para su salud⁹⁴¹. Como tal situación de movilidad funcional, el problema radica en que, junto a la observancia empresarial de los límites, generales y específicos, de la movilidad funcional recogidos en los arts. 22 y 39 TRLET⁹⁴², se anuda, a mi

ORTEGA, J.: *Jornada y ordenación del tiempo de trabajo*, op.cit., pág. 73; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., pág. 402).

⁹⁴⁰Esa facultad de movilidad funcional ya había sido prevista, con anterioridad a la LPRL, en algunos convenios colectivos: así, el art. 43 del XII Convenio Colectivo de la empresa Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A. (BOE 18.5.1995), en relación al personal en situación de invalidez permanente parcial o total para su profesión habitual, contempla “el destino a otro puesto de trabajo más adecuado a sus aptitudes físicas, clasificándolo profesionalmente con arreglo al nuevo puesto de trabajo”; el art. 12 del Convenio colectivo de la empresa Ibérica Aga, S.A. (BOE 9.5.1995), que establece que “el personal de la empresa con capacidad disminuida tendrá preferencia para ocupar puestos adecuados a sus condiciones, procurando que sean de categoría equivalente y respetando, en cualquier caso, sus condiciones económicas”; o el art. 34 del V Convenio colectivo de Repsol Química, S.A., cuyo art. 34 dispone que “aquellos trabajadores que por sus características personales, por sus condiciones de mayor exposición al riesgo o por otras circunstancias, presenten mayor vulnerabilidad (...) serán cambiados en la medida de lo posible de puesto de trabajo”.

⁹⁴¹La adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentran manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, es constitutiva de infracción administrativa grave (47.7 LPRL) o muy grave (48.4 LPRL) y sancionable con multa, según el grado aplicado (art. 49 LPRL), de un mínimo de 250.001 pts. y un máximo de 100 millones de pesetas.

⁹⁴²Sobre el tema, *in extenso*, MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op.cit., págs. 72-139 y bibliografía y jurisprudencia allí referenciada. Por otro lado, hay que remarcar con especial énfasis que el art. 39.3 TRLET (norma que se configura como una clara manifestación del “derecho a la conservación del empleo” —cfr. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op.cit., pág. 96—) no permite al empresario alegar la ineptitud o la falta de adaptación del trabajador como causa de despido si se desarrollan funciones distintas de las habituales: a su través, entiendo que se otorga una especial protección al trabajador discapacitado frente a aquellas situaciones en las que el empresario busque “maniobras indirectas” para incordiar a aquél, interpretación heterotutelar ésta,

modo de ver, el límite específico y adicional de que la proyectada movilidad funcional a otro puesto de trabajo requiere una previa evaluación empresarial del nuevo puesto o las nuevas funciones a asignar de forma que con esa reasignación se descarte cualquier riesgo o peligro para el propio trabajador, sus compañeros o terceras personas⁹⁴³.

Mas no sólo se le brinda implícitamente al empresario esa opción modificatoria del contrato, dado que la tarea de selección del puesto a ocupar o de las funciones a desempeñar puede requerir, de un lado, la necesaria aplicación de las reglas de la movilidad geográfica (cuando sea preciso trasladar al trabajador a otro centro de trabajo porque sólo allí exista el perfil del puesto idóneo⁹⁴⁴, resultando que si a ese traslado se apareja un cambio de funciones también deben aplicarse las reglas de movilidad funcional⁹⁴⁵) a fin

por lo demás, que *cohonesta mejor* con lo previsto en el art. 20.3 TRLET en cuanto a la obligación empresarial de *tener en cuenta la capacidad de los trabajadores discapacitados en el momento de proceder a modificar las funciones desarrolladas por éstos a través de la movilidad funcional.*

⁹⁴³Las reglas de movilidad funcional con incidencia en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo, afectan tanto a los trabajadores de las empresas del sector privado como al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. Sin embargo, en las relaciones de empleo público “la movilidad funcional, como regla general, es de carácter voluntario, mediante los mecanismos de provisión de puestos a través de la participación voluntaria del funcionario en los concursos de méritos o de libre designación, con carácter tendencialmente definitivo, o por Comisión de servicios, que se trata de una forma provisional de provisión de puestos de trabajo de carácter discrecional”, si bien existen *hasta seis vías de movilidad forzosa u obligatoria*: comisión de servicios de carácter forzoso, atribución temporal de funciones, adscripción provisional por remoción de puesto de trabajo obtenido en concurso (remoción por ineptitud sobrevenida o falta de capacidad por rendimiento insuficiente), cese en el puesto provisto por el sistema de libre designación, redistribución de efectivos, reasignación de efectivos y expectativa de destino (cfr. LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: «Flexibilidad interna: movilidad funcional del personal de las Administraciones públicas», Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, págs. 16-17).

⁹⁴⁴Sobre el concepto de movilidad geográfica, sus causas, procedimentalización y efectos, en una perspectiva de conjunto, PURCALLA BONILLA, M.A.: «Movilidad geográfica y sistema de relaciones laborales», Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996.

de observar los dictados preventivos de la LPRL en este punto⁹⁴⁶, y de otro, la hipótesis (discutible, aun cuando posible si se engasta el factor preventivo en el engranaje de la causas organizativas) de modificar sustancialmente, en los términos del art. 41 TRLET, las condiciones de trabajo del trabajador afectado⁹⁴⁷, sin menoscabo de la opción que a éste se atribuye bien de impugnar la decisión empresarial así adoptada (art. 138 TRLPL), bien de solicitar la rescisión contractual sin más carga que acreditar el perjuicio ocasionado por la modificación --cuando ésta afecte a jornada de trabajo, horario o régimen de trabajo a turnos⁹⁴⁸-- y con derecho a la indemnización

⁹⁴⁵ROMÁN DE LA TORRE, M.D.: *Poder de dirección...*, op.cit., pág. 203; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «La movilidad funcional y geográfica después de la reforma laboral de 1994», DL nº 47-1995, págs. 107-108.

⁹⁴⁶Como se ha subrayado, “en ocasiones” será precisa, para cumplir con la obligación ex art. 25 LPRL de adscripción a un puesto de trabajo exento de riesgo, “hasta una movilidad geográfica que la Ley no prevé ni regula en cuanto a sus condiciones y límites”. Cfr. SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 109.

⁹⁴⁷La modificación de condiciones de trabajo sería, así, una alternativa a la extinción del contrato por imposibilidad sobrevenida de la prestación originariamente pactada, dado que “al optarse por la modificación de las condiciones de trabajo, la relación jurídica (...) se mantiene, siendo precisamente las alteraciones producidas a partir de ese momento las que permiten -previsiblemente- su continuidad”. Cfr. RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.: «Imposibilidad de la prestación», en AA.VV.: *Comentarios a la Leyes Laborales*, tomo VI, Edersa, Madrid, 1982, pág. 218.

⁹⁴⁸La extinción contractual ex art. 41.3 TRLET tiene un carácter “tasado” y, en consecuencia, no es susceptible de interpretación extensiva (DE MIGUEL LORENZO, A.: La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Cívitas, Madrid, 1993, pág. 52; ÁLVAREZ SACRISTÁN, I.: «La clasificación profesional y la movilidad funcional», AL nº 26-1995, pág. 444; SENRA BIEDMA, R.: «Promoción profesional, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial», RL 1995-I, pág. 316), por lo que se ha propuesto, a mi juicio con todo acierto, la necesidad de introducir una modificación legal en el art. 41.3 TRLET que: a) introduzca la presunción “iuris et de iure” de los perjuicios sufridos por el trabajador en todos los supuestos de modificación sustancial de condiciones (y no sólo en los tres supuestos tasados --jornada, horario, trabajo a turnos--); b) La homologación de los topes de la indemnización por extinción voluntaria en los supuestos de traslado (40.1, párrafo 4º, TRLET: 12 meses) y modificación sustancial (41.3, párrafo 2º, TRLET: 9 meses), porque la diferencia existente no tiene una justificación clara. Cfr. ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Modificación de funciones...», op.cit., págs. 17-18; con anterioridad al TRLET, CRUZ VILLALÓN, J.: «La

prevista en el art. 41.3 TRLET (20 días por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades), bien solicitar la extinción cuando entienda el trabajador que la modificación introducida perjudica su formación profesional o redundan en menoscabo de su dignidad⁹⁴⁹, al abrigo del art. 50.1.a TRLET (con indemnización anudada de 45 días por año de servicio, y un tope máximo de 42 mensualidades).

- Que el despido disciplinario, ex art. 54.2.f TRLET, sólo es posible cuando a la situación de “no responder a las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo” no se anude el requisito de la temporalidad o transitoriedad de dicha circunstancia, por cuanto, de ser habitual y repercutir negativamente en el trabajo, entraría en escena aquella compleja figura extintiva⁹⁵⁰.

- Que uno de los problemas, de más difícil resolución, que se suscita, radica en la ponderación de las situaciones sobrevenidas de discapacidad que no anulan por completo (sólo aminoran, bien que con diversos grados) la capacidad profesional del trabajador, en cuyo caso colisionan las facultades

resolución contractual por modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo», RL 1988-I, pág. 453.

⁹⁴⁹Vía ésta que la jurisprudencia ha venido interpretando de modo sumamente restrictivo, al apreciar su concurrencia únicamente cuando el perjuicio es grave, intencionado, y sea reflejo de un cierto ánimo de humillación, degradación, vejación o acoso, más o menos velado, por parte del empresario. Así, STSJ Castilla-La Mancha 13.7.1995 (AS 3045), STSJ Cataluña 13.7.1995 (AS 3093) y 2.11.1993 (AS 4867), STSJ Madrid 30.3.1995 (AS 1311), STS --Sala de lo Social-- 16.1.1991 (Ar. 52), 31.5.1991 (Ar. 3932), STSJ Baleares 26.6.1995 (Ar. 2262), STSJ Andalucía-Málaga 29.5.1995 (AS 2114), STSJ Galicia 17.4.1995 (AS 1506).

⁹⁵⁰Sobre los requisitos de habitualidad y repercusión negativa sobre el trabajo como presupuestos habilitantes del despido disciplinario ex art. 54.2.f TRLET, CISCART BEA, N.: *L'embriaguesa habitual i la toxicomania com a causa d'acomiadament disciplinari*, Tesis Doctoral, Tarragona, 1994, págs. 95-109 y 235-250 del original xerografiado.

empresariales, utilizadas como medidas preventivas, de movilidad funcional/movilidad geográfica/modificación sustancial de condiciones, con las de suspensión contractual (art. 48.2 TRLET) y extinción por ineptitud sobrevenida (arts. 49.1.e y 52.a TRLET)⁹⁵¹. De esa terna de facultades que el ordenamiento brinda al empresario, con certeza la modificación contractual que garantice la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del vínculo contractual (siempre que subsista una capacidad residual de trabajo⁹⁵², contrastada a través de la valoración de las posibilidades de adaptación del puesto de trabajo al perfil biológico del trabajador⁹⁵³, y no se vulnere

⁹⁵¹Tal situación se deriva de que, por un lado y de acuerdo con el art. 49.1.e TRLET, la situación de *gran invalidez* (137.6 LGSS: situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de las pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos), *invalidez permanente absoluta* (137.5 LGSS: inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio) e *invalidez permanente total* (137.4 LGSS: inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta) del trabajador son *causas de extinción del contrato de trabajo*; mientras por otro y ex art. 48.2 TRLET, la declaración de invalidez permanente en los grados de total para la profesión habitual, absoluta y gana invalidez es *causa de suspensión* del contrato por un plazo de dos años, con reserva de puesto de trabajo, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad va a ser objeto de revisión por mejora que permita su reincorporación al puesto de trabajo. Según la STS --Sala de lo Social-- 14.4.1988 (Ar. 2960), en el expediente empresarial de extinción contractual por ineptitud tiene también cabida la situación de incapacidad permanente parcial (definida en el art. 137.3 LGSS). En todo caso, hay que convenir en que la extinción del contrato ex art. 49.1.e TRLET debe entenderse no como una extinción *ex lege*, sino como una *habilitación o facultad* concedida al empresario para llevar a cabo la extinción (cfr. VILLA GIL, L.E.-SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «El derecho al trabajo de los minusválidos», RT nº 79-1985, pág. 23).

⁹⁵²Esto es, difícilmente podría trabarse esa modificación contractual en los casos de invalidez permanente absoluta o gran invalidez, pero sí en los supuestos de invalidez permanente parcial y total para la profesión habitual, o en los casos de lesiones no-invalidantes, o con minusválidos que pudieran desarrollar actividades laborales (por cierto, que con ello podría darse mejor cumplimiento a la maltrecha, por reiteradamente incumplida, “cuota de reserva” --o imponible de obra o número de trabajadores minusválidos-- que deben contratar, ex art. 38.1 de la Ley 13/1982, de integración social de los minusválidos, las empresas de más de 50 trabajadores fijos: 2 %, porcentaje inferior al previsto, v.gr., en Francia --6 % en empresas de más de 20 trabajadores-- o en Alemania --5% en empresas de más de 15 trabajadores-- ; sobre este tema, ESTEBAN LEGARRETA, R.: «El Derecho al trabajo de los minusválidos», op.cit., págs. 21-25).

flagrantemente la dignidad del trabajador) es, a mi juicio, la más plausible, a cuyo fin la negociación colectiva es el mejor cauce para establecer esta medida⁹⁵⁴, potenciando, en definitiva, las “posibilidades del empleador para recolocar al trabajador”⁹⁵⁵ cuya capacidad profesional física y psíquica “puede resultar aminorada o incluso totalmente perturbada por la gravitación de factores externos a la voluntad del trabajador” que generan, en definitiva, la ineptitud sobrevenida del trabajador, situación que no tiene por qué descartarle *ipso iure* de su participación en la vida laboral activa⁹⁵⁶.

