



Universitat de Girona

LA EFICACIA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

Mercedes MARTÍNEZ ASO

Dipòsit legal: Gi. 1504-2013
<http://hdl.handle.net/10803/124038>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



Universitat de Girona

TESIS DOCTORAL

***LA EFICACIA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS
TRABAJADORES EXTRANJEROS.***

MARÍA MERCEDES MARTÍNEZ ASO

2013



Universitat de Girona

TESIS DOCTORAL

***LA EFICACIA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS
TRABAJADORES EXTRANJEROS.***

MARÍA MERCEDES MARTÍNEZ ASO

2013

PROGRAMA DE DOCTORADO EN TURISMO, DERECHO Y EMPRESA.

Línea de investigación: Trabajo e Inmigración. Gestión de la Diversidad.

Dirigida por:

DR. EDUARDO ROJO TORRECILLA

**Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad
Autónoma de Barcelona.**

DR. FERRAN CAMAS RODA

Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Girona.

A mi familia, especialmente María,
Manel y Rafa, y amistades en sentido
amplio.

*"Cuando creíamos que teníamos todas las
respuestas, de pronto, cambiaron todas las
preguntas"*

MARIO BENEDETTI

ABREVIATURAS COMÚNMENTE UTILIZADAS

AA.VV	Varios autores
AP	Audiencia Provincial
art/arts	artículo(s)
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código Civil
CC	Convenio Colectivo
CC.AA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución española de 1978
CP	Código Penal
CT	Criterio Técnico
DA	Disposición Adicional
DGI	Dirección General de Inmigración
DGITSS	Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
DGT	Dirección General de Trabajo
DM	Directiva Marco
DOG	Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña
DOUE (DOCE)	Diario Oficial de la Unión Europea
DT	Disposición Transitoria
EAC	Estatuto de Autonomía de Cataluña
EESST	Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresas de Trabajo Temporal
FJ	Fundamento Jurídico
INEM	Instituto Nacional de Empleo
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IPREM	Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples
IRPF	Impuesto de la renta de las personas físicas
ITC	Inspección de Trabajo de Cataluña
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social

LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
LO	Ley Orgánica
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España
LOIT	Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
LPL	RD Legislativo 2/1195, de 7 de abril, por el que se aprueba la Ley de Procedimiento Laboral.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MTIN	Ministerio de Trabajo e Inmigración
núm/núms	número (s)
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Op.cit	Obra citada
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
RD	Real Decreto
RDLeY	Real Decreto Ley
RELOEX	Reglamento de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España
RETA	Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos
RGIA	Reglamento General de Inscripción y Afiliación (Real Decreto 84/1996, de 26 de enero)
RGSS	Régimen General de la Seguridad Social
ROFIT	Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero)
RSP	Reglamento de los Servicios de Prevención, RD 39/1997, de 17 de enero
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal

SMI	Salario Mínimo Interprofesional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPC	Tarjeta Profesional de la Construcción
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea
<i>vid</i>	véase
CES	Comité Económico y Social

RESUM

La present tesi té per objecte l'anàlisi jurídic de l'eficàcia de la protecció del dret a la seguretat i salut en el treball dels treballadors estrangers. Encara que partint de la base de que és un dret que està plenament incorporat a l'estatut jurídic del treballador, amb independència de la seva nacionalitat i la situació administrativa, la realització efectiva del mateix dret difereix pel que fa al col·lectiu de l'estudi. Sobre aquest eix central s'analitzen tant la normativa d'estrangeria, en particular l'accés al mercat de treball dels treballadors estrangers no comunitaris, com a les prescripcions legals de prevenció de riscos laborals, especialment aquets aspectes que poden influir molt en l'eficàcia del dret, per acabar amb el contingut delimitador de la protecció social professional corresponen als treballadors estrangers en situació irregular.

RESUMEN

La presente tesis doctoral tiene como objetivo el análisis jurídico de la eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros. Aun partiendo de que es un derecho incorporado al estatuto jurídico del trabajador, con independencia de su nacionalidad y de su situación administrativa, la efectiva realización del mismo difiere respecto del colectivo objeto del estudio. Sobre esta base se analiza tanto la normativa de extranjería, en concreto en materia de acceso al mercado de trabajo de los trabajadores extranjeros no comunitarios, como la normativa de prevención de riesgos laborales, sobre todo aquellos aspectos que pueden realmente incidir en una efectividad del derecho, para finalizar con el ámbito de la protección social de índole profesional correspondiente a aquellos trabajadores extranjeros en situación irregular.

ABSTRACT

This thesis conducts a legal analysis of the effectiveness of the protection of foreign workers' right to safety and health at work. Even though this is a right attached to the legal status of any worker, regardless of their nationality and their administrative status, the effective implementation of such right differs depending on the workers' collective.

The thesis analyzes current immigration laws with particular regard to access to the labor market for non-EU workers and occupational safety laws focusing on those aspects of the law which can impact on the effective implementation of a worker's right to safety at work. The final section of this thesis discusses, from a professional standpoint, social protection for migrant workers in a non-regulated situation.

INTRODUCCIÓN. 1

CAPÍTULO I. EL ACCESO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS AL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL. 9

1.	INTRODUCCIÓN.....	9
2.	LA INELUDIBLE MENCIÓN AL MARCO NORMATIVO DE EXTRANJERÍA.....	13
2.1.	<i>La inestable normativa de extranjería.....</i>	14
2.2.	<i>La reforma de 2009. Aspectos esenciales.....</i>	21
3.	LAS PRINCIPALES CLAVES DEL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS.....	27
3.1.	<i>El tradicional requisito de autorización para trabajar.....</i>	28
3.1.1.	Exclusión de los menores de 16 años.....	32
3.1.2.	El condicionamiento de la situación nacional de empleo y su instrumentación a través del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.....	38
3.2.	<i>La posibilidad de contratación en ocupaciones no catalogadas.....</i>	41
4.	GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN.....	45
5.	LA GESTIÓN INDIVIDUAL. LÍMITES Y EXIGENCIAS PARA SU EFECTIVA REALIZACIÓN.....	57
5.1.	<i>Cuestiones introductorias.....</i>	57
5.2.	<i>Contrato de trabajo y condiciones contractuales laborales.....</i>	59
5.2.1.	La necesaria existencia de un contrato de trabajo que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial.....	59
5.2.2.	Condiciones consignadas en el contrato de trabajo.....	62
5.2.3.	La disposición por parte del empleador de contar de medios económicos, suficientes para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador.....	64
5.3.	<i>Capacitación y cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.....</i>	69
5.4.	<i>La vinculación de la eficacia de la autorización al alta en Seguridad Social.....</i>	77

CAPÍTULO II. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS. 87

1.	INTRODUCCIÓN. DETECCIÓN DEL PROBLEMA.....	87
2.	EL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS.....	96
2.1.	<i>Cuestiones generales.....</i>	97
2.2.	<i>Los diferentes espacios normativos del derecho a la seguridad y salud.....</i>	99
2.2.1.	Ámbito internacional.....	100
2.2.1.1.	La labor normativa de la OIT.....	102
2.2.1.2.	La Seguridad y Salud en la UE.....	107

2.2.2.	Legislación nacional.....	120
2.2.2.1.	Concreción de la normativa de prevención de riesgos	122
2.2.2.2.	Inclusión (o no) de las normas jurídico-técnicas en el marco normativo preventivo.	127
2.2.2.3.	Estrategia Española de Seguridad en el Trabajo 2007-2012.	132
2.2.2.4.	El ámbito autonómico.....	134
2.2.2.5.	Ámbito convencional.	138
2.2.2.6.	La normativa preventiva y el trabajador extranjero.	140
3.	LA INTEGRACIÓN DEL TRABAJADOR EXTRANJERO EN LA ORGANIZACIÓN PREVENTIVA DE LA EMPRESA.	144
3.1.	<i>Consideraciones preliminares.</i>	144
3.2.	<i>Las diferentes modalidades de organización preventiva.</i>	146
3.2.1.	Diseño general de la obligación de organización preventiva.....	147
3.2.2.	Las modalidades organizativas y su adecuación a los trabajadores inmigrantes.	156
3.2.2.1.	La asunción personal por el empresario.	157
3.2.2.2.	Designación de trabajadores.	167
3.2.2.3.	Los servicios de prevención propios.	183
3.2.2.4.	Los recursos preventivos.....	196
3.2.2.5.	Los objetivos de la Estrategia 2007-2012 en recursos internos.	203
3.2.2.6.	Los Servicios de Prevención Ajenos	205
4.	COMPONENTES ESENCIALES PREVENTIVOS QUE CONTRIBUYEN A UN MEJOR NIVEL DE SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS.....	212
4.1.	<i>La evaluación de riesgos, la planificación preventiva y la consideración de especial sensibilidad del trabajador extranjero.</i>	214
4.1.1.	La evaluación de riesgos de los trabajadores extranjeros bajo su consideración de especialmente sensibles. 216	
4.1.2.	Las medidas de planificación preventiva.	219
4.2.	<i>Formación e información preventiva y la circunstancia de ser trabajador inmigrante.</i> ...	221
4.2.1.	Contenido de la formación e información del trabajador extranjero.....	224
4.2.1.1.	Vacío normativo respecto de la forma de dar cumplimiento a estas obligaciones preventivas. 226	
4.2.1.2.	Instrumentación de estas obligaciones por la organización preventiva.	230
4.2.2.	La importancia de la formación e información en los pronunciamientos judiciales.	235
4.3.	<i>La vigilancia de la salud.</i>	241
4.3.1.	Distinción entre vigilancia de la salud y reconocimiento médico previo.....	244
4.3.2.	El consentimiento informado y las dificultades de comprensión lingüística.....	250
4.4.	<i>Rescapitulación.</i>	256
5.	LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EMPLEADOS EN EL SECTOR DOMÉSTICO.....	259
5.1.	<i>Ámbito objetivo y subjetivo de la relación laboral.</i>	262
5.2.	<i>La condición de extranjero del empleado de hogar.</i>	266
5.3.	<i>La protección de la seguridad y salud en el empleo doméstico.</i>	271
5.3.1.	Planteamiento del problema.....	271
5.3.2.	Delimitación del contenido obligacional del empleador.	276

5.3.3.	El control del cumplimiento.	282
5.3.4.	La dificultad de determinación de la responsabilidad administrativa.	286
5.3.5.	Cobertura de riesgos profesionales.	291
6.	UN SUPUESTO PARTICULAR: EL ESTADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS DESPLAZADOS EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL.	297
6.1.	<i>La regulación europea y española sobre las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional.</i>	300
6.1.1.	Planteamiento general.	300
6.1.2.	Sobre el bloque de normativa que debe ser respetada por las empresas de envío en materia de seguridad y salud en el trabajo.	302
6.2.	<i>Problemática de la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prestación de servicios transnacional.</i>	308

CAPÍTULO III. LOS MECANISMOS DE GARANTÍA Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR: PERSPECTIVA DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. 315

1.	INTRODUCCIÓN.	315
2.	EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LABORAL EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DEL ASESORAMIENTO Y LA ASISTENCIA TÉCNICA.	321
2.1.	<i>Promoción de la prevención y asesoramiento técnico. La particularidad de los técnicos habilitados.</i>	322
2.1.1.	La actuación de los técnicos habilitados.	323
2.1.2.	Competencias y límites.	325
2.1.3.	Las facultades de requerimiento.	328
2.2.	<i>La actividad de asistencia técnica de la ITSS.</i>	335
3.	LA ACTIVIDAD DE CONTROL DE LA ITSS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA ¿GARANTÍA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR?	339
3.1.	<i>Requerimiento inspector.</i>	340
3.2.	<i>Limitación (o directamente exclusión) de la capacidad de requerimiento inspector ante la situación de riesgo para la seguridad y salud en el trabajo del trabajador extranjero en situación irregular.</i>	349
3.2.1.	Sobre la preponderancia en la actuación inspectora de la situación administrativa del trabajador extranjero sobre la de su situación de riesgo.	349
3.2.2.	Sobre la situación de riesgo o peligro en que se halla el trabajador extranjero.	353
3.3.	<i>La actuación puramente sancionadora.</i>	357
3.3.1.	Particularidades de la responsabilidad administrativa ante la contratación irregular del extranjero.	359

3.3.1.1.	La tipificación de la conducta empresarial.....	362
3.3.1.2.	Extensión de la responsabilidad empresarial a otros sujetos.	367
3.3.1.3.	Sanciones previstas en la ley.....	372
3.3.1.4.	La insólita responsabilidad administrativa laboral del trabajador extranjero en su contratación irregular.	377
3.3.2.	El inicio de expediente sancionador en materia de seguridad y salud laboral como instrumento o documento para una modificación de la situación irregular del trabajador.	386
4.	LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR RESPECTO DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.....	392
4.1.	<i>La Protección por contingencias profesionales del trabajador irregular.</i>	393
4.1.1.	La indeterminación de la legislación de extranjería.	394
4.1.2.	Configuración del derecho a las prestaciones por contingencias profesionales.	396
4.1.3.	La extensión de la protección al resto de contingencias profesionales: riesgo durante el embarazo, lactancia y períodos de observación profesional.	406
4.1.3.1.	Riesgo durante el embarazo y lactancia.....	408
4.1.3.2.	El período de observación profesional.....	420
4.2.	<i>Dificultades prácticas de acceso a la protección.</i>	422
4.2.1.	El supuesto del accidente de trabajo o enfermedad profesional no declarado.	423
4.2.2.	La no condición de «asegurado»: un grave inconveniente para el acceso a determinadas prestaciones por contingencias profesionales.	427
4.2.3.	Breve referencia al recargo en prestaciones en materia de seguridad social.	439
4.2.4.	Un supuesto muy particular de exclusión: el accidente de trabajo del trabajador que proporciona identidad falsa.	441
	CONCLUSIONES.	449
	BIBLIOGRAFÍA.	471

INTRODUCCIÓN.

De todos es conocido que el fenómeno migratorio se ha convertido en una característica socio-económica muy relevante de los últimos tiempos. Y como tal fenómeno ha repercutido en todos los ámbitos: político, sociológico, económico y, cómo no, en el jurídico. Al mismo tiempo, es apreciable que en los últimos años el debate sobre la inmigración en España es incuestionablemente laboral. Muestra de ello es que numerosas medidas políticas y legislativas giran en torno a reforzar la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo. Un mercado de trabajo fuertemente afectado por la crisis económica general, circunstancia que también ha afectado de forma muy directa al colectivo de estudio, los trabajadores extranjeros¹.

La existencia de una abundante, y excelente, literatura científica en la materia de extranjería hacía osado el intentar adentrarme en el estudio de determinados aspectos del trabajo de extranjeros. Sin embargo, una inquietud y preocupación profesional derivada de una larga experiencia de actividad como Inspectora de Trabajo y Seguridad Social me motivaba en avanzar en contenidos del trabajo de extranjeros que no habían encontrado una atención particular especial. Este interés intelectual se antepuso sobradamente al temor de la falta de originalidad del estudio.

Mi trabajo no pretende ser un estudio totalmente innovador ni del ordenamiento jurídico laboral, ni de la normativa de extranjería, ni siquiera del marco legislativo de prevención de riesgos laborales. Ahora bien, pero la curiosidad, el examen y análisis de la problemática planteada, cual es la eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros, ha hecho afluir una serie de consideraciones jurídicas que no han sido planteadas específicamente ni en el ámbito

¹ Aunque no se dispone de datos adecuados para analizar la situación del empleo de los inmigrantes, la OCDE sugiere que la recesión económica ha afectado mucho a los inmigrantes en la mayoría de los países de la OCDE. Eso se debe principalmente a que la presencia de inmigrantes es mayor en los sectores a los que más ha afectado la crisis en comparación con los autóctonos y a que están sobrerrepresentados en el empleo atípico, en Perspectivas del empleo 2012, OCDE, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, p. 45.

normativo señalado, ni en la jurisprudencia ni en la práctica administrativa, y es aquí donde cabe situar el interés y aportación novedosa desde la perspectiva puramente doctrinal.

La metodología utilizada es eminentemente jurídica. Parto de la normativa de aplicación e inicio su análisis con la pretensión y determinación de averiguar si cumple la finalidad respecto de la realidad que proponemos en el estudio.

La primera dificultad del estudio es que las normas analizadas son variadas, y aunque todas ellas se pueden enmarcar en lo que se denomina normativa del orden social, no dejan de pertenecer a esferas jurídicas muy seductoras para el afán reformista de cualquier legislador en una situación coyuntural económica delicada. Tanto la normativa de extranjería, laboral, de prevención de riesgos laborales y de Seguridad Social analizada ha sido modificada durante el período de investigación y en algún aspecto, he de reconocer, el cambio normativo ha resultado beneficioso para el objeto del estudio por la innovación que suponía respecto de la legislación anterior. Como ejemplo muy concreto cabe citar la modificación efectuada por LO 2/2009 de reforma de la LO 4/2000, que introdujo cambios en multitud de preceptos y apartados y, entre ellos, el que atribuyó a la Inspección de Trabajo la competencia de proponer una sanción de multa (e incluso la expulsión) al trabajador extranjero en situación administrativa irregular que presta sus servicios laborales por cuenta ajena, cuando este organismo nunca había tenido la atribución de competencias sancionadoras respecto de trabajadores por incumplimientos no relacionados con el disfrute o la obtención de determinadas prestaciones de Seguridad Social, y en ningún caso con la posibilidad de proponer una sanción de multa económica. Fue una introducción discreta, sin debate parlamentario previo (ni posterior científico, al menos hasta donde he podido conoer), pero constituye algo inédito desde la perspectiva sancionadora inspectora,

El objeto central del estudio es la eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros. Como el propio título expresa, no se cuestiona el reconocimiento del derecho a los trabajadores extranjeros, sino la eficacia

en cuanto a su protección, con el objetivo de probar que los actuales mecanismos, sobre todo los legales y los ligados a prácticas administrativas, no permiten garantizar la eficaz y total protección de una condición de trabajo esencial de la relación laboral, cual es la seguridad y salud en el trabajo.

El estudio se disgrega en tres capítulos, cuyos títulos podrían orientar a pensar, en un primer momento, que son temas totalmente independientes y que deberían ser objeto de investigaciones separadas. Ciertamente, podría ser así, pero la razón de optar por esta estructura se encuentra, precisamente, en el hilo conductor de la investigación. Para hablar de eficacia de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los extranjeros se ha de tratar la relación laboral en sus continuas secuencias: la primera en el momento de la contratación, seguida del desarrollo de la relación laboral, para, por último, analizar los mecanismos de protección en una situación de interacción de dos elementos, la condición de trabajador extranjero pero en una situación administrativa de irregularidad.

Por ello, el primer capítulo verifica el acceso de los trabajadores extranjeros al mercado regular de trabajo, donde ni los trabajadores extranjeros gozan de una situación de igualdad respecto de los nacionales, ni los empresarios de una absoluta libertad de contratación. Por tanto, se requiere analizar las restricciones impuestas a través de la solicitud de autorización de trabajo. Solicitud que constituye un procedimiento muy reglamentado, modificado en el año 2009 y completado reglamentariamente en el 2011, muy vinculado a las necesidades reales, como decíamos, del mercado de trabajo, y a la evitación de situaciones de simulación contractual laboral dirigidas a la obtención de una regularidad administrativa. Como tal procedimiento reglado de autorización para la contratación de trabajadores se exige la condición cualitativa de que el trabajador reúna la capacidad o cualificación profesional necesaria. Condición que adquiere una gran relevancia desde la perspectiva de la protección del derecho a la seguridad en el trabajo, en tanto permite al empresario conocer de antemano la capacidad profesional del trabajador en materia de seguridad y salud, y permite a la Administración competente denegar esas autorizaciones si no se acredita tal condición. Ya anticipo que, al contrario

que otros requisitos, éste no ha merecido atención reglamentaria y puedo afirmar sin riesgo a equivocarme, que apenas ha adquirido significación alguna en el procedimiento autorizador. Seguramente, la razón se encuentra en que la ocupación y demanda de trabajadores extranjeros ha sido en puestos de trabajo de nula o escasa cualificación. Pero también es cierto que esos puestos o profesiones son denominados en la terminología anglosajona como ocupaciones «tres D», *dirty*, *demanding* y *dangerous* (sucias, difíciles y peligrosas). A día de hoy, incluso en esta época de recesión, las oportunidades en las ocupaciones de menor cualificación (trabajadores no cualificados) siguen existiendo especialmente para la población extranjera².

