

COMUNICACIÓN AL CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (CHILE): EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL ESPAÑOLA EN LOS ACCIDENTES LABORALES Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES¹.

Dra. D^a. Carmen Carrero Domínguez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN²

La presente comunicación trata de analizar el impacto que las últimas reformas laborales acaecidas en España han provocado en el ámbito de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Se estudia cuáles son los bloques de materias afectados y su incidencia en la siniestralidad laboral. Cualquier reforma que afecta al carácter tuitivo del Derecho del Trabajo tiene, sin lugar a dudas, una incidencia negativa sobre la seguridad y salud en el trabajo. Si, además, se afecta a instituciones que están directamente relacionadas con la seguridad y salud laboral esta afectación es aún mayor. Son tres las materias que se tratan, la más importante es la de la intermediación laboral. La liberalización de las empresas de trabajo temporal en la contratación para trabajos peligrosos que antes de la reforma estaban prohibidos es de gran calado y afecta en un grado relevante a la seguridad y salud de los trabajadores; un segundo campo de modificaciones se da con la nueva Ley de la Jurisdicción Social. Aquí los cambios son más positivos por cuanto que se concentra en este orden todos los posibles conflictos y reclamaciones relacionadas con los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; por último, las modificaciones operadas en el ámbito sancionador, algunas de ellas de gran importancia en la tramitación del expediente y en lo relativo a las posibles dobles sanciones.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Uno de los ejes principales de las diferentes reformas laborales que se están llevando a cabo en España es el de impulsar la creación de empleo estable y sostenible

¹ Comunicación realizada en el marco del Proyecto de Investigación Coordinado de la Universidad Carlos III de Madrid sobre “Tratamiento laboral, preventivo y de seguridad social de las enfermedades derivadas del trabajo”. Entidades participantes: Universidad Carlos III de Madrid y Pablo de Olavide de Sevilla. Investigadores principales: Santiago González Ortega y Susana Barcelón Cobedo. Entidad financiadora: MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN. Ref.: DER2009-12887-C02-01 y DER2009-12887-C02-02. 2009-2012

² Esta comunicación se incardina en la mesa redonda sobre Seguridad y Salud en el Trabajo.

con un objetivo muy definido que es el de la reducción de la temporalidad. Para conseguirlo se ha materializado un reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna de las condiciones de trabajo. De forma que se ha afectado a todos los institutos principales que sostienen el Derecho del Trabajo, es decir, se han modificado instituciones básicas como jornada, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica, suspensión del contrato o el despido. De una primera aproximación al estudio de estas reformas se puede concluir que nuestra disciplina ha perdido una gran parte del carácter tuitivo o protector de la parte jurídicamente más débil de la relación laboral, el trabajador, y que justificó su origen histórico y que, posteriormente, ha formado parte de su existencia como un elemento conformador de la misma.

La actual situación de crisis económica y su impacto negativo en los niveles de empleo, parecen estar planteando una revisión de las funciones tradicionales y de los contenidos del Derecho del Trabajo; exigencias de cambio, de modificación o de reforma que sin embargo han acompañado siempre a la legislación laboral y que se han traducido en procesos de adaptación permanente a las nuevas realidades socio-laborales demandadas. Así pues, no se puede decir, al menos no desde un punto de vista jurídico-laboral, que las exigencias de reforma actuales sean nuevas o sorprendentes; lo único que ha variado son los objetivos de éstas, su intensidad o las preferencias entre ellas.

Estos cambios se concretan, básicamente, en reclamar una mayor dosis de flexibilidad de la relación laboral, ya se materialice esa flexibilidad en los mecanismos de entrada en el mercado de trabajo, en los contenidos de la prestación de servicios (flexibilidad interna centrada en la delimitación de la jornada de trabajo, o en la movilidad funcional o geográfica), y en la finalización del vínculo contractual (causas de extinción del contrato o el propio principio de causalidad del despido, o el coste de la extinción).

España no es ajena a estas necesidades que, como se ha dicho, pasan por adoptar un modelo de relaciones laborales más flexible; aunque nuestro país ocupa uno de los últimos puestos entre los países de nuestro entorno comunitario en esta materia. Se acepta mayoritariamente que la adopción de un modelo de “flexiseguridad”, entendida como la combinación de mayores facilidades de contratación, un nivel alto de protección social y alta rotación laboral, permitiría la transición hacia un mercado laboral más eficiente y dinámico, en línea con los cambios de reorganización en las empresas y sectoriales que se están produciendo por efecto de la globalización de la crisis. No obstante, resulta imprescindible que, sin desatender las exigencias de flexibilidad, el Derecho del Trabajo actual actúe en el mercado del trabajo en defensa de los intereses en juego de ambas partes.

Pero las posibles dificultades que afectan al Derecho del Trabajo no sólo se refieren a la búsqueda de la mayor flexibilidad. También se manifiestan en la exigencia de un trabajo digno, o en la necesidad de superar la excesiva dualización de los trabajadores en precario y aquéllos que reciben una especial tutela en todos los órdenes; aspecto este último que preocupa especialmente a los agentes sociales. Y es que esta excesiva diferenciación que existe entre trabajadores temporales y con contrato indefinido es una de las principales causas de fragmentación del mercado de trabajo que se convierte en más sensible ante cualquier tipo de alteración económica que se produzca (lo que se ha evidenciado, y mucho, con la actual situación de crisis). Una realidad que afecta a colectivos de trabajadores especialmente vulnerables a esa temporalidad en el empleo

(mujeres, jóvenes y trabajadores maduros, como ha señalado la Comisión Europea), sujetos a encadenamientos de contratos o empleos de duración breve o de escasa calidad, cuyos itinerarios laborales presentan una mayor complejidad en su inserción laboral. Evidentemente, este tipo de prestación necesariamente afecta a la seguridad y salud de los trabajadores, ya que en esta situación es precisamente donde los intereses empresariales se priorizan y, desde luego, no es la prevención de riesgos laborales la que se coloca en los primeros puestos. Lo que, en conclusión, determina una mayor número de accidentes laborales.

Es más, no hay que olvidar que tradicionalmente el Derecho del Trabajo ha estado preocupado por la tutela del trabajador por cuenta ajena sobre la creencia, no carente de razón, de que la posición de estos trabajadores en la relación laboral es más débil; lo que justifica el carácter especialmente tuitivo de la normativa laboral. Sin embargo, esta infravaloración de la tutela que el Derecho del Trabajo que se debe conceder a los trabajadores cobra una mayor significación en el supuesto de la seguridad y salud laboral, sobre todo cuando aumentan los niveles de siniestralidad. Así pues, nuestro Derecho del Trabajo, sin restarle el papel que viene cumpliendo en su consecución por alcanzar logros sociales, sigue siendo insuficiente para dar respuesta a las necesidades de las nuevas demandas laborales y económicas; la excesiva rigidez de un ordenamiento jurídico que no ha avanzado al nivel de exigencia para adaptarse a las demandas empresariales tiene como consecuencia un recorte de protección a los trabajadores a todos los niveles pero más significativamente en la protección de la seguridad y salud laboral.