Ahora bien, si ese es el «objeto de deseo» *lege ferenda*, ¿*Quid irus* cuando no existe puesto de trabajo vacante y compatible (sin riesgos) con la

⁹⁵³NUMHAUSER-HENNING, A.: «Los trabajadores minusválidos y el derecho del trabajo: el modelo sueco», REDT n° 36-1988, págs. 562-563.

⁹⁵⁴Estableciendo la no extinción del contrato y la movilidad funcional de los trabajadores en situación de invalidez permanente parcial o total para la profesión habitual: así, XII Convenio Colectivo de la empresa Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A. (BOE 18.5.1995), XI Convenio colectivo interprovincial entre la empresa Central Nuclear de Almaraz y su personal de actividad eléctrica (BOE 18.10.1995), VI Convenio colectivo del personal del INSERSO (BOE 23.8.1995), Convenio colectivo para las industrias de alimentos compuestos para animales (BOE 17.10.1995), III Convenio colectivo de la empresa Sandoz Agro, S.A.E. (BOE 2.3.1995).

⁹⁵⁵ESTEBAN LEGARRETA, R.: «El Derecho al trabajo de los minusválidos», op.cit., pág. 15; LYON-CAEN, G.-PELISSIER, J.-SUPIOT, A.: *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 1994, págs. 240-241; ADOM, K.: «La modification du contrat du travail du fait de l'état de santé du salarié», DS n° 5-1995, págs. 461-ss.

⁹⁵⁶GOÑI SEIN, J.L.: «La ineptitud del trabajador como causa de despido», REDT n° 11-1982, pág. 438; ORTIZ LALLANA, M.C.: *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, MTSS, Madrid, 1985, págs. 234-ss. La obligación empresarial de reincorporar al trabajador afecto de invalidez permanente parcial al mismo puesto de trabajo y con el mismo salario, o *con reducción del salario si hay una disminución del rendimiento* que motive su asignación a un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual (STS, Sala de lo Social, 20.12.1994, AS 677; excepción hecha de un eventual pacto convencional de consolidación de complementos de puesto de trabajo, como pone de relieve MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *La nueva regulación de la movilidad funcional*, op.cit., pág. 127), se establece en el art. 1.1 del RD 1451/1983, de 11 de mayo (cfr. ESTEBAN LEGARRETA, R.: «El Derecho al trabajo de los minusválidos», op.cit., pág. 15; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., pág. 397).

aptitud psicofísica y sensorial del discapacitado?. Ello merece una sucinta crítica, en cuanto esa inexistencia aboca a una realidad: “puesto que no existe un trámite específico” más que en la normativa preconstitucional sobre enfermedades profesionales, en las discapacidades no provenientes de tal situación “la empresa tendrá que dar de baja al trabajador”, y, cursada la baja sin fiscalización alguna de la inexistencia de puesto de trabajo, se producirá la extinción del vínculo contractual⁹⁵⁷. Esa laguna, con todo, no acontece en el caso de las enfermedades profesionales cuando éstas son el origen de la situación de discapacidad: en este caso, el empresario cursará la baja del trabajador, la Inspección de Trabajo fiscalizará la posible elusión empresarial del derecho del trabajador a obtener un puesto de trabajo adecuado a su nuevo perfil biológico, comprobando la inexistencia del mismo y, acreditada esa imposibilidad de recolocación, ex art. 133.2 LGSS causará baja el trabajador afectado en la empresa⁹⁵⁸, solución, con todo, no exenta tampoco de perfiles controvertidos en punto a su calificación jurídica⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley...*, op.cit., pág. 94.

⁹⁵⁸En este supuesto, el trabajador percibe su salario íntegro de la empresa durante doce meses, seis meses más a cargo de la Entidad Gestora, y si tras esos 18 meses el trabajador no hubiese encontrado trabajo, tendrá derecho a seis meses más, prorrogables por otros seis a cargo del Seguro de Desempleo, siendo la cuantía de la prestación equivalente a su salario íntegro (todo ello ex arts. 25.4 Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales, y arts 45.4 y 48 del Reglamento de Enfermedades Profesionales de 9.5.1962). Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., págs. 387 y 391; SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley...*, op.cit., pág. 94; ALONSO OLEA, M.-TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit., pág. 182; STSJ Cataluña 24.3.1993, AS 1551.

⁹⁵⁹La STS, Sala de lo Social, 27.6.1994 (Ar. 5490), dictada en unificación de doctrina, ha declarado la vigencia de los arts. reglamentarios citados en la nota anterior, resolviendo las dudas jurisprudenciales preexistentes, y afirmado su operatividad tanto si la discapacidad resultante de la etiología profesional es irreversible, como si es reversible. Ahora bien, algunas cuestiones quedan abiertas y no resueltas, v.gr., qué naturaleza cabe atribuir a la situación en que queda el trabajador no “recolocado” por falta de puesto de trabajo, y el carácter salarial o no del subsidio que percibe a cargo de la empresa. Sobre estas cuestiones en las que no podemos detenemos, dejando abierta

1.1.1.2.6.- Protección de la maternidad.

La tutela de la protección de la maternidad, ex art. 26 LPRL, entendida como protección a las situaciones de embarazo, parto, posparto y período de lactancia⁹⁶⁰, es fruto, más o menos afortunado en técnica jurídica, de la transposición de la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre⁹⁶¹, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁹⁶².

A efectos de sistemática expositiva, interesa aquí retener únicamente dos cuestiones, siquiera a vuelapluma: la primera, el alcance material de la heterotutela dispensada (A); la segunda, la configuración de un deber de movilidad funcional (ya no facultad, como en el caso de la heterotutela de los trabajadores “especialmente sensibles” recién analizada) articulado por la LPRL como bastión crucial de dicha protección (B).

asimismo la duda aquí planteada, véase GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., págs. 391-395 y nota a pie nº 60.

⁹⁶⁰PARDELL VEÀ, A.-ROMERO BURILLO, A.-MORENO GENÉ, J.: «La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/95 de prevención de riesgos laborales», Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, págs. 3 y 16; SANTOS FERNÁNDEZ, R.I.: «La protección de la trabajadora embarazada en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales (conquista social o discriminación encubierta)», Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, pág. 6; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., pág. 417.

⁹⁶¹MUÑOZ MOLTÓ, F.M.-GARCÍA GARCÍA, A.M.: «La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales», TS nº 74-1997, pág. 42.

⁹⁶²DOCE serie L, nº 348, de 28 de noviembre de 1992.

A.- Respecto a la primera de las cuestiones apuntadas, hay que convenir en la aplicación de este mecanismo de tutela, sin ambages, tanto al personal laboral como al personal funcionarial, y, en cuanto al permiso de lactancia, ha de resaltarse que la LPRL no se inmiscuye en la línea de tendencia, marcada por el art. 37.4 TRLET, en punto al disfrute indistinto por el padre y la madre del derecho al mismo⁹⁶³. En consecuencia, el alcance del precepto se circunscribe, en conciso extracto y dejando a un lado la cuestión que a continuación se verá, a los siguientes términos:

- Requerir del empresario la evaluación específica⁹⁶⁴ de los riesgos para la seguridad y la salud de la trabajadora embarazada o puerpera, de

⁹⁶³Sobre la evolución de estas cuestiones, con cita incluida de la STC 109/1993, de 25 de marzo (sobre el tema del permiso de lactancia, validando la acepción del actual art. 37.4 TRLET, entonces previsto en la Ley 3/1989, de 3 de marzo), me remito a la exposición de RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., págs. 415-418 y 428-432; también, GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Maternidad y condiciones de seguridad y salud en el trabajo», Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, pág. 16.

⁹⁶⁴Según el art. 26.1 LPRL, esa evaluación específica de riesgos deberá tener en cuenta “el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico”, y el empresario acudirá al personal sanitario del Servicio de prevención, propio o concertado, a fin de que éste lleve cabo la valoración de los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de parto o embarazo (art. 37.3.g RSP). A título de ejemplo, se ha señalado que tal prohibición de exposición afecta al puesto de trabajo con exposición al benceno o plomo mientras se esté en período de gestación y lactancia (SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 230), a los trabajos en que puedan producirse caídas por la altura (andamios, grúas, pozos, etc.), a los que implican riesgo para las vías respiratorias que requieren el uso de mascarillas con filtros cuya utilización no es aconsejable para mujeres encintas, o, en fin, aquellos que conllevan una protección dérmica frente a sustancias químicas absorbibles por la piel (cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., págs. 420-421). En cualquier caso, interesa apuntar que la Disposición derogatoria única, punto b), LPRL ha derogado formalmente el ya maltrecho con anterioridad Decreto de 26 de julio de 1957, en lo relativo a los trabajos prohibidos a las mujeres, subsistiendo en la parte atinente a los trabajos prohibidos a los menores en tanto no se le dé carpetazo reglamentario a la cuestión.

forma que deben determinarse en esa evaluación los puestos de trabajo exentos de riesgo⁹⁶⁵ y, por consiguiente, adecuados para la tutela de dichos trabajadores⁹⁶⁶.

- Reconocimiento, como técnica promocional y complementaria de la tutela empresarial, de permisos retribuidos a las trabajadoras embarazadas para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, sin que sean precisos más requisitos que el preaviso al empresario y la justificación documental de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo, ex art. 26.4 LPRL⁹⁶⁷.

- El empresario podrá adoptar la decisión, como medida óptima de tutela de la trabajadora correspondiente, de prohibirle la realización de trabajo nocturno o trabajo a turnos⁹⁶⁸, sin que ello signifique una reducción

⁹⁶⁵Previa consulta a los representantes de los trabajadores, ex arts. 26.2, 33.1.a y 33.1.d LPRL. Representantes de los trabajadores que serán, en primer plano, los Delegados de Prevención, aunque también los representantes unitarios y sindicales, como sostiene ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: «El cambio de puesto de trabajo o función como medida de protección de la maternidad: el art. 26.2 LPRL», Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, pág. 9. Retomaremos esta cuestión en el Capítulo III de la Tesis.

⁹⁶⁶SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 229; GARCÍA NINET, J.I.: «En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (VI y final)...», op.cit., pág. 6.

⁹⁶⁷A través de la Disposición Adicional Undécima LPRL, se incluye una letra f) al art. 37.3 TRLET, cuyo tenor queda como sigue: “por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo”.

⁹⁶⁸Porque la tensión física o mental normalmente anudada al trabajo nocturno o al trabajo a turnos, supone un riesgo importante de partos prematuros o de abortos para las trabajadoras embarazadas. Cfr. PÉREZ ALENCART, A.: *El Derecho comunitario...*, op.cit., pág. 164. Ejemplo de esa prohibición, si bien modalizada en torno a la *solicitud de cambio de puesto de*

del tiempo de trabajo efectivo prestado⁹⁶⁹. Todas estas medidas se encuadran en el parámetro legal de adaptación del trabajo a la persona, en este caso, protegida, de suerte que el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones (v.gr., correcciones posturales en cadenas de montaje, o cualesquiera otras condiciones de trabajo cuya modificación no comporte cambio de puesto o función, pero elimine “el riesgo a que estaría sujeta la trabajadora de no mediar tal acomodación”⁹⁷⁰) o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada⁹⁷¹.

B.- Respecto a la segunda de las materias cuyo abordaje he propuesto, hay que decir que la misma es consecuencia directa, a mi juicio, de la ineficacia material de las medidas anteriormente indicadas, si se toman aquéllas de modo aislado⁹⁷², de forma que establece la LPRL un deber legal

trabajo de la trabajadora encinta que haya venido prestando su trabajo en el turno de noche, puede localizarse en el art. 55 XI Convenio colectivo de Ford España, S.A. (BOE 19.8.1996).

⁹⁶⁹GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 173; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., pág. 409; MUÑOZ MOLTÓ, F.M.-GARCÍA GARCÍA, A.M.: «La protección de la maternidad...», op.cit., pág. 43.

⁹⁷⁰SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 230. El de las condiciones de trabajo, en suma, resulta así un concepto jurídico que atañe a “todo lo relativo al modo y lugar en que el trabajo se presta desde el punto de vista de la protección de la salud e integridad de los trabajadores” (GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 68).

⁹⁷¹Se trata, en suma, de una manifestación más del plausible potenciamiento en la compatibilidad del binomio maternidad-trabajo. Sobre ese binomio, en una reciente perspectiva de conjunto, BALLESTER PASTOR, M.A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 196-ss..

⁹⁷²Así parece desprenderse del tenor del art. 26.1 LPRL, al señalar que “cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la

de movilidad funcional a cargo del empresario y desglosable en dos supuestos:

- De un lado, un supuesto de movilidad funcional ordinaria. Tal es el cauce jurídico que brinda respuesta a la imposibilidad de adaptación empresarial de las condiciones o del tiempo de trabajo o, pese a su adopción, a la subsistencia de riesgos para la trabajadora o el feto (o durante el período de lactancia, si así acredita el riesgo mediante certificado médico, ex art. 26.3 LPRL) debidamente acreditada, insisto, por certificado médico⁹⁷³ emitido por el facultativo que atiende a la trabajadora⁹⁷⁴. En estos supuestos, el

trabajadora o del feto, y así lo certifique el médico que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora...”.