Y este es uno de los motivos en los que los estudios y estadísticas, aunque todavía escasas, desvelan una mayor incidencia a la siniestralidad laboral de la población trabajadora extranjera. Circunstancia que enlaza directamente con el segundo capítulo y el examen del contenido normativo del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, en su vertiente aplicativa al trabajo de extranjeros.

Deseo poner de manifiesto que lo observado en mi actividad profesional respecto de los temas que aquí se tratan constituyó el detonante de inicio e interés en esta investigación. La investigación inspectora de accidentes de trabajo de personal extranjero, y no ya en microempresas pertenecientes a sectores sospechosos en el ámbito preventivo (construcción), me reveló como la incapacidad lingüística de algunos trabajadores para poder explicar mínimamente las circunstancias del accidente sufrido, no suponía traba alguna para haber superado con la máxima puntuación el cuestionario de evaluación de los contenidos formativos impartidos por el servicio de prevención concertado por la empresa ¿Realmente se había asumido e interiorizado esa formación preventiva? La materialización del accidente me derivaba a una respuesta negativa. O como, curiosamente, empresas con base personal mayoritaria de origen extranjero de la misma nacionalidad, designaban a trabajadores nacionales como responsables preventivos

² CARRASCO CARPIO, C. GARCIA SERRANO, C. , *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, 2012, p. 158

internos, potenciando su formación y su reconocimiento profesional. La pregunta surgía de inmediato ¿Porqué no se impulsa y favorece la incorporación de la plantilla extranjera a la organización preventiva de la empresa? ¿No favorecería la integración laboral del colectivo extranjero la adscripción a estas funciones? Y, por último, ¿No resultará más eficaz la acción preventiva de la empresa si los trabajadores designados conocen el idioma, las costumbres y los procedimientos de trabajo de la mayoría de la plantilla?

Las respuestas mágicas a estas preguntas no aparecen en el segundo capítulo, pero partiendo de estas premisas se procede al estudio de una serie de obligaciones que debe cumplir el empresario en materia de prevención de riesgos laborales, y que son el diseño del modelo preventivo que, a mi parecer, ha de dar eficacia al desempeño de un puesto de trabajo seguro por el trabajador extranjero. Tanto la modalidad organizativa preventiva adoptada por la empresa, como la evaluación de riesgos, la formación e información y la práctica de la vigilancia de la salud son elementos imprescindibles en la composición del buen hacer preventivo, pero además constituyen las herramientas adecuadas para detectar y solucionar las circunstancias de diversa índole a las que se enfrentan los trabajadores inmigrantes y que les hacen especialmente vulnerables antes los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo.

Dos apartados del capítulo II gozan de cierta independencia conceptual al dedicarse a colectivos específicos. El primero, al de los trabajadores empleados en el sector doméstico. El estudio separado obedece a diferentes razones, y una de ellas es que un sector que emplea a un importante número de trabajadores extranjeros, pero la fundamental es que la desprotección de estos *trabajadores* tiene un origen legal, la LPRL los excluye de su ámbito de aplicación, y su normativa particular, fuera del establecimiento de un deber genérico de cuidado, silencia las obligaciones del empleador al respecto.

El segundo apartado analiza una situación de transnacionalidad y, por tanto, de problemática de ley aplicable en el colectivo de trabajadores desplazados en prestación

de servicios transnacional. Su inclusión viene motivada nuevamente por un deseo de relatar las dificultades puestas en evidencia por la experiencia profesional, dificultades derivadas indudablemente de un marco normativo europeo parcial e insuficiente, que redundan en perjuicio de las condiciones de seguridad y salud de estos trabajadores desplazados.

Y en ello llegamos al tercer capítulo. Si las especiales circunstancias que concurren en el trabajador extranjero, hasta su plena integración laboral, dificultan la garantía de unas condiciones de trabajo seguras, la pregunta que nos hemos de formular es qué mecanismos podrán garantizar la seguridad en el trabajo de la vertiente oculta del mercado de trabajo de trabajadores extranjeros, la de aquellos trabajadores que se encuentran en situación administrativa irregular.

Es inmanente a este mercado la aceptación de peores condiciones de trabajo, por lo que difícilmente actuará el diseño preventivo del capítulo anterior. Las fórmulas de garantía han de ser externas, por ello se procede al estudio del papel de la Administración pública en la protección del derecho de estos trabajadores, especialmente el de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Y como en el ejercicio del estudio, del entendimiento, hay parte de valoración muy propia desde la experiencia profesional, se hace referencia a si en estas actuaciones predomina la fiscalización de la situación irregular y no tanto la dirigida a evitar la desprotección del trabajador extranjero en situación de riesgo laboral.

Y, complementariamente, como mecanismo de protección no preventivo, pero si reparador, cuando acaece el infortunado hecho del accidente de trabajo o enfermedad profesional, se analiza la protección social del trabajador extranjero en situación irregular. Y aquí el ejercicio investigador es totalmente jurídico, pero permite un grado de evaluación elevado dada la opción del legislador de optar por la ambigüedad legal en vez de la concreción y delimitación de los derechos y prestaciones de Seguridad Social que pueden corresponder al trabajador extranjero irregular, y ello a pesar de que la

reforma de la ley de extranjería del año 2009 modificó expresamente la redacción del art. 36.

En definitiva, el estudio trata de aportar algo de luz, y propuestas, a una realidad conocida pero poco protegida, desde el planteamiento previo que marca todo el trabajo, de que el derecho a una real y efectiva seguridad y salud en el trabajo pertenece a todas las personas trabajadoras, por su condición de tal y con independencia de su nacionalidad o de su situación administrativa en el mercado laboral.

CAPÍTULO I. EL ACCESO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS AL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL.

1. INTRODUCCIÓN.

La inmigración ha sido un fenómeno constante y fundamental para el desarrollo económico, social y cultural del conjunto de la Unión Europea. Durante los últimos diez a quince años, la intensidad y la importancia de la inmigración han hecho de este fenómeno uno de los componentes más importantes de su desarrollo económico y uno de los asuntos más urgentes de la agenda pública, tanto para el conjunto de la UE como para la mayoría de los países miembros y, muy particularmente, para España³.

En el caso de España la intensidad de este fenómeno ha sido extraordinaria. Hasta hace no muchos años, España era un país que exportaba mano de obra en busca de mejores condiciones de vida. Sin embargo, durante los últimos quince años, las mejores condiciones económicas, su situación geográfica y sus más altos niveles de bienestar social, han convertido a España en un país en que la inmigración adquiere una importancia considerable. Las cifras registradas en el Censo de Población muestran un aumento desde 353.367 extranjeros empadronados en España en 1991 hasta 5.411.923 extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor a 31 de diciembre de 2012⁴. Por tanto, aunque este ciclo migratorio ha llegado a España un poco más tarde que a otros países de la U.E. como Reino Unido, Holanda, Suecia, Francia, o Luxemburgo, sin embargo se ha dado mucho más rápida e intensamente, de forma que no hay precedentes comparables a escala mundial de la intensidad y velocidad del proceso inmigratorio recientemente experimentado en España.

No es objeto de este estudio entrar en las causas de este fenómeno, ya destacadas por la extensas publicaciones existentes al respecto, pero si señalar que respecto del país de

³ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *La inmigración y el mercado de trabajo en España*, colección CES/informes, informe 2/2004.

⁴ Fuente Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Secretaría General de Inmigración y Emigración (últimos datos publicados, 19 de abril de 2013).

destino no deja de jugar como factor de destino fundamental la demanda efectiva de puestos de trabajo en los mercados laborales, bien por el desarrollo económico de éstos, bien por desequilibrios relacionados con el envejecimiento y la reducción de la población potencialmente activa, con la baja movilidad de algunos segmentos de la oferta de trabajo, con la elevación del salario de reserva de la fuerza de trabajo nacional, con la escasez de algunas cualificaciones y con la rapidez del cambio sectorial. En el caso de España, su condición de país perteneciente a la Unión Europea, su ubicación como frontera de la misma Unión con el Norte de África y la pertenencia al área lingüística hispana juegan un apreciable papel como factores de atracción⁵.

La inmigración, en ocasiones, ha desbordado ampliamente las previsiones y los mecanismos regulares de entrada de los trabajadores extranjeros, lo que ha dado lugar a consecuencias de diversa naturaleza, no siempre deseadas, como la presencia de un importante número de inmigrantes no regulares, con los evidentes riesgos asociados de deficiente integración laboral y social o de potencial discriminación.

Es cierto que la inmigración irregular tiene un indudable impacto social y económico, tanto sobre el conjunto de la economía- por su evidente vinculación con la economía sumergida, que en España significa un porcentaje apreciable del PIB-, como sobre la propia situación del inmigrante, quien padece peores condiciones laborales y de integración que los inmigrantes regulares: su situación laboral es particularmente precaria y no sólo por su situación irregular, sino por las deficientes condiciones de trabajo que debe aceptar y su escasa posibilidad de negociar otras mejores⁶.

Actualmente, el panorama ha variado aunque no de forma sustancial. En un contexto de crisis económica mundial los flujos migratorios se han reducido. Desde siempre, todas las crisis económicas han venido acompañadas por drásticas reducciones de los flujos migratorios, en parte porque las migraciones se autorregulan en función de las ofertas de

⁵ COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL: *Inmigración y mercado...*, *op. cit.*, p. 6.

⁶ CIRCULO DE EMPRESARIOS: «Tres factores claves para una política de inmigración: apertura, control e integración», *Documentos del Círculo de Empresarios*, diciembre de 2006, p. 43.

empleo y en parte porque los gobiernos de los países receptores introducen nuevas restricciones⁷.

Otra causa de la reducción es el posible retorno que se produce en estas situaciones de crisis económica. La decisión de retorno es de orden multicausal, interviniendo variables y condiciones sociales, culturales, políticas y demográficas del país de origen y de destino. Se ha podido verificar que las políticas públicas sobre inmigración no están influyendo apenas, ni mucho menos incentivan en la decisión de retorno de los inmigrantes en general⁸.

Estas circunstancias y la consideración de cómo la crisis actual está teniendo un fuerte impacto en el mercado de trabajo de los inmigrantes⁹, no inciden en una realidad objetiva, y es que España seguirá siendo un país de inmigración, requiriendo los servicios de los inmigrantes aunque sólo sea por razones demográficas. A día de hoy, incluso en esta época de recesión, las oportunidades en las ocupaciones de menor cualificación siguen existiendo especialmente para la población extranjera¹⁰.

Por ello creo en el valor y entidad de este estudio sobre trabajo de los extranjeros y el respeto y reconocimiento a una de sus fundamentales condiciones laborales: la seguridad y salud en el trabajo.

Este primer capítulo tiene un nombre más grandilocuente que su pretensión. En él sólo analizo, y siempre desde la perspectiva de la normativa vigente, el acceso regular y

⁷ PAJARES, M.: *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, p. 23. El análisis realizado sobre inmigración y mercado de trabajo en el año 2010, en CARRASCO CARPIO, C. GARCIA SERRANO, C., *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, 2012, p. 155, se confirma el descenso en los flujos migratorios.

⁸ GALLEGO LOSADA, R.: «La inmigración marroquí y su retorno en el contexto de la crisis económica», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 29 (1/2012), p. 335, Lex Nova.

⁹ SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO. El número de trabajadores extranjeros en situación de desempleo en marzo de 2013, último dato publicado, asciende a 624.383 personas, www.sepe.es.

¹⁰ CARRASCO CARPIO, C. GARCIA SERRANO, C., *Inmigración y mercado de trabajo...*, *op. cit.*, p. 158.

ordinario de los trabajadores extranjeros al mercado de trabajo, pero centrándome básicamente en los aspectos laborales claves de este procedimiento de acceso, a saber, el procedimiento de obtención de la denominada autorización de residencia y trabajo. Y ello en tanto el inmigrante se sigue identificando con la condición de trabajador por el carácter económico-laboral que presenta la inmigración en España¹¹.

El objeto genérico de este capítulo me lleva a examinar lo que se conoce como doble vía: la vía planificada de la gestión colectiva y la vía individual del llamado «régimen general», sin perder de vista la dimensión cualitativa del núcleo del estudio y, por tanto, la consideración que la normativa tiene en esta fase inicial de acceso al aspecto de la seguridad y salud en el trabajo del trabajador.

Prescindo de la entrada irregular en este capítulo por carecer, lógicamente, de configuración legal, pero sí será objeto de atención en el resto del estudio, particularmente en el capítulo III. La proximidad a la realidad socio-laboral del desarrollo de una actividad profesional como es la de la ITSS, pone de manifiesto como los inmigrantes en situación irregular han realizado, realizan y, sin duda, realizarán, actividades laborales, y éstas están sujetas a riesgos que ponen en peligro su salud, vida e integridad, por lo que resulta necesario conocer las obligaciones empresariales al respecto y la protección que se otorga al trabajador una vez que el riesgo se ha materializado. Estimulante, además, esta última cuestión dado el contexto normativo actual en que se ha optado por la restricción de derechos a este colectivo de personas, cual es la limitación de su acceso a la sanidad, lo que me llevará a la oportuna reflexión sobre la posible repercusión en el supuesto de daños padecidos en su actividad laboral por carecer de la condición de «asegurado».

¹¹ TRIGUERO MARTINEZ, L.A. , *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Editorial Bomarzo, Albacete (2008), p. 29.

2. LA INELUDIBLE MENCIÓN AL MARCO NORMATIVO DE EXTRANJERÍA.

Resulta imprescindible iniciar este apartado con la relación de las diferentes etapas o conjuntos normativos reguladores de la materia de extranjería a partir de la CE de 1978, y el enfoque sobre las posibilidades de los extranjeros de acceder al mercado laboral español.

Comienzo por evocar que durante mucho tiempo se padeció de una ausencia de legislación adecuada debido a que a las cuestiones de inmigración y extranjería se les prestó una atención tardía y marginal¹². Un conglomerado de situaciones y acontecimientos históricos hicieron que el subdesarrollo que existía en el siglo XX se fuese convirtiendo en prosperidad en las últimas décadas del mismo, hasta convertirse España en un país de inmigración. Este cambio, de profundas connotaciones y repercusiones, sin duda alguna, conllevó ya la aparición, a mediados de la década de los ochenta, de la primera ley de Extranjería¹³.

Coincido con ESCUDERO RODRIGUEZ¹⁴ que la política legislativa española en materia de inmigración se ha caracterizado, en las dos últimas décadas, por una marcada falta de previsión y por la inexistencia de un modelo claro de referencia y de unos objetivos acordes con él. Ello ha hecho que se haya desarrollado una legislación un tanto improvisada, a rastras de una desbordante realidad, sobre todo, a medida que se fue intensificando el número de inmigrantes residentes, legal e ilegalmente, en España.

¹² VELA DIEZ, R.: «La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería: puntos críticos desde el prisma laboral», *Revista del Centro de Estudios Financieros* núm. 326 (2010), p.8.

¹³ MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del TC 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre», *Relaciones laborales*, 2008/1, p.335.

¹⁴ ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena», *Relaciones laborales*, núm. 15 (2009), p.1.

El marco normativo actual incluso lo puedo calificar de «reciente», dado que la Ley Orgánica de Extranjería, ley orgánica 4/2000, de 11 de enero fue reformada en diciembre de 2009 y su desarrollo reglamentario se publicó en abril de 2011, de la mano del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Es una reforma que ha introducido variaciones de envergadura en contenidos del procedimiento autorizador, como la vinculación de la eficacia de la autorización administrativa al alta en Seguridad Social o la sustitución del contingente por la gestión colectiva de contrataciones en origen, puntos a los que dedico particular atención.

2.1. La inestable normativa de extranjería.

La primera etapa legislativa en el ámbito de la extranjería viene marcada por la existencia de una ley orgánica, la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, motivada por el cambio de las corrientes migratorias que tuvo lugar en España en los años 80.

Se destaca como una de sus principales virtudes la de reunir en un solo texto la múltiple normativa dispersa que existía al respecto. La ley de 1985 se aprobó en vísperas del ingreso de España en la entonces denominada Comunidad Económica Europea (que fue efectiva el 1 de enero de 1986), con la finalidad de dar seguridad a los estados europeos de que España no sería un coladero de inmigrantes en un ámbito europeo en el que Estados como Alemania o Francia habían cerrado, en buena medida, sus puertas a la inmigración desde la crisis del petróleo de principios de los setenta¹⁵.

En su exposición de motivos destacaba su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio quedaba prácticamente

¹⁵ SOLANES, A.: «Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, p.78-79.

equiparado al de los propios ciudadanos españoles. Sin embargo, los artículos de la ley obedecieron poco a las soberanas declaraciones de la exposición de motivos¹⁶.

En lo que aquí concierne, señalar que el ejercicio por parte del extranjero de cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, requería, al igual que la normativa actual, obtener un permiso de trabajo, cuyo otorgamiento correspondía al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y con una duración máxima de cinco años (art. 15.1.). Como novedad, era que los permisos de trabajo podían limitarse a un determinado territorio, sector o actividad, o a una empresa concreta, conforme se determinara reglamentariamente (15.3.).

Sin entrar en las deficiencias de la ley y la problemática que generó, que dio lugar, como viene siendo habitual en todas las leyes orgánicas reguladoras de la materia de extranjería, al establecimiento de un recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 115/1987, de 7 de julio, se creó un modelo básico de control migratorio de entrada vinculado con las necesidades del mercado de trabajo que sigue manteniéndose como eje vertebrador en la actualidad¹⁷.

Por diferentes aspectos de la norma, la LO 7/ 1985 estaba abocada a ser revisada, al constituir una barrera que impedía la entrada legal, dificultaba el establecimiento y la permanencia de los extranjeros con un grado razonable de seguridad y dificultaba su integración. La concesión de los visados de entrada quedaba a la discrecionalidad de los consulados y embajadas, que en la práctica casi nunca los concedían, cerrando las vías de acceso legal. Los permisos se otorgaban con una validez igual a la del contrato de trabajo y por el plazo de un año. No se premiaba la estabilidad, permitiendo la denegación de la renovación de permisos de extranjería a personas que llevaban viviendo largo tiempo en España, volviendo de esta forma a situaciones de ilegalidad. En todos los aspectos complementarios, como la concesión de permisos, expulsiones,

¹⁶ KREIENBRINK, A.: *España, país de inmigración. Evolución política entre europeización e intereses nacionales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (2008), p. 121

¹⁷ SOLANES, A.: «Un balance tras 25 años...», *op. cit.*, p.80.

etc., se recurría a una regulación ambigua que abusaba de conceptos jurídicos indeterminados y dejaba a las administraciones públicas un amplio margen de discrecionalidad¹⁸.

Además, la ley no impidió que el volumen de flujos de inmigrantes se redujera, de aquí que se iniciaran las regularizaciones extraordinarias y se planteará la necesidad de modificar la normativa de extranjería.

Por ello, en 1990 el Gobierno de entonces consideró que la situación migratoria en España estaba adquiriendo un relieve tal que justificaba un nuevo planteamiento político, planteamiento que se formula en el documento remitido al Congreso de los Diputados en diciembre de 1990, bajo el título «Situación de los extranjeros en España. Líneas básicas de la política española de extranjería», y se concreta en una Proposición no de ley relativa a la situación de los extranjeros en España¹⁹.

Esta proposición fue el punto de partida de la diferenciación de la política española de inmigración en los años noventa. A partir de entonces se inició una sucesión de resoluciones y acontecimientos, entre los que destaco la regularización de trabajadores extranjeros en 1991-1992²⁰.

Su resultado fue la concesión de permisos de residencia y trabajo por un año a 112.000 extranjeros que hasta entonces estaban en situación irregular. La experiencia de este proceso extraordinario puso de manifiesto la necesidad de arbitrar un mecanismo legal que tratara de canalizar los flujos de entrada. Así surge el denominado contingente anual que establecía las cuotas legales de entrada en el territorio español cada año. Aunque en su concepción teórica se había previsto como un mecanismo al que pudieran acogerse los extranjeros que deseaban venir a España a trabajar, siendo así la vía legal de entrada,

¹⁸ CARDONA ALONSO, I.: «La Ley 4/2000: La dimensión jurídica», *Revista La Factoría*, Nº 11, febrero-mayo (2000,) p. 1-7.