Aunque el panorama descrito pueda parecer un tanto negativo, eso no debe interpretarse en términos absolutos ya que algunos pasos se están dando en el camino de la satisfacción de las nuevas exigencias sociales, económicas, etc. Manifestación de este avance es, sin duda, la implantación en las empresas de sistemas que ayuden a que éstas alcancen sus niveles de calidad sin olvidar los recursos humanos con los que cuentan y su seguridad y salud en el trabajo. Más concretamente, al impulso que se está dando por parte de determinadas empresas a lo que se ha denominado “Responsabilidad Social Corporativa o Empresarial”.

En efecto, la responsabilidad social de las empresas no es algo nuevo. Sin embargo, lo cierto es que ha adquirido una relevancia esencial en los ámbitos de gestión empresarial y, sobre todo, en aquellos que tienen un valor estratégico. En este sentido, actualmente cualquier empresa de cierta entidad va introduciendo acciones de responsabilidad social en relación con los interlocutores más directos, es decir, trabajadores, clientes, proveedores etc. Por otra parte, las empresas que asumen responsabilidad social suelen convertirse en más competitivas en el mercado, aparte de la credibilidad que ganan en el mismo. Esto produce una mejora de sus beneficios ya que la sociedad las considera más creíbles y les otorga su confianza. De esta forma, optimizan sus beneficios y obtienen más ventajas competitivas en el mercado pero, al mismo tiempo, la responsabilidad social corporativa tiene una incidencia muy real en la protección de los trabajadores y en el cumplimiento de la obligación de asegurar un lugar libre de riesgos para los mismos: la empresa cumple con sus obligaciones legales preventivas, entre otras, la evaluación de riesgos, el plan de prevención o la vigilancia de la salud. Esto no quiere decir que la empresa no vaya a tener accidentes o enfermedades profesionales, porque hay riesgos inevitables que, en ocasiones, se actualizan, pero sí que se presenta ante la sociedad y ante sus propios trabajadores como una empresa socialmente responsable que será más competitiva porque sus trabajadores

prestan sus servicios de forma segura y reducirá los costes de accidentes y enfermedades del trabajo o profesionales.

2. MATERIAS AFECTADAS POR LAS REFORMAS LABORALES EN EL ÁMBITO DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y LAS ENFERMEDADES PROFESIONALES.

Las sucesivas reformas laborales que se han producido en España afectan colateralmente a la seguridad y salud de los trabajadores porque, realmente, el objetivo de las mismas no es la mejora de las condiciones de trabajo en su ejecución sino la creación y mantenimiento del empleo. Lo que ocurre, sobre todo con la reforma de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (que sustituye al Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio), es que aprovecha la ocasión para transponer la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal. Y es, pues, en el campo de la intermediación laboral, aunque no el único, donde la reforma ha producido mayores cambios para la prevención de riesgos laborales.

Otra reforma de gran alcance se ha llevado a cabo con la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social que ha introducido cambios esenciales porque supone la atribución integral al orden social de todo lo que tiene que ver con reclamaciones o litigios sobre accidentes de trabajo o enfermedades profesionales y, en concreto, para lo que aquí interesa, supone que la materia administrativo laboral y, especialmente de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se atribuye al orden social. Por último, otro bloque de materias son las relacionadas con las modificaciones en los expedientes administrativos sancionadores en materia de prevención de riesgos laborales y la actuación de la inspección de trabajo y seguridad social en los mismos, desde el levantamiento del acta o la comunicación al ministerio fiscal de que hay indicios de delito, hasta la aplicación del principio “non bis in idem”.

Estos son los tres campos que en términos generales se expondrán en esta comunicación.

3. LA EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (ETT o ETT's) Y LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

3.1. Las Empresas de Trabajo Temporal y los trabajos peligrosos.

Como se ha indicado ya, la reforma de la Ley 35/2010 ha afectado sobre todo a las restricciones en la contratación por empresas de trabajo temporal en sectores considerados prohibidos por su peligrosidad. La Directiva 2008/104/CE establece una liberalización en el uso de la intermediación laboral que sirve para fomentar las oportunidades de acceso al empleo de las personas desempleadas y afecta a las restricciones que a la contratación por empresas de trabajo temporal en determinados sectores o actividades estaban prohibidos conforme a la normativa estatal propia. Esta liberalización se ha agudizado aún más con la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que se permite que este tipo de empresas, además, puedan funcionar como agencias de colocación sin afectar a esta situación el hecho de que tengan que solicitar la necesaria autorización a los servicios públicos de empleo.

A esto hay que añadir que el fomento de la flexibilidad interna de la que se viene hablando aquí afecta, inevitablemente, a la seguridad y salud de los trabajadores, porque cuanto mayor sea la precariedad de la prestación de servicios y menos se invierta en prevención, mayor será el nivel de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales o del trabajo que se pueden actualizar, aumentando así los índices de siniestralidad laboral.

Pues bien, dentro de este marco, la reforma lo primero que establece es un período para que la negociación colectiva, dentro de los sectores excluidos de la actividad de las empresas de trabajo temporal por razones de seguridad y salud laboral, pueda de manera razonada y justificada definir y motivar qué empleos y ocupaciones de especial riesgo no pueden ser objeto de contratos de puesta a disposición. Transcurrido ese plazo, se derogan todas las restricciones vigentes (salvo las que la Ley 35/2010 se reserva) habilitando libremente a las empresas de trabajo temporal para realizar contratos en esos sectores o actividades.

A continuación se pondrá de manifiesto los cambios operados más importantes. Así, el párrafo b) del artículo 8 de la Ley 14/1994 reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal, dedicado a las exclusiones a la celebración de contratos de puesta a disposición, establecía prohibiciones “para la realización de las actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente.” Pues bien con la reforma se persiguen distintos objetivos, pero los principales son:

- a) Adaptar la fórmula de las prohibiciones en trabajos de riesgo a las Directivas de la Unión Europea.
- b) Otorgar la regulación de la materia a una norma de rango legal.
- c) Abrir la posibilidad de regular, complementariamente a la Ley, las prohibiciones a través de la negociación colectiva.