⁹⁷³De esta forma, el certificado médico responde “a la necesidad de evitar un uso arbitrario de este tipo de movilidad {funcional} por causa de embarazo” o lactancia, de manera que con ese instrumento medial valorativo de la existencia de condiciones de trabajo nocivas para la salud de la trabajadora, “se evita la posible utilización de este supuesto de movilidad como cobertura para esconder intenciones discriminatorias o sancionadoras con respecto a la trabajadora por razón de su embarazo” (cfr. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: «El cambio de puesto de trabajo...», op.cit., pág. 8). Ejemplos de regulación convencional en este sentido (dictamen médico que certifique la existencia de riesgos para la trabajadora o el feto, como causa generadora del derecho al cambio de puesto de trabajo), art. 61.7 del IX Convenio colectivo General de la Industria Química (BOE 23.8.1994), art. 31 Convenio colectivo empresa Hero España, S.A. (BOE 24.3.1995), art. 39 Convenio colectivo para el personal laboral del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo (BOE 5.5.1995) o art. 21.3 Convenio colectivo FREMAP (BOE 25.7.1995).

⁹⁷⁴Pese al premuroso parecer vertido por FERNÁNDEZ MARCOS, al afirmar que el “facultativo” que suscriba el certificado ha de ser un médico de la Seguridad Social (médico de cabecera o ginecólogo especialista) o un médico de empresa, con exclusión de médicos de la sanidad privada (cfr. pág. 129), tal opinión nos parece, cuando menos, no demasiado reflexiva, porque excluir a la sanidad privada *supone tanto como orillar* a un numeroso grupo de funcionarios que, encuadrados en los Regímenes Especiales gestionados por la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado, de la Mutualidad General Judicial y del personal civil adscrito al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, pueden tener facultativos que no pertenezcan a la Seguridad Social, pero que actúen como tales, de forma que una interpretación restrictiva como la de FERNÁNDEZ MARCOS “dejaría fuera a un gran número de funcionarios que no tiene asistencia sanitaria pública” (cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., pág. 422; más sucintamente, GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «Maternidad y condiciones...», op.cit., pág. 21, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: «El cambio de puesto de trabajo...», op.cit., pág. 9 y MUÑOZ MOLTÓ, F.M.-GARCÍA GARCÍA, A.M.: «La protección de la maternidad...», op.cit., pág. 43). La regulación convencional de la cuestión muestra

empresario deberá facilitar a la trabajadora, mientras su estado de salud así lo requiera, “un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado⁹⁷⁵”, debiéndose entender, a mi juicio, por un puesto “compatible” aquél que no supere el grupo profesional o las categorías equivalentes. En tal caso, el respeto a los límites de la movilidad funcional ordinaria (genéricos y específicos), debe aquí predicarse como de plena exigencia en la aplicación de este supuesto concreto⁹⁷⁶.

- De otro, un supuesto de movilidad funcional extraordinaria. Tal es el caso del mandato legal acogido en el art. 26.2, párrafo 3º, LPRL, cuando alude al supuesto en que, no existiendo puesto de trabajo o función compatible, deba destinarse a la trabajadora (encinta o en período de lactancia ex art. 26.3 LPRL), como medida preventiva y durante el tiempo necesario a tal efecto⁹⁷⁷, “a un puesto no correspondiente a su grupo o a

ejemplos de atribución de la emisión de dichos certificados a los servicios médicos de empresa (v.gr., art. 31 Convenio colectivo Hero España, S.A., BOE 24.3.1995, art. 34 V Convenio colectivo interprovincial de Repsol Química, S.A., BOE 20.10.1995, art. 17.1 Convenio colectivo de la empresa K-2000, S.A., BOE 28.8.1996), a los médicos de la Seguridad Social (v.gr., art. 30 Convenio colectivo de la empresa Fábricas Lucía Antonio Beteré, S.A., BOE 31.7.1995) y a otros servicios médicos (art. 50.8 Convenio colectivo Total España, S.A., BOE 3.7.1995, y 21.3 Convenio colectivo FREMAP, BOE 25.7.1995, art. 39 Convenio colectivo para el personal laboral del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, BOE 5.5.1995, art. 66 Convenio colectivo estatal para la fabricación de conservas vegetales, BOE 10.10.1995).

⁹⁷⁵Recogiendo en vía convencional ese cambio a “puesto de trabajo compatible con su estado”, art. 34 V CC interprovincial de la empresa Repsol Química, S.A. (BOE 20.10.1995), art. 113 CC estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles de peletería (BOE 16.10.1995) o art. 34 CC Confiterías, pastelerías, bollerías y reposterías de Alicante (BOE 14.2.1997).

⁹⁷⁶GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 174; PARDELL VEÀ, A.-ROMERO BURILLO, A.-MORENO GENÉ, J.: «La protección de la maternidad...». op.cit., pág. 21; ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: «El cambio de puesto de trabajo...», op.cit., pág. 12. Como precedente de este supuesto de movilidad funcional, véase el art. 21.1.c de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE 29.4.1986).

categoría equivalente”, garantizándose (de modo un tanto incorrecto, en pura técnica jurídica) en todo caso “el derecho al conjunto de las retribuciones de origen”. Esta precisión legal resulta, a mi juicio, desafortunada por incompleta en tanto la movilidad funcional extraordinaria, al superar los lindes del grupo profesional o de las categorías equivalentes, puede revestir no una, sino dos modalidades: vertical ascendente (funciones superiores) y vertical descendente (funciones inferiores). En el primer caso, la trabajadora tiene derecho a cobrar por las funciones superiores que efectivamente realiza (y no en base a su retribución de origen, pues ello supone tanto como fomentar el enriquecimiento injustificado del empresario y una vulneración de las reglas de movilidad funcional ex art. 39 TRLET), mientras que si nos movemos en el sentido de la movilidad funcional extraordinaria, vertical y descendente, cobra sentido el tenor legal de respeto a las retribuciones de

⁹⁷⁷Esta matización es importante, porque en este supuesto de movilidad funcional como mecanismo preventivo de tutela de la salud de la trabajadora embarazada o en estado de lactancia, *no juegan los plazos temporales* del art. 39.4 TRLET como criterios de medición --6 meses en un año, 8 meses en dos años-- del tiempo máximo en que pueden desarrollarse funciones propias de un grupo o categoría superior a la pactada, cuya superación abre la posibilidad de reclamar el ascenso profesional o la cobertura consolidada del puesto de trabajo realmente ocupado. Tal es así, por cuanto la naturaleza de la movilidad funcional aquí enjuiciada es necesariamente temporal y depende de la coyuntura del proceso gestacional, post-parto y de lactancia (tal es su causa: los posibles perjuicios para la salud que pudiera ocasionar el puesto de trabajo durante el embarazo o post-parto de la mujer), razón que tampoco justifica la solicitud de ascenso, aunque situación distinta es si, por razones congénitas o secuelas derivadas del parto o de la gestación (v.gr., la aparición de unos fibromas uterinos que, con la exposición a determinados factores de riesgo, puedan generar la esterilidad futura de la trabajadora), el estado biológico de la mujer pierda de por vida su inmunidad frente a los riesgos del puesto de trabajo originariamente ocupado, en cuyo caso el principio de adaptación del trabajo a la persona generaría, a mi juicio, el derecho de la trabajadora a ocupar definitivamente el puesto transitoriamente desempeñado u otro similar, pero de análoga refractariedad al riesgo al que resulta sensible la trabajadora. Algunas reflexiones en parecida línea sobre el particular, en MOLINA GARCÍA, M.: «La protección de la maternidad en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales», Comunicación presentada a las XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Málaga, 1995, págs. 24-26

origen, pues tal es el derecho que asiste, ex art. 39 TRLET, a la trabajadora⁹⁷⁸.

De esta suerte, la heterotutela de la mujer encinta o puerpera, lejos de suponer un mero ejercicio de taumaturgia o prestidigitación jurídica, da un paso cualitativo sumamente importante en sintonía con la senda abierta por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹⁷⁹, gradualmente dirigida a asentar los pilares estructurales de la lógica (y sociológica) necesidad de tutela cualificada al colectivo femenino⁹⁸⁰.

Ahora bien, el *punctum dolens* del diseño de la LPRL radica, a mi parecer, en que ni acoge ni solventa los supuestos (sí previstos en el art. 5 de la Directiva 92/85) de imposibilidad técnica y objetiva de movilidad

⁹⁷⁸En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 174-175; PARDELL VEÀ, A.-ROMERO BURILLO, A.-MORENO GENÉ, J.: «La protección de la maternidad...», op.cit., pág. 22; MUÑOZ MOLTÓ, F.M.-GARCÍA GARCÍA, A.M.: «La protección de la maternidad...», op.cit., pág. 44.

⁹⁷⁹A título ejemplificativo, baste aquí recordar la consideración como discriminatorio del despido de una trabajadora por su condición de embarazada (STC 94/1984, de 16 de octubre; STC 136/1996, de 23 de julio), la no renovación contractual por dicha condición de mujer encinta (STC 173/1994, de 7 de junio) o, en fin, la rescisión de un contrato durante el período de prueba por la condición de trabajadora embarazada (STC 166/1988, de 26 de septiembre).

⁹⁸⁰Porque si algo caracteriza el momento presente de la sociedad, es “la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo, {aun} con todas sus sombras y dificultades” (RODRÍGUEZ-PINERO y BRAVO-FERRER, M.: «Discriminación e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo», RL nº 3-4/1993, pág. 1), y la LPRL no hace, a mi modo de ver, sino romper una argolla más de todas aquéllas que tradicionalmente han asido “la oposición a la incorporación de la mujer al mundo social, bajo el aparente hecho natural de que la biología de la mujer se contradecía con las condiciones materiales de producción, fundamentalmente por la necesidad de atender a la maternidad y por la inferioridad física para hacer frente a determinadas tareas sociales” (BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: «Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Revista de Derecho Político nº 33-1991, pág. 103). Para más información sobre el binomio mujer-trabajo y su problemática, en perspectiva de conjunto, SÁEZ LARA, C.: *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, y BARAÑANO, M.: *Mujer, trabajo y salud*, Trotta, Madrid, 1992.

funcional, en cuyo caso debería posibilitarse la “dispensa remunerada del trabajo” para la trabajadora gestante, tal como está prevista en la norma comunitaria (esto es, “durante todo el período necesario para la protección de su seguridad y salud”), pudiéndose derivar de ello una merecida crítica a esta sospechosa y un tanto incongruente omisión de la LPRL, que pone en duda el pleno rigor técnico de la adecuación y suficiencia del art. 26 LPRL en su preconizado rol de incorporación de la referida norma comunitaria⁹⁸¹.

1.1.1.2.7.- Protección de los menores, protección de los trabajadores temporales y de los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal.

⁹⁸¹GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 175; con carácter previo a la LPRL, ya habían puesto de manifiesto esas carencias en nuestro Ordenamiento REY MARTÍNEZ, F.: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw Hill, Madrid, 1995, pág. 80 y BALLESTER PASTOR, M.A.: *Diferencia y discriminación...*, op.cit., págs. 204-ss y 248-ss. El problema, con todo, para las trabajadoras en periodo de lactancia podría resolverse a través del art. 46.3 TRLET (excedencia para atender al cuidado de hijos, de 3 años de duración, con reserva del mismo puesto durante el primero y de otro puesto dentro del grupo profesional o categoría equivalente), pero más difícil es la solución en los casos de tutela de la mujer embarazada y/o el feto. Para este supuesto, se ha propuesto bien *lege ferenda* la configuración de un nuevo supuesto de suspensión contractual, con subsidio económico durante el tiempo que dure la baja por el importe total de la base reguladora (CAVAS MARTÍNEZ), bien *lege data* la negociación de una suspensión contractual pactada (45.1.a TRLET), bien la suspensión autónoma de la maternidad ex art. 45.1.d, bien una excedencia forzosa con reserva de puesto de trabajo pactada en la negociación colectiva en la libertad de términos prevista en el art. 46.6 TRLET --cfr., sobre esta cuestión, GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., págs. 412-413--. En fin, otra posible solución ha sido apuntada por ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: «El cambio de puesto de trabajo...», op.cit., págs. 15-16, autor que sostiene el necesario mantenimiento del derecho al salario de la trabajadora en situación de “dispensa”, en base a una interesantísima interpretación sistemática de los arts. 14.5 LPRL, 11.1 Directiva 92/85/CEE y del art. 30 TRLET, de donde resulta, a mi modo de ver de modo intachable, que la falta de ocupación efectiva de la trabajadora por imposibilidad objetiva o técnica de recolocación o reasignación de funciones “no puede originar perjuicio económico para la trabajadora afectada, por lo que ésta mantendrá su derecho al salario” durante la situación {*rectius*, situación forzosa por imposibilidad de reasignación funcional} de dispensa.

El art. 27 LPRL (protección de los menores) obtiene su fundamento directo en la normativa comunitaria, singularmente en la Directiva 94/33/CE, de 22 de junio, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo⁹⁸². A los efectos expositivos que aquí interesan, conviene retener que el precepto referido aborda tan sólo uno de los posibles núcleos temáticos de tutela de este colectivo específico⁹⁸³: las medidas de seguridad e higiene en sentido estricto. No obstante, el parámetro jurídico en el que hay que enmarcar la virtualidad de ese núcleo temático refiere a tres momentos: el de la contratación (A), el de las hipotéticas modificaciones “importantes” y sucesivas de las condiciones de trabajo de los menores (B) y el de la prohibición expresa de determinados trabajos, actividades o puestos de trabajo (C).