¹⁹ ARAGÓN BOMBIN, R.: «La España de los 90 ante el reto de la inmigración», *Papeles del Psicólogo*, núm. 54 (1992), p. 2.

²⁰ KREIENBRINK, A.: *España, país de inmigración...*, *op. cit.*, p. 166.

la realidad fue que entre 1993 y 1999 se demostró que el contingente funcionaba como una especie de regularización encubierta. Durante este período quienes se acogieron al contingente fueron los extranjeros que ya se encontraban en territorio español, con la finalidad de regularizar su situación. Este mecanismo aunque suponía una aparente solución resultó ser una falacia, puesto que, el gobierno era consciente de que por esta vía no llegaban nuevos inmigrantes en situación legal sino que se aprovechaba, ante la ausencia de otra alternativa al efecto, para regularizar la situación de las personas que habían quedado al margen de la normativa administrativa²¹.

El inicio del proceso de reforma de la LO 7/1985 tuvo su origen en las diversas iniciativas parlamentarias planteadas en la primera legislatura del Gobierno del Partido Popular (1996-2000). Una moción del pleno del Congreso de los Diputados de octubre de 1997 y las conclusiones del «Informe de la Comisión de Política Social y Ocupación del Congreso sobre la situación de los españoles que viven fuera y de los inmigrantes y refugiados que han llegado a España», de junio de 1998, son los primeros pronunciamientos, por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, a favor de la modificación de la ley de 1985. Los distintos partidos políticos presentaron proposiciones para elaborar una nueva ley, que finalmente fue aprobada en diciembre de 1999, después de más de un año de negociaciones, y constituye la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

A partir de este momento se inicia un proceso normativo complejo, tanto por la sucesión normativa que se produce, como por las circunstancias políticas en que se desenvuelve, dado que no siempre se alcanzó un consenso entre las diferentes fuerzas políticas.

La LO 4/2000, sorprendentemente y al contrario de sus sucesoras, carece de preámbulo o exposición de motivos que exprese su orientación y el propio motivo de su promulgación. Se trata de una ley reformada en cuatro ocasiones y en las que todas las

²¹ SOLANES, A.: «Un balance tras 25 años...», *op. Cit.*, p.80

leyes de reforma se han incrustado de forma que ha actuado como un bastidor en el que aquéllas se acoplan²².

Fue una ley, de acuerdo con las reglas del debate parlamentario, aprobada por consenso de la oposición parlamentaria y en contra el criterio del Gobierno del Partido Popular, el partido gobernante, y dio un giro completo a su antecesora mejorando notablemente el tratamiento de los derechos de los extranjeros. Mientras la LO 7/1985 estaba orientada, fundamentalmente, a regular los requisitos de entrada, residencia, trabajo y expulsión, la LO 4/2000 pretendía que los extranjeros que se establecieran en España se equipararan a efectos constitucionales a los españoles y en ella se incluían objetivos tales como la integración laboral de los inmigrantes en España, o la equiparación de derechos entre los españoles y los extranjeros. Se pretendió la regularización de los inmigrantes que ya estaban establecidos en España, y la creación de unos cupos anuales de inmigrantes de forma que se pudieran integrar en España y pudieran acceder más fácilmente al mercado de trabajo.

Su vida fue corta, ni siquiera llegó a tener un desarrollo reglamentario ya que el Gobierno ejerciente pertenecía al único grupo parlamentario que no había votado a favor de su aprobación, e incluso se justificó el incremento de los flujos inmigratorios que había tenido lugar en los meses posteriores a la ley por el «efecto llamada» que había provocado la misma.

De aquí que fuera rápidamente reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, un texto diferente con un cambio importante de concepto en la política inmigratoria de la anterior. La Exposición de Motivos avalaba la reforma mediante una serie de justificaciones que difícilmente se sostenían²³. Por un lado, se destacaba la necesidad de revisarla a los nueve meses porque lo que se había detectado en este periodo de vigencia había superado las previsiones de la norma y, en segundo lugar, por la necesidad de la

²² ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración...», *op. cit.*, p.3.

²³ RELAÑO PASTOR E.: «¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: un análisis crítico de la ley de extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la UE (I)», *Diario La Ley n° 601*.

adaptación de la legislación española a las conclusiones de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE en la cumbre de Tampere el 16 y 17 de octubre de 1999. Esta modificación de la normativa de extranjería suspende el anterior mecanismo de regularización automática, elimina las motivaciones en las denegaciones de visado, recorta derechos de los inmigrantes indocumentados, incluyendo los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, y modifica el régimen disciplinario para poder internar y expulsar a extranjeros sin permiso de residencia. El acceso al mercado de trabajo continúa con el sistema de cupos o contingentes anuales, siguiendo también vigente la cláusula de prioridad nacional.

De este modo la versión original de la LOEX se convirtió en la LO de menor vigencia de toda la historia del Derecho español²⁴.

Tras la LO 8/2000, la siguiente reforma que afectó a la legislación de extranjería se realizó a través de una norma que no se ocupaba propiamente de esta materia. El propio título de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, aparentemente invitaba a relacionar los tres términos que enunciaba consolidando un modelo de control migratorio. La norma tenía la pretensión clara de que los extranjeros delincuentes no permanecieran en España²⁵. Como bien expone la propia Exposición de Motivos, se trata de «evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto».

En este mismo año 2003 se vuelve a reformar la normativa de extranjería por LO 14/2003, de 20 de noviembre, reforma de trascendencia que alcanza a 31 artículos de 70 e introduce 8 nuevos. El legislador avala la necesidad de la reforma con una serie de justificaciones muy similares a las expuestas en la Exposición de motivos de la Ley 8/2000: mejora de la gestión mediante la simplificación de los actos administrativos y

²⁴ KREIENBRINK, A.: *España, país de inmigración...*, *op. cit.*, p.381

²⁵ SOLANES, A.: «Un balance tras 25 años...», *op. cit.*, p.86.

del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España; mejora de los instrumentos sancionadores previstos en la Ley 4/2000, e incorporación de las disposiciones aprobadas por la Unión Europea. La finalidad de la ley se mantiene sin imprimirle al espíritu de la misma otro objetivo u otra clave interpretativa²⁶.

Como novedad, en el aspecto de trabajo y empleo de extranjeros que analizo, es que los apartados 3 y 4 del artículo 39, incorporan la previsión del que entonces denominado contingente pudiera establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, o a determinados sectores de actividad u ocupaciones. Estos visados para búsqueda de empleo autorizaban a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante el período de estancia de tres meses, en los que podía el extranjero en los servicios públicos de empleo correspondientes (art. 39.5). Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero quedaba obligado a salir del territorio, incurriendo, en caso contrario, en infracción grave y sin que pudiera obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años.

Son supuestos que, de algún modo, modulan la regla de la contratación de personas que estén necesariamente fuera del territorio español. Y ello, porque, aun tratándose de personas que han de encontrarse en sus países de origen, se les autoriza a venir a España sin haber suscrito un contrato, pero con la finalidad de procurar el logro de un empleo. Es, pues, una especie de búsqueda de empleo in situ —esto es, en el interior del mercado de trabajo español— que permite, de un lado, privilegiar a los extranjeros con vínculos de consanguinidad con españoles de origen, y de otro, acercar a inmigrantes que demandan empleo a los lugares, actividades y territorios en los que tienen posibilidad de encontrar trabajo y de resolver, de modo inmediato, la falta de respuesta a las ofertas de empleo. El riesgo que podía suceder es que dichas personas decidieran permanecer irregularmente en España en el supuesto de que no hubieran encontrado

²⁶ RELAÑO PASTOR E.: «¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras...», *op. cit.*, p. 5.

trabajo en el referido lapso temporal, en cuyo caso no podrían obtener una nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años²⁷.

2.2. La reforma de 2009. Aspectos esenciales.

A estas sucesivas reformas le pone cierre la LO 2/2009, de 11 de diciembre. Reforma relevante, tanto por su dimensión, reflejada en el número de artículos que han sido reformados, como por los temas a los que afecta, si bien no parece haber creado la controversia de sus antecesoras. Las reformas que introduce a lo largo del articulado legal son numerosas y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico para el derecho migratorio y de extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta, pues ante todo no ha de olvidarse su transversalidad²⁸. Su justificación es diversa: necesidad de incorporar la jurisprudencia del TC que había cuestionado algunos artículos de la LOEX, adaptar diversas directivas comunitarias sobre inmigración pendientes de transposición o no transpuestas plenamente y adecuar el marco normativo de extranjería a la nueva realidad migratoria en España, con las características y problemas que no existían cuando aquélla se aprobó. Todo ello para mejorar la ordenación de flujos migratorios y ajustarlos a la capacidad de acogida y a las necesidades del mercado de trabajo español, reforzando los mecanismos de vigilancia y control y la lucha contra la inmigración ilegal.

En su conjunto, la reforma ha acentuado la diferencia de trato entre la inmigración regular y la inmigración irregular. Para la primera supone una mejora, tiende a asegurar la igualdad con los españoles y a hacer de la integración de los inmigrantes «legales» uno de los ejes centrales de nuestra política inmigratoria. Como contrapartida, la Ley trata de evitar y de eliminar en lo posible la inmigración irregular. A ello responde al propósito de canalizar y controlar la migración laboral, de vincularla a las necesidades

²⁷ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración...», *op.cit.*, p. 4.

²⁸ MONEREO PEREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «El modelo de protección jurídico-legal del trabajador. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre» en MONEREO PEREZ, J.L. (Dtor), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Coordinadores), *Protección jurídico social de los trabajadores extranjeros*, Comares, 2010, p.4.

de nuestro mercado de trabajo (en la perspectiva trabajo/permiso y no en la de permiso/trabajo) y de aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los controles, agravando el régimen sancionador y facilitando la expulsión de los extranjeros en situación irregular²⁹.

La LO 2/2009 presenta diversas cuestiones especialmente novedosas, una de ellas es el tratamiento del nuevo marco competencial en la materia, que ya había comenzado a gestarse incluso antes de esta reforma. Efectivamente, el RD 1162/2009, de 10 de julio, modificó el reglamento de extranjería entonces vigente, el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, con la finalidad de adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo a los requerimientos derivados del traspaso a las CC.AA de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocen determinados Estatutos de Autonomía.

Dicho traspaso a día de hoy sólo se ha hecho efectivo en la CC.AA de Cataluña. El Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad³⁰ reconoce en el apartado segundo del artículo 138.2 la competencia exclusiva en materia de autorizaciones de trabajo de extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia incluye, tanto la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena como la tramitación y la resolución de los recursos y la aplicación del régimen de inspección y sanción, régimen que ha cobrado más importancia a partir de 1 de marzo de 2010, cuando efectivamente se produce la transferencia de la ITSS a la citada CC.AA.

En el análisis de constitucionalidad del EAC hecho por el TC en su sentencia de 28 de junio de 2010³¹, no se aprecia la inconstitucionalidad del citado art. 138 EAC, éste,

²⁹ RODRIGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: «La nueva legislación de extranjería e inmigración», *Relaciones Laborales*, núm. 8 (2010), pág. 107, tomo 1, Editorial LA LEY.

³⁰ Ley orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

³¹ STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, que resuelve uno de los siete recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. BOE núm. 172 de 16 de julio de 2010.

entiende el Tribunal, ha de interpretarse en el sentido de que la referencia a la «inmigración» no se corresponde con esta materia constitucional competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.2 CE), sino con otras materias sobre las que puede asumir competencias la Comunidad Autónoma.

En definitiva, esta competencia sobre autorizaciones de trabajo no deja de ser una competencia ejecutiva en materia laboral, si bien lo hace bajo el paraguas de un ámbito diferente del que recogen las competencias específicas en esta materia³².

El diseño simple de lo que supone la asunción por la CC.AA de Cataluña de la materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, es que concurren en el correspondiente procedimiento administrativo dos Administraciones Públicas: una, la autoridad laboral autonómica, que resuelve sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, al amparo de la autorización de residencia y trabajo solicitada; otra, la autoridad estatal competente en materia de residencia de extranjeros, que decide sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España, al amparo de dicha solicitud de autorización de residencia y trabajo³³.

Desde la perspectiva del acceso al mercado de trabajo, como simple trazo de la misma y sin perjuicio de un tratamiento posterior más profundo, la reforma del 2009 introduce modificaciones para perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios, apostándose de nuevo por una inmigración ordenada en un marco de legalidad y consolidándose la política de inmigración que vincula la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo. En este sentido, entre otras medidas, se regula con mayor nivel de concreción la situación nacional de empleo en el

³² CAMAS RODA, F (coord.): «El marco competencial en materia de inmigración que se deriva de la reforma del Estatuto de Autonomía y del proceso de reformas de la normativa de extranjería», *La atribución de competencias en materia de inmigración derivadas del Estatuto de Autonomía*, Generalidad de Cataluña, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona (2010), p. 30.

³³ SOLANES, A.: «Un balance tras 25 años...», *op. Cit.*, p.93.

catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y se limitan las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito territorial³⁴.

Otra de las novedades que incorpora la LO 2/2009 en materia de autorizaciones iniciales de trabajo, y que se conecta con la protección del sistema de Seguridad Social, es la nueva redacción del art. 36.2 LOEX. Conforme a este precepto la «eficacia» de la autorización de residencia y trabajo inicial «se condicionará al alta del trabajador en la Seguridad Social», encomendando a la Entidad Gestora³⁵ la función de comprobar la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad. La reforma se sitúa así en una clara línea restrictiva y de mayor rigor en el acceso al mercado de trabajo nacional y a nuestro Sistema de Seguridad Social por parte del trabajador extranjero³⁶.

Otro apunte de esta reforma de 2009 es que se renombra el «mítico contingente de trabajadores extranjeros» con el término, más genérico, de «gestión colectiva de contrataciones en origen»³⁷. Por lo que hace a su aprobación, el órgano competente ya no será el Gobierno, sino que se especifica que ha de ser el Ministerio de Trabajo e Inmigración (hoy Ministerio de Empleo y Seguridad Social³⁸) el que adopte la decisión previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, teniendo en cuenta las propuestas, que previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las CC.AA ³¹.

³⁴ ORTEGA GIMÉNEZ, A.: «La nueva reforma de la Ley de Extranjería: ¿Hacia una política migratoria integral, integrada y sostenible?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 801/2010 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.

³⁵ No parece adecuado el término Entidad Gestora, ya que el organismo que tiene atribuido la afiliación y alta de los trabajadores es la Tesorería General de la Seguridad Social, que en sí misma no es una Entidad Gestora sino que tiene el carácter de servicio común de la Seguridad Social (art.1.2. del RD 2318/1978, de 15 de septiembre), tutelado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

³⁶ FERNÁNDEZ AVILES, J.A.: «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La nueva vinculación con el alta del trabajador en la seguridad social y las consecuencias derivadas de la falta de alta del trabajador», en MONEREO PÉREZ, J.L. /Dtor), *Los derechos de los extranjeros en España* Editorial La LEY, Madrid (junio 2010), p. 583.

³⁷ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, F.: «La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen a propósito ...», *op. cit.*

³⁸ Nueva denominación instaurada por Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (BOE núm. 307, de 22 de diciembre de 2011).

Por último, dentro de las claves a resaltar de la reforma, íntimamente relacionada con la inserción del trabajador extranjero en el mercado de trabajo, es la reforma del régimen sancionador de la LO 2/2009. Dentro del procedimiento sancionador se amplía la competencia de la ITSS respecto de sujetos que hasta ahora no eran considerados como responsables en el procedimiento inspector. Tanto la entrada de nuevos tipos sancionadores como la redacción modificada del artículo 55 LOEX comporta que la ITSS puede iniciar expediente sancionador no sólo al empresario, tradicional sujeto responsable en este ámbito, sino también al propio trabajador extranjero que ha incurrido en la infracción. Y ello, por cuanto en la redacción de este precepto ha desaparecido la coletilla habitual referida a las infracciones de trabajadores que expresaba: «cuando se trate de trabajadores por cuenta propia». El estudio detallado de este novedoso aspecto se aborda en el capítulo tercero.

El colofón al breve repaso normativo lo pone la entrada en vigor el 30 de junio de 2011 del nuevo reglamento de la LOEX, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. La norma reglamentaria constituye un acontecimiento relevante para la política de inmigración de España, por su voluntad de adaptar la norma a un nuevo ciclo económico y migratorio y de solventar algunas disfunciones detectadas en aspectos concretos de la legislación anterior³⁹.

El nuevo reglamento no sólo se propone mejorar las normas que regulan los procedimientos de extranjería, sino que además, según se reconoce en el mismo, aprovecha para introducir modificaciones materiales que no sólo responden a cambios legales y a la adaptación reglamentaria del Derecho de la UE en este ámbito, sino que

³⁹ GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: «Sobre el nuevo reglamento de extranjería de 2011», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 95(2011), p. 13.

pretenden tener en cuenta la ya dilatada experiencia de las Oficinas de Extranjería. Por lo tanto, el nuevo Reglamento contiene más novedades que las legalmente impuestas⁴⁰.

Al respecto conviene decir, que la STS, sala 3ª, de 12 de marzo de 2013, que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo, contra determinados preceptos del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, ha dado cobertura a esta extensión material subrayando que la Disposición final tercera ("adaptación reglamentaria") de la Ley Orgánica 2/2009 habilita al Gobierno para «dictar cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo sean necesarias», amparándose el RELOEX precisamente en dicha habilitación (FJ.1)⁴¹.

La regulación que proporciona el reglamento es bastante más clara y está mejor organizada y sistematizada que la de sus precedentes. También es manifiestamente más extensa, tal vez por aquel propósito de abordar con la debida precisión todos los aspectos implicados en el tratamiento normativo de los extranjeros en España. Basta con señalar un solo dato: el nuevo reglamento consta nada más y nada menos que de quince títulos, cuyo enunciado ya puede proporcionar una idea bastante aproximada de su contenido general⁴².

⁴⁰ BARCELO FERNÁNDEZ, J.: «Comentarios al nuevo reglamento de extranjería, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril», *Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 27 (2011). p.1.

⁴¹ Los recurrentes censuran apartados del art. 71 del RELOEX sobre renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, entre otros, por cuanto impone requisitos (en concreto, el "requisito de cotización") que excederían de los contemplados en el artículo 38.6.a) de la LOEX, sin que este último precepto legal contenga en su actual redacción, a diferencia de lo que sucedía con las precedentes, ninguna remisión a las normas reglamentarias de desarrollo. A ello responde el TS que la impugnación no puede ser acogida, el art. 38 resulta susceptible de desarrollo en cualquiera de sus apartados aunque alguno de ellos no contenga una remisión específica al Reglamento por la cobertura general que ofrece la Disposición final tercera de la LOEX.

⁴² MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J.: «El nuevo reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España», *Derecho de los Negocios*, Nº 250, Sección Relaciones Laborales, Julio-Agosto 2011, Editorial LA LEY.p.4.

3. LAS PRINCIPALES CLAVES DEL ACCESO AL MERCADO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS.

Al hablar de claves mi pretensión es observar, al hilo del marco normativo vigente, el estudio de los elementos que constituyen la esencia del proceso de entrada al mercado de trabajo de los trabajadores extranjeros por cuenta ajena.

En el concepto de trabajadores extranjeros excluyo a los ciudadanos de la UE en tanto su régimen jurídico se rige por sus propias normas (del Derecho de la Unión o nacional), y sólo se les aplica el régimen general de extranjería en aquellos aspectos de la normativa de extranjería que pudieran resultarle más favorables (art.1.3 LOEX).