La normativa europea, en concreto la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, establecía la posibilidad de prohibir la contratación de servicios de ETT “para realizar determinados trabajos”; es evidente que la Directiva piensa en actividades particulares, trabajos concretos y bien identificados, y no en sectores completos de actividad. El Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal –que transpuso a nuestro Derecho la citada Directiva 91/383/CEE, fue mucho más allá, excluyendo sectores y actividades, y no puestos de trabajo concretos. En todo caso debía entenderse que la regulación española era más protectora que la europea y, por lo tanto, no tenía mucho sentido las críticas del sector de las empresas de trabajo temporal sobre si la prohibición era extraordinariamente amplia y si se limitaba considerablemente las contrataciones de las Empresas de Trabajo Temporal en enteros sectores de actividad. Pero lo cierto es que la Directiva 2008/104 cambia absolutamente la óptica respecto del anterior texto europeo. En efecto, mientras que en la directiva de 1991 se reconocía como punto de partida el derecho a establecer estas restricciones, en el nuevo texto de la Directiva se dice que “las prohibiciones o restricciones al uso del trabajo temporal estarán justificadas sólo por razones de interés general”, lo que significa que no se podrán imponer prohibiciones, y la excepción es que se establezcan. Las prohibiciones deberán

justificarse para comprobar que existen suficientes razones de interés general para su existir.

Las principales críticas que se pueden realizar a la nueva regulación en la identificación de las actividades prohibidas son las siguientes:

- No se ha dado la oportunidad de tener en cuenta las conclusiones del grupo de expertos que sobre las condiciones de seguridad y salud en las ETTs vienen trabajando en el seno de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, según el mandato derivado de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012)³. Es importante recordar que conforme el artículo 13 de la Ley 31/1995, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo es el órgano colegiado asesor de las Administraciones públicas en la formulación de las políticas de prevención y órgano de participación institucional en materia de seguridad y salud en el trabajo. Dicha Comisión está integrada por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado y, paritariamente con todos los anteriores, por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. Los grupos de trabajo de la Comisión han configurado un importante acervo dedicada al análisis, al estudio y a la maduración de propuestas sobre las materias de más trascendencia para la seguridad y salud en el trabajo. La propia Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012, que en su objetivo 8 dedicaba su apartado 1 a apuntar las líneas generales de ese proceso de revalorización de dicha Comisión

³ El borrador de informe de conclusiones del grupo de trabajo de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, sobre Empresas de Trabajo Temporal de 17 de junio de 2010 y los resultados de la publicación por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene de un estudio ampliatorio de la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo respecto de los trabajadores de ETTs (enero de 2010) hacen más anacrónico e injusto el enfoque *prohibicionista*: *“Las condiciones de Seguridad y Salud de los trabajadores de ETT pueden calificarse de similares a las de los restantes trabajadores, siendo en algunos casos mejores: los trabajadores temporales de ETT’s presentan una menor probabilidad que el resto de trabajadores temporales de experimentar un accidente, si bien esa probabilidad es mayor que cuando se trata de un trabajador con contrato indefinido. Asimismo, dichos trabajadores de ETT’s presentan una menor probabilidad que el resto de trabajadores (temporales e indefinidos) de experimentar un accidente con resultado grave (unas dos veces menos) o mortal (tres veces menos). El 95% de los trabajadores de ETTs afirman haber recibido formación antes de incorporarse al puesto de trabajo, valorándola como buena o excelente (85% de los casos), frente al 80,9% que resulta en la VI Encuesta Nacional respecto del resto de trabajadores de las empresas en nuestro país. El 92% de los trabajadores de ETTs tuvieron la posibilidad de hacerse un reconocimiento médico (57% de estos trabajadores se lo hicieron), frente al 38% del resto de trabajadores, donde se lo hicieron el 52% de dichos trabajadores. Respecto a la organización de la prevención, el 75% de los trabajadores de ETTs manifiestan la existencia de algún Responsable de Prevención en el centro de trabajo, frente al 55% de los restantes trabajadores. Los principales riesgos de accidente coinciden en ambos tipos de trabajadores, así como las principales causas de los accidentes. Los lugares o centros donde operan los trabajadores de ETTs los califican como agradables (poder contar con la ayuda de sus compañeros, 80,3% de los casos y del 70,1% por parte de los jefes) Otra información que puede avalar la buena impresión que tienen los trabajadores sobre su entorno es el hecho que para el 82% no hay diferencia entre la carga de trabajo exigida respecto a las de otros compañeros que ejercen las mismas funciones”.*

Nacional, por lo que parece clara la utilidad de la misma por ser lugar idóneo de representación. Cuestión que parece se ha obviado

- Se mantienen tres “bloques” de prohibiciones dentro del apartado primero de la citada D.A. 2ª que más tarde serán analizados pero, por adelantado, se puede señalar que en dicho apartado primero pueden abrirse nuevas lagunas interpretativas al combinarse conceptos como “trabajos” “actividades peligrosas” y “exposición” a determinados agentes, lo que puede derivar en una casuística compleja.
- Se abre la posibilidad de regular determinadas prohibiciones a través de una ambigua referencia a diversas formas de negociación colectiva sin una supuesta participación precisamente del sector afectado de Empresas de Trabajo Temporal.

Lo cierto es que todo el mecanismo se presenta como una garantía de solvencia preventiva para que operara a partir del 1 de abril del 2011 en determinados sectores que hasta entonces estaban prohibidos. Pero la cuestión que se suscita es ¿si los sujetos sociales no hacen nada para definir y justificar las prohibiciones y se levanta la veda, qué garantía de solvencia preventiva existe? Esta es una pregunta que todavía no tiene respuesta clara, nada más que la que se puede intuir de abrir el campo de actuación de las Empresas de trabajo temporal.

Pero además, la regulación distingue entre prohibiciones y restricciones. Hay que tener en cuenta que la nueva disposición adicional segunda de la ley 35/2012, dedicada a los Trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo señala que:

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 b) de esta Ley, no podrán celebrarse contratos de puesta a disposición para la realización de los siguientes trabajos en actividades de especial peligrosidad:

a) Trabajos que impliquen la exposición a radiaciones ionizantes en zonas controladas según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

b) Trabajos que impliquen la exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría, según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, así como sus respectivas normas de desarrollo y de adaptación al progreso técnico.

c) Trabajos que impliquen la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, así como sus normas de modificación, desarrollo y adaptación al progreso técnico.