⁹⁸²DOCE serie L, nº 216, de 20 de agosto de 1994. La tutela de menores y mujeres ha sido una constante histórica en los Ordenamientos jurídico-laborales, al tratarse de una cuestión que se remonta a los propios orígenes del Derecho del Trabajo (FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *La seguridad e higiene en el trabajo...*, op.cit., pág. 28; GIUGNI, G.: «Diritto del Lavoro (voce per un'enciclopedia)», GDLRI nº 1-1979, pág. 11; RAMM, T.: «El *laissez-faire* y la protección de los trabajadores por parte del Estado», en AA.VV.: *La formación del Derecho del Trabajo en Europa...*, op.cit., especialmente págs. 104-146) y que, en clave histórica presente, supone “que no cabe utilizar la mano de obra de los menores (...) en una lucha salvaje y sin cuartel en aras de una competitividad a cualquier precio” (cfr. GARCÍA NINET, J.I.: « En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (V). El trabajo de los menores», TS nº 67-1996, pág. 5.

⁹⁸³Tales núcleos temáticos, no acogidos en la LPRL sino en el TRLET, atienden a la edad mínima de admisión al trabajo (art. 6), a la distribución de la jornada (art. 34.4: descanso de media hora en las jornadas continuadas de más de cuatro horas y media) y del tiempo de trabajo (art. 6.2: prohibición del trabajo nocturno y de trabajar en actividades insalubres, penosas, nocivas o peligrosas; art. 6.3: prohibición de realizar horas extraordinarias; art. 34.3: jornada diaria máxima de ocho horas de trabajo efectivo) así como al régimen de descansos de los menores (art. 37.1: descanso semanal mínimo obligatorio de dos días ininterrumpidos). Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 177; GARCÍA NINET, J.I.: « En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (V)...», op.cit., pág. 6.

A.- Respecto al momento de la contratación de menores⁹⁸⁴, la LPRL debe interpretarse sistemáticamente con el art. 6 TRLET, de suerte que la protección de los menores se centra en la contratación de jóvenes menores de 18 años y mayores de dieciséis años⁹⁸⁵, y, excepcionalmente, en la de los menores de dicha edad cuando se autorice por la autoridad laboral su intervención en espectáculos públicos siempre que no suponga peligro para su salud física o mental, “ni para su formación profesional y humana”⁹⁸⁶ (art. 6.4 TRLET)⁹⁸⁷. Es en ese estadio previo a la contratación de jóvenes, donde

⁹⁸⁴“La primera forma de proteger a los jóvenes de los riesgos derivados del trabajo es, precisamente, la de prohibir la admisión al mismo de aquéllos que no cumplan cierta edad”. Cfr. BALLESTER PASTOR, I.: «Consideraciones acerca de la normativa sobre seguridad y salud de los jóvenes en el trabajo», Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valladolid, 1996, pág. 3.

⁹⁸⁵Han señalado RODRÍGUEZ RAMOS y PÉREZ BORREGO que el art. 27 LPRL “no se entiende aplicable a la prestación de servicios en las Administraciones públicas, dado que un requisito para el acceso a la Función pública es ser mayor de dieciocho años” (cfr. «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., pág. 433).

⁹⁸⁶Ello obedece a que “los niños y jóvenes constituyen un grupo especial de riesgo, pues la falta de desarrollo físico y psíquico, su mayor vulnerabilidad a los riesgos laborales por la falta de experiencia y las exigencias de garantizar la escolaridad obligatoria son circunstancias que se toman en consideración por la normativa internacional”, comunitaria e interna. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 232.

⁹⁸⁷La concesión de la referida autorización excepcional, pasa por el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 2.1 del RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos (BOE 14.8.1985): a) solicitud de autorización por parte de los representantes legales del menor, con consentimiento de éste si tiene suficiente juicio (esto es, capacidad propia de discernimiento sobre los propios actos); b) concesión de la autorización por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede; c) una vez concedida la autorización, corresponde al padre o tutor del menor la celebración del contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor cuando éste tenga suficiente juicio; d) corresponde al padre o al tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato. En conexión sistemática con esta previsión, el art. 27.1 LPRL establece la obligación empresarial de informar a los padres y/o tutores del menor “que hayan intervenido en la contratación” del alcance de los posibles riesgos y de las medidas a adoptar contra éstos: tal obligación debe entenderse, a mi juicio, como “un *prius* de la contratación, que no puede ser obviado”, es decir, “tal información ha de producirse antes de la contratación, de forma que el menor y su padre o tutor puedan valorar el

la LPRL para mientes: en concreto, el empresario deberá proceder a la evaluación de riesgos conjugando un parámetro objetivo (“cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto a agentes⁹⁸⁸, procesos o condiciones de trabajo⁹⁸⁹ que puedan poner en peligro la seguridad o la salud” de los trabajadores menores), con un criterio subjetivo (la evaluación de riesgos tendrá en cuenta sus efectos sobre “la seguridad, salud y desarrollo de los jóvenes” derivados de “su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar {por sí mismos} los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto”)⁹⁹⁰.

B.- La evaluación de riesgos previa a la contratación, se complementa con la evaluación sucesiva de los mismos⁹⁹¹ al compás de la necesidad de introducir modificaciones en los equipos de trabajo o demás circunstancias productivas materiales⁹⁹². Se trata, en consecuencia, de una evaluación de riesgos adaptada a los cambios de las condiciones de trabajo de estos jóvenes que se pretendan introducir, de forma que no pueden operarse tales

riesgo y contratar o no en función al mismo”(cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., pág. 435).

⁹⁸⁸Los agentes (físicos, biológicos y químicos) se listan de forma enunciativa en el Anexo I de la Directiva 94/33, de 22 de junio.

⁹⁸⁹Los procesos y condiciones de trabajo se listan, también enunciativamente, en el Anexo II de la Directiva 94/33, de 22 de junio.

⁹⁹⁰SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 232-233; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 179. Idéntico parecer sostiene IMBRECHTS, W.: «La sécurité des jeunes au travail», RduT n° 24-1996, págs. 42 y 44.

⁹⁹¹GARCÍA NINET, J.I.: « En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (V)...», op.cit., pág. 6.

⁹⁹²RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., pág. 436.

modificaciones importantes⁹⁹³ sin una previa y específica evaluación de los riesgos ligados a las mismas.

C.- En tercer y último plano, el art. 27.2 LPRL prohíbe a los menores de dieciocho años la realización de determinados trabajos, actividades o puestos de trabajo que puedan suponer riesgos específicos para su salud, por su condición de insalubres, penosos, nocivos o peligrosos. Cuestión ésta que, junto a la genérica prohibición legal de efectuar trabajo nocturno o a turnos, se remite en la LPRL al desarrollo reglamentario que concrete tales prohibiciones específicas (6.2 TRLET-27 LPRL). Esa remisión puede integrarse, transitoriamente en tanto no se proceda al desarrollo reglamentario pronosticado, de dos formas: bien acudiendo a la norma reglamentaria preconstitucional (Decreto 26.7.1957⁹⁹⁴) vigente de modo transitorio en lo relativo al trabajo de menores, solución adoptada por el legislador ex Disposición Derogatoria Única, letra b) LPRL; bien acudiendo alternativamente al modelo comunitario diseñado por el art. 7.2 de la

⁹⁹³Por modificaciones “importantes” (tenor del art. 27.1 LPRL) debe entenderse “modificaciones sustanciales de trabajo de carácter individual”--cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., pág. 434-. En cumplimiento de esta manifestación concreta de la deuda de seguridad que es el evaluar los riesgos del puesto de trabajo de los jóvenes o menores, el art. 37.3.g RSP establece que el personal sanitario del Servicio de prevención, propio o ajeno, estudiará y valorará los riesgos que puedan afectar a los menores y propondrá las medidas adecuadas a adoptar al empresario.

⁹⁹⁴Rep. Ar. Legislación 1186. Señala I. BALLESTER PASTOR que este texto presenta un desfase técnico importante, por lo que debería haber sido bien derogada a la espera del desarrollo reglamentario oportuno, bien sustituida mediante la recepción expresa en la LPRL del art. 7 de la Directiva 94/33 (cfr. «Consideraciones acerca de la normativa...», op.cit., págs. 6-7). No obstante, comoquiera que es la norma aplicable hasta la fecha, baste señalar que presenta prohibiciones de muy variado signo y casuismo que deben ser observadas por el empresario (véase la sistematización de SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 234) y que presentan “una de cal” (es una norma fuertemente limitativa, en la que se prohíben muchos trabajos, con indicación de los riesgos que justifican esa prohibición) y “otra de arena” (se encuentra algo obsoleto en sus contenidos), según ponen de relieve GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 180.

Directiva 94/33, de 22 de junio, contenido que, con toda probabilidad, inspirará el futuro reglamento que se dicte en sustitución del Decreto de 1957 referido⁹⁹⁵.

En otro orden de ideas, merece subrayarse que el art. 28 LPRL aborda la protección reforzada de los trabajadores con relación de trabajo temporal o de duración determinada, así como la de los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal. Comoquiera que en otros lugares de este trabajo se ha aludido a la disociación de obligaciones y responsabilidades (epígrafe 2.1.2.2 del Capítulo I) y a la obligación de formación en las relaciones triangulares características de la contratación a través de empresas de trabajo temporal (epígrafe 1.1.1.2.2 del presente Capítulo II), no vamos a reiterar, so capa de incurrir en un ejercicio de iteración superfluo, cuanto allí se dijo. Por esa razón, únicamente voy a señalar brevísimamente un par de cuestiones hasta ahora no comentadas, y que traen causa común para los dos supuestos previstos en el art. 28 LPRL según se ha referido *supra*.

Así, de un lado y desde un plano de análisis sociológico, no creo que sea necesario insistir en demasía sobre la creciente expansión de fenómenos atípicos y descentralizados de empleo y contratación⁹⁹⁶, factor que ha de anudarse a la constatación de que son estos colectivos de trabajadores los que más “sufren en sus carnes” la siniestralidad debido a la inexperiencia o

⁹⁹⁵Un mayor detalle sobre esta cuestión, en RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», pág. 436, y GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 180. Señala la necesidad de que el Gobierno acometa “lo más rápidamente posible la aprobación del Reglamento”, GARCÍA NINET, J.I.: « En torno a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (V)...», op.cit., pág. 7. »

⁹⁹⁶MONEREO PÉREZ, J.L.: *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico-jurídica del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 85-86; PÉREZ ALENCART, A.: *El Derecho Comunitario Europeo...*, op.cit., pág. 104.

desconocimiento del puesto de trabajo ofertado por la empresa en que recalán⁹⁹⁷, realidad que merece, cuando menos, una especial atención por parte del legislador.

De otro y desde un plano estrictamente jurídico, el instrumento seleccionado es la declaración del principio de igualdad de trato en materia de prevención de riesgos sin distinción entre los trabajadores por razón del carácter temporal o indeterminado del vínculo contractual⁹⁹⁸. Esa igualdad se mueve, en sustancia, mediante la conjugación de un cuádruple plano de refuerzo de la heterotutela de los trabajadores objeto de cobijo normativo en el art. 28 LPRL: información (se modaliza la recepción de la información sobre los riesgos del puesto de trabajo o función a ocupar, de modo que debe suministrarse la misma con anterioridad al inicio de la actividad; cualificación o aptitudes requeridas, habida cuenta del riesgo específico existente en el puesto de trabajo; controles médicos especiales⁹⁹⁹), formación (las peculiaridades radican en la particular exigencia de tomar en consideración la cualificación y la experiencia profesional del trabajador

⁹⁹⁷RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», pág. 437; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 182-183.

⁹⁹⁸El derecho a la igualdad en términos formales (art. 14 CE y art. 17.1 TRLET) se insertaría, así, no sólo frente a la actuación de los poderes públicos, sino también *en las relaciones jurídicas particulares* (ALONSO GARCÍA, E.: «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española», RAP nº 100-102, 1983, pág. 87), una de cuyas muestras sería el “trato igual en materia de prevención de riesgos” (GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 183; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 235) que se debe proporcionar a todos los trabajadores, con independencia de la mayor o menor duración temporal de su nexo contractual.

⁹⁹⁹SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 235-236; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 184; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., pág. 440.

temporal¹⁰⁰⁰), vigilancia médica (antes, durante y tras la contratación, tiene derecho a una vigilancia periódica de su estado de salud en igualdad de condiciones a los trabajadores “fijos”¹⁰⁰¹) y puesta en conocimiento a los servicios de prevención de los trabajadores temporales contratados, a efectos de que éstos puedan brindar idéntica suerte de actuaciones, ex art. 31 LPRL, respecto a todos los trabajadores de la empresa¹⁰⁰².

La mera adición de ambas perspectivas, sociológica y jurídica, justifica, de suyo, el tratamiento diferenciado de una protección reforzada brindado por la LPRL para estos colectivos, que desarrollan su prestación acotados, en la praxis, por los márgenes de la precariedad y la temporalidad del vínculo contractual. Aunque cosa bien distinta es que la eficacia del entramado a ese efecto igualatorio dispuesto sea o no plena y sin fisuras, o que sea conveniente que sus “puntos negros” deban tratar de solventarse *lege data* por influjo de propuestas alternativas ofrecidas *lege ferenda*. Pero esa es cuestión que no se va abordar aquí, sino en la sede destinada al efecto, que no es otra que el Capítulo IV de este estudio.