Tampoco incluyo cuestiones como el derecho al trabajo de los extranjeros, derecho al trabajo no reconocido en la CE más que a los españoles (art. 35), pero sí en el art. 10.1 de la LOEX: «Los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena,...». La reciente reforma del año 2009 al incluir la mención a los residentes, parece fortalecer la idea, ya antes aceptada, de que sólo los residentes tienen el derecho de acceder al trabajo en España y no, por tanto, los que se encuentran en nuestro territorio en situación de irregularidad administrativa⁴³

Dentro de estas claves analizo el eje principal en torno al acceso al trabajo como es la autorización para trabajar. Como he señalado, atiendo al régimen general de autorización en sus aspectos procedimentales y sustanciales, analizando la trascendencia que el conjunto normativo otorga a los aspectos de seguridad y salud laboral en el proceso.

Dentro de las modalidades ordinarias de acceso al mercado nacional de trabajo, trato las dos principales: la gestión individual, la solicitud personal de autorización de residencia y trabajo, instada por el empleador que pretenda contratar a un determinado extranjero,

⁴³ ORTEGA MARTIN, E.: *Manual práctico de DERECHO DE EXTRANJERÍA, LA LEY*, marzo 2010 (4ª edición), p. 222.

y condicionada, salvo puntuales excepciones, a la valoración individualizada de la situación nacional de empleo; y la gestión colectiva, el contingente de trabajadores extranjeros fijado por el Gobierno, el cual valora genéricamente la situación nacional de empleo y estima un número de trabajadores extranjeros por provincias y sectores de actividad que podrán entrar en España para cubrir las demandas empresariales⁴⁴.

3.1. El tradicional requisito de autorización para trabajar.

Por razones que principalmente atañen al empleo, pero también por razones más generales de orden político, económico y social, constituye un principio muy asentado en las legislaciones nacionales occidentales el establecimiento de «controles» legales y administrativos respecto de la entrada y salida, la estancia o la residencia y finalmente el trabajo por cuenta propia o ajena de los no nacionales⁴⁵.

Por ello, la normativa de extranjería exige que el acceso al trabajo de los extranjeros en España quede indefectiblemente supeditado a la presentación de un contrato de trabajo⁴⁶, elemento que motiva la autorización para trabajar del extranjero, que se constituye en elemento clave de la regularidad laboral.

Indiscutiblemente se parte de que la posición jurídica de los extranjeros en el mercado de trabajo español se caracteriza por la nota de la diferencia de trato en relación con los nacionales. El principio de igualdad en el acceso al empleo que se deriva de los arts. 14 y 35 de la Constitución encuentra en los extranjeros que quieren trabajar o seguir trabajando en España una excepción constitucional. En efecto, como ha señalado el TC en sentencia 107/1984, de 23 de noviembre (BOE de 21 de diciembre), si bien el art. 13

⁴⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, F.: «La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen a propósito de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010», *Aranzadi Social*, núm. 22/2010 (Estudio, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.

⁴⁵ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nú. 63 (2006), p. 102.

⁴⁶ CHARRO BAENA, P.: «El trabajo de los extranjeros en España: una lectura desde el Ordenamiento Laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63 /2006), p. 74.

de la CE reconoce los derechos y libertades públicas a los extranjeros, lo hace en los términos que establezcan los tratados y la Ley. Lo que quiere decir que «el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el título primero de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previstos en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá por propia previsión constitucional de la libre voluntad del tratado y la ley». El derecho al trabajo de los extranjeros resulta por tanto modulable por parte de la legislación ordinaria española⁴⁷.

Esta tradicional limitación ya era recogida en el Decreto 1870/1968, de 27 de julio, por el que se regulaba el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, el cual establecía en su art. 4 que para que un extranjero pudiera trabajar en España habría de obtener previamente la correspondiente autorización que se expedía en forma de Permiso de Trabajo.

La LO 7/1985 no hablaba en los términos actuales de autorización para trabajar sino de permiso de trabajo, aunque no determinara ninguna definición del mismo. Su art. 15 imponía a los extranjeros mayores de dieciséis años que fuesen a ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, la necesidad de obtener simultáneamente el permiso de trabajo y el permiso de residencia. Ambos permisos debían de ser de idéntica duración y se expedían en un documento unificado.

Sí el Decreto de 27 de julio de 1968 establecía la obligación de aportar a la solicitud de concesión del permiso de trabajo un contrato de trabajo visado por la Dirección Provincial de Trabajo, la LO 7/1985, eliminó la exigencia de este visado, y su art. 17 condicionó la concesión del permiso de trabajo a que el extranjero presentase «contrato

⁴⁷ LÓPEZ GANDIA, J.: «El acceso al empleo de los extranjeros en España», *Relaciones Laborales*, 1986, p. 244 y ss, Tomo 2.

de trabajo por escrito» o justificase «documentalmente el compromiso formal de colocación». Dada la inoperancia que en la realidad había tenido ese compromiso formal de colocación, el Reglamento de 1996, en su art. 85.2 b), no hizo sino volver a la exigencia de presentar un contrato de trabajo previo a la concesión inicial del permiso de trabajo, mediante la llamada «oferta de empleo»⁴⁸.

La LO 4/2000, redacción originaria, en su art. 33.1, establecía que los extranjeros mayores de dieciséis años debían proveerse de una autorización para trabajar, como no podía ser menos y conforme a la tradición legislativa limitativa de este tipo de derechos, pero introdujo novedades al respecto de hondo calado. Se establecía como categoría genérica la autorización para trabajar, siendo un subtipo de la misma el permiso de trabajo, que se reservaba de forma exclusiva para habilitar la realización de trabajos por cuenta ajena (arts. 34 y 35 de la LO 4/2000). La diferenciación entre autorizaciones en general y permiso de trabajo se valoró positivamente, ya que en la normativa anterior era evidente que el legislador otorgaba un régimen jurídico al permiso de trabajo por cuenta ajena tomándolo como modelo para regular tanto el permiso de trabajo por cuenta propia, como otras autorizaciones --estudiantes, refugiados...--, lo que provocaba importantes disfunciones⁴⁹.

El art. 33.3 introduce un novedoso y sorprendente párrafo cuyo significado y alcance es de difícil entendimiento: «Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales...».

Una primera lectura podría llevar a pensar que se instauraba una nueva autorización para los empresarios que contraten trabajadores extranjeros, independiente del permiso de trabajo de estos últimos. Sin embargo la LO guardaba absoluto silencio en cuanto a

⁴⁸ CHARRO BAENA, P.: «El trabajo de los extranjeros en España...», *op.cit*, p. 73

⁴⁹ CHARRO BAENA, P, RUIZ DE HUIDROBO, J. M.: «La mal llamada *Ley de Extranjería*: ¿un paso hacía la integración de los inmigrantes?» *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-122, tomo 4, Editorial LA LEY.

su duración, características, si sería genérica o nominativa⁵⁰. También, cabría pensar, que el precepto pretendía enfatizar el hecho de que el obligado a solicitar el permiso de trabajo, que no la autorización para trabajar, fuera el empresario que pretende contratar al trabajador extranjero. En cambio, tratándose de la autorización para trabajar por cuenta ajena el único obligado será el propio trabajador.

Ya en los debates parlamentarios se puso de manifiesto la dificultad de interpretación del precepto referenciado; así, la señora Rivadulla Gracia, del Grupo Parlamentario Mixto, solicitaba directamente la supresión de ese apartado, ya que pensaban que introducir, como hace la ley, una nueva autorización, que se refiere a la que deben tener los empresarios para contratar a trabajadores extranjeros, significaba complicar todavía más el procedimiento y en nada favorecía a la seguridad jurídica de todo el proceso⁵¹.

Las reformas posteriores han puesto en evidencia que no se estaba introduciendo una autorización nueva para empresarios, sino más bien, desde mi perspectiva particular, que se estaba procediendo a la transición terminológica entre la conocida expresión de *permiso de trabajo* a la actual de *autorización para trabajar*.

La LO 8/2000 modifica ese apartado y el contenido del artículo 33 pasa a ser el número 36, que queda redactado en el sentido de que los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (36.3). No se trata de una autorización genérica para el empresario, sino específica para el supuesto de trabajador extranjero sin autorización, lo que deriva hacía la exigencia comúnmente conocida de solicitud de autorización o permiso previo, e indirectamente a la prohibición de contratación de trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Véase, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones, VI Legislatura, núm. 795, de 10 de noviembre de 1999, p.8. http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/DS/CO/CO_795.PDF (última consulta realizada 13 de septiembre de 2012).

La conexión del apartado tercero junto al genérico apartado primero del art. 36, la necesidad del trabajador extranjero de obtener una autorización administrativa previa para realizar cualquier actividad lucrativa laboral o profesional, la regulación en el artículo 37 del permiso de trabajo por cuenta propia y en el artículo 38 del permiso de trabajo por cuenta ajena, permite afirmar que la autorización administrativa es el género y el permiso de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena la especie⁵².

La reforma de la LO 2009, siguiendo con la tradición ya apuntada, exige en su art. 36.1 que los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. Esta autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente.

La obtención y disposición de esta autorización otorga lo que comúnmente se llama «regularidad» y, de acuerdo con el ROEX (art. 62) autoriza al extranjero mayor de 16 años a permanecer en España por un periodo superior a noventa días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad laboral por cuenta ajena.

De aquí, que esta vía de acceso al mercado de trabajo es un supuesto estable de la legislación de extranjería que podría identificarse como la arquitectura o estructura básica del vigente sistema migratorio⁵³.

3.1.1. Exclusión de los menores de 16 años.

Quizá lo más llamativo del texto legal (art.36), tanto en la redacción actual como en las anteriores, es que se restrinja el acceso a la autorización de trabajo a partir de los 16

⁵² ORELLANA CANO, A.M.: «Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros», *Actualidad Laboral*, núm. 1, Semana del 30 Dic. 2002 al 5 Ene. 2003, Ref. I, pág. 1, Tomo 1, Editorial LA LEY.

⁵³ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.(coord.), *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley (mayo 2010), p. 385.

años. La explicación podría encontrarse en la traslación al ámbito de la legislación de extranjería de una regla clásica de la legislación laboral contenida en el art. 6.1. ET, que cifra en esa edad, la edad mínima de acceso al trabajo⁵⁴.

La duda surge respecto de la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos, permitida por el propio ET (art. 6) aunque de forma excepcional y sometida a la autorización de la autoridad laboral. En el caso de que sean menores extranjeros, parece que una interpretación literal excluiría de la necesidad de autorización de trabajo.

Anotar que no cualquier trabajo en espectáculo público está permitido, sino obviamente sólo el que tiene carácter artístico. Por tanto, quedan fuera del ámbito de estas normas permisivas cualesquiera otros trabajos (de carácter técnico, administrativo, auxiliar, etc.) en espectáculos públicos⁵⁵.

La norma reglamentaria laboral que regula esta intervención es el RD 1435/1985, de 1 de agosto, que desarrolla en contenido la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, y determina la posibilidad de participación en esta actividad de menores de edad laboral, reiterando y desarrollando el art. 2, lo expresado en el ET.

Se atribuye a la autoridad laboral la competencia para autorizar excepcionalmente la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana.

La ausencia de peligro para la salud física supone una salvaguarda de la salud del menor en relación con las concretas actividades artísticas a realizar, si bien también limita sus

⁵⁴ GARCÍA MURCIA, J., CEINOS SUAREZ, A.: «Art. 48», en AA.VV., RAMOS QUINTANA, M (dtor), ROJAS RIVERO, G (coord.), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007, p.321.

⁵⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M.R. «La edad mínima de acceso al trabajo autónomo. Implicaciones jurídico-sociales», *Diario la Ley*, núm. 6836, 7 de diciembre de 2007, año XXVIII, ref. D-264, p.11.

posibilidades de trabajo en igual medida en que las tienen limitadas para cualquier tipo de trabajo todos los menores de 18 años⁵⁶.

Dicha autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede. Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato (2.1.)

La precisión en la esfera de extranjería viene en el art. 2.2 del RD: «En materia de nacionalidad se estará a lo que disponga la legislación vigente para los trabajadores extranjeros en España». Regla que resulta sorprendente y superflua, dado que el art. 7 c) del ET ya remite, con carácter general, esa posibilidad de trabajo de extranjeros en España a la legislación específica sobre la materia, sin que la actividad artística en espectáculos públicos debiera presentar, en principio, especialidad alguna por razón de su identidad⁵⁷.

En principio si se trata de artistas extranjeros que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada⁵⁸, quedarán excluidos de la autorización (art.41.1.g. LOEX), pero si la actividad es continuada⁵⁹, la norma de extranjería no da una respuesta, por lo que habría que considerar conforme la dicción

⁵⁶ Principalmente, y todavía vigente a pesar de su antigüedad, el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se regulan los trabajos a menores. Igualmente las prohibiciones del art. 6. ET relativas a trabajos nocturnos y realización de horas extraordinarias a los menores de 18 años.

⁵⁷ HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley (2006), p.371-372.

⁵⁸ Estas actividades no podrán superar 5 días continuados de actuación o 20 días de actuación en un período inferior a 6 meses (art.117.g. RELOEX).

⁵⁹ Supuesto que no deja de ser frecuente en series televisivas o películas en las que es habitual este tipo de intervenciones de menores, tanto nacionales como extranjeros.

del art. 36 señalado que no precisan dicha autorización⁶⁰ , lo que puede comportar implicaciones importantes desde la perspectiva de seguridad social.

A diferencia de lo que sucede en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (art. 7.1.b LGSS), en el Régimen General no existe limitación por edad en cuanto a la extensión de su campo de aplicación (art. 7.1.a LGSS)⁶¹. En consecuencia, y por lo que respecta al trabajador menor de 16 años se habrán de observar las mismas obligaciones que respecto del trabajador con mayoría de edad laboral. Por ello, el menor extranjero estará sujeto a una relación laboral de carácter especial, con la particularidad y la extensión que permita la autorización administrativa correspondiente, y deberá procederse a su afiliación, alta y cotización⁶².

La circular de la TGSS 5-015-1994, de 15 de marzo de 1994, y relativa a la «afiliación al Sistema de la Seguridad Social de los menores de 16 años» (todavía vigente en su contenido), razonaba que, aun cuando el ordenamiento de la Seguridad Social es un ordenamiento jurídico completo y cerrado en sí mismo, será la edad mínima establecida en la normativa laboral, para ser sujeto del contrato de trabajo la que determine, a su vez, la inclusión en el Sistema de la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena. Esta edad es la de dieciséis años, pero admite unas excepciones, y no existe fundamento jurídico para considerar que esas situaciones excepcionales de los menores de dieciséis años que realicen una actividad artística queden fuera del ámbito de protección de la Seguridad Social.

El escollo lo encuentro en la propia normativa de desarrollo de la LGSS, ya que cuando se trata de trabajadores extranjeros por cuenta ajena, el art. 42 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social

⁶⁰ En el mismo sentido HURTADO GONZÁLEZ, L, *Artistas en espectáculos...*, *op. cit.*, p.378, el cual entiende que la ley limita la autorización de trabajo a los extranjeros mayores de 16 años.

⁶¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, sentencia núm. 471/2002, de 13 de septiembre.

⁶² Consulta emitida por la DGT en fecha 27 de julio de 2006.

(RGIA), requiere para su afiliación y alta que a las solicitudes se acompañe la documentación acreditativa de su nacionalidad y, a excepción de aquellos a los que resulte de aplicación la normativa comunitaria, de la correspondiente autorización para trabajar o del documento que acredite la excepción de la obligación de obtener.

La lógica del precepto impone que cuando no se trate de ciudadanos comunitarios, ni pueda incluirse en la relación de actividades del art. 42 de la LOEX (excepciones a la autorización), el cual en el apartado j) sólo hace mención de los menores extranjeros en edad laboral tutelados por la entidad de protección de menores competente, pero en cualquier caso en edad laboral, los servicios administrativos de la seguridad social podrían denegar la afiliación y alta del menor por no aportarse dicha autorización y, lo más preocupante, no permitir la cotización al Sistema y quedar excluido de su eficacia protectora en prestaciones.

A pesar de ello, mi opinión es que el trabajo de un menor de 16 años extranjero no debe comportar diferencia respecto del trabajador menor nacional o comunitario y, por tanto, ha de estar igualmente incluido y protegido por el sistema de seguridad social.

Incluso, tiene cierta justificación que no se requiera de autorización previa para trabajar por dos razones:

- La primera, y aunque la observación de la realidad diaria demuestre lo contrario, es que la autorización para trabajar de este grupo de edad sólo procede en casos excepcionales (art. 6.1. ET)⁶³. El hecho de que se pueda autorizar excepcionalmente, implica que tal autorización no puede concederse de manera regular, sino con carácter extraordinario, lo que supone una primera garantía para el menor⁶⁴. De aquí que la intervención artística y necesariamente

⁶³ Siguiendo a HURTADO GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 341, la excepcionalidad es particularmente importante en épocas como la actual, conocedora de un espectacular incremento del trabajo infantil amparado en la excepción legal, fenómeno muy ligado al desarrollo del sector audiovisual de las últimas décadas y sobre todo, al insaciable consumo de sus productos.

⁶⁴ RUANO ALBERTOS, S., *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, edita Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2001), p.245.

esporádica de los extranjeros no supone ningún desequilibrio del mercado interno de trabajo, y por tanto no es tenida en consideración en los procedimientos de autorización.

- Pero además, es que el concreto trabajo artístico de un menor en España ya dispone de autorización administrativa de trabajo. Todas las actuaciones, sin excepción, han de ser autorizadas con carácter previo por la autoridad laboral. Dicha autorización funciona como presupuesto de validez de la relación jurídica, de forma que no es posible contratar lícitamente la intervención del menor hasta que ésta haya sido autorizada⁶⁵. Así, el poder de decisión, se sea menor nacional o extranjero, se hace recaer sobre la autoridad laboral⁶⁶, si bien viene determinado y condicionado por la valoración de una serie de circunstancias, tal como que la intervención del menor no suponga un peligro para su salud física, ni para su formación profesional y humana (art. 2.1.Rd 1435/1985).

Concluyendo, aunque la normativa de desarrollo de la LGSS no lo exija (RGIA), junto a la solicitud de afiliación y alta del menor extranjero se habrá de adjuntar el permiso o resolución favorable de la autoridad laboral⁶⁷, sin que pueda denegarse por la TGSS los citados actos de encuadramiento en el sistema, sobre la base de la ausencia de una concreta autorización de trabajo y residencia no exigida a los menores de edad laboral por el marco normativo de extranjería.

⁶⁵ HURTADO GONZÁLEZ, L., *Artistas en espectáculos...*, *op.cit.*, p. 353.

⁶⁶ Autoridad que en el caso de la CC.AA de Cataluña, y sólo en ella de momento, es coincidente con la autoridad que resolvería, de exigirse, la autorización inicial de trabajo del menor de edad laboral.

⁶⁷ Resolución de 20 de noviembre de 1987, de la entonces Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social.

3.1.2. *El condicionamiento de la situación nacional de empleo y su instrumentación a través del catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.*

Fundamento clave para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, es la consideración a la situación nacional de empleo (art. 38.1. LOEX).

Es un criterio considerado uno de los grandes pilares sobre los que se asienta la política de inmigración. Con esta noción se quiere hacer referencia a la capacidad de absorción de nuestro mercado de personas procedentes del exterior, dando por hecho que los nacionales tienen derecho, sin más paliativos o condicionantes, a insertarse en el mismo⁶⁸.

No hay un concepto preciso de este condicionante de acceso al empleo, sino una forma de su determinación, pasando a ser considerado en el nuevo reglamento de manera más minuciosa y autónoma, cobrando el suficiente protagonismo como para tener ahora un artículo propio, el art. 65⁶⁹.

La preocupación de la reforma normativa es *determinar y concretar*, dejando muy poco espacio a la discrecionalidad y al intérprete, haciéndolo además de forma expansiva, de manera que el requisito parece bastante difícil de conseguir, como consecuencia de la tendencia restrictiva de las políticas de inmigración europea y nacional. Posiblemente hayan primado las razones de seguridad y la coyuntura económica y del mercado de trabajo, para adaptar la inmigración a nuestra capacidad de acogida, pero a base de limitar el fenómeno de la inmigración legal, que no la inmigración real, la que fuerza la necesidad, el hambre y la guerra, la otra cara de la globalización⁷⁰.

⁶⁸ GARCÍA MURCIA, J., CEINOS SUÁREZ, A.: «Art. 50» en AA.VV., RAMOS QUINTANA, M. (Dtora), ROJAS RIVERO, G. (coord), *Comentarios al Reglamento de ...*, op. cit., p.333.