Esta reforma ha adelantado, como subrayamos más atrás, tres bloques de trabajos que ya se dan por prohibidos. Aunque, en principio ello es contradictorio porque no parece que dichos trabajos merezcan a priori un tratamiento diferente –en cuanto a la consideración de su peligrosidad- que los trabajos a concretar respecto de los sectores recogidos en el apartado segundo de esta D.A. 2ª; pero esta prohibición no tiene la

oportunidad de ser objeto de negociación como la que la norma al menos posibilita respecto de los citados sectores del apartado segundo. Es cierto que pueden abrirse nuevas lagunas interpretativas al combinarse conceptos como “trabajos” “actividades peligrosas” y “exposición” a determinados agentes. Esta redacción puede dar lugar tanto a efectos multiplicadores en cuanto al número de trabajos prohibidos, como todo lo contrario. Y decimos esto porque, según las posibilidades:

- a) Si vinculamos trabajos sólo con exposición a agentes y/o factores de riesgo el número de trabajos, ocupaciones, incluso actividades y sectores, puede ser ingente. Sólo a título de ejemplo, si consideramos la exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4 sin tener en cuenta la calificación del riesgo –es decir, la peligrosidad de dicha exposición- podríamos excluir la presencia sin razón preventiva aparente de trabajadores en misión en actividades y sectores completos como centros de producción de alimentos, asistencia sanitaria, laboratorios clínicos, veterinarios, unidades de eliminación de residuos, etc.⁴
- b) Si entendemos que los términos y conceptos citados -“trabajos”, “actividades peligrosas” y “exposición”- deben considerarse de forma acumulativa parece que la norma cobra mayor sentido de concreción y vincular la prohibición a reales condiciones de peligrosidad.

Parece lógico que deban entenderse prohibidos aquellos trabajos donde la exposición a los agentes y factores de riesgo relacionados venga “cualificada” por su peligrosidad en función de la “actividad” pero sin identificarla con el término “sector”, y esta consideración sólo puede conferirse mediante una evaluación concreta de riesgos donde el trabajo conlleve un riesgo grave en función de la severidad y probabilidad de la exposición. Esta consideración sería más acorde con la visión de la Directiva de 2008, donde la norma excepcional es la prohibición y entendemos la normativa debe interpretarse en su sentido más favorecedor a la eliminación de las citadas prohibiciones.

En cuanto a la posibilidad de regular, aunque de forma transitoria y complementaria a la Ley, determinadas prohibiciones a través de diversas formas de negociación colectiva, se trata de salvar la generalidad de la técnica de concreción de los trabajos prohibidos a través de la identificación de determinados sectores, mediante una fórmula expansiva que agota la totalidad de posibilidades que recoge el art.83 de la vigente Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo: tanto los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos podrán regular los trabajos prohibidos en dichos sectores.

Sí que parece coherente que, al menos, la norma exija una serie de requisitos para poder negociar esas prohibiciones: que se fundamenten en razones de seguridad y salud en el trabajo (más exactamente, “por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados”), y además que gocen de una adecuada concreción (“ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas”). Y será la autoridad laboral a

⁴ Véase el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores que por su trabajo están o puedan estar expuestos a agentes biológicos; la Guía Técnica del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene (INSHT) para la evaluación y prevención de los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos; y las Notas Técnicas de Prevención (NTP) del INSHT sobre exposición a este tipo de agentes números 203, 376, 447, 473, 520, 539, 545, 571, 572, 585, 771, 802, 821, 822 y 833.

través de su control quién fiscalice que no se produzcan períodos prolongados de negociaciones de los agentes sociales que pudieran vulnerar la intención aperturista de la Directiva 2008/104/CE.

Merece la pena hacer una observación sobre la entrada en vigor de la revisión de las distintas restricciones sobre trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad que analizamos. La nueva Disposición Adicional Segunda de la Ley 35/2010 separa dos bloques de restricciones, con diferentes vigencias en el tiempo, a saber:

- Aquellos *trabajos en actividades de especial peligrosidad* vinculados a una determinada exposición a riesgos que ya se concretan en el apartado primero de la citada disposición, y respecto de los cuales no se hace mención alguna sobre su entrada en vigor. Luego tanto las prohibiciones como la apertura de actividad a aquellos trabajos no afectados por dichas prohibiciones ya entraron en vigor el 18 de junio de 2010.
- Aquellas *ocupaciones, puestos de trabajo concretos o tareas determinadas* de las actividades recogidas en el apartado “2” de la Disposición Adicional segunda respecto de las que, antes del 30 de marzo de 2011 y cumpliendo con los requisitos que se establecen, se determinen limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición por razones de seguridad y salud en el trabajo. La entrada en vigor de estas limitaciones y la consiguiente apertura a las ETTs a aquellas ocupaciones no afectadas por dichas limitaciones se producirá a partir del 1 de abril de 2011 tal y como establece el párrafo tercero de dicha Disposición Adicional.

Para finalizar, abordaremos el tema de las garantías que deberán acreditar las ETT's que quieran poner a disposición trabajadores para el desarrollo de trabajos peligrosos. En cuanto a los requisitos que se exigirán a las Empresas de Trabajo Temporal que vayan a llevar a cabo puestas a disposición respecto de trabajos que hasta ahora estaban prohibidos -o todos los que se puedan englobar en los sectores del párrafo segundo si nos atenemos a la segunda interpretación-, la nueva disposición adicional define dos grupos de requisitos. Nos detendremos más en el análisis de aquellos recogidos bajo el apartado “a”, ya que los que aparecen en el apartado “b” pueden calificarse como reiterativos. Como hemos señalado, el apartado “a” exige que la Empresa de Trabajo Temporal organice “de forma total o parcial” sus actividades preventivas con recursos “propios” debidamente auditados conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales y “tener constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención”. Parece que el legislador ha conformado este párrafo de la norma con una serie de “aditivos” tomados, en este caso, de la Ley de prevención de riesgos laborales y del Reglamento de los Servicios de Prevención pero que al exigirlos conjuntamente generan no pocas dudas.

Así, entendemos que la ETT pueda –como cualquier otra empresa- asumir un modelo de organización preventiva globalmente propia (de forma total: servicio de prevención propio con la asunción de las cuatro disciplinas de Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía-Psicosociología y Medicina del Trabajo) o propia pero de forma parcial (Servicio de Prevención Propio sin la asunción de las cuatro disciplinas o Trabajadores designados, complementado con uno o más Servicios de Prevención Ajenos). También parece coherente –no hacemos un análisis de solvencia preventiva para operar en trabajos de riesgo que se exija aunque ello sea insistente-, que dichos recursos propios estén debidamente auditados conforme a la normativa de prevención.