¹⁰⁰⁰SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 236; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 184; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., pág. 440.

¹⁰⁰¹GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 184.

¹⁰⁰²SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, E.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 114; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 185; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Grupos especiales de riesgo...», op.cit., pág. 440-441.

1.1.1.2.8.- Organización de la prevención: la hipótesis del «Servicio de prevención».

Como con todo acierto y claridad se ha escrito, siendo el empresario el «deudor de seguridad» por antonomasia en el entramado obligacional que conforma la LPRL, “resultaría un despropósito” pretender que éste pudiera, por sí sólo, “llevar a cabo personalmente {todas y cada una de} las tareas necesarias para cumplir esas obligaciones”¹⁰⁰³. A tal efecto, el instrumento clave diseñado por el legislador en auxilio del empresario para que éste pueda cumplir diligentemente con su deuda de seguridad en orden a garantizar la protección eficaz del correlativo derecho del trabajador, es el denominado «Servicio de Prevención», regulado en los arts. 30-32 LPRL, trasunto del art. 7 DM, sin que esa corresponsabilización auxiliar excluya la plena responsabilidad empresarial por incumplimiento¹⁰⁰⁴, ex art. 14.4 LPRL.

¹⁰⁰³ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., págs. 123-124.

¹⁰⁰⁴Se ha escrito, con toda razón, que el expreso reconocimiento del empresario como deudor de seguridad, ex arts. 14.2 y 15.1 LPRL, supone que “con el nombramiento de estos trabajadores o servicios para encargarse de algunas tareas de prevención no se libera el empresario de sus obligaciones” (GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 194-195; en parecidos términos, BASENGHI, F.: «La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel nuovo quadro legale», en AA.VV.: *La sicurezza del lavoro...*, op.cit., pág. 113). En otras palabras, “el empresario es siempre el principal «deudor de seguridad», sin que su responsabilidad desaparezca por el hecho de concertar un servicio de prevención” (ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 128; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 201; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 270). Cuestión distinta, obviamente, es la responsabilidad que el empresario-deudor de seguridad puede exigir por incompetencia, negligencia, impericia o infravaloración de los riesgos por parte de quienes auxilian en esa tarea al empresario (servicio de prevención, interno o externo): en estos casos, el empresario podrá reclamar responsabilidades civiles, e incluso penales cuando los trabajadores u otros integrantes de tal Servicio incurrir en una conducta delictual.

La constitución del Servicio de Prevención está delimitada por un doble parámetro: la dimensión cualitativa (complejidad de los riesgos y estructura organizativa) y cuantitativa (tamaño) de la empresa¹⁰⁰⁵. Tomando como punto de partida ese dato, la LPRL vertebrada una terna de opciones brindadas al empresario a fin del correcto cumplimiento de esta obligación específica contraída a organizar la actividad preventiva¹⁰⁰⁶: de un lado, la designación de uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad (A); de otro, la constitución de un Servicio de prevención propio (B); finalmente, el círculo se cierra con la hipótesis de concertación de dicho servicio con una entidad especializada, ajena y externa a la empresa concertante (C). Sucede que a esa tríada originaria sentada por la LPRL, hay que anudar, según entiendo, una cuarta opción introducida más recientemente por el art. 21 RSP: la creación de Servicios de Prevención mancomunados (D). Veamos cada una de estas hipótesis por separado.

A.- La designación ad hoc de uno o varios trabajadores, encomendándoles la asunción de las funciones del Servicio de

¹⁰⁰⁵GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «La organización de la acción preventiva en las pequeñas y medianas empresas y la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales: un aspecto crucial», La Ley nº 4067, 27.6.1996, pág. 2; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 124. Desde otra perspectiva formalmente diversa, pero sustancialmente idéntica, se ha señalado que “el sistema organizativo de prevención en la empresa, se modula en función de la concurrencia de las siguientes circunstancias”: tamaño de la empresa, tipos de riesgos a los que puedan encontrarse expuestos los trabajadores, distribución de riesgos en la empresa y peligrosidad de las actividades desarrolladas (cfr. SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley...*, op.cit., pág. 103).

¹⁰⁰⁶Se trata, en consecuencia, de una facultad empresarial de escoger la vía de canalización de la actividad preventiva, dado que la obligación “se contrae a organizar la actividad preventiva” (cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 258; BASENGHI, F.: «La ripartizione intersoggettiva...», op.cit., págs. 109-110).

Prevención¹⁰⁰⁷, es una opción posible (ex art. 30 LPRL y arts. 10.1.b, 12 y 13 RSP) que al empresario corresponde escoger cuando la dimensión de la empresa presente una plantilla de seis o más trabajadores¹⁰⁰⁸. El número de trabajadores designados y los medios materiales puestos a su disposición

¹⁰⁰⁷Los trabajadores designados constituyen una especie de «servicio de prevención interno», dado que el servicio de prevención no es tanto un órgano *cuanto una función o conjunto de funciones*, salvándose así el grave equívoco terminológico y semántico que pudiera llevar al yerro de entender que los trabajadores designados no constituyen, propiamente, un servicio de prevención interno y *alternativo* a los otros sistemas (en esta línea, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., págs. 124-125; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 195-196; contra, negando la consideración de servicio de prevención interna a la labor desarrollada por los trabajadores designados por el empresario, en base al criterio formalista de la “acreditación administrativa” como elemento esencial de tales Servicios, GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, E.: «Derechos y deberes en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», op.cit., pág. 53). Por otro lado, los trabajadores así designados *pueden coexistir* con un servicio de prevención externo (v.gr. ocupado de la vigilancia de la salud), en cuyo caso deberán coordinar sus actividades (SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 123; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 262).

¹⁰⁰⁸Cuando la empresa disponga de *menos de seis trabajadores*, el empresario podrá de modo facultativo asumir personalmente (*con excepción de las actividades de vigilancia de la salud*: arts. 11.1 y 11.2 RSP) y sin que ello altere “la obligación general de seguridad del empresario” por cuanto únicamente supone “una excepción a la regla de la universalización de los servicios de prevención a todas las empresas” aligeradora de trabas preventivas en la pequeña empresa (SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 258-259), las funciones del Servicio de Prevención (art. 30.5 LPRL y arts. 10.1.a y 11.1 RSP), siempre y cuando desarrolle habitualmente su actividad profesional en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria para tal actividad preventiva (capacidad que habrá de determinarse tanto en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y de la peligrosidad de las actividades —esto es, *no podrá asumirlas* en los casos previstos en el Anexo I RSP— cuanto en base a la posesión empresarial de la *cualificación* requerida para el desarrollo de tales funciones en el Capítulo VI RSP, dato éste que, a mi juicio, o bien va a generalizar el sistemático incumplimiento empresarial por no reunirse tales requisitos de cualificación o bien va a fomentar en las empresas de tamaño dimensión —menos de seis trabajadores— la designación de trabajadores para encargarse de la cuestión o el concierto con entidad ajena y externa de tales funciones), pudiendo optar, no obstante, por no asumir personalmente dichas funciones y designar para ello a uno o varios trabajadores (como facultad empresarial de opción, no como obligación, ex art. 12.2.a RSP). Tal es, asimismo y en similares términos, la posibilidad de asunción empresarial de tales funciones prevista en el Ordenamiento italiano por el art. 10 DLeg. n° 626, de 19.9.1994 (BARBIERI, E.M.: «Prime considerazioni generali sul Decreto Legislativo 19 settembre 1994, n. 626». *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* n° 2-1995, pág. 317). Finalmente, hay que señalar que el art. 12.2 RSP establece que “no

(tiempo, información, formación)¹⁰⁰⁹ deberán ser suficientes e idóneos¹⁰¹⁰, a la par que el perfil cognoscitivo de tales trabajadores debe adecuarse, ex art. 13.1 RSP, a los parámetros de capacidad establecidos en el capítulo VI RSP¹⁰¹¹. Dejando al margen tales cuestiones, dos factores deben convergen sinérgicamente, a mi juicio, para que la designación de dichos trabajadores (a los que denomino como “Representantes Técnicos de Prevención”), se traduzca en una labor preventiva que pueda adjetivarse de efectiva:

- De un lado, resulta palmario que “la potestad rectora del empresario será, sin duda, argumento de peso” que habrá de sopesarse a fin de “valorar el grado de independencia material en la actuación de dichos trabajadores,

será obligatoria la designación de trabajadores” cuando el empresario realice por sí la actividad preventiva, o mediante servicio de prevención ya propio, ya ajeno o concertado.

¹⁰⁰⁹El art. 13.2 RSP deja al albedrío del empresario estas cuestiones, al señalar que tanto ese número, como el tiempo y medios materiales empleados “deberán ser los necesarios para desarrollar adecuadamente sus funciones”. A mi juicio, *ésta es cuestión que debe abordar con prontitud la negociación colectiva*, en punto a establecer tramos o escalas de número de trabajadores a designar en función del volumen de plantilla, y tiempo y medios materiales a utilizar, pues la LPRL y el RSP emplean aquí una técnica implícita de *complementariedad*, al referir, de modo un tanto elusivo, a que unas y otras cuestiones sean las necesarias para el desarrollo adecuado de tales funciones (tal parecer ser, por lo demás, el sentido de la Disposición Adicional séptima RSP, que atribuye estos quehaceres a la negociación colectiva). En todo caso, hay que convenir en que “entre los medios precisos con lo que deben contar estos trabajadores debe estar tanto la información sobre los riesgos y medios previstos para conjurarlos del art. 18, como la documentación a la que alude el art. 23” LPRL (cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 197; sobre la documentación ex art. 23 LPRL como “deber accesorio” del empresario, ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., págs. 129-130).

¹⁰¹⁰Cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 126; GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «La organización de la acción preventiva...», op.cit., pág. 3; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «Derechos y deberes en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», op.cit., pág. 53.

¹⁰¹¹El RSP da así respuesta a la laguna abierta en este sentido por la LPRL, integrando reglamentariamente de contenido, en *técnica cuasi deslegalizadora*, el art. 30 LPRL en cuanto a las capacidades requeridas a estos trabajadores en cuanto a desarrollar funciones de servicio de prevención. Tales capacidades deben adecuarse, en consecuencia, a lo previsto en el capítulo VI RSP (funciones y niveles de cualificación).

sobre todo en empresas pequeñas donde la falta de hábitos participativos y representativos, así como la mayor proximidad personal entre patrono y trabajadores¹⁰¹² puede constituirse en una plúmbea losa que menoscabe gravemente la independencia, imparcialidad y objetividad en la actuación de estos trabajadores, debiéndose recabar las medidas adecuadas para que esta gangrenada situación no se produzca¹⁰¹³.

- De otro y a modo de corolario del anterior, debe saludarse por acertada¹⁰¹⁴ la previsión legal de atribución de las garantías del art. 68, letras

¹⁰¹²GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «La organización de la acción preventiva...», op.cit., pág. 3.

¹⁰¹³Esta problemática sólo puede solventarse de dos formas: a) Mediante el obligado sometimiento de la actividad preventiva a una “auditoría externa”, opción prevista por el legislador que retomaremos en breve (arts. 30.6 LPRL y 29-33 RSP); b) Mediante la creación, en sede convencional preferentemente supraempresarial y sectorial, de la figura del Delegado Territorial de Prevención, cuestión ésta que será abordada con atención en el Capítulo III de la Tesis, a cuya lectura remito.

¹⁰¹⁴Opinión radicalmente contraria sostiene FERNÁNDEZ MARCOS, autor que califica de “excesiva” esta heterotutela brindada a trabajadores que han sido designados por el empresario, señalando que el legislador no ha sido coherente al “equiparar las garantías de representantes de los trabajadores y representantes del empresario en la común función preventiva”, dado que los “intereses que representan unos y otros son radicalmente opuestos” (cfr. «El contenido de la Ley...», op.cit., págs. 826-827). A vuelapluma, debo señalar mi discrepancia con este parecer, por cuanto: a) La actuación de los trabajadores designados por el empresario debe atender a la tutela de un derecho fundamental, la vida, integridad y salud de sus compañeros; b) La extensión de las garantías señaladas no es sino lógica consecuencia de garantizar la objetividad, neutralidad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, evitándose así el maniqueísmo pro-empresarial en la actuación de tales trabajadores, tan característico en la relación entre los médicos de empresa y el empresario y que tan necesitada de este tipo de garantías se hallaba (así lo remarcó, en su excelente estudio, GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, op.cit., págs. 233-234, en cita a LÓPEZ GANDÍA--); c) No representan a los intereses del empresario, sino a los de la prevención de riesgos, siendo un instrumento auxiliar de la obligación de seguridad empresarial, mas no debe atenderse en el desempeño de tal misión a los meros dictados empresariales; d) Como la seguridad e higiene en el trabajo es una materia eminentemente conflictual, no debe extrañar (ni mucho menos) que surjan tensiones entre el empresario y los trabajadores designados en punto a la adopción de medidas preventivas, razón de más para preservar la libre actuación de tales trabajadores; e) En fin, aunque la no-responsabilidad “laboral” de estos trabajadores por el correcto ejercicio de sus funciones queda preservada, nada impide al empresario sancionarlos (o reclamarles

a), b) y c) y 56.4 TLRET a los trabajadores así designados, de suerte que se les brinda una heterotutela consistente frente a aquellas sanciones disciplinarias que pudieran imponérseles en razón del ejercicio de sus funciones preventivas¹⁰¹⁵.