⁶⁹ SÁNCHEZ RIBAS, J., FRANCO PANTOJA, F., *El Reglamento de Extranjería 2011*, Editorial Lex Nova (1ª edición mayo 2011), p. 100.

⁷⁰ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: «Análisis jurídico laboral del Reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril», *Relaciones Laborales*, núm. 22, 2011.

Es cierto que la exigencia de condicionar la autorización para trabajar a la situación nacional de empleo tiene una larga serie de excepciones en una larga serie de casos (art. 40 LOEX) que se ha dado en considerar «preferenciados»⁷¹ y que están justificados por las peculiaridades de los sujetos afectados⁷², por la presencia de particulares situaciones⁷³ o razones inherentes al puesto de trabajo a desempeñar⁷⁴. En este marco, también merece destacarse, en línea con otras propuestas de protección dirigidas a las mujeres afectadas por violencia de género, la no consideración de la situación nacional de empleo de mujeres extranjeras afectadas por violencia de género (nuevo art. 40.j). Además, se prevé la posibilidad de conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la afectada mientras se tramita el procedimiento penal, autorización cuyos efectos concluirían «en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales»⁷⁵

También el reglamento posibilita que la situación nacional de empleo permita la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura, cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno. El procedimiento, como se verá, es farragoso y el resultado supone un mayor condicionamiento y una mayor demora en la cobertura del puesto de trabajo ofertado, por lo que el carácter residual de esta posibilidad parece evidente⁷⁶.

⁷¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración y problemática...», *op.cit*, p.12

⁷² Como por ejemplo los extranjeros nacidos y residentes en España o los hijos o nietos de español de origen.

⁷³ Se encuadrarían supuestos como los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación, o los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario.

⁷⁴ Artistas de reconocido prestigio, la cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas, etc.

⁷⁵ ROJO TORRECILLA, E, CAMAS RODA,F.: «Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación políticas», *Temas Laborales*, núm. 104/2010, p.19.

⁷⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración ...», *op. cit*, p.12.

La determinación de la «situación nacional de empleo», que condiciona la autorización o permiso de trabajo, sigue contando en la norma reglamentaria con el auxilio del catálogo trimestral de ocupaciones de difícil cobertura⁷⁷.

El Servicio Público de Empleo Estatal elabora, con periodicidad trimestral, de acuerdo con la información suministrada por los Servicios públicos de empleo autonómicos y previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para cada provincia o demarcación territorial que, en su caso, establezca la correspondiente Administración autonómica, así como para Ceuta y Melilla. En las provincias insulares, el Catálogo podrá establecerse para cada isla o agrupación de ellas (art. 65.1. ROEX).

El desglose geográfico, al no ser necesariamente por provincia, intenta dotar al catálogo de una mayor agilidad y operatividad a fin de acompañar su contenido a las concretas necesidades de un mercado de trabajo muy variable y desigual según las zonas geográficas y los sectores y actividades de que se trate⁷⁸.

Este Catálogo está basado en la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los Servicios Públicos de Empleo. También tendrá en consideración las estadísticas elaboradas por las administraciones públicas y, especialmente, la relativa a personas inscritas como demandantes de empleo en los Servicios públicos de empleo. Las ocupaciones del catálogo serán las consignadas en la Clasificación Nacional de Ocupaciones que esté en vigor. La concreción del detalle con que una ocupación se debe incluir en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura se realizará teniendo en cuenta el grado de especialización requerido para el desempeño de la actividad. Finalmente, podrán no ser incluidas en Catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza podrían ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de

⁷⁷ MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J.: «El nuevo reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros...», *op. cit.*, p.7.

⁷⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración...», *op.cit.*, p.12.

empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de empleo.

Automáticamente quedan incluidas aquellas ocupaciones para las que el valor medio de demandas es cero. Los indicadores que se utilizan son: indicador del grado de penetración en el mercado de trabajo, indicador del grado de dificultad para cubrir ofertas de empleo y, por último, el indicador de escasez de demandantes de empleo⁷⁹.

El último catálogo consultado, correspondiente al segundo trimestre del año 2013⁸⁰, publica escasas ocupaciones, en su mayoría relacionadas con oficios o puestos de la marina mercante o en buques (excepto deportista profesional y entrenador deportivo), que van desde mozo, auxiliar o camarero, hasta oficiales radioelectrónicos o jefes de máquina.

La calificación de una ocupación como de difícil cobertura implica la posibilidad de tramitar la autorización para residir y trabajar dirigida al extranjero.

3.2. La posibilidad de contratación en ocupaciones no catalogadas.

Se considera que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir los puestos de trabajo vacantes con trabajadores ya incorporados en el mercado laboral interno (art. 65.2. ROEX).

⁷⁹ RUANO ALBERTOS,S.: «Situaciones administrativas de los extranjeros en España» en *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, GARCIA NINET, J.I. (director), Atelier LIBROS JURÍDICOS (2012), p. 92.

⁸⁰ SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, www.sepe.es, última consulta 29 de abril de 2013.

Para ello, deberá presentar una oferta de empleo en los Servicios Públicos de Empleo, la cual estará formulada de forma precisa y ajustada a los requerimientos del puesto de trabajo, sin contener requisitos que no tengan relación directa con su desempeño.

El Servicio Público de Empleo en el que se haya presentado la oferta de empleo, dentro de sus competencias en intermediación laboral, la gestionará promoviendo el contacto entre el empleador y los demandantes de empleo que se adecuen a los requerimientos de la misma. Asimismo, durante un periodo de tiempo de al menos quince días, dará publicidad a la oferta, a fin de que los trabajadores que residen en cualquier parte del territorio español puedan concurrir a su cobertura.

Transcurridos veinticinco días desde la presentación de la oferta por el empleador, éste deberá comunicar al Servicio Público de Empleo el resultado de la selección de candidatos que se ha presentado para cubrir los puestos de trabajo vacantes.

El Servicio Público de Empleo emitirá, si procede, la certificación de insuficiencia de demandantes en un plazo máximo de cinco días contados a partir de la comunicación por parte del empleador del resultado de la selección.

El certificado emitido por el Servicio Público de Empleo deberá contener una precisa y amplia información: tendrá que identificar al empleador y la oferta, también sobre el número de puestos de trabajo ofertados y de trabajadores puestos a disposición del empleador. Se incluirá igualmente la cifra de personas inscritas en la provincia como demandantes de empleo para la ocupación de que se trate. Y, finalmente, valorará si se trata de una ocupación que podría ser cubierta por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actuaciones formativas programadas por los Servicios públicos de empleo, mecanismo introducido para evitar la sustitución de mano de obra que ya existe en el mercado laboral⁸¹.

⁸¹ BARCELO FERNÁNDEZ, J.: «Comentarios al nuevo reglamento de extranjería...», *op, cit*, p. 5.

Según la parte expositiva del Reglamento se trata de una regulación más completa que la anterior del certificado que emite el servicio público de empleo, pretendiendo mejorar la información que lo sustenta, teniendo en cuenta las posibilidades de cubrir las ofertas de empleo con trabajadores que ya se encuentran en el mercado de trabajo nacional y que podrían satisfacerlas con actuaciones formativas promovidas por los servicios públicos de empleo.

En la valoración del certificado, la Oficina de Extranjería competente para la tramitación de la solicitud de autorización inicial tendrá en consideración, especialmente, la relación entre el número de trabajadores puestos a disposición del empleador y el de puestos de trabajo ofertados por éste, así como la valoración de si el puesto podría ser cubierto tras una actividad formativa programada por el Servicio Público de Empleo.

Me sumo a la crítica de ROJO TORRECILLA⁸², que destaca como se deja la puerta abierta a diferentes y diversas interpretaciones por parte de los respectivos Servicios Públicos de Empleo. Efectúa esta afirmación sobre la base de que se permite incluir en el catálogo aquellas ocupaciones que por su naturaleza podrían ser cubiertas por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en actividades formativas programadas por los propios servicios públicos de empleo, pero sin concretar ni por cuanto tiempo, ni qué tipo de actividades serían o si estarían incluidas dentro de su planificación general, o de forma adicional cuando se diera el supuesto.

Por otro lado, en cuanto que la oferta presentada por el empleador para ese puesto de trabajo no deba contener requisitos que no tengan relación directa con su desempeño, deduce como si hubiera que presumir necesariamente que el empleador quiere eludir la legalidad, o forzar la letra de la norma, para poder contratar a la persona deseada.

⁸² ROJO TORRECILLA, E.:« El contenido laboral del nuevo Reglamento», <http://eduardorojoblog.blogspot.com/>, (23 de abril de 2011).

Particularmente pienso que es un procedimiento largo y desalentador a la búsqueda de un certificado que como se ha dicho parece *misión imposible*⁸³. El certificado, en cualquier caso, no parece que sea definitivo para tramitar en el exterior la oferta de empleo, y deja un margen amplio de actuación a la oficina de extranjería para tomar la decisión final de aceptación o denegación de la tramitación de la oferta en el exterior.

En el anterior reglamento, RD 2393/2004, de 30 de diciembre, la situación nacional de empleo figuraba como una de las causas de denegación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 53.1.b)⁸⁴. Supuesto, que si bien estaba condicionado a la necesaria motivación de la resolución, daba lugar a valoraciones discrecionales en la resolución denegatoria⁸⁵. Ello comportó cierta litigiosidad basada en la valoración de los requisitos de las ofertas de empleo que obtuvo diferentes pronunciamientos según las circunstancias fácticas de cada supuesto⁸⁶, siendo deseable que estas situaciones no vuelvan a repetirse con la interpretación que se dé al criterio de que la solicitud no contenga requisitos que no tengan relación directa con el puesto⁸⁷.

⁸³ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: «Análisis jurídico laboral del Reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril», *Relaciones Laborales*, núm. 22 (2011), p.30.

⁸⁴ La misma exigencia en el art. 74.1. del reglamento de extranjería anterior al del 2004, el RD 864/2001, de 20 de julio.

⁸⁵ MOLINA GARCIA, M . «art. 53» en AA.VV, RAMOS QUINTANA,M (Dtora), ROJAS RIVERO, G (coordinadora), *Comentarios al..., op. cit.*, p.354.

⁸⁶ Por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Bilbao, Sentencia de 8 Feb. 2008, rec. 526/2006, que revisa la denegación de un permiso de trabajo para cubrir un puesto de cocinero con especialidad en cocina colombiana y 2 años de experiencia. El motivo se basa en el certificado del Instituto Nacional de Empleo que indica que constan en la provincia de Vizcaya 2.014 demandantes y 584 con dos años de experiencia, así mismo se indica que «habida cuenta que entre los requisitos exigidos uno es que debe ser conocimientos de cocina colombiana, nuestra aplicación informática no contempla la posibilidad de discriminar por dicha acepción». En este caso el juez declara la resolución contraria de Derecho por entender que el conocimiento de la cocina colombiana si ha de considerarse requisito exigible por las características del restaurante donde ha de desarrollar la actividad el cocinero a emplear, y que ninguno de los cocineros inscritos como demandantes de empleo domina la cocina colombiana, no pudiendo hablar de elementos discriminatorios sino de que responden a una necesidad real del mercado laboral.

⁸⁷ Seguramente el carácter aislado de una vivienda podría considerarse como circunstancia no relacionada directamente con un puesto de servicio doméstico. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, [RJ\2008\1441](#)), entendió que debía haber correspondencia de la demanda con la oferta nominativa del expediente de solicitud de autorización. En este caso la oferta contemplaba la condición de interno del extranjero a contratar para dicho servicio doméstico y el carácter aislado de la vivienda. El Tribunal razonó que siendo un hecho

4. GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN

Uno de los objetivos que se impuso la reforma de 2009, tal como figura en su propio preámbulo, es perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.

En torno a estas necesidades gira, como siempre ha ocurrido en la política migratoria si bien anteriormente con la denominación de «contingente», la gestión colectiva de contrataciones. Siguiendo a SANCHEZ TRIGUEROS Y FERNANDEZ COLLADOS⁸⁸, ésta consiste en una previsión genérica de la mano de obra extranjera necesaria para cubrir las ofertas de empleo que los nacionales, comunitarios y residentes legales no pueden atender. Para ello se realiza una valoración colectiva de la situación nacional de empleo y según el resultado de la misma se concretan las ocupaciones y, en su caso, las cifras previstas de empleos, que durante un período determinado (un año) se pueden cubrir con extranjeros que no se hallen o residan en España.

Según dispone el art. 39 LOEX, el Ministerio de Trabajo e Inmigración (hoy de Empleo y Seguridad Social), teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, puede aprobar una previsión de las ocupaciones y, en su caso, de la cifra de puestos de trabajo que se podrán cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en el período de un año, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España, por lo que impide la contratación de los que se encuentre de forma irregular en el país.

Como característica diferenciada de la gestión individual que es atemporal, es que la gestión colectiva de contrataciones en origen tiene una periodicidad anual. A través de ésta se valora la situación nacional de empleo anualmente, concretando las ocupaciones

notorio la escasa movilidad geográfica de los demandantes de empleo y la situación aislada de la vivienda para la que se ha hecho la oferta, no cabe duda que la gestión de la oferta, debería haber culminado con resultado negativo

⁸⁸ SANCHEZ TRIGUEROS, C y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen», *Los derechos de los extranjeros en España*, edición n.º 1, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2010, p.675.

y, en su caso, las cifras previstas de empleos, que durante ese período se pueden cubrir con extranjeros que no se hallen o residan en España. Eso no significa que todos los años tenga que establecerse un cupo de trabajadores extranjeros, pues cabe la posibilidad de que éste pueda ser cero⁸⁹.

El RELOEX dedica todo un título, de ahí su importancia, el Título VIII, a esta gestión colectiva de contrataciones en origen. Es una pormenorizada regulación que comprende tanto aspectos procedimentales, como normativos, determinantes del contenido de la norma anual de cobertura, e incluso competenciales, para dar acogida a las transferencias materializadas en este campo.

Al respecto se mantiene que ya es «una fórmula plenamente consolidada, que viene perfilada como prioritaria en el régimen legal», aunque se admite a continuación que en la práctica no es la modalidad de entrada de mano extranjera más utilizada, ni consigue erigirse como la fórmula más idónea de canalización de los flujos migratorios⁹⁰, siendo más usual la tramitación individual de ofertas nominativas.

La gestión colectiva permite la contratación de trabajadores que no se hallen o residan en España, y que deben ser seleccionados en sus países de origen a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios, que también pueden ser nominativas en los supuestos establecidos por el Ministerio.

Desde el año 2002 es característico este proceso, cuya pretensión es una contratación ordenada, regulada, y programada de extranjeros que no se hallen ni residan en el país. Su finalidad no es convertir la gestión colectiva, antes contingente, en una vía

⁸⁹ SANCHEZ TRIGUEROS, C y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen a propósito de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010», *Aranzadi Social*, núm. 22/2010, p.3.

⁹⁰ IGARTUA MIRÓ, M.T, «Gestión colectiva de las contrataciones en origen» en SANCHEZ- RODAS NAVARRO, C (Directora), *El novísimo Reglamento de Extranjería*, , Ediciones Laborum (2011), p. 251.

encubierta de acceso al trabajo para ciudadanos extranjeros que ya se encuentran entre nosotros, si bien de forma irregular y sin autorización de residencia y trabajo⁹¹.

Para su elaboración, en primer lugar está la realización de propuesta de previsión anual de puestos de trabajo, por ocupación laboral, que podrán ser cubiertos a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen y que corresponde a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (actualmente con la condición administrativa es de Secretaría General).

Para ello, deberá tenerse en cuenta la información sobre la situación nacional de empleo suministrada por el Servicio Público de Empleo Estatal, así como las propuestas de las CC.AA, las cuales previamente han consultado a las organizaciones sindicales más representativas y empresariales en su ámbito correspondiente (art. 168.1.).

Antes de adoptarse la propuesta, se requiere la consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, y una vez elaborada, se plantea ante la Comisión Interministerial de Extranjería para que informe sobre la procedencia de aprobar la Orden (art. 168.2).

El proceso de elaboración en poco ha cambiado, respecto al contingente, excepto en que ya no es el Consejo de Ministros el que lo aprueba, sino directamente el Ministerio donde reside la actividad de empleo y extranjería. Se mantienen las referencias a la Comisión Laboral Tripartita y a la Comisión Interministerial de Extranjería, pero se ha suprimido la referencia al informe elaborado por el Consejo Superior de Política de Inmigración en concordancia con la modificación del art. 68.2 LOEX en la reforma del 2009⁹².

Sigue siendo crucial la participación de las CC.AA. la atribución a las CC.AA de actuaciones en esta materia, mejora la valoración de las necesidades laborales en su

⁹¹ ROJO TORRECILLA,E.: «artículo 77» en AA.VV., RAMOS QUINTANA, M (dir), ROJAS RIVERO, G.P(coord.), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova (Valladolid), 2007, p.482.

⁹² BARCELO FERNÁNDEZ,J.: «Comentarios al nuevo reglamento de extranjería...», *op. cit.*, p.20.

territorio, y por tanto, en el establecimiento final de las ofertas de trabajo. No en vano, la Comisión de las Comunidades Europeas ya se pronunció a favor de ello al recordar, en su comunicación sobre la vinculación entre la inmigración ilegal y legal, como, al observar como muchos de los trabajadores inmigrantes admitidos en función de los acuerdos bilaterales son contratados por pequeñas y medianas empresas, «las oficinas de empleo regionales son más capaces de responder a las necesidades específicas de economía local» (Comisión, 2004)⁹³.

Como novedad, el art. 169 RELOEX dota de contenido a la norma anual que apruebe la gestión colectiva de contrataciones en origen, la norma cuyo caparazón jurídico será el de OM (no el de RD al no ser ya aprobada por Consejo de Ministros), comprenderá una cifra provisional de los puestos de trabajo de carácter estable que pueden ser cubiertos a través de este procedimiento por trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España. Además de poder establecer un número de visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de españoles de origen, así como un número de visados para la búsqueda de empleo limitados a determinadas ocupaciones en un ámbito territorial concreto.

Podrá regular de manera diferenciada las previsiones sobre contratación estable y las particularidades en el procedimiento de contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio, sin necesidad respecto de éstos de establecer una cifra de puestos a trabajo a cubrir, ni una delimitación de ocupaciones laborales.

El establecimiento de dichas particularidades requerirá que la OM, previamente informada por la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, en el caso de que, a raíz de las propuestas de las Comunidades Autónomas y en atención a la situación nacional

⁹³ CAMAS RODA, F.: «artículo 79», RAMOS QUINTANA, M (Directora), ROJAS RIVERO, G.P(coord.): *Comentarios ...*, op, cit., p.490-491.

de empleo, se determine la no procedencia de establecer una cifra de contrataciones estables para una determinada anualidad.

Se prevé, en aras de una mayor flexibilidad, que se podrá revisar el número y distribución de las ofertas de empleo admisibles en el marco de la gestión colectiva de contrataciones en origen, para adaptarlo a la evolución del mercado de trabajo.

Por último, como también señala el art. 39.3. LOEX, las ofertas de empleo genéricas presentadas al amparo de esta norma se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios. Es una orientación preferente, por consiguiente no obligatoria, y además dejando al margen las ofertas nominativas que, obviamente, no pueden quedar condicionadas por la nacionalidad del sujeto que se pretende contratar⁹⁴. La preferencia se refiere a las «ofertas de empleo» sin distinguir si este término se refiere a las de carácter estable o también a las temporales que, en principio, no son objeto de previsión numérica. La lógica interpretativa, en aplicación del criterio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, ha de llevarnos a la conclusión de que unas y otras quedan sujetas a ella⁹⁵.

Estos países son, a día de hoy: Colombia, Ecuador, Marruecos, Mauritania, Ucrania y Republica Dominicana. También se podrá con los que existen, si bien subsidiariamente, instrumentos de colaboración en esta materia como Gambia, Guinea, Guinea Bissau, Cabo Verde, Senegal, Mali, Níger, México, el Salvador, Filipinas, Honduras, Paraguay y Argentina.