Sin embargo, se incorpora como requisito adicional que la ETT tenga “constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención”. Varias son las dudas que se plantean:

- Es indiferente el número de trabajadores de la empresa de trabajo temporal. Parece que se da una mayor exigencia que a su vez da sentido al control de la solvencia preventiva de la que hablamos anteriormente.
- En definitiva, sólo podrían operar en estas actividades aquellas Empresas de Trabajo Temporal que tuvieran constituido un Servicio de Prevención Propio como mínimo con dos de las especialidades o disciplinas preventivas y que tengan constituido un comité de seguridad y salud en el trabajo del que formen parte un número no inferior a cuatro delegados de prevención.
- Igual de redundante nos parece el segundo grupo de requisitos al exigir que “el trabajador deberá poseer las aptitudes, competencias, cualificaciones y formación específica requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, debiendo acreditarse las mismas documentalmente por la empresa de trabajo temporal, ya que estos requisitos ya vienen establecidos tanto en la normativa general de ETTs como en la específica de prevención aplicable a los trabajadores en misión de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.
- El legislador ha apostado por un tímido modelo de “homologación” de Empresas de Trabajo Temporal que puedan operar solventemente respecto de trabajos de riesgo. Se ha dado primacía a la representación cualificada de los trabajadores – delegados de prevención y comité de seguridad y salud-, en detrimento de una mayor claridad a la hora de exigir explícitamente la obligatoriedad de un Servicio de Prevención Propio, o de ampliar a otros requisitos que garanticen la coordinación y adecuada gestión preventivas.

3.2 Las limitaciones o prohibiciones de recurrir a empresas de trabajo temporal: alcance de su validez presente y futura.

Como ya se ha mencionado en páginas anteriores, la reforma, haciéndose eco de la obligación de trasposición de la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, introdujo una apertura importante en la posibilidad de realizar contratos de puesta a disposición con ETT's, es decir, se eliminaban las restricciones de contratación a través de empresas de trabajo temporal, salvo en determinados trabajos u ocupaciones. Esto supone que solamente cuando se trate de trabajos de impliquen exposición a radiaciones ionizantes, exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos y aquellos que impliquen exposición a agentes biológicos, la intervención de las ETT's estará prohibida. Lo que significa que en los demás supuestos, que se establecen expresamente en el propio precepto (y que ya venían contenidos más o menos ampliamente, y, en algunos casos, aplicándose a sectores completos en el RD 216/1999 o en los convenios colectivos), sólo podrán fijarse limitaciones cuando cumplan determinados requisitos, a saber, que se trate de tareas u ocupaciones o puestos de trabajo concretos; que la limitaciones tiene que estar justificadas por razón de los riesgos que acarrear para la seguridad y salud de los trabajadores en los puestos concretos de trabajo. Se añade un plus, que consiste en que dichas limitaciones deben fundamentarse en un informe razonado que acompañará a la

documentación exigible para su registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral.

Esto significa, sin lugar a dudas, un control sobre los acuerdos tomados por los sujetos negociadores para evitar posibles restricciones intencionadas que intenten eludir lo prescrito por la norma. El modo de determinación de estas limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición se deberá realizar mediante acuerdos interprofesionales o convenios colectivos o por negociación colectiva sectorial de ámbito estatal, conforme a lo establecido en el art. 83 del Estatuto de los trabajadores. Dichas limitaciones deberían estar establecidas mediante estas normas convencionales antes del 31 de diciembre de 2010 por el RDL 10/2010, sin embargo la Ley 35/2011 ha ampliado el plazo, que desde luego era casi imposible cumplir, quedando ahora fijada la fecha en el 31 de marzo de 2011.

Dicho lo anterior (que sirve de recordatorio de lo ya analizado,) es momento de abordar el alcance de su vigencia. La Ley 35/2010 ha venido a establecer que se amplió hasta el 1 de abril del 2011 la liberalización de las ETT's en las actividades señaladas, suprimiendo todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición. Realmente el contenido de esta norma responde a la transposición de la Directiva 2008/104 donde expresamente, en su art. 4, establece que cualquier limitación o restricción al recurso de las empresas de trabajo temporal deberá estar justificada por las mismas razones que nuestra norma determina y copia casi literalmente; la protección de los trabajadores a las exigencias de seguridad y salud laboral; garantizar el buen funcionamiento del mercado y evitar posibles abusos.

Desde luego el objetivo último radica en la creación de empleo, por lo que se amplía y abre el abanico de posibilidades a las empresas para recurrir a la contratación temporal sea directamente o sea mediante contratos de puesta a disposición. Cuestión que no se valora ni positiva ni negativamente pero que parece algo contradictorio el espíritu de la reforma cual es el mantenimiento del empleo, la flexibilidad del mismo y el fomento de la contratación indefinida con la apertura a la contratación mediante ETT's, sobre todo, en lo que se refiere a la contratación indefinida porque la flexiseguridad es algo ya muy enraizado en todos los mercados laborales europeos. Se deja en manos de la negociación colectiva toda la labor de establecimiento de restricciones o prohibiciones.

Las dudas que surgen de esta prescripción normativa radican, fundamentalmente, en si se debe entender que las cláusulas que, en ocasiones, contienen los convenios colectivos y que prohíben o limitan el recurso a la empresa de trabajo temporal deben entenderse derogadas por ser contrarias a lo establecido en una norma de superior rango, es decir, a la prescripciones de la Ley. Hay que partir de la premisa que, desde luego, ninguna cláusula futura puede ni debe contener ninguna limitación o prohibición en este sentido y que si fuera necesario implantarla sería obligatoria una fundamentación razonada y una justificación suficiente. Es clara la aplicación del art. 3 del ET donde dentro de la jerarquía de fuentes de la relación laboral, los convenios colectivos no pueden ser contrarios a lo establecido en normas legales. Aplicación, sin más, del principio de jerarquía normativa⁵. Ahora bien, también es cierto que la Ley de

⁵ MARTÍN JÍMENEZ, R. "Actividades peligrosas y empresas de trabajo temporal. Nuevas infracciones administrativas". En AAVV (Dir. Antonio Sempere Navarro), La Reforma Laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Aranzadi, 2010, pp. , 515 y ss.