B.- La constitución de un servicio de prevención interno propio es la segunda facultad de opción concedida, ex LPRL, al empresario en punto al cumplimiento eficaz de la obligación específica de organización preventiva que le incumbe¹⁰¹⁶. Mas sucede que esa simple opción, tal como está diseñada en la LPRL, se troca en obligatoriedad en determinados casos ex art. 14 RSP, precepto que ha llevado a cabo la regulación deslegalizada de la cuestión preconizada por la doctrina.

responsabilidades civiles) siempre que su actuación haya sido negligente, dolosa o, en definitiva, contraria a la actuación preventiva que tienen encomendada.

¹⁰¹⁵Sobre esta cuestión, GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 197-198; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 126; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 262-263; SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 124. También se atribuye a estos trabajadores, a los que podríamos denominar como *trabajadores con funciones de servicio interno de prevención*, el mismo *deber de sigilo* impuesto a los Delegados de Prevención en cuanto a las informaciones a las que, como resultado del correcto ejercicio de sus funciones, tengan acceso, cuestión que será abordada con mayor detalle en el apartado del Capítulo III de la Tesis *destinado específicamente* al análisis del deber de sigilo de los referidos Delegados.

¹⁰¹⁶Ese servicio de prevención “propio” puede (cumulativamente) o no (alternativamente) coexistir con la opción empresarial de designación de trabajadores recién referida: ésta es una opción del empresario, aunque es lo cierto que “siempre y cuando se resuelva el problema de las funciones que deben ser adecuadamente cumplidas por los trabajadores nombrados para cubrirlas” y por el Servicio de Prevención propio creado, no hay problema para que coexistan, porque, se insiste, son opciones alternativas, complementarias (cuando sea necesario en virtud del tamaño de la empresa, los tipos de riesgos existentes y la distribución de los mismos), no excluyentes y, en consecuencia, de posible acumulación (GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 195-196; MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad...*, op.cit., pág. 96).

Así, a los efectos que aquí interesan, hay que señalar respecto a este sistema “más sofisticado”¹⁰¹⁷ de organización preventiva en la empresa que es el Servicio de Prevención propio, las siguientes consideraciones:

- La obligatoriedad de su constitución en empresas de más de 500 trabajadores (art. 14.a RSP).

- La obligación de constituirlo en empresas de más de 250 y menos de 500 trabajadores, siempre que la actividad de la empresa se acomode a alguna de las listadas en el Anexo I RSP¹⁰¹⁸ (art. 14.b RSP)¹⁰¹⁹.

- Que, aun tratándose de empresas no comprendidas en los dos supuestos anteriores, así decida la obligatoriedad de su constitución la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y, en su caso,

¹⁰¹⁷ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 127.

¹⁰¹⁸Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes, a agentes tóxicos o muy tóxicos, cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, a concentraciones elevadas de polvo silíceo; manipulación de productos químicos de alto riesgo; trabajos propios de minería a cielo abierto y de interior y sondeos en superficie terrestre o en plataformas marinas; fabricación, manipulación y utilización de explosivos; actividades en inmersión bajo el agua, en obras de construcción, en la industria siderúrgica, en la construcción naval, en la de producción de gases comprimidos, licuados o disueltos y en trabajos con riesgos eléctricos de alta tensión; trabajos con exposición a riesgos biológicos de los grupos 3 (agentes patógenos, con riesgo de propagación, con profilaxis o tratamientos eficaces) y 4 (agentes patógenos, con muchas probabilidades de propagación, sin profilaxis o tratamientos eficaces) de la Directiva 90/679, de 26 de noviembre (DOCE 31.12.1990).

¹⁰¹⁹La Disposición Transitoria Primera RSP establece que las empresas que puedan constituir Servicios de Prevención propios “de más de 250 y hasta 1000 trabajadores” (no se alcanza a ver por qué se fija ese baremo de “1000 trabajadores”) deberán tenerlos en funcionamiento antes del 1.1.1999, “con excepción de las empresas” que realizan alguna de las actividades listadas en el Anexo I, que “lo harán el 1 de enero de 1998”, resultando que hasta esas fechas “las actividades preventivas en las empresas citadas deberán ser concertadas con una entidad especializada ajena a la empresa”, salvo aquéllas “que vayan siendo asumidas progresivamente por la empresa mediante la designación de trabajadores, hasta su plena integración en el servicio de prevención que se constituya”.

de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada, o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, creación a lo que no cabe negarse salvo que el empresario opte por la vía del concierto con una entidad especializada ajena debidamente acreditada (arts. 14.c y 16.1.b RSP)¹⁰²⁰.

- Que de la definición legal¹⁰²¹ y reglamentaria¹⁰²² del Servicio de Prevención propio se desprende su carácter interdisciplinar, corroborado el mismo por su singular composición¹⁰²³ y alimentado por la necesaria

¹⁰²⁰Establece el art. 14.c, párrafo 2º, RSP que “teniendo en cuenta las circunstancias existentes, la resolución de la autoridad laboral fijará un plazo, no superior a un año, para que, en el caso de que se optase por un servicio de prevención propio, la empresa lo constituya en dicho plazo”, término durante el cual “las actividades preventivas en la empresa deberán ser concertadas con una entidad especializada ajena a la empresa”, salvo aquéllas que gradualmente vayan siendo asumidas por los trabajadores designados por el empresario.

¹⁰²¹Art. 31.2 LPRL: “Se entenderá como Servicio de Prevención 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 especializada”.

¹⁰²²Art. 10.2 RSP: “se entenderá por Servicio de Prevención propio el conjunto de medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de las actividades de prevención”.

¹⁰²³Art. 31.4 LPRL: “El Servicio de Prevención tendrá carácter interdisciplinar, debiendo sus medios ser apropiados para cumplir sus funciones...”. Art. 10.3 RSP: “Los servicios de prevención tendrán carácter interdisciplinar, entendiéndose como tal la conjunción coordinada de dos o más disciplinas técnicas o científicas en materia de prevención de riesgos laborales”. Esa interdisciplinariedad supone la plural composición del mismo (médicos del trabajo, higienistas industriales, ergónomos, psicólogos, técnicos en prevención, etc., tal como recoge el párrafo 6º E. de M. RSP), resultando que como mínimo habrá de contar, ex art. 15.2, párrafo 2º, RSP, con “dos de las especialidades o disciplinas preventivas” previstas en el art. 34 RSP (funciones de nivel básico, intermedio o superior) y desarrolladas por expertos “con la capacitación necesaria para las funciones” a desarrollar en cada nivel. En fin, todas esas cuestiones traen causa del tenor del art. 31.4 LPRL, cuando señala que “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”.

coordinación de actividades entre los miembros de diverso nivel funcional (básico, intermedio y superior) que lo integran¹⁰²⁴.

- Que la empresa, ex arts. 39.2.d LPRL y 15.5 RSP, está obligada a elaborar anualmente la memoria y programación del Servicio de prevención propio para el correspondiente ejercicio¹⁰²⁵, quedando dicha documentación accesoria a disposición de la autoridad laboral y sanitaria competente, y siendo competencia del Comité de Seguridad y Salud¹⁰²⁶ el conocimiento y la emisión de informe que debe constar en la memoria y en la programación anual referidas.

- Al igual que sucede en el caso de la designación de trabajadores por parte del empresario, la creación de Servicio de Prevención propio comporta

¹⁰²⁴Esa coordinación entre los miembros del Servicio de Prevención propio se desprende del art. 15.2, párrafo 2º, RSP, y atañe particularmente (pero no sólo) a cuestiones tales como las que ejemplificativamente cita ese precepto (diseño preventivo de los puestos de trabajo, identificación y evaluación de riesgos, planes de prevención, planes de formación de los trabajadores), resultando necesaria dicha coordinación como consecuencia de los *diversos niveles de capacitación funcional y cognoscitiva de los miembros que lo integran*. En cuanto a la forma de trabar esa coordinación, el art. 15.2, párrafo 4º, RSP, señala que “las actividades de los integrantes del servicio de prevención se coordinarán con arreglo a protocolos u otros medios existentes que establezcan los objetivos, los procedimientos y las competencias” entre los miembros, de forma que, según entiendo, puede protocolizarse notarialmente (documento público o privado elevado a público), o mediante cualquier otro procedimiento escrito (por razones de seguridad jurídica) que detalle puntualmente tales aspectos.

¹⁰²⁵Las entidades especializadas que actúen como servicio de prevención ajeno deben mantener, a disposición de las autoridades laboral y sanitaria, una memoria explicativa anual de las actuaciones practicadas a las empresas con las que se mantiene concierto, detallando los datos de éstas; asimismo, deben facilitar a las empresas la memoria y programación anual de la actividad preventiva, a fin de su conocimiento y emisión de informe por parte del Comité de Seguridad y Salud (arts. 20.2 RSP y 39.2.d LPRL).

¹⁰²⁶Sin perjuicio del completo análisis que de este órgano participativo se llevará a cabo en el Capítulo III de la Tesis, reténgase aquí que el Comité de Seguridad y Salud es 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”, y su constitución es obligatoria “en empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores” (arts. 38.1 y 38.2 LPRL).

la fiscalización de su actividad preventiva (art. 30.6 LPRL y arts. 29-33 RSP) a través de auditorías o evaluaciones externas¹⁰²⁷, de periodicidad quinquenal como regla general¹⁰²⁸, que deberán llevarse a cabo por personas físicas o jurídicas debidamente autorizadas por la autoridad laboral del lugar donde radiquen sus instalaciones principales¹⁰²⁹, no siendo posible que las entidades que, como veremos a continuación, puedan mantener concierto con el

¹⁰²⁷La auditoría es un “instrumento de gestión” de los riesgos mediante la que se plasma, en términos de eficacia, la evaluación documentada y objetiva del sistema preventivo analizado, de las evaluaciones inicial y sucesivas de riesgos practicadas, de la planificación de la actividad preventiva y de las medidas dispuestas frente a los riesgos, especialmente los específicos (art. 30 RSP). Los resultados de la auditoría se reflejan en informe singularizado de la empresa auditada, que ésta deberá conservar a disposición de la autoridad laboral competente y de los representantes de los trabajadores (art. 31 RSP).

¹⁰²⁸Si bien el art. 29.2 RSP, establece, en su párrafo 2º, la posibilidad de que esa periodicidad *se trunque por requerimiento de la autoridad laboral*, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas, *en función de los índices de siniestralidad u otros datos* que requieran esa revisión de los resultados de la última auditoría. De idéntica forma, aun cuando en las empresas de menos de 6 trabajadores cuyas actividades no estén incluidas en el Anexo I RSP, no sea obligatoria la evacuación de tales auditorías bastando la mera notificación (según el modelo recogido en el Anexo II, acreditando la no obligatoriedad de llevar cabo tal auditoría y a efectos de registro administrativo y posterior acopio de información globalizada para la Comisión Nacional de Seguridad y Salud, como órgano de participación institucional) del empresario que haya asumido las funciones oportunas (art. 29.3 RSP), puede requerir la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del órgano técnico en materia preventiva de la Comunidad Autónoma, a la vista de los índices de siniestralidad de la empresa u otras circunstancias relativas a la peligrosidad detectada de la actividad desarrollada o de la inadecuación del sistema de prevención adoptado, la realización de una auditoría.

¹⁰²⁹Las personas físicas o jurídicas que deseen desarrollar actividades de auditoría deberán poseer “un conocimiento suficiente de las materias y aspectos técnicos objeto de la misma”, contar con “los medios adecuados para ello” (art. 32.1 RSP), presentar una solicitud ante la autoridad laboral en la que consten “las previsiones de dotación de personal para el desempeño de la actividad preventiva, con indicación de su cualificación profesional y dedicación, así como de las instalaciones y medios instrumentales”, la ubicación de los mismos (arts. 23.c y 33.1 RSP) y los mismos requisitos de acreditación de los servicios de prevención ajenos (arts. 33.3 y 26-27 RSP). La referida solicitud se resolverá en tres meses, operando el silencio administrativo como negativo o desestimatorio.

empresario como Servicio de Prevención ajeno, se encarguen de la realización de la auditoría¹⁰³⁰.

C.- La concertación con un servicio de prevención ajeno y externo, es la tercera de las posibilidades brindadas por la LPRL al empresario en aras a la organización preventiva en la empresa. Por Servicio de Prevención ajeno hay que entender “el prestado por una entidad especializada que concierte con la empresa la realización de actividades de prevención, el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgos o ambas actuaciones conjuntamente” (art. 10.2 RSP)¹⁰³¹. En apretada síntesis de sus caracteres estructurales, hay que asentar lo siguiente:

- El art. 16.a RSP presenta un tono un tanto críptico (en la ya de por sí enrevesada estructuración de remisiones sistemáticas *ad intra* tan usuales en esa norma reglamentaria), por cuanto afirma que al Servicio de Prevención ajeno, deberá acudir el empresario cuando “la designación de uno o varios

¹⁰³⁰ Tampoco podrán mantener la empresa y la auditoría vinculaciones “comerciales, financieras o de cualquier otro tipo de las que concierte la propia auditora como empresa para desarrollar las actividades de prevención en el seno de la misma”(art. 32.3 RSP).