En este contexto procede analizar brevemente la primera OM surgida tras la entrada en vigor del reglamento.

⁹⁴ ROJO TORRECILLA, E.: «artículo 77» en AA.VV., RAMOS QUINTANA, M (dir), ROJAS RIVERO, G.P(coord.), *Comentarios, op. cit.*, p.488.

⁹⁵ GOERLICH PESET, J.M.: «Art. 39. Gestión colectiva de contrataciones en origen», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *Comentario a la Ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012 (2ª edición), p. 732.

La Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012⁹⁶, supone un cambio políticamente importante con respecto a la dictada para el año anterior, ya que el MEYSS, después de haber efectuado las consultas a las CC.AA y con la información recibida del Servicio Público de Empleo Estatal, «ha considerado conveniente no aprobar contrataciones de puestos de trabajo de carácter estable en la presente Orden», e igualmente (si bien esta previsión ya se recogía en la normativa para 2011), «tampoco se prevé la concesión de visados para búsqueda de empleo, dirigidos a hijos y nietos de español de origen o limitados a determinadas ocupaciones». El Ministerio se acoge a la posibilidad prevista en el artículo 169.3 del RELOEX y sólo regula «las particularidades del procedimiento de contratación de trabajadores de temporada o por obra o servicio en la gestión colectiva de contrataciones en origen de trabajadores extranjeros no comunitarios para 2012». Por consiguiente, de la norma en vigor para 2012 desaparecen todas las referencias a la contratación estable de trabajadores extranjeros, y también ha desaparecido la referencia contenida en la Orden de 2011 a que las ofertas de empleo de carácter temporal no estarían sujetas a limitación numérica en cuanto a la cifra de contrataciones que podrían ser autorizadas⁹⁷.

Para el 2013 se ha prorrogado la vigencia de la Orden del 2012, pero exclusivamente a los efectos de la contratación de trabajadores para campañas agrícolas de temporada⁹⁸.

En el año 2011, la Orden TIN/3364/2010 de 28 de diciembre, el número de contrataciones de carácter estable se limitó a un conjunto muy reducido de ocupaciones. La reducción fue de tal consideración que ya que el anexo I sólo incluía 14 contrataciones en origen (8 médicos especialistas en pediatría, 4 en urología y 2 en cardiología), y referidas solo a la Comunidad Autónoma de Castilla y León,

⁹⁶ BOE núm. 5 de 6 de enero de 2012.

⁹⁷ ROJO TORRECILLA, E.: «Gestión colectiva de contratación de trabajadores extranjeros en origen. Contingente cero para trabajadores estables y visados de búsqueda de empleo», <http://eduardorjoblog.blogspot.com.es> (6 de enero de 2012).

⁹⁸ Orden ESS/2825/2012, de 27 de diciembre, por la que se prorroga la vigencia de la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012. BOE núm. 1 de 1 de enero de 2013.

justificándose la decisión adoptada por las escasas propuestas formuladas por las CC.AA y por la situación nacional de empleo. Al igual que la del 2012 no estaba prevista la concesión de visados de búsqueda de empleo para hijos y nietos de español de origen «o limitados a determinadas ocupaciones en un ámbito territorial concreto». Por el contrario, no se fijaba una limitación cuantitativa para las contrataciones de carácter temporal que pudieran formalizarse al amparo de lo previsto en la norma.

Y en el año 2013, como el anterior, las ofertas de empleo presentadas por los empleadores sólo pueden ir dirigidas a la contratación de trabajadores para el desarrollo de actividades de carácter temporal. Con carácter general, las ofertas de empleo se formularán de forma genérica, si bien cabe igualmente la posibilidad de presentar ofertas de carácter nominativo (art.1.1 OM).

Las ofertas de empleo de carácter temporal podrán formularse para las actividades de temporada o campaña, de gestión ordinaria, con una duración máxima de nueve meses dentro de un periodo de doce meses consecutivos, previendo la norma que la gestión podrá ser, en su caso, unificada o concatenada para las actividades en el sector agrícola. También podrán presentarse para actividades de obra y servicio, con duración no superior a un año, y que afecten a «montaje de plantas industriales o eléctricas, construcción de infraestructuras, edificaciones y redes de ferrocarriles y de suministros de gas, eléctricos y telefónicos, instalaciones y mantenimiento de equipos productivos, así como su puesta en marcha y reparaciones, entre otros» (art.1.2. OM).

De forma breve destaco el procedimiento contemplado en la OM:

Las ofertas de empleo, tanto las de carácter genérico como las de carácter nominativo, deberán contener un número mínimo de diez puestos de trabajo. Se permiten solicitudes que, acumulando ofertas de dos o más empleadores, sumen dicho número. Excepcionalmente, la Dirección General de Migraciones, podrá autorizar la gestión de ofertas que contengan un número mínimo de cinco puestos de trabajo. Además, los

puestos incluidos dentro de una misma oferta de empleo deberán reunir características homogéneas, de forma que permitan su tramitación acumulada (1.3. OM).

Están legitimados para solicitar la gestión de ofertas de empleo al amparo de esta Orden los empleadores que deseen contratar trabajadores extranjeros, bien por sí mismos o a través de las organizaciones empresariales (art.2. OM).

El art. 3 de la Orden precisa las garantías para los trabajadores en cuanto condiciones de trabajo: la actividad continuada durante la vigencia de la autorización solicitada; el cumplimiento de las condiciones de trabajo del contrato de trabajo, debiendo coincidir éstas con las condiciones contenidas en la oferta de empleo de la que la autorización de residencia y trabajo trae causa; la puesta a disposición del trabajador de un alojamiento adecuado que reúna las condiciones previstas en la normativa en vigor, y siempre debe quedar garantizada en todo caso la dignidad e higiene adecuadas del alojamiento. Respecto de la normativa en vigor no queda claro el ámbito normativo material al que se refiere. Se podría pensar que es la normativa de prevención de riesgos laborales, pero ésta no detalla las condiciones de los alojamientos, el RD 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, exige únicamente en su anexo V-A, que «cuando existan dormitorios en el lugar de trabajo, éstos deberán reunir las condiciones de seguridad y salud exigidas para los lugares de trabajo en este Real Decreto y permitir el descanso del trabajador en condiciones adecuadas».

En el ámbito estatal de extranjería, pero con vigencia anual, está la Orden ESS/1708/2012, de 20 de julio, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas para la ordenación de los flujos migratorios laborales de trabajadores migrantes para campañas agrícolas de temporada y su inserción laboral. En ella se prevé la concesión de subvenciones para distintas acciones relacionadas con el programa global de ordenación de los flujos migratorios laborales de temporada, y entre ellas para la ejecución de habilitación de plazas de alojamiento, es decir viviendas colectivas destinadas a las personas trabajadoras de temporada, siempre

que cumplan las condiciones exigidas legalmente y, como mínimo, las que se especifican en el anexo I de esta Orden. Anexo que relaciona de forma muy pormenorizada las condiciones de habitabilidad de los alojamientos para trabajadores migrantes de temporada y campaña en la agricultura, tanto en su contenido general, instalaciones y servicios como en estructura y equipamiento, distinguiendo los diferentes tipos de alojamiento.

En otros casos, es la esfera autonómica la que da la respuesta, como es el caso de la CC.AA de Aragón que también, para fomentar el adecuado acondicionamiento de alojamientos destinados a trabajadores que presten servicios de temporada en explotaciones agropecuarias de la propia Comunidad, concede ayudas⁹⁹. Igual que la norma estatal el anexo I contiene un amplio elenco de condiciones de habitabilidad, higiene e idoneidad.

Otras, como la CC.AA del País Vasco, pasan a regular directamente estas condiciones. El Decreto 248/2006, de 28 de noviembre, establece los requisitos mínimos materiales y funcionales de los alojamientos para personal temporero, así como la autorización, registro y acreditación de los mismos. Aunque su ámbito de aplicación personal es para todos los trabajadores temporeros, sus redactores están pensando en trabajadores extranjeros desde el momento en que en su introducción indica que «El ordenamiento jurídico establece claramente, que los poderes públicos están obligados, en igualdad de condiciones que para la ciudadanía nacional, a remover todos los obstáculos y a promover cuantas iniciativas sean necesarias para que las personas extranjeras residentes puedan disfrutar de una vivienda en condiciones y/o tener acceso a un techo digno»¹⁰⁰.

⁹⁹ ORDEN de 13 de junio de 2012, del Consejero de Economía y Empleo, por la que se aprueba la convocatoria, para el año 2012, para la concesión de subvenciones para la financiación del acondicionamiento de alojamientos destinados a trabajadores temporales del sector agropecuario en Aragón (BOA de 28 de junio).

¹⁰⁰ Este Decreto ha sido modificado por el Decreto 101/2012, de 29 de mayo del Gobierno Vasco para suavizar el grado de exigencia respecto de las condiciones de habitabilidad de los alojamientos.

En último lugar, decir que también puede ser la normativa convencional la que establezca estas condiciones¹⁰¹.

Al trabajador también se le debe garantizar la organización de los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen, debiendo asumir el empleador como mínimo el coste del primero de tales viajes y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada a España y el lugar de alojamiento. Observará, igualmente, una actuación diligente en orden a garantizar el regreso de los trabajadores a su país de origen una vez concluida la relación laboral (art.3.2.b y c).

Las solicitudes de gestión de ofertas genéricas de empleo se presentarán ante la Oficina de Extranjería de la provincia donde vaya a realizarse la actividad laboral, que será el órgano competente para la tramitación del procedimiento. En todo caso, las solicitudes se presentarán con una antelación mínima de tres meses al inicio de la actividad laboral, sin que ésta supere un período de seis meses respecto a la fecha de inicio de la propia relación laboral. Se habrá de presentar una oferta de empleo por cada empleador, ocupación y provincia (art. 5 OM).

La solicitud de gestión de ofertas se formula en los modelos oficiales establecidos y se acompaña de la documentación correspondiente. Interesa que en el caso de que el solicitante proponga la realización de acciones de formación en el país de origen como parte del proceso selectivo, deberá hacer constar esta circunstancia en el modelo de solicitud, al que se acompañará además una memoria explicativa de la duración y el contenido de dicha formación, a fin de su coordinación con los procesos de preselección y selección de los trabajadores (art.6 OM).

Del texto se deduce que la selección y preselección es un proceso denso donde finalmente se lleva a cabo por la Comisión de selección, que estará formada por los representantes de la Dirección General de Migraciones y/o de la correspondiente Misión

¹⁰¹ El Convenio Colectivo de trabajo del sector agropecuario de Cataluña para los años 2010-2011, establece en su artículo 41 las condiciones de alojamiento y manutención del personal interno, eventual y de temporada.

Diplomática, por los órganos competentes en el país de origen y, a elección del empleador, por sus representantes directamente o por organizaciones empresariales. Será obligatoria la participación de los empleadores ofertantes cuando el volumen de la oferta o el perfil profesional solicitado lo haga necesario, así como cuando se vayan a realizar pruebas prácticas a los trabajadores (8.4 OM)

En Cataluña, por ejemplo, su Servicio Público de Empleo, el SOC, pone a disposición de las empresas con centros de trabajo en Catalunya un Servicio de Intermediación, Formación Laboral y primera acogida en origen (SILO). La actividad del SILO se desarrolla por proyectos de contratación en origen, siempre en colaboración con la Administración general del Estado y las autoridades de los países de origen.

Dentro del campo de la selección, el SILO opera en este procedimiento de gestión colectiva de contrataciones en origen, cuando el órgano competente ha valorado positivamente la oferta genérica y la ha tramitado en la oficina consular para hacer los trámites de la selección en origen. Entonces, el SILO puede acompañar a la empresa en todo el proceso de selección de las personas. En el caso que la empresa delegue esta función al SILO, este servicio ejercerá a todos los efectos su representación en el proceso de selección. También, una vez representada a la empresa en la selección, puede hacer los trámites administrativos para el viaje de las personas, como los relacionados con la recogida de la documentación para la tramitación de visados, y otras gestiones.

Uno de los últimos pasos es que la Dirección General de Migraciones da traslado de la relación de trabajadores seleccionados a la Oficina de Extranjería competente para que proceda a la emisión de los documentos relativos a las tasas por la tramitación de la autorización de residencia temporal y trabajo.

La realidad es que una parte minoritaria de trabajadores inmigrantes entra a través de la Gestión colectiva de contrataciones en origen, en la que intervienen los mecanismos públicos de intermediación. El balance de esta vía que suelen hacer empresarios y

organizaciones empresariales es satisfactorio, puesto que a las empresas llegan trabajadores que han sido seleccionados en origen con la participación de las entidades que han realizado la demanda. Más aún, en muchos casos estos trabajadores han tenido una formación previa genérica, particularmente para informarles sobre el nuevo contexto en el que realizarán su actividad. Con todo, las organizaciones patronales de pequeñas empresas ponen de manifiesto una disfuncionalidad del mecanismo de la Gestión colectiva de contrataciones en origen, que explicaría por qué no se cubren todas las plazas que esta vía pone a disposición de las empresas o bien por qué es un camino principalmente aprovechado por la empresa grande. Se trata del requisito según el cual quien hace la demanda está obligado, como norma general, a solicitar 10 puestos de un mismo tipo para la misma provincia, lo que choca tanto con la estructura descentralizada de muchas empresas como con sus necesidades que puedan ser menores, si se refieren a empresas pequeñas o muy pequeñas. Por su parte, los sindicatos suelen ser bastante críticos con la Gestión colectiva de contrataciones en origen, al estimar que las organizaciones empresariales sobrevaloran sus necesidades de mano de obra inmigrante con el fin de disponer de márgenes de maniobra más amplios¹⁰².

Antes de continuar con la otra vía de acceso por los extranjeros al mercado de trabajo nacional, valorar en el procedimiento de gestión colectiva, y desde el panorama que investigo, que en el proceso de selección debería tener cabida la obtención de cierta información sobre los conocimientos y aptitudes preventivas de los candidatos para así poder programar las necesidades formativas que requerirán antes de la incorporación a su puesto de trabajo. No se puede desconocer que la temporalidad siempre supone un obstáculo para el desarrollo real de las actividades preventivas respecto de los trabajadores, de aquí que en un proceso de selección tan formalmente reglamentado, estos aspectos deberían haber sido contemplados de forma cuidadosa.

¹⁰² MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, *Satisfacción de la Demanda Laboral a través de la Inmigración en España*, 2010, p. 86-87. Informe elaborado por el Punto de Contacto Nacional de España en la Red Europea de Migraciones y los investigadores Fausto Miguélez y Óscar Molina. Disponible en <http://bit.ly/1701g9X> (última consulta 13 de noviembre de 2011).

5. LA GESTIÓN INDIVIDUAL. LÍMITES Y EXIGENCIAS PARA SU EFECTIVA REALIZACIÓN.

El sistema diseñado por la LO 2009 apunta en su conjunto a un mayor control del flujo migratorio, pero no ha convertido el contingente en el centro del sistema de extranjería desde la perspectiva del mercado de trabajo, dado que no excluye el funcionamiento de otras formas de acceso de los extranjeros a dicho mercado¹⁰³, como es la gestión individual que se expone a continuación.

5.1. Cuestiones introductorias.

Con la única intención de precisar, subrayo que en este apartado exclusivamente hago referencia a una modalidad del procedimiento individual, la modalidad de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. La razón es que constituye, junto a la autorización inicial de trabajo y residencia por cuenta propia y la autorización de trabajo y residencia de duración determinada, el denominado régimen ordinario o común de contratación —llamado también, comúnmente, régimen general, pese a que la regulación legal, de modo expreso, no lo denomine así— y son modalidades que ocupan un lugar central en el diseño de la política de inmigración, por su carácter de mecanismos estables de acceso al mercado de trabajo español. Todos ellos están concebidos sin límites temporales, es decir, como fórmulas abiertas temporalmente que se puede tramitar en cualquier momento y que no están condicionadas a una ulterior decisión del Gobierno, como sucede con las regularizaciones extraordinarias¹⁰⁴.

En esta clase de procedimiento, quien debe solicitar la autorización, como refleja tanto la actual redacción de la LOEX como la anterior, es el empleador (art. 36.4 LOEX). Esta obviedad supuso en el momento de su inserción una importante clarificación, impidiendo que el empresario se escudara, a efectos de responsabilidad, en el

¹⁰³ GOERLICH PESET, J.M.: «Art. 39. Gestión colectiva de contrataciones en origen», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *Comentario a la Ley...*, *op. cit.* p. 722-723.

¹⁰⁴ ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena», *op. cit.* p.9.

desconocimiento de la carencia, por parte del trabajador extranjero, de la preceptiva autorización administrativa¹⁰⁵.

Una característica principal de esta autorización inicial de residencia y trabajo es que se limita a un determinado territorio y ocupación¹⁰⁶ y a una duración temporal (art. 38.5. LOEX)¹⁰⁷. Reglamentariamente se ha precisado que tendrá una duración de un año (art.36.5) y sí las CC.AA, como es el caso de Cataluña, tuvieran reconocidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo, podrán fijar el ámbito geográfico de la autorización dentro de su territorio.

La duración de un año procede incluso cuando la duración del contrato sea superior, pues la expresión reglamentaria señala el plazo máximo de la autorización. Esta limitación temporal de la autorización contrasta con la multiplicación de los requisitos para acceder a ella y la rigurosidad del procedimiento, aunque se explica en tanto se concibe como una autorización inicial, un primer paso, que puede ser renovada y que, a la postre, permitirá al inmigrante avanzar en la consolidación de su situación hasta alcanzar la cierta estabilidad en nuestro país¹⁰⁸.

Ya anticipo que la reforma de la LO 2009 supone un endurecimiento de los requisitos de acceso de los extranjeros a nuestro mercado de trabajo, ratificándose así la idea de que las políticas migratorias canalizan también la política de empleo y por ello, son

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ AVILES, J.A.: «El contrato de trabajo como requisito imprescindible para la solicitud de una autorización de trabajo inicial», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTINEZ, L.A., (Dtor y Coord), *Los derechos de los extranjeros en España*, Editorial La LEY, Madrid (junio 2010), p. 615.

¹⁰⁶ Salvo en los casos previstos por la propia LOEX y los Convenios Internacionales firmados por España.

¹⁰⁷ En este punto, el dictamen del CES (Dictamen 1/2009 sobre el anteproyecto LOEX 2009, p. 26), mantuvo la posición de conservar la redacción entonces vigente, sustituyendo el inciso imperativo de «se limitará» por «podrán limitarse».

¹⁰⁸ LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: «Análisis jurídico laboral del Reglamento de extranjería...», *op. cit.*, p.3.

reflejo de las opciones de política jurídica que se consideran más adecuadas para el «equilibrio» de nuestro mercado de trabajo¹⁰⁹.

Precisamente, de las limitaciones y exigencias que se califican de índole laboral es lo que se analiza en los apartados siguientes como aspectos, claves o puntos esenciales del procedimiento.

5.2. Contrato de trabajo y condiciones contractuales laborales.

No basta con que sea el empresario el responsable de presentar la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, sino que ésta debe ir acompañada de una serie de documentos entre los que se encuentra el contrato de trabajo. Contrato, además, cuyas condiciones deben ajustarse a la normativa vigente tanto legal como convencional, como no puede ser de otra manera dada la aplicación del principio de igualdad recogido en el art. 17 ET¹¹⁰.

5.2.1. La necesaria existencia de un contrato de trabajo que garantice al trabajador una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización inicial.

La presentación de un contrato de trabajo por el empresario como documentación a acompañar a la solicitud de autorización de trabajo y residencia se contempla tanto en la LOEX (art.38.4) como en el RELOEX (art. 64.3). El marco normativo precedente era menos rígido, abría la posibilidad a que fuera válida una «oferta de empleo»

¹⁰⁹ FERNANDEZ AVILES, J.A.: «El contrato de trabajo como requisito imprescindible para la solicitud de una autorización de trabajo inicial», *Los derechos de los extranjeros en España*, AA.VV. MONEREO PEREZ, J.L. (Director), Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2010 (1ª edición), p. 619.

¹¹⁰ MORENO VIDA, M.N.: «Art. 36. Autorización de residencia y trabajo», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *Comentario a la Ley...*, op. cit., p. 625.

suficientemente formalizada antes de entrar en el país, pero no necesariamente aportar un contrato ya perfeccionado¹¹¹.