Prevención de Riesgos Laborales es de derecho mínimo indisponible siempre mejorable por negociación colectiva. ¿Hasta qué punto se puede poner en duda la legalidad de un convenio que establece mejores condiciones de seguridad y salud laboral mediante la limitación de la contratación de las ETT's? ¿Qué nivel de justificación suficiente y fundamentación razonada es necesario alcanzar por los agentes sociales para dar validez a esa cláusula que prohíba o limite los contratos de puesta a disposición? ¿Cómo afecta a las relación de fuentes estas nuevas relaciones que se establecen Ley (35/2011) – Convenio (limitativo o prohibitivo de trabajos), siempre que no supongan un abuso? La respuesta a todas estas cuestiones queda abierta y habrá que esperar a ver cómo reacciona la negociación colectiva ante el nuevo panorama que se le ofrece.

Más problemas se plantean con relación a aquellas cláusulas que están contenidas en convenios colectivos vigentes en la fecha que se establece para la supresión del recurso a la no intervención de empresas de trabajo temporal. En estos supuestos parece que la interpretación más razonable es que los sujetos que negociaron el convenio colectivo procedan a una revisión del mismo para acoplar debidamente el sentido de la prohibición o limitación establecida con la nueva regulación. De esta forma, se asegura que las cláusulas prohibitivas o limitativas que estén justificadas lo seguirán estando ahora con un apoyo documental y un informe que lo avale y aquellas otras que no respondan a estas prescripciones se tienen que tener como no puestas y dejarán de tener vigencia.

En segundo lugar, otra de las cuestiones que planteaba la reforma (RDL 10/2010) era la posible derogación de la DA5ª de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del sector público. Al no haberse establecido ningún régimen transitorio parecía lógico pensar que a partir de ahora las Administraciones no tienen ninguna limitación o restricción para recurrir a contratos de puesta a disposición. Se veía en ese momento la necesidad de que cuando se convalidara como Ley el RDL 10/2010, habría de recoger alguna disposición transitoria donde se articulara el tránsito de una prohibición en términos absolutos a una liberalización en los mismos términos del ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal. Las razones que avalaban esta afirmación se basaban en que si se hiciese una interpretación amplia de la disposición, el paso que se había dado era de gigante porque las razones que respondieron a la necesidad de la limitación en el sector de las administraciones públicas parecían haber dejado de existir.

En efecto, la DA5ª establece que:

DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. *Límites a la contratación con empresas de trabajo temporal.*

1. No podrán celebrarse contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos.

2. En estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La duración de estos contratos en ningún caso podrá superar el plazo de seis meses, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga.”

La prohibición sólo excluía la contratación eventual mediante empresas de trabajo temporal para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos,

dejando claro que en ningún caso una vez concluido el plazo del contrato de puesta a disposición el personal pasaría a formar parte de la plantilla de la administración y que la duración del mismo no podía exceder de 6 meses. Por tanto no se le aplicaba el art. 7.2 de la Ley 14/1994 que establece que si un trabajador continua prestando servicios en la empresa usuaria después de haber finalizado el contrato de puesta a disposición, su contrato pasa a ser un contrato indefinido vinculado a dicha empresa. Este paso cualitativo quizás sea normal. En tiempos de crisis donde la oferta de empleo desaparece prácticamente, el recurso a la empresa de trabajo temporal ayuda a satisfacer las necesidades puntuales que pudieran surgir en cada momento siendo mucho más cómoda y eficaz para el funcionamiento de las mismas. La Directiva no dice nada en cuanto a las Administraciones públicas y a la posibilidad de celebrar contratos de disposición; así como la posibilidad de restringir, limitar o prohibir el recurso a las empresas de trabajo temporal de aquellas.

Pues bien, con la Ley 35/2010 han quedado despejadas algunas dudas, entre ellas y la más importante la de la liberación de la contratación con ETT's por las Administraciones Públicas. En efecto, en la nueva DA4ª se incluye expresamente que a partir del 1 de abril del 2011 se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal *“incluida la establecida por la DA5ª de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de contratos del sector público” con la única excepción de lo establecido en la DA2ª*. Es necesario una homogeneidad en los criterios que se van a seguir porque, en caso contrario, habría administraciones donde esto supondría el surgimiento de conflictos internos importantes en la contratación de personal. Además, se termina señalando que las ETT's no podrían contratar con las Administraciones cuando sean tareas que queden reservadas a funcionarios públicos, siempre que vengan establecidas en una norma con rango de ley. Pues faltaría más que la cobertura de plazas de funcionarios quedara ahora condicionada a la libertad de la Administración en decidir si la cubre con un contrato de puesta a disposición o con un concurso-oposición para funcionarios.

Efectivamente, en la interpretación de la nueva DA4ª se podría decir que la Administraciones públicas no podrían contratar con la empresas de trabajo temporal para aquellos supuestos en los que existe una RPT. En estos casos el puesto de trabajo existe y su cobertura solamente puede ser cubierta mediante una contratación directa de la Administración, prescripción que se deriva del art. 11EBEP. Tampoco se podría recurrir a una ETT cuando se trate de contrataciones que deriven de subvenciones, (vengan del ámbito europeo, estatal o de las comunidades autónomas), y que tengan como finalidad la contratación directa, a veces de trabajadores subrepresentados o de integración o similares. Solamente en casos de necesidades temporales de mano de obra donde no se dan las circunstancias antes mencionadas, las Administraciones podrían celebrar contratos de puesta a disposición.

3.3. La transposición de la Directiva 2008/104. ¿Una transposición completa?

Del análisis de la Ley 35/2010, cabría preguntarse si esta transposición ha agotado todos los temas que aborda la norma comunitaria. De una lectura de urgencia parece que no es así y que hay temas que han quedado sin resolver. A continuación, se intentará hacer un cuadro sintético de los mismos destacando aquellos extremos donde la reforma debería haber contemplado alguna regulación o nueva o más concreta, en relación a la materia que se está tratando.

La Directiva comunitaria establece como contenidos mínimos insoslayables. Entre otros cabe señalar que las condiciones esenciales de trabajo y empleo aplicables a los trabajadores cedidos deben ser, al menos, las mismas que se aplicarían si hubiesen sido contratados directamente por la empresa. Esta protección por la que se aboga lleva necesariamente a una revisión de la regulación limitativa o restrictiva que los estados hayan implantado al recurso a empresas de trabajo temporal. Por ello, la norma comunitaria obliga a los Estados a que liberalicen el campo de actuación de las ETT's y solamente permite que en supuestos muy concretos que persigan el interés general relativo a la protección de los trabajadores en prevención de riesgos laborales (o para garantizar el buen funcionamiento del mercado) se puedan justificar dichas restricciones. Por supuesto, se deja fuera de esta disposición europea las regulaciones nacionales en materia de sustitución de trabajadores huelguistas por trabajadores cedidos por ETT's. Estos son los contenidos principales de la norma comunitaria, para lo que aquí interesa, que deben ser transpuestos. Ahora bien, la Ley los aborda de la siguiente forma. Se establecen limitaciones para la realización de trabajos u ocupaciones especialmente peligrosos para la seguridad y salud de los trabajadores conforme a la nueva DA2ª de la Ley 14/94 y a su vez de conformidad con esta en los convenios o acuerdos colectivos. Esto significa que la norma ha optado por dejar fuera de la contratación por ETT's al sector de exposición a radiaciones ionizantes, los trabajos con exposición a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción y aquellos que esté afectados por riesgos biológicos. Esto supone un plus de protección, que la legislación estatal establece con relación al contenido de la norma comunitaria.