¹⁰³¹ El Servicio de Prevención ajeno actúa, así, elevando “el grado de rigurosidad en la actividad de prevención de los riesgos”, al aportar la necesaria dosis de profesionalidad --cfr. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 128---. Nótese, por cierto, que utilizo el singular “Servicio” y no el plural “Servicios” porque comparto en gran medida la opinión de ALARCÓN cuando señala que, “aunque el Servicio pueda subdividirse en varias unidades en atención a las concretas tareas a realizar”, su necesaria coordinación interdisciplinaria no empece a que “servicio de prevención no hay más que uno --porque una es la actividad: prevención de riesgos en la empresa--” (cfr. «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 128). Esto es, habría que precisar que lo realmente importante no es tanto el número de órganos, *sino la función desarrollada*: si el Servicio de Prevención es ajeno, tanto da que sean uno o varios, la función preventiva es la misma, aun cuando pueda estar desglosada en varias facetas (reconocimientos médicos, seguridad en las máquinas, posturas dorsolumbares ergonómicas en cadenas de montaje, etc.).

trabajadores sea insuficiente” y “no concurren las circunstancias que determinan la obligación de constituir un servicio de prevención propio”. A mi juicio, de la interpretación sistemática de este precepto con los arts. 16.b y 16.c RSP, resulta que el legislador prioriza la creación de Servicios de prevención propios en cada empresa, pero al tiempo potencia, mediante el Servicio de Prevención ajeno, la cobertura complementaria de las “lagunas” preventivas de los sistemas organizativos basados en la designación *ad hoc* de trabajadores o en la presencia de Servicio de prevención propio, probablemente por entender que su carácter de “entidades especializadas”¹⁰³² y su ligazón al “tronco común” de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales le conceden una experiencia y “solera” de la que carecen, hoy por hoy, el resto de mecanismos de organización preventiva¹⁰³³.

¹⁰³²Por entidades especiales que pueden actuar como Servicios de Prevención se alude a aquéllas que reúnan los requisitos previstos en los arts. 17 y 18 RSP (v.gr., organización, instalaciones, recursos humanos que le permitan desarrollar la actividad preventiva, equipos necesarios para el desempeño de la actividad, constitución de garantía financiera, aprobación por la Administración sanitaria de los aspectos de carácter sanitario, acreditación ante la Administración laboral, composición interdisciplinar, etc.), y cuyas funciones se conectan, ex art. 19 RSP, a las previstas en el art. 31.3 LPRL (diseño, aplicación, coordinación de planes y programas de actuación preventiva; evaluación de riesgos; prioridades de actuación; información y formación; prestación de primeros auxilios y planes de emergencia; vigilancia de la salud).

¹⁰³³Esa clara ligazón legislativa entre Servicio de Prevención y Mutuas de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales tiene su anclaje en el art. 32 y en la Disposición Transitoria Segunda LPRL y en el art. 22 y en la Disposición Transitoria Segunda RSP. Por otro lado, el proceso de absorción derogatoria de los Servicios Médicos de Empresa iniciado transitoriamente con la Disposición Derogatoria Única LPRL, se consuma con la Disposición Adicional Segunda del RSP, que establece su definitiva integración en los Servicios de Prevención propios de las empresas, una vez éstos se vayan constituyendo, y la Disposición Derogatoria Única RSP, que deroga expresamente las normas hasta la fecha ordenadoras de los Servicios Médicos de Empresa (Decreto 1036/1959, de 10 de junio, BOE 26.6.1959 y Orden, 21.11.1959, BOE 27.11.1959). En fin, un breve análisis de la labor desarrollada hasta la fecha en materia de prevención de riesgos por las Mutuas, en SÁNCHEZ FIERRO, J.: «Mutuas de Accidentes de Trabajo: aportación presente y futura a la Prevención de Riesgos Laborales», TS nº 73-1997, pág. 23-25.

- Se establece el derecho de los representantes de los trabajadores a ser consultados, ex arts. 33.1 LPRL y 16.2 RSP, con anterioridad a la adopción de la decisión de concertar la actividad preventiva con uno o varios servicios de prevención ajenos.

- El Servicio de Prevención ajeno debe constituirse mediante la cumplimentación de una serie de trámites obligatorios (solicitud de autorización ante la autoridad laboral¹⁰³⁴, aprobación provisional, acreditación¹⁰³⁵ y registro) delimitados en los arts. 23 a 28 RSP; d) Cuando el empresario desee concertar la organización de la actividad preventiva con un Servicio de prevención ajeno, debe ajustarse dicho concierto a los requisitos y contenido mínimo establecidos en el art. 20 RSP¹⁰³⁶.

D.- La cuarta y última opción empresarial, atañe a la constitución de los Servicios de prevención mancomunados (arts. 21 y 15.3 RSP). Por lo que aquí interesa, baste con señalar que tales servicios podrán constituirse, según

¹⁰³⁴Entre los documentos que han de adjuntarse a la solicitud de acreditación (art. 23 RSP), *merece destacarse* el compromiso de suscripción de una póliza de seguro para cubrir sus responsabilidades, actualizable anualmente en función de la variación del IPC (cuantía mínima para 1997: 200 millones), “sin que dicha cuantía constituya el límite de la responsabilidad del servicio” (art. 23.d RSP).

¹⁰³⁵La correcta aplicación de los criterios de acreditación y autorización administrativa requiere, con todo, de la elaboración de los criterios de coordinación entre Administraciones (laboral y sanitaria) que ha de establecer la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (art. 24.2 y Disposición Adicional Octava RSP).

¹⁰³⁶Tales requisitos son: formalización por escrito; identificación de la actividad especializada que actúa como servicio de prevención ajeno y de la empresa destinataria de la actividad; aspectos concretos de la actividad preventiva a desarrollar; actividad de vigilancia de la salud, en su caso; duración temporal del concierto y condiciones económicas del mismo.

entiendo y pese a la no excesivamente afortunada técnica jurídica empleada por el legislador, en dos supuestos:

- “Entre aquellas empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial”, supuesto cuya razón de ser trae causa y es manifestación específica de la coordinación de actividades como obligación interempresarial que veremos *infra* (epígrafe 1.1.1.2.10), procediéndose a su creación mediante acuerdo interempresarial de constitución, previa consulta de cada empresario participante a los representantes legales de su empresa (cabe entender, ante la imprecisión legal, que ante los Delegados de Prevención, por interpretación sistemática de los arts. 36.1.c y 33 LPRL), debiendo obrar en dicho acuerdo las “condiciones mínimas en que tal servicio de prevención debe desarrollarse”.

- Mediante acuerdo interprofesional (art. 83.3 TRLET) o convenio colectivo o, en defecto de ambos instrumentos convencionales, mediante acuerdo entre las empresas afectadas que o bien “pertenezcan a un mismo sector productivo o grupo empresarial”, o bien “desarrollen actividades en un polígono industrial o área geográfica limitada” (nótese el *amplio abanico de opciones* que abre para la negociación colectiva o para acuerdos interempresariales en punto a la constitución de tales servicios de prevención mancomunados).

En otro orden de cosas, una vez sentados los cuatro supuestos de canalización empresarial, vía Servicio de Prevención, de las funciones

organizativas de la prevención en la empresa, hay que efectuar una breve mención final a las divergencias o singularidades aplicativas que aquella regulación descrita presenta en el ámbito de la Administración pública. Así, ya el art. 31.1 LPRL introdujo un primer matiz diferencial al señalar que “para el establecimiento de estos servicios en las Administraciones públicas, se tendrá en cuenta su estructura organizativa y la existencia, en su caso, de ámbitos sectoriales y descentralizados¹⁰³⁷”, matización con la que probablemente el legislador ha querido acomodar los sistemas de prevención para garantizar la vida, integridad y salud de los empleados públicos a las peculiaridades que presentan las Administraciones públicas como empleadoras.

Concretando este mandato legal¹⁰³⁸, el apartado III de la ISEAP de 26.2.1996¹⁰³⁹, ha fijado unas reglas genéricas que pueden sintetizarse en las dos que siguen. De un lado, establece que “los órganos competentes determinarán, previa consulta con las organizaciones sindicales y en función de la estructura organizativa y territorial de sus organismos¹⁰⁴⁰, así como del

¹⁰³⁷Esto es, “los criterios de vertebración territorial y funcional de la organización de las Administraciones públicas y de la estructura de la negociación colectiva del personal funcional y laboral a su servicio”. Cfr. ROQUETA BUJ, R.: «La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en las Administraciones públicas», TS nº 73-1997, pág. 58

¹⁰³⁸MERCADER UGUINA, J.R.: «Ley de Prevención de Riesgos Laborales y Administraciones Públicas», RL nº 11-1996, pág. 50.

¹⁰³⁹BOE 8.3.1996.

¹⁰⁴⁰Repárese en que la consulta con las organizaciones sindicales en función de la estructura organizativa y territorial de la Administración pública afectada, encierra, a mi juicio, una velada remisión *mutatis mutandis* a las normas disciplinadoras de la estructura de la negociación colectiva funcional, de suerte que: a) En el ámbito de la Administración del Estado, esa consulta la evacuarán los altos cargos del Ministerio correspondiente en representación del Ministro competente en función del ámbito consultivo (si el ámbito es el de una Mesa General de negociación

tipo de riesgos presentes en el sector y la incidencia de los mismos en los empleados públicos”, el tipo de servicio de prevención más ajustado a sus características, potenciando la utilización de los recursos propios existentes en las Administraciones públicas¹⁰⁴¹. De otro, esos órganos competentes podrán designar uno o varios empleados públicos para ocuparse de la actividad de prevención de riesgos profesionales, constituir un Servicio de prevención o concertar dicho Servicio con una entidad especializada, debiendo consultarse con los órganos de representación del personal si se opta por la designación de empleados públicos para realizar la actividad preventiva¹⁰⁴².

--funcionarios civiles de las Administraciones Civil y Militar del Estado y sus respectivos organismos autónomos, funcionarios y personal estatutario de la Seguridad Social, funcionarios de la Administración de Justicia, funcionarios al servicio de los órganos constitucionales con excepción de los del Parlamento--, es competente el Ministro para las Administraciones públicas, mientras que si las Mesas son sectoriales --personal docente de los centros públicos universitarios, personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros, personal al servicio de las Instituciones Sanitarias públicas, personal de la Administración de Justicia, personal funcionario de las Universidades, personal de la Administración central e institucional y de las entidades gestoras de la Seguridad Social--, lo será el Ministro del ramo correspondiente); b) En el ámbito de las CCAA, la consulta será evacuada por quien represente a la Administración autonómica de referencia y según se trate de un ámbito de consulta equivalente a la Mesa General o a cualquiera de las Mesas Sectoriales; c) En las entidades locales, al existir una Mesa General en cada entidad y niveles de negociación específicos para sectores de la función pública local, al Alcalde --consulta-- y al Presidente de la Diputación --negociación--, sin perjuicio de que éstos deleguen sus funciones en altos cargos.

¹⁰⁴¹SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 271.

¹⁰⁴²MERCADER UGUINA, J.R.: «Ley de Prevención...», op.cit., págs. 50-51; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., pág. 271. Lo que no tiene cabida es plantearse si la Administración pública puede asumir *per se* la organización de dichos servicios, dado que se trata de una persona jurídica, por lo que sólo caben las otras tres vías (designación de empleados, servicio de prevención propio, servicio de prevención concertado) --cfr. ROQUETA BUJ, R.: «La aplicación de la Ley de Prevención...», op.cit., pág. 58--.

El último tramo en la senda normativa del Servicio de Prevención en la Administración pública, se encuadra en la Disposición Adicional Cuarta RSP, en la que se sientan, según me parece, las cuatro pautas hermenéuticas que siguen:

- En primer lugar, “la organización de los recursos necesarios” para desarrollar las actividades preventivas y la “definición de las funciones y niveles de cualificación del personal que las lleve a cabo” se remiten a una futura norma que, como legislación básica y previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, ordenará la cuestión.

- En segundo lugar, “en defecto de la citada normativa específica, resultará de aplicación” lo dispuesto en el RSP, como solución plausible de Derecho transitorio.

- En tercer lugar, se establece que “no serán de aplicación a las Administraciones públicas las obligaciones en materia de auditorías” previstas en el Capítulo V RSP, opción legislativa que no parece, a mi modo de ver, demasiado justificable máxime si se tiene en cuenta que la auditoría pone de relieve los defectos del sistema preventivo diseñado, razón por sí sólo suficiente para sostener su necesaria aplicación al ámbito de la Administración pública.

- En cuarto y último lugar, la Disposición Adicional Cuarta RSP no hace sino reiterar lo ya archiconocido, en concreto que “las referencias a la negociación colectiva y a los acuerdos a que se refiere el art. 83, apartado 3,

del Estatuto de los Trabajadores” contenidas en el reglamento referido, deben entenderse efectuadas, para el personal con “relaciones de carácter administrativo o estatutario”, a los Acuerdos y Pactos Colectivos previstos en la LORAP (Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos)¹⁰⁴³.

1.1.1.2.9.- Intervención colectiva de los trabajadores en la realización de la prevención de riesgos laborales o “colectivización de la prevención”.