Para algún autor no se trata de un contrato sino más bien de una promesa de contrato o un precontrato. El argumento es que la fecha de comienzo del contrato está condicionada al momento de eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena¹¹². A ello puedo oponer que la terminología legal es clara en todo su articulado, haciendo referencia constante a contrato de trabajo e incluso contrato de trabajo firmado con el «trabajador» extranjero.

Este contrato de trabajo está subordinado en su fecha de inicio al momento en que cobra eficacia de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art.64.3.b)¹¹³. Es un contrato sometido a condición inicial *ex lege*, no son los sujetos del contrato (la autonomía individual), sino el propio legislador el que condiciona su eficacia¹¹⁴, aunque alguna de estas condiciones estén sujetas a decisiones o voluntades empresariales.

Para la solicitud de autorización inicial se exige (art. 67 ROEX) la entrega de la copia del contrato y del original en el modelo oficial establecido, lo que debe referirse al modelo oficial de la modalidad de contrato sobre la que se ampara la contratación, dado que no existe un modelo oficial específico de contrato para trabajador extranjero.

¹¹¹ FERNÁNDEZ AVILES, J.A.: «El contrato de trabajo como requisito imprescindible para la solicitud de una autorización de trabajo ...l», *op. cit.*, p.615.

¹¹² LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: «Análisis jurídico laboral del Reglamento de extranjería...», *op. cit.*, p.5.

¹¹³ Aquí habría que introducir una cláusula que lo disponga expresamente, según ROJO TORRECILLA, E.:«El contenido laboral del nuevo...», *op.cit.* De hecho, la información que da la página web de la Generalidad de Cataluña (www.gencat.cat), relacionada con los trámites de autorización inicial de trabajo, expresamente incluye que en el contrato de trabajo se tendrá que indicar que su fecha de inicio está condicionada al momento de la eficacia de la autorización que se solicita. Para facilitar la tramitación indica un ejemplo de cláusula: « La entrada en vigor de este contrato está condicionada a la concesión de la autorización de trabajo solicitada y como mínimo estará en vigor durante un año a partir de la fecha de eficacia de la mencionada autorización».

¹¹⁴ FERNANDEZ AVILES, J.A.: «El contrato de trabajo como requisito imprescindible para la solicitud de una autorización de trabajo inicial», *Los derechos de los extranjeros en España...*, p.626-627.

Pero además de estar firmado por las partes, el contrato debe garantizar al extranjero una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización. La redacción de la LOEX 2009 parece bastante clara en torno a este punto (art. 36.4) y, por tanto, será el propio contrato el que garantice la continuidad de la actividad. Y la única forma de garantía es que la duración prevista coincida al menos con la duración de la autorización, que es de un año (63.5 RELOEX).

Esta coincidencia en la duración repercutirá en el modelo de contrato que ampare la relación. No es una oferta o promesa de empleo, sino un contrato de trabajo a presentar en modelo oficial y, por consiguiente, se han de descartar modalidades temporales cuya duración prevista sea inferior al año¹¹⁵.

El RELOEX 2004 (art. 50. b) no aludía al contrato de trabajo, lógico dada la posibilidad alternativa de poder presentar una oferta de empleo, pero también contemplaba el requisito de garantía destacado. La doctrina se planteaba el alcance de esta regla¹¹⁶, y en concreto hasta que punto exigía el ordenamiento el otorgamiento de un contrato de trabajo fijo durante todo el tiempo de duración de la autorización, y si de manera complementaria, se demandaba la suscripción de algún tipo de garantía.

Un precedente de garantía en el contrato, se encuentra en el procedimiento extraordinario de normalización que se desarrolló en el año 2005, previsto en la DT 3ª del RELOEX 2004, y desarrollado por Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, que también exigía para la autorización inicial de residencia y trabajo la presentación de un contrato de trabajo firmado, que debía incorporar un compromiso del empleador de

¹¹⁵ Entre ellas la de del contrato «eventual», es decir, el contrato que tiene como causa las circunstancias del mercado, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos (15.1.b. ET). Dicho contrato podrá tener una duración máxima de 6 meses, dentro de un período de 12 meses, aunque por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse su duración máxima hasta un máximo de 12 meses. En el supuesto de que el convenio colectivo sectorial no contemple la duración máxima, la modalidad temporal eventual no podrá ser utilizada.

¹¹⁶ ORTEGA MARTIN, E.: *Manual práctico...*, op. cit, p. 288.

mantener la prestación laboral por un período mínimo de 6 meses, exceptuando algunos sectores (art. 2 Orden)¹¹⁷

Sostengo que la formulación actual despeja bastantes dudas. Sí es el contrato el que debe afianzar la actividad continuada en el período de la autorización, no valdrá un simple compromiso en el clausulado, la duración deberá acomodarse al menos al período de la autorización, sin perjuicio de que sea superior e incluso no temporal sino de carácter indefinido. Ello implica una mayor rigurosidad en el compromiso contractual coherente con la pretensión normativa de endurecimiento de los requisitos de acceso al trabajo de los extranjeros.

Ahora bien, la palabra clave es garantizar lo que no impedirá que prevalezca en todo momento la libertad de trabajo, que también posee el trabajador extranjero, lo que le permitirá dimitir o dejar el trabajo, al margen de las consecuencias que ello tendría para su estancia en España. Tampoco está cerrada la posibilidad de que el empresario despida al trabajador por las normas generales previstas en el ordenamiento laboral. En el fondo, lo que subyace es evitar la existencia de ofertas de trabajo fraudulentas de cara a la obtención de una autorización de trabajo¹¹⁸.

5.2.2. *Condiciones consignadas en el contrato de trabajo.*

Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se han de ajustar a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad. Se trata, a fin de cuentas, de uno más de los diversos cauces con los que ya cuenta el ordenamiento laboral para verificar el correcto cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social¹¹⁹.

¹¹⁷ En el sector agrario el período mínimo era de 3 meses y en construcción y hostelería el compromiso podría llevarse a cabo hasta un período máximo de 12 meses.

¹¹⁸ GARCÍA MURCIA, J., CEINOS SUAREZ, A.: « Artículo 50», RAMOS QUINTANA, M. (dctor) y ROJAS RIVERO, G.P. (coord.): *Comentarios al ...*, op. cit., p.335.

¹¹⁹ *Idem.*

Una vez obtenida la autorización para trabajar, el extranjero debe gozar de igualdad de trato en lo referente a las condiciones laborales y de Seguridad Social, siendo de aplicación, además de los preceptos constitucionales, la prohibición de discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo por razón de origen o raza del trabajador [arts. 4.2.c) y 17 del ET]¹²⁰.

La redacción anterior sólo hacía referencia a «normativa vigente», sin mención a los convenios colectivos, lo que planteaba el interrogante de si dentro de ese concepto de normativa debían entenderse comprendidos los convenios colectivos¹²¹. Mi opinión es afirmativa, en caso contrario podría haber constituido discriminación indirecta conforme al art. 23.2.e) de la LOEX, por adoptarse criterios que perjudican a los trabajadores en su condición de extranjeros.

Conviene, sin embargo advertir, que no siempre será posible que las condiciones del contrato se ajusten al convenio colectivo de la «localidad», y ello por cuanto la reforma laboral implantada en 2012, iniciada con el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modifica el art. 84.2. ET y establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en una serie de materias que son pieza clave de las condiciones de trabajo, como la cuantía del salario base y de los complementos salariales o el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones¹²².

En el caso de que la contratación sea a tiempo parcial, y esto es también novedad introducida por el reglamento en tanto la LOEX nada menciona¹²³, la retribución deberá

¹²⁰ RUANO ALBERTOS, S.: «Situaciones administrativas de los extranjeros en ...», *op. cit.*, p. 96.

¹²¹ ORTEGA MARTIN, E.: *Manual práctico...*, *op. cit.*, p. 289.

¹²² Este aspecto de la reforma ya ha sido aplicado por los tribunales. En este sentido la sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo Social, de 10 de septiembre de 2012, rec. 132/2012, que ratifica que son nulos los acuerdos del sector que pretendan obligar a las empresas a fijar una cuantía mínima salarial y a su adaptación a lo largo de sucesivos ejercicios.

¹²³ El propio reglamento reconoce, en su parte expositiva, que más allá de mejorar su naturaleza de norma procedimental, su aprobación permite introducir modificaciones materiales que no sólo responden a

ser igual o superior al salario mínimo interprofesional (SMI) para jornada completa y en cómputo anual (art. 64.3.c), modificación que puede guardar relación con el objetivo de evitar situaciones de desprotección económica, o bien de prácticas fraudulentas consistentes en formalizar un contrato a tiempo parcial pero en la práctica trabajar muchas más horas como si fuera un contrato a jornada completa¹²⁴.

Dada la condición de mínimo vital que ostenta el Salario Mínimo Interprofesional resulta un acierto la introducción de esta garantía, si bien presumo que serán pocos los contratos formalizados en esta modalidad por cuanto uno de los *atractivos* del contrato a tiempo parcial es, precisamente, abonar el salario y el pago del resto de costes laborales en proporción a la jornada pactada, con independencia de que se realice realmente una superior.

En el anterior reglamento sólo se preveía la denegación de la autorización cuando, en el contrato a tiempo parcial, la retribución fuera inferior al SMI en cómputo anual, en proporción al tiempo de trabajo efectivo (53.1. c. RELOEX 2004).

5.2.3. *La disposición por parte del empleador de contar de medios económicos, suficientes para hacer frente a las obligaciones asumidas en el contrato frente al trabajador.*

El art. 66 del nuevo Reglamento dispone que el empleador «deberá» acreditar que cuenta con medios en cuantía suficiente para hacer frente a su proyecto empresarial y a las obligaciones derivadas del contrato firmado con el trabajador extranjero, incluyendo en dicha cuantía el pago del salario reflejado en el contrato que obre en el procedimiento.

El Reglamento de 2004 (arts. 50 y 51) permitía a la Administración, cuando la autoridad competente lo considerase necesario, requerir al empresario para que acreditase los

cambios legales y al creciente protagonismo de la normativa comunitaria en este ámbito, sino que pretenden tener en cuenta la ya dilatada experiencia de las Oficinas de Extranjería.

¹²⁴ ROJO TORRECILLA, E.: «El contenido laboral del ...», *op. cit.*

medios económicos, materiales y personales de los que dispusiere para su proyecto empresarial. Esa potestad administrativa se ha convertido hoy en una obligación a demostrar por el empresario según sea su condición. Si es empresario persona física debe, además, acreditar que cuenta con medios económicos suficientes para atender sus necesidades y las de su familia.

La cuantía mínima exigible al empresario individual se basa en porcentajes del IPREM según el número de personas a su cargo, descontado el pago del salario reflejado en el contrato de trabajo que obre en el procedimiento:

- En caso de no existir familiares a cargo del empleador: una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.
- En caso de unidades familiares que incluyan dos miembros, contando al empleador solicitante: una cantidad que represente mensualmente el 200% del IPREM.
- En caso de unidades familiares que incluyan más de dos personas, contando al empleador solicitante: una cantidad que represente mensualmente el 50% del IPREM por cada miembro adicional.

En los casos de unidades familiares que incluyan dos o más miembros, los medios económicos a acreditar son los resultantes de la suma de aquellos con los que cuente cada una de las personas que integren la unidad familiar (art. 66).

Por imperativo del art. 67 RELOEX¹²⁵, la disponibilidad de medios no podrá acreditarse mediante la referencia a ingresos procedentes de subvenciones, subsidios y ayudas de carácter no contributivo o asistencial otorgadas por Administraciones públicas españolas, salvo en el ámbito de la asistencia domiciliaria y el cuidado de menores.

¹²⁵ GARCIA GIL, F.J.: «La residencia temporal y su renovación en el nuevo reglamento de extranjería», *Diario La Ley*, núm. 7708, , 4 Oct. 2011, p. 13.

Esta concreción otorga cierta seguridad jurídica a los solicitantes de la autorización, tanto por la determinación cuantitativa como por la referencia a un concepto conocido y masivamente utilizado como índice de referencia en la normativa laboral y de seguridad social¹²⁶.

En cambio, cuando el empleador tenga la condición de empresa, podrá acreditar el cumplimiento de este requisito a través de la presentación o la comprobación de la información relativa a su cifra de negocios, con el límite de los últimos tres años, y al promedio anual de personal contratado, teniendo en consideración tanto las contrataciones realizadas, como los despidos o bajas que se hayan producido. También podrá presentar, sin perjuicio de la utilización de otros medios de prueba admitidos en Derecho, una declaración relativa a los servicios o trabajos realizados anteriormente, con el límite de los tres últimos años y/o un extracto de las cuentas anuales referido a balance.

La misma minuciosidad con la que se trata al empresario individual a la hora de cuantificar sus medios en función de sus ingresos, debería regir para el empresario colectivo o sociedad mercantil, entornos empresariales donde generalmente resulta más difícil por parte de la Administración la imputación y ejecución de las diferentes responsabilidades. En el ámbito de la contabilidad de sociedades existen numerosos documentos de llevanza obligatoria que pueden proporcionar adecuada información sobre la existencia, realidad, viabilidad y suficiencia del proyecto empresarial, y que podrían haberse incorporado a la norma reglamentaria para evitar, a posteriori,

¹²⁶ Ya no dará lugar acudir a otros elementos objetivos que fueron utilizados en su momento como «la encuesta continua de presupuestos familiares» que acogió la sentencia del TSJ de Madrid, sala de lo Contencioso Administrativo, de 24 de noviembre de 2011, o a valoraciones particulares como la de que los ingresos procedentes del trabajo del marido de la empleadora contribuyen a hacer frente a las obligaciones derivadas de la contratación de un empleado doméstico, como la TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 21 octubre de 2005.

resoluciones administrativas, incluso judiciales, discrecionales basadas en la no suficiencia o en la inadecuada valoración de la documentación aportada¹²⁷.

La idea es intentar garantizar la solvencia de los empleadores con el fin de evitar contratos de trabajo que se asienten sobre bases ficticias o inconsistentes que impliquen fraude de ley y que puedan estar en la base de un trabajo irregular que pase a engrosar la ya abultada economía sumergida que conoce la sociedad española¹²⁸.

Es notorio, y así se resalta en los diferentes medios de comunicación, que en los últimos años se ha venido detectado cada vez más la constitución de empresas ficticias sin actividad real, que simulan mantener relación laboral con trabajadores bien para la obtención indebida por éstos de prestaciones de la Seguridad Social, bien, entre otros objetivos, la obtención por extranjeros de la preceptiva autorización para trabajar en España, a veces seguida de su alta en Seguridad Social y obtención indebida de prestaciones.

A los efectos de control de estas acciones fraudulentas responde la elaboración de la Instrucción nº 1/2011, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre plan de acción para el control de empresas ficticias, contrataciones y altas fraudulentas en la seguridad social y protocolos de actuación¹²⁹.

La selección de empresas se basa en criterios tales como: empresas con un desproporcionado número de solicitudes de autorizaciones de trabajo por arraigo, cuanto menos a partir de tres solicitudes; empresas que en los dos últimos años hayan

¹²⁷ La STSJ de Aragón, (Sala de lo contencioso administrativo), núm. 423/2008 de 27 junio de 2008, entendió que no justificaría por sí mismo que un pedido por un montante de 217.600 euros, diera lugar a la contratación de 13 trabajadores más, aparte de los 5 que dice tener la propia empresa. Más flexible, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 3 de julio de 2012, que estima que resulta acreditada la solvencia del empresario y la posibilidad de continuidad en el contrato de trabajo a efectos de otorgar la autorización inicial por arraigo, a pesar de que el Impuesto sobre Sociedades arroje un balance negativo, ya que se trata de una empresa que se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias y no tiene deudas con la Seguridad Social.

¹²⁸ ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración...», *op. cit.*, p.10.

¹²⁹ Modificada por la Instrucción 1/2012.

intervenido en varios expedientes de arraigo, cualquiera que haya sido el número de trabajadores afectados en cada expediente; empresas que, habiendo intervenido en expedientes de arraigo, hayan mantenido en alta a los trabajadores por período inferior a un año.

También son seleccionadas empresas en que las Oficinas de Extranjeros detecten informaciones, del propio análisis de las solicitudes presentadas, y que pudieran constituir indicios relevantes de posibles irregularidades, tales como: carecer la empresa de actividad, dudas sobre las personas físicas que firman el contrato, representantes de empresas que no figuran de alta en Seguridad Social, empresas que han ofrecido contratos a trabajadores irregulares pero no se les ha dado de alta en Seguridad Social, empresas que regularizan a extranjeros pero tras un corto espacio de tiempo les dan de baja en Seguridad Social, empresas con reducido número de trabajadores en plantilla que presentan numerosas ofertas laborales a trabajadores en situación irregular, empresas en sectores en crisis, o con escasa facturación, que ofrecen contratos a extranjeros en situación irregular, contratos ficticios por parte de determinadas empresas dirigidas por extranjeros residentes legales de determinadas nacionalidades que ofrecen contratos a extranjeros de su misma nacionalidad y autónomos que declaran escasos rendimientos que contratan a familiares o extranjeros normalmente de la misma nacionalidad.

En 2012, las inspecciones llevadas a cabo por la ITSS, dentro de la programación de actuación contra empresas ficticias, se ha duplicado, gracias a lo cual se han detectado 1.559 infracciones, un 170% más que las comprobadas el año pasado. De esta forma, la TGSS ha anulado 730 inscripciones de empresas ficticias, y 44.262 altas ficticias de empleados cuya finalidad era obtener indebidamente prestaciones de la Seguridad Social o autorizaciones administrativas para trabajar¹³⁰.

¹³⁰ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, <http://bit.ly/10Uu8Rg>, información facilitada por la titular del departamento el día 22 de enero de 2013 (última consulta 28 de marzo de 2013).

5.3. Capacitación y cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.

El trabajador para poder acceder a una autorización de trabajo ha de tener la capacitación y cualificación profesional exigida para el ejercicio de la profesión (art.64.3.f. RELOEX), sin perjuicio de que si se propone trabajar ejerciendo una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las Leyes así lo exigiesen, a la colegiación (36.3. LOEX).

Supone una modificación respecto a la redacción anterior. El reglamento de 2004 hablaba estrictamente de titulación, debidamente homologada en su caso, y de capacitación acreditada, no de cualificación profesional legal. La falta de título académico había motivado que la doctrina jurisprudencial considerase nulo el contrato de trabajo por vicio de consentimiento. Sin embargo, en otras ocasiones, los tribunales habían concluido en la existencia de ineptitud del trabajador; o bien, por el contrario, habían declarado que su ausencia no invalidaba el contrato respecto los derechos del trabajador, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas o penales a que hubiera lugar en derecho¹³¹.

Se puede llegar a cuestionar la trascendencia de la modificación terminológica, es decir si por cualificación profesional ha de entenderse la preparación profesional para ejercer determinada actividad o profesión¹³² o, por el contrario, ha de tratarse de una cualificación listada en el Catálogo Nacional de Cualificaciones, conforme lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

Sinceramente, creo que se trata de un término amplio que no es subsumible exclusivamente en el catálogo mencionado, pero que no deja de ser un requisito de

¹³¹ RUANO ALBERTOS,S.: «Situaciones administrativas de los...», *op. cit.*, p. 96.

¹³² Según definición contenida en el Diccionario de la Real Academia, www.rae.es

entidad, puesto que la acreditación de la capacitación no es sólo una cualidad relacionada con la prestación de servicios, sino que se convierte en un instrumento de control de la marcha del mercado de trabajo¹³³.

Desde el panorama principal del estudio, la adecuada y plena capacitación del trabajador extranjero es básica desde todos los puntos de vista: desde el aspecto del derecho a la seguridad y salud del trabajador extranjero, sin duda, pero también desde la propia integración laboral y social del trabajador. Su demostrada capacitación evitaría la singular e invariable ocupación, por parte de este colectivo de trabajadores, de los puestos menos cualificados pero dotados de especiales riesgos para la vida e integridad de los trabajadores. No puede caer en el olvido que en lo que a la cualificación del trabajo se refiere, la inmigración ha contribuido a aliviar la escasez de mano de obra para puestos de trabajo de baja cualificación, función que han cumplido principalmente los trabajadores nacionales de terceros países¹³⁴.