En los demás supuestos se abre el abanico de actuación de la ETT's; es decir se produce una apertura prácticamente total, a excepción de la reserva de las prohibiciones, en las demás actividades dejando en manos de la negociación colectiva establecer restricciones o limitaciones siempre y cuando se cumplan los requisitos que en ella se señala y que esencialmente se centra en la fundamentación razonada con la documentación correspondiente que justifique la limitación. Parece poco apropiado este mecanismo de delegación que puede traer consecuencias graves, sobre todo, para aquellos convenios que venían aplicando cláusulas restrictivas al recurso de la contratación a través de empresas de trabajo temporal.

4. EL PAPEL DEL INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, TRAS LA REFORMA

Para cerrar este comentario de la reforma en el ámbito de las empresas temporales, quedaría por mencionar la Disposición Adicional decimotercera de la Ley 35/2010, anterior DF6ª del RDL. Esta disposición está dedicada a la materia de evaluación de la siniestralidad de los trabajadores cedidos por ETT's. Se encomienda al INSHT la obligación de anualmente publicar la evolución de los datos que permitan conocer el índice de siniestralidad en aquellas actividades o trabajo y ocupaciones de especial peligrosidad cuando están siendo realizados por trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, completando así lo regulado tanto en el modificado art. 8 y la nueva DA2ª de la Ley 14/1994. El precepto señala:

Disposición Adicional decimotercera. Evaluación de la siniestralidad de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal. El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo deberá incorporar en sus informes periódicos

sobre evolución de la siniestralidad datos específicos que permitan conocer la evolución de la siniestralidad laboral en los trabajos u ocupaciones de especial peligrosidad para la seguridad y la salud en el trabajo realizados por trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal conforme a lo establecido en el artículo 8 b) y en la disposición adicional segunda de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal.

Parece que el nuevo rol que se le otorga a este organismo no es solamente un recopilado de datos que se evalúan y gestionan como información sino también un colaborador previo al control de cómo se van a gestionar el recurso a contratos de puesta a disposición cuando afecten a sectores no prohibidos o con limitaciones tasadas legal o, sobre todo,, convencionalmente. A partir de aquí habrá que añadir dentro de las competencias del ÍNSHT las de recopilación y evaluación de datos para el control de que efectos va tener la apertura de la contratación mediante ETT's en sectores antes de la reforma, sobre todo, los prohibidos o fuertemente limitados. No obstante, se debería también haber delimitado el papel que la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo va a tener para evitar posibles solapamientos de funciones por ambos organismos.

5. EL IMPACTO DE LA REFORMA DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL EN EL TERRENO DE LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES.

La nueva Ley de la Jurisdicción Social española (Ley 36/2011 de 10 de octubre) supone la eliminación del peregrinaje que el trabajador o sus causahabientes tenían que realizar por los distintos órdenes de la jurisdicción en la búsqueda del resarcimiento de los daños por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. En efecto, hasta ese momento, y una vez que se había producido el riesgo profesional, accidente de trabajo, enfermedad profesional o enfermedad del trabajo, la víctima tenía que acudir al orden social para solicitar las responsabilidades laborales que hubieran producido por culpa del incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud laboral o seguridad social, incluido el recargo de prestaciones de seguridad social por incumplimiento grave de las medidas de seguridad, existiendo un nexo causal entre el accidente o la enfermedad profesional y dicho incumplimiento. También habían de acudir al orden civil para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios con la correspondiente solicitud de indemnización por los daños físicos, psíquicos o morales y por el lucro cesante (sin alcanzar en ningún caso el enriquecimiento injusto). Por otro lado, tendrían que acudir igualmente al orden penal cuando se presumiese la existencia de indicios de delito conforme a los artículos 316 y 317 de seguridad y salud en el trabajo (delito de riesgo) del Código Penal español, en concurso con los de homicidio o lesiones según el resultado. Todo ello, independientemente de que el orden contencioso-administrativo conociese de las responsabilidades administrativas del empresario. Como se puede intuir, esto suponía una situación procesal muy complicada para el trabajador además de, en muchas ocasiones, conflictos de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales, sobre todo, entre el civil y el social⁶.

⁶. AAVV. "Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción social". Lex Nova, Valladolid. 2011.

Con la reforma que aquí comentamos, se ha producido una atribución integral del conocimiento de la seguridad y salud laboral por accidente de trabajo o enfermedad del trabajo o profesional al orden social. Por supuesto, todo lo que supone una responsabilidad penal por delitos de seguridad en el trabajo o de homicidio o lesiones queda en el conocimiento del orden penal por considerarse una cuestión de orden público de carácter absoluto. Lo cierto es que es un avance esencial y muy positivo que se haya producido esta integración ya que tiene como consecuencia que un único tribunal conozca de todo lo que tiene que ver con las reclamaciones en la materia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

Quizás uno de los aspectos más relevantes es que al atribuir la competencia materia en materia de prevención de riesgos laborales a los jueces de lo social, se atribuye y reconoce al empresario como responsable en todo lo que se refiere a este campo de manera clara, de tal forma que es el responsable de probar que ha cumplido con todas las medidas de seguridad y salud laboral posibles que responden a su configuración como garante y deudor de seguridad de sus trabajadores. Y la prueba de que se han adoptado son las que le ayudarán a presentar aquellos elementos de atenuación de su responsabilidad.

Pero el ámbito de la competencia material no sólo alcanza a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia u otros sujetos y a los empresarios, sino que el alcance va mucho más allá, arrastrando al orden social toda la materia de prevención de riesgos laborales de los empleados públicos, sean funcionarios, personal estatutario o trabajadores. Con esta inclusión, el tratamiento que se da a la Administración pública es claramente de empleadora aunque, por supuesto, también conocerá el orden social de la impugnación de sanciones administrativas u otras medidas sancionadoras o de carácter análogo de los sujetos responsables, esencialmente el empresario, cuando la Administración actúe como garante del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo.