Esta obligación, cristalizada en un poliedro normativo diseminado y desglosado a lo largo de la LPRL, supone la plena admisión, en hipótesis cuando menos, del principio de seguridad participada en nuestro ordenamiento (esto es, concepción de un sistema preventivo con participación de los trabajadores y sus representantes en el proceso decisional de la planificación preventiva, aunque cosa distinta es que del entramado de la LPRL quepa o no deducir aquella plenitud y sus posibles

¹⁰⁴³Los Acuerdos colectivos son *reglamentos negociados* que requieren de un trámite preceptivo y vinculante, so pena de nulidad por defecto procedimental: la aprobación expresa y formal por parte del órgano competente --Consejo de Ministros, Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas o Pleno de las Entidades Locales-- en función del ámbito de afectación, acto que confiere al Acuerdo naturaleza normativa (MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «Contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa» en AA.VV.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1990, pág. 316; BLASCO ESTEVE, A.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», REDA n° 52-1986, págs. 531-533; LÓPEZ GANDÍA, J.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», Revista de Treball n° 8-1988, pág. 24; CASAS BAAMONDE, M.E.: «Los derechos sindicales de los funcionarios públicos en las Administraciones Públicas Vascas», en AA.VV.: *Administración pública y sindicalismo*, Oñati, 1988, pág. 96; STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 16.11.1995, Ar. 8791), mientras los Pactos colectivos son contratos colectivos que no precisan de esa aprobación expresa y formal, y que presentan eficacia jurídica normativa y eficacia personal limitada a las partes contratantes (STSJ Andalucía-Granada 18.4.1994, AS 1655; STSJ País Vasco 14.1.1994, AS 64; STS, Sala 3ª, 30.4.1992, Ar. 4208). Sobre las diferencias entre la negociación colectiva funcionarial y la laboral en el seno de una entidad local (Ayuntamiento de Albacete), véase la interesante STS, Sala 3ª, Sección 7ª, 22.10.1993 (Ar. 7544).

fisuras o carencias), con la que se pone un cierto punto y aparte en el sistema tutelar de la seguridad e higiene en el trabajo, al llevarse a cabo el trasvase de una seguridad e higiene conflictual y asistemática (por la dispersión orgánica y competencial preexistente, y especialmente por la peculiar configuración realizada por una norma preconstitucional --Decreto 432/1971, de 11 de mayo, regulador de los CSH¹⁰⁴⁴-- sobre los pretendidamente especializados y participativos órganos representativos de los trabajadores en la materia), a una seguridad e higiene participada, negociada y, cuando menos, con fundamentos sistemáticos que la Ley no sólo diseña, sino que facilita e introduce un portillo a la negociación colectiva para modular, con respeto a los mínimos de derecho necesario (v.gr. el nivel mínimo de competencias será, de modo indisponible, el fijado en la LPRL¹⁰⁴⁵), ese multívoco entramado.

La intervención colectiva en la realización de la prevención de riesgos va a ser analizada en el Capítulo III de la Tesis, por cuanto entiendo que pese a ser su diseño en gran medida heterónimo (LPRL), se brindan, como se verá, mecanismos dispositivos varios y suficientes para la autonomía colectiva (desde varias técnicas delimitadoras de la relación ley-convenio colectivo) que avalan y aconsejan por ello (y por razones de racionalización, compensación y distribución interna de los propios contenidos de la Tesis) su amplio y exhaustivo abordaje en el Capítulo III de este estudio. En consecuencia, a esa sede temática me remito.

¹⁰⁴⁴BOE 16.3.1971.

¹⁰⁴⁵QUESADA SEGURA, R.: *La autonomía colectiva...*, op.cit., págs. 94-95.

1.1.1.2.10.- Coordinación de actividades empresariales.

Acogida en el art. 24 LPRL, esta obligación entronca con los principios de coordinación y cooperación en las actividades preventivas entre las empresas concurrentes en un mismo lugar de trabajo¹⁰⁴⁶ previstos en los art. 6.4 DM y 17 Convenio OIT nº 155-1981. En sintética valoración sobre el alcance y contenido de esta obligación específica del empresario, cabe apuntar que la misma acoge, a mi modo de ver, dos supuestos diferenciados¹⁰⁴⁷:

A.- La simultánea realización de actividades en un mismo lugar de trabajo¹⁰⁴⁸. Sobre todas las empresas que se hallen en esa situación (también sobre los trabajadores autónomos que presten en el mismo espacio material sus servicios profesionales por cuenta propia¹⁰⁴⁹) recae, aun cuando sólo

¹⁰⁴⁶“La idea de coordinación de actividades empresariales evoca de inmediato determinados supuestos de vínculos interempresariales que suponen, aunque sea de forma indirecta, la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa para otra-s empresa-s”. Cfr. GOERLICH PESET, J.M.: «Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales», AL nº 8-1997, pág. 126.

¹⁰⁴⁷GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 161-167; SALA FRANCO, T.-ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios...*, op.cit., págs. 106-108; SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley...*, op.cit., págs. 106-111.

¹⁰⁴⁸La existencia “de un mismo centro de trabajo en el que presten sus servicios trabajadores de varias empresas”, constituye el “elemento esencial” del art. 24 LPRL. Cfr. GOERLICH PESET, J.M.: «Coordinación de actividades empresariales...», op.cit., pág. 128.

¹⁰⁴⁹No obstante, la redacción del art. 24.5 LPRL “pone a las claras que los trabajadores autónomos son fundamentalmente beneficiarios de las políticas preventivas coordinadas y no obligados a su establecimiento y mantenimiento” y “sólo indirectamente (...) quedan obligados a colaborar en la ejecución de las políticas preventivas”. Cfr. *Ibidem*, op.cit., pág. 130.

exista una mera coincidencia física (sin relación contractual alguna, en consecuencia), un deber, de origen normativo-legal, de cooperación horizontal en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos¹⁰⁵⁰. Ese cooperación puede coordinarse de muy diversas formas (v.gr., mediante la elaboración conjunta de folletos o manuales informativos editados para informar a los trabajadores de todas ellas, o mediante reuniones periódicas entre los técnicos en prevención y los representantes de los trabajadores con funciones preventivas --DPr-- para debatir la eficacia de los sistemas conjuntos de protección y prevención, o, por qué no, mediante la creación en documento mercantil¹⁰⁵¹ o incluso informalmente de un Comité *ad hoc* inter-centros que se reúna periódicamente sin más función ni derechos ni obligaciones que la de tratar de hallar fórmulas de consenso comunes en punto a la mejor eficacia de la red preventiva diseñada), de forma que se traslada a las empresas implicadas la obligación de atemperar y modular los medios idóneos y eficaces de coordinación preventiva¹⁰⁵².

Ahora bien, hay que reseñar, a mi modo de ver, dos excepciones puntuales a esa aformalidad de los mecanismos de coordinación libremente determinados por las empresas concurrentes. De un lado, todo empresario debe, obligatoriamente, informar a sus trabajadores sobre los riesgos

¹⁰⁵⁰ Algunas consideraciones sobre esta coordinación horizontal, en *ib.*, op.cit., págs. 132-133.

¹⁰⁵¹ La posibilidad de protocolizar en documento mercantil esa coordinación de actividades, es inviabile en el ámbito del empleo público, por lo que debe entenderse como hipótesis referida exclusivamente al ámbito laboral.

¹⁰⁵² De la importancia del cumplimiento de esta obligación de coordinación da cuenta el hecho de que, previo incumplimiento, se genera el nacimiento de responsabilidad administrativa, como infracción *grave*, ex art. 47.13 LPRL, sancionable, en el ámbito laboral, conforme a los parámetros de grado cualitativo y montante cuantitativo fijados en el art. 49.4.b LPRL.

existentes y los medios existentes para combatirlos. De otro, el empresario titular del centro de trabajo, esto es, “aquél que acumula las solicitudes dirigidas a las Administraciones públicas competentes para la obtención de los permisos, licencias o autorizaciones preceptivas”¹⁰⁵³, deberá cooperar con las empresas que allí desarrollen sus actividades a través del suministro de la información oportuna sobre los riesgos existentes en el centro y de las instrucciones para prevenirlo¹⁰⁵⁴ y coordinar con aquéllas las medidas preventivas (equipos y sistemas de protección, métodos de trabajo) y sistemas de seguridad compartidos “para hacer frente a los riesgos que pueden surgir durante el tiempo de coincidencia en el mismo medio de trabajo”¹⁰⁵⁵.

B.- La realización simultánea de actividades por varias empresas en un mismo lugar de trabajo existiendo vínculo contractual (contrata o subcontrata¹⁰⁵⁶), supone, junto a la extensión, ya comentada en el Capítulo I,

¹⁰⁵³Criterio sostenido por SÁNCHEZ CUBEL frente a otros posibles, como el de la titularidad de la propiedad del local donde convergen las diversas empresas, o el de el titular de la actividad, o, en fin, el del titular dado de alta ante la Autoridad laboral. Cfr. *Todo sobre la nueva Ley...*, op.cit., pág. 107.

¹⁰⁵⁴Información que debe llegar, ex art. 24.2 LPRL, a conocimiento de los trabajadores de todas las empresas, entroncando con lo dispuesto en los arts. 6.2 Convenio OIT 148-1977, 17 Convenio OIT 155-1981, y 6.4 DM), y a conocimiento de los trabajadores autónomos que presten servicios en el centro de trabajo, ex art. 24.5 LPRL.

¹⁰⁵⁵GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., págs. 162-164.

¹⁰⁵⁶Subraya SÁNCHEZ CUBEL como uno de los ejemplos más conflictivos de las contrata y subcontratas, el de las relaciones, en el sector de la construcción (donde, según el RD 555/1986, de 21 de febrero, debe efectuarse un Estudio de seguridad e higiene en los proyectos de ejecución de obra con presupuesto superior a cien millones de pesetas, en las que estén empleados 50 o más trabajadores, así como) entre la *propiedad* de los terrenos o edificios (que solicita las autorizaciones administrativas para realizar la obra), el *promotor* de la obra (empresas inmobiliarias dedicadas a la promoción de la edificación de inmuebles u obras públicas) y la

de la deuda de seguridad al empresario principal respecto a los trabajadores al servicio de las empresas contratistas o subcontratistas con que que haya trabado relación contractual (y siempre y cuando desarrollen la misma actividad de las empresa principal y en el centro de trabajo de ésta¹⁰⁵⁷), la obligación de la empresa principal¹⁰⁵⁸ de transmitir, tal como las ha recibido, las informaciones facilitadas, ex art. 41.1 LPRL *in fine*, por fabricantes, importadores o suministradores¹⁰⁵⁹ sobre la adecuada e inocua utilización y manipulación de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo que, siendo propiedad del empresario principal, se utilicen por trabajadores de la contratista o subcontratista fuera de los centros de trabajo de aquél (art. 24.4 LPRL)¹⁰⁶⁰.

1.1.1.2.11.- Facilitación de equipos de trabajo y medios o equipos de protección individual.

contratista o constructor principal (como encargada de la ejecución de la obra o de una de sus fases), que a su vez puede *subcontratar* con otras.

¹⁰⁵⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., págs. 164-165.

¹⁰⁵⁸ Este supuesto ha sido calificado como “coordinación vertical”, sobre el mismo véase GOERLICH PESET, J.M.: «Coordinación de actividades empresariales...», op.cit., págs. 133-135.

¹⁰⁵⁹ Sobre las obligaciones (art. 41 LPRL) y responsabilidades (administrativas: previstas en la Ley 21/1992, de 16 de julio, inexistentes en la LPRL; civiles: Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos) de fabricantes, importadores y suministradores, véase SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley...*, op.cit., págs. 111-114, MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad...*, op.cit., págs. 313-315, GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., 262-264 y SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad...*, op.cit., págs. 238-245.

¹⁰⁶⁰ Sobre esta cuestión, GOERLICH PESET, J.M.: «Coordinación de actividades empresariales...», op.cit., págs. 153-155.

La obligación empresarial de facilitar equipos de trabajo¹⁰⁶¹ (A) y medios o equipos de de protección individual¹⁰⁶² (B), se recoge en el art. 17 LPRL, y se configura como una obligación de dar y, como tal, de resultado.

A.- Respecto a la facilitación de equipos de trabajo, el art. 17.1 LPRL contiene dos prescripciones que delimitan el alcance de esta obligación específica:

- De un lado, el primer párrafo de este precepto robustece el carácter de obligación de resultado en que se enmarca la deuda de seguridad al señalar que el empresario “adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos”¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹Por equipos de trabajo se alude (art. 4.6 LPRL) a “cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizada en el trabajo”. Este precepto reproduce los términos del art. 2.a de la Directiva 89/655, de 30 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo (segunda Directiva específica, DOCE 30.12.1989), y en idénticos términos se recoge en COMISIÓN EUROPEA: *Directrices...*, op.cit., pág. 58. Un completo análisis de los equipos de trabajo desde una perspectiva técnico-preventiva, en MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad...*, op.cit., págs. 158-175.

¹⁰⁶²Por equipo de protección individual se alude (art. 4.8 LPRL) a “cualquier equipo destinado a ser llevado o sujetado por el trabajador para que le proteja de uno o varios riesgos que puedan amenazar su seguridad o su salud en el trabajo, así como cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin”. Este precepto reproduce los términos del art. 2.1 de la Directiva 89/656, de 30 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual (tercera directiva específica, DOCE 30.12.1989), y en parecidos términos se pronuncia el art. 2.1 del RD 1407/1992, de 20 de noviembre, por el que se regulan las condiciones para la comercialización y libre circulación intracomunitaria de los equipos de protección individual (BOE 28.12.1992).

¹⁰⁶³GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios...*, op.cit., pág. 126. La facilitación de esos equipos hace surgir el derecho del trabajador a recibir toda la información de interés preventivo del posible riesgo sobre los mismos, así como la obligación de usarlos adecuadamente y según las indicaciones recibidas (arts. 29.2.1 y 29.2.3 LPRL)