En relación con todo lo anterior, de la nueva norma se deriva que corresponde, en los procesos sobre responsabilidades nacidas de los accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, al empresario como garante de la obligación general y generador con su actividad de los riesgos laborales, probar que adoptaron todas las medidas necesarias para prevenir y evitar la actualización del riesgo. La responsabilidad, pues, parece configurarse con un carácter cuasi objetivo porque el que crea el riesgo en la empresa es el que tiene que dirigir, organizar y controlar las actividades que pueden tener como consecuencia la producción de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y, por tanto, tiene el deber de evitarlas. El empresario y todos aquellos que hayan recibido algún tipo de delegación del poder de dirección empresarial en materia de prevención de riesgos laborales deberán responder de estos extremos⁷.

Una de las dificultades mayores en este camino es, sin lugar a dudas, demostrar cómo ha jugado la imprudencia del trabajador en el ejercicio habitual de su trabajo en la generación de la responsabilidad del accidente o de la enfermedad profesional. Además, existe una burocratización de la prevención en las empresas, donde los documentos se convierten en los elementos suficientes para utilizarlos como instrumentos de atenuación de la responsabilidad empresarial. Ahora, la ley incentiva a los empresarios a

⁷ . SÁNCHEZ-CERVERA, A., “La nueva responsabilidad empresarial en seguridad y salud laboral”. Noticias jurídicas, noviembre 2011.

tomarse más en serio la seguridad y salud de sus trabajadores cumpliendo las normas preventivas que aunque son complejas, numerosas y, en ocasiones, difíciles de integrar en el sistema productivo, son de obligado cumplimiento si no quieren verse sancionados administrativamente y condenados, laboral y penalmente. Por supuesto, aquí la labor del Inspector de Trabajo y de Seguridad social cumplirá un papel esencial con sus informes y con el levantamiento de actas de infracción y propuestas de sanción sobre prevención de riesgos laborales, que ahora tienen que estar mucho más motivadas y razonadas si cabe.

Otro aspecto relevante a señalar es que el juez se ha convertido en sentido estricto en el garante ordinario de los derechos y libertades fundamentales en el orden social y, entre ellos, el de la vida y la integridad física de los trabajadores. Esto conlleva, entre otras cosas, que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social pueda solicitar autorización judicial para actuar en los centros de trabajo aún cuando coincidan con el domicilio del empresario y siempre que exista un comportamiento obstructivo del mismo que impida las comprobaciones necesarias por parte de la autoridad laboral. Ya no es el juez de lo contencioso el que tiene que asumir esta función. Esto supondrá mayor agilidad y eficacia en la labor inspectora, ello constituye sin duda sobre todo cuando se actualiza el riesgo en un accidente o se detecta una enfermedad profesional o del trabajo. Otra ventaja de la tutela jurisdiccional única en las materias administrativo laborales, y una garantía del resarcimiento total e integral del daño causado.

6. ASPECTOS QUE AFECTAN AL ÁMBITO SANCIONADOR DE LOS ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.

Por último, dentro del capítulo de reformas se encuentra las producidas por el Real Decreto 772/2011 de 3 de junio, por el que se modifica el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo.

Esta norma afecta a varios aspectos importantes que a continuación se exponen. En primer lugar, es una norma que intenta delimitar las competencias entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas de manera más clara, diferenciando entre aquellos expedientes sancionadores cuya competencia corresponde a la Administración General y a los organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla. Al mismo tiempo, establece que la acumulación de infracciones respetará el orden de distribución de competencias y serán las Comunidades Autónomas las competentes para determinar quién es el órgano instructor de sus procedimientos sancionadores. En el caso de la Administración General del Estado será la Inspección de Trabajo y Seguridad Social quién recibirá las alegaciones y efectuará la propuesta de resolución, que remitirá al órgano competente para resolver.

En segundo lugar, la reforma modifica la materia de concurrencia con el Orden penal. De esta forma cuando el funcionario actuante considere que los hechos que dan lugar al inicio del expediente sancionador y que son consecuencia de la vulneración de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales (en la mayoría de los casos es porque se ha producido un accidente de trabajo o se ha declarado una enfermedad profesional) constituyen un ilícito penal, remitirá al Jefe de la Inspección de Trabajo un Informe con la descripción de los hechos y circunstancias, los sujetos que resulten afectados y el resultado de toda su investigación previa. El Jefe de la Inspección (si estima que existen los alegados indicios) lo enviará al órgano competente para resolver,

quien, a su vez, acordará la remisión al Ministerio Fiscal, enviándole el expediente con solicitud de comunicación de la propuesta de resolución del procedimiento administrativo, absteniéndose de seguir el procedimiento administrativo sancionador hasta ver lo que se decide en la jurisdicción penal. Es decir, que se interponga acción penal, hasta que haya una sentencia firme o se dicte un auto de sobreseimiento por parte del órgano judicial penal.

Por supuesto, también se suspende el procedimiento cuando se tenga conocimiento de actuaciones penales por idénticos hechos y fundamentos en relación con el mismo presunto responsable. Esta consideración plantea problemas no resueltos del principio “non bis idem”, es decir, de la posibilidad de la doble sanción. Por ejemplo afloran dudas acerca de dejar en manos de la autoridad laboral la consideración y envío o no del expediente sancionador al Ministerio Fiscal, dejando en sus manos la estimación de si se dan indicios de delito. No es que se ponga en duda la objetividad, profesionalidad y neutralidad de la autoridad laboral, pero no parece lo más adecuado tratándose de una materia tan importante.

Por otra parte, la nueva regulación deja indemne el contenido material sustancial del principio “non bis in idem”. La naturaleza del mismo no varía: nadie puede ser sancionado doblemente por los mismos hechos y fundamentos. Lo que ocurre es que se abre una excepción a esta regla imperativa, y es que la resolución sancionadora así lo establezca expresamente y que haya una conducta continuada en los hechos sancionados. Con relación a esta excepción parece razonable que quién no deja de incumplir la ley tenga de alguna manera que responder por ello de manera cualificada o más intensa. Por otro lado, se deja un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad laboral para el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. Lo que quiere decir que, difícilmente, unos hechos van a poder dejar de sancionarse con distintos expedientes administrativos. A esto hay que añadir que la caducidad declarada del expediente administrativo sancionador no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujetos, hecho y fundamentos, cuando la infracción por accidente de trabajo o enfermedad profesional no hay prescrito y se realicen nuevas actuaciones inspectoras y se practique un nuevo acta de infracción y propuesta de sanción. De este modo, la no prescripción de la infracción cierra cualquier posibilidad escapatoria al presunto infractor.