Sin embargo respecto de este requisito, no acabo de comprender su magnitud dentro del complejo y completo proceso de autorización, ni tan siquiera las consecuencias de su contravención. A ello no ayuda que ni los pronunciamientos judiciales ni la doctrina científica le hayan dedicado especial consideración. Uno de los motivos puede obedecer a que el marco jurídico no da instrumentos adecuados para valorar la cualificación del trabajador extranjero¹³⁵, excepto cuando sea necesario un título homologado. Otro, muy real, es que no ha sido un problema muy importante en el periodo de la gran expansión económica, puesto que la mayoría de los puestos de trabajo demandados eran de baja cualificación (construcción, agricultura, hostelería, servicios personales)¹³⁶.

¹³³ GARCÍA MURCIA, J., CEINOS SUÁREZ, A.: «Art. 50», en AA.VV., RAMOS QUINTANA, M (Dtora), ROJAS RIVERO, G (coord), *Comentarios al ...*, op. cit., p.336.

¹³⁴ *Satisfacción de la Demanda Laboral...*, op.cit, p. 9.

¹³⁵ No hay mecanismos de reconocimiento de oficios o de experiencia laboral previa a la entrada en el mercado de trabajo español.

¹³⁶ *Satisfacción de la Demanda Laboral...*, op.cit, p. 41.

Incluso me arriesgo a afirmar que subyace una estimación popular que directamente considera una baja cualificación en la persona del trabajador extranjero. Lamentablemente, esta consideración traspasó el ámbito popular al político quedando evidenciada en el año 2001, cuando una de las medidas de políticas activas de empleo que se desarrollaron consistió en la inclusión de los trabajadores extranjeros durante los dos primeros años de vigencia de su permiso de trabajo, como colectivo con el que se podía suscribir un contrato para la formación, con independencia de la edad, y salvo que acreditaran la formación y experiencia necesarias para el desempeño del puesto de trabajo. Dicha medida se plasmó en el RD Ley 5/2001, 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (art.1.2), que tras su tramitación parlamentaria fue recogida en la ley 12/2001, de 9 de julio, y se mantuvo vigente hasta la redacción dada al art. 11 ET por la ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo¹³⁷.

Al margen de lo señalado, el ordenamiento jurídico laboral y las actividades laborales de los diversos sectores económicos no exigen al trabajador, por regla general, facultades y competencias para desarrollar una tarea concreta

Un pretendido título habilitante de contratación surgido en el marco de la normativa convencional es la «Tarjeta Profesional de la Construcción» (TPC), digo pretendido por cuanto el TS le despojó de tal carácter. La tarjeta fue creada en el IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción¹³⁸, y es una especie de carné con función de acreditar la formación específica recibida por los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, así como la categoría profesional del trabajador y los periodos de ocupación en las distintas empresas en las que vaya ejerciendo su actividad, tiene implantación en todo el territorio nacional, carácter único y validez en el conjunto del sector.

¹³⁷ Se desconoce la utilización de esta modalidad respecto del colectivo de extranjeros, en tanto las estadísticas del Servicio Público de Empleo sólo desglosan por edades.

¹³⁸ BOE núm. 197 de 17 de agosto de 2007.

Los beneficiarios de la tarjeta (art. 170 del V Convenio General del sector¹³⁹) son en general los trabajadores que presten sus servicios en empresas encuadradas en el ámbito de aplicación del Convenio General del Sector de la Construcción, pero también pueden solicitarla los trabajadores desempleados siempre que tengan acreditados, al menos, treinta días de alta en empresas encuadradas en el ámbito de aplicación del convenio en el período de treinta y seis meses inmediatamente anterior a la solicitud¹⁴⁰.

La DT 4ª del IV Convenio general preveía un proceso de implantación progresiva de la TPC y su exigencia por parte de las empresas que se desarrolló durante el periodo de vigencia del convenio, debiendo adquirir carácter obligatorio a partir del 31 de diciembre del año 2011.

Precisamente esta disposición, entre otras, fue objeto de impugnación por las organizaciones sindicales ELA-STV y Confederación Intersindical Gallega (CIG), dando oportunidad al TS a pronunciarse sobre el alcance y carácter de la TPC. En su sentencia de 27 de octubre de 2010 (Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 27 Oct. 2010, rec. 53/2009), el TS afirma que la TPC es un documento que tiene la finalidad de «acreditar, entre otros datos, la formación específica del sector recibida por el trabajador en materia de prevención de riesgos laborales», pero que lo que regula el convenio no es la única forma de acreditación de la formación, sino sólo una forma de «acreditación que puede realizarse por el trabajador y que queda a su disposición. También pone de relieve que el examen de la regulación contenida en el Convenio no permite sostener que con carácter general se esté ante el establecimiento de una forma de habilitación de la contratación laboral que impida que sean contratadas las personas que no estén en posesión de la TPC, debido a que su solicitud es facultativa para el trabajador y no da ningún derecho exclusivo o preferente a la contratación.

¹³⁹ El Convenio actualmente vigente. BOE núm. 64 de 15 de marzo de 2012.

¹⁴⁰ El IV convenio permitía 30 días en el período de 12 meses anteriores a la solicitud, el V convenio, consciente de la incidencia de la crisis económica en el sector que ha comportado un descenso en la actividad y que puede dar lugar a impedir que trabajadores con experiencia en la construcción e interesados en obtener la TPC no puedan obtenerla por no reunir el requisito de haber trabajado en la construcción durante los últimos 36 meses, amplía el requisito a los últimos 60 meses, como medida excepcional durante la vigencia del mismo.

A diferente conclusión llega en relación con la DT 4ª del Convenio que procede a anular. Pese a reconocer la ambigüedad de la redacción entiende que la pretensión de la norma es que al menos a partir de 31 de diciembre de 2011, sea obligatoria la obtención de la TPC y que las empresas deberán exigirla. Y aunque no se dice para qué será obligatoria la obtención y la exigencia, no cabe descartar, sino todo lo contrario, que esa obligatoriedad se proyecte sobre las contrataciones, y desde esta perspectiva, sostiene, que es claro que el convenio se ha excedido en su regulación. En primer lugar, porque la disposición examinada supone una limitación del derecho al trabajo que tendría que ser establecida por la ley en virtud de la reserva que consagra el artículo 53.1 CE. En segundo lugar, el efecto que se produciría como consecuencia de una norma como la contenida en la disposición transitoria cuarta sería el de una reserva de empleo, que, aparte de exigir ley para su establecimiento (artículo 17.2 ET), llevaría al absurdo de hacer imposible la contratación de quienes no han sido previamente trabajadores del sector de la construcción. Por último, asevera la clara falta de competencia del convenio colectivo para introducir esta regulación que afecta no a la mera acreditación de una formación laboral, sino a la creación en práctica de un título habilitante de la contratación, lo que no es materia propiamente laboral a efectos del artículo 85.1 ET.

No obstante, y a la vista de los datos que reflejan las estadísticas, no parece que no poseer la TPC haya sido obstáculo para conceder las 9.638 autorizaciones en el sector de la construcción en el período enero-noviembre 2012¹⁴¹, si bien es verdad que los datos estadísticos no distinguen entre si se trata de autorizaciones por cuenta propia o por cuenta ajena en lo relativo al sector de actividad.

Como apuntaba al inicio del apartado, aparte del concreto alcance del requisito, no queda clara la consecuencia de su no concurrencia. En el RELOEX 2004 figuraba como causa de denegación explícita «cuando se carezca de la titulación especial exigida para

¹⁴¹MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. ESTADÍSTICAS. <http://bit.ly/10rJlfJ>. Según nota explicativa de la web, para elaborar la estadística, las autorizaciones de trabajo se clasifican temporalmente atendiendo a la fecha de inicio de efectos. Por tanto, las cifras de autorizaciones que se obtienen para la estadística no tienen que ser coincidentes con las de autorizaciones concedidas resueltas en esos mismos periodos (última consulta 29 de marzo de 2013).

el ejercicio de la concreta profesión o de la homologación o de la colegiación cuando así se requiera» (art.53.1.h). Nada decía respecto de la carencia de capacitación, lo que debía interpretarse que en sí misma no podía justificar la denegación de la autorización.

De hecho, el ejemplo que expongo a continuación corrobora lo expresado:

Desde julio del año 2006 es exigible para las personas que trabajen con grúas torre (las habituales en la actividad de obra de edificación) que dispongan de una carné oficial de operador de grúa de ámbito nacional. Carné para el que se necesita, además de un certificado de estudios primarios o de graduación en la ESO, superar unos cursos teóricos prácticos que varían desde 200 horas hasta alcanzar el número de 450 horas dependiendo el tipo de carné (RD 836/2003, de 27 de junio, por el que se aprueba una nueva Instrucción técnica complementaria «MIE-AEM-2» del Reglamento de aparatos de elevación y manutención, referente a grúas torre para obras u otras aplicaciones¹⁴²). Es un carné específico, regulado en lo que se denomina *normativa jurídico técnica* del ámbito de la prevención de riesgos laborales que analizo en el capítulo siguiente, que por un lado posibilita a su titular el manejo de estos equipos de trabajo, pero por otro impide su utilización a los trabajadores que carezcan del documento.

La peculiaridad es que el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura correspondiente al tercer trimestre de 2006, ya finalizado el período transitorio y siendo plenamente exigible la obligación de tenencia del carné, recogiera la ocupación de conductor-operador grúa torre en un amplio y variad número de provincias (Cantabria, Burgos, Teruel, Zaragoza, Las Palmas, etc.) y la citada ocupación se mantuvo durante todo el año 2007 y 2008 (aunque disminuyo el número de provincias que demandaban esta ocupación) desapareciendo definitivamente en el año 2009.

Estadísticamente resulta imposible acceder a los datos sobre autorizaciones de trabajo que se otorgaron a nacionales extranjeros para esta determinada ocupación, pero se me debe permitir la duda que de existir alguna contratación, el trabajador pudiera acreditar

¹⁴² BOE núm. 170 de 17 de julio de 2003.

la específica cualificación y competencia que requiere la obtención del carné profesional. Y de serlo así, cuál fue el mecanismo de homologación que utilizó la Administración.

Permitida esta pequeña digresión, enfatizar que el reglamento actual sí permite la denegación de la autorización por falta de capacitación al optar por una remisión genérica en el art. 69.1.a), a la falta de acreditación de los requisitos del art. 64. Dado que la denegación ha de ser motivada (art. 69.2), eso sí, corresponderá al órgano competente justificar la falta de capacitación del trabajador o la ausencia de cualificación profesional. Tarea no siempre fácil por no instrumentarse procedimiento alguno de verificación al respecto y que, incluso, puede hacer sospechar de cierta discrecionalidad a la hora de dictar la resolución administrativa.

Habrán supuestos que no requieran capacitación alguna¹⁴³, y otros en los que se dará validez y prioridad a la capacitación para puestos de trabajo específicos¹⁴⁴, en tanto la existencia de trabajadores españoles demandantes del empleo puede perder su fuerza obstativa para la concesión de la autorización de trabajo cuando el peticionario extranjero reúne cualidades laborales de especial adecuación al puesto de trabajo solicitado en virtud de sus especiales conocimientos o especialización¹⁴⁵.

En conclusión, afirmo que es un requisito importante no sólo desde la perspectiva de un mercado de trabajo que requiere trabajadores capacitados y cualificados, sino también desde la visión del propio trabajador extranjero, que debería acceder a un sistema ágil de homologación o reconocimiento de sus conocimientos, aptitudes y experiencias laborales, reduciendo en el colectivo la condición general del subempleo. Y qué mejor

¹⁴³ Un puesto de limpiadora no necesita de cualificación o de titulación profesional alguna, según la STSJ de la CC.AA. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo), núm. 1820/2005 de 18 octubre de 2006.

¹⁴⁴ Como son los puestos de trabajo para cocineros de restaurantes especializados en cocina de nacionalidades (cocineros de restaurantes chino, indio y chino) tal y como resulta de la doctrina consolidada del TS, entre otras sentencias de 13 de febrero (RJ 2003, 2234) , 20 de marzo (RJ 2003, 2422) y 18 de junio de 2003.

¹⁴⁵ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, S de 6 May. 2003

oportunidad para el empresario contratante, que conocer los conocimientos y aptitudes del trabajador para poder desarrollar una buena política de prevención de riesgos laborales y dar cumplimiento al mandato del art. 15.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)¹⁴⁶, por el cual el empresario deberá tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas.

Pero para ello, habrá que concederle el valor que le corresponde y encontrarle un adecuado encaje en toda la composición procedimental que supone la autorización de residencia y trabajo, so pena de que dé lugar a discrecionalidades¹⁴⁷ y las resoluciones difieran dependiendo del órgano que las dicte. Como muestra, indicar que la información que otorga la Generalidad de Cataluña en torno a la lista de documentación a presentar para solicitar la autorización de residencia y trabajo temporal por cuenta ajena, modelo AUT01a¹⁴⁸, no relaciona la acreditación documental de la capacitación o cualificación, sólo la aportación de titulación académica y colegiación. Es cierto que un modelo no está incluido en la prelación de fuentes del ordenamiento jurídico, pero sí

¹⁴⁶ BOE núm. 269 de 10 de noviembre de 1995.

¹⁴⁷ Por ejemplo, la sentencia del TSJ de Madrid (sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de enero de 2011, conoce de una resolución en la que se deniega el visado, alegando que tras la entrevista mantenida, se detecta que el solicitante carece de la capacitación profesional exigida por el art. 52,f) del RD 2393/04 para poder desempeñar las tareas de agricultor, y ello aunque ya se había obtenido la autorización inicial de la subdelegación de Gobierno correspondiente. En el caso enjuiciado, el extranjero, en cuanto solicitante de dicho visado de trabajo por cuenta ajena, responde, en la entrevista que mantuvo con funcionarios de la embajada de España Tetuán, lo siguiente:

-Preguntado sobre dónde y en que profesión ha trabajado en Marruecos anteriormente manifiesta que está casado y no trabaja aunque anteriormente ha estado ayudando, de vez en cuando, a su padre en una tienda de comestibles.

-Preguntado sobre si el motivo de solicitar el visado es ir a trabajar a España manifiesta que es su suegro, que tiene dos hijas menores residiendo con el en España el que le ha conseguido el trabajo en la agricultura con un amigo suyo.

-Preguntado sobre el contrato de trabajo por él suscrito y las condiciones del mismo manifiesta que cobrará unos 850 euros al mes y lo afiliará a la seguridad social.

Ante esto la sentencia concluye que las dudas que se recogen en la resolución recurrida son irracionales en tanto no se puede suscitar dudas sobre la idoneidad para el trabajo cuando no se le ha preguntado ni tan siquiera por el tipo de trabajo a desarrollar, siendo así que sí que conoce su salario y que le van a dar de alta.

¹⁴⁸ GENERALIDAD DE CATALUÑA: DEPARTAMENTO DE EMPRESA Y EMPLEO, <http://bit.ly/Yjvhyq> (última consulta el 28 de septiembre de 2012).

que da cierta idea aproximada sobre la relevancia del requisito para las autoridades competentes de la CC.AA de Cataluña.

En cambio, la información que facilita el Ministerio de Empleo y Seguridad Social¹⁴⁹ exige, entre la documentación a presentar por el trabajador, copia de la documentación que acredite poseer la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión.

En definitiva, tratándose del único procedimiento reglado, la documentación exigida debería ser la misma.

5.4. La vinculación de la eficacia de la autorización al alta en Seguridad Social.

Finalmente, abordo la última de las exigencias que constituye un elemento definitivo en este proceso de autorización de gestión individual, como es el alta en el sistema de la Seguridad Social para el despliegue de la eficacia de la autorización una vez concedida.

Tanto la LOEX (art. 36.2) como su desarrollo reglamentario condicionan la validez de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena a que hayan sido dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social dentro del plazo de tres meses desde su entrada legal en España (art. 63.1 ROEX). Hay una suspensión de la autorización hasta la obtención del visado y posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de Seguridad Social, en el plazo de tres meses desde su entrada legal en España, además el alta ha de ser formulada por el empleador que solicitó la autorización, circunstancias que han de constar en la resolución por la que se conceda la autorización¹⁵⁰.

¹⁴⁹ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL: SECRETARIA GENERAL DE INMIGRACIÓN E INMIGRACIÓN, <http://bit.ly/10feD0X>, (última consulta 28 de septiembre de 2012)

¹⁵⁰ GARCÍA GIL, F.J.: «La residencia temporal y su renovación en el nuevo reglamento de extranjería», Diario La Ley, Nº 7708, Sección Doctrina, 4 Oct. 2011, Año XXXII, Ref. D-364, Editorial LA LEY.

Se conforma una especie de «autorización administrativa condicionada» en cuanto a su plena eficacia jurídica, pues se somete a condición inicial ex lege en cuanto a sus efectos habilitantes para la residencia y trabajo regulares en nuestro país¹⁵¹. Es un control de la efectividad de la contratación del trabajador extranjero, con el objeto de prevenir el fraude o el abuso contractual y garantizar la regularidad jurídico-social de la actividad laboral que desarrolle¹⁵².

Con anterioridad a la reforma no existía esta condición constitutiva, no quedaba pendiente la eficacia de la resolución a la afiliación y correspondiente alta en el sistema de la seguridad social. Como antecedente próximo figura el último proceso de regularización, denominado de normalización, contenido en la Disposición Transitoria 3ª del anterior reglamento de extranjería (RD 2393/2004, de 30 de diciembre). Éste exigía, ante el caso de resolución favorable de la autorización, que la misma se hallaba condicionada a que, en el plazo de un mes desde la notificación, se produjera la afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social¹⁵³.

Una vez se hubiera cumplido la condición (afiliación y/o alta), la autorización comenzaba su período de vigencia, en caso contrario, el transcurso del plazo de un mes desde la notificación de la autorización sin que se hubiese cumplido la condición señalada, la autorización quedaba sin efecto. En este último supuesto se requería al empresario para que indicase las razones por las que no se había iniciado la relación laboral, con la advertencia de que si no alegase ninguna justificación o si las razones

¹⁵¹ FERNANDEZ AVILES, J.A.: «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La «nueva» vinculación con el alta del trabajador en la seguridad social y las consecuencias derivadas de la falta de alta del trabajador», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *Los derechos de los extranjeros en España*, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2010 (1ª edición).

¹⁵² MORENO VIDA, M. N.: «Art. 36 Autorización de residencia y trabajo», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ (dirección y coordinación), *Comentario a la ley y al Reglamento...*, *op. cit.*, p.620.

¹⁵³ En el caso de los trabajadores de servicio doméstico con varios empleadores, se debía acreditar que reunían los requisitos previstos por la legislación aplicable a efectos del alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social como empleados de hogar discontinuos, y que realizarían un número de horas de trabajo semanales no inferior a treinta en el cómputo global

aducidas se considerasen insuficientes podrían denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente (apartado 6 de la DT 3ª).

Si la justificación alegada o las razones aducidas se considerasen suficientes, el empresario podía presentar una nueva solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo (apartado undécimo del la Orden/Pre/140/2005, de 2 de febrero, que desarrolla el procedimiento del proceso de normalización). Incluso, las instrucciones de desarrollo de dicha orden dictadas por la DGI en fecha 3 de febrero preveía la posibilidad de prorrogar el plazo de 1 mes para dar el alta, sin que superará el plazo máximo de un mes, a contar desde la finalización del período del mes primero, es decir un plazo total de 2 meses, siempre que existiera una causa de fuerza mayor debidamente justificada y apreciada por la Autoridad competente, que incluso debía solicitar informe previo a la propia DGI ante cualquier duda sobre el criterio que se debía seguir.

Con la reforma del año 2009, lo que fue un requisito impuesto para un proceso extraordinario de regularización se ha convertido en una obligación esencial de clausura del procedimiento. Y aunque la LO 2009 introdujo la exigencia, no impuso un determinado plazo para la realización de estos actos de encuadramiento en Seguridad Social, siendo el reglamento el que concretó el término de 3 meses desde la entrada legal en España del extranjero (63.1 ROEX).

A priori, subrayar que el plazo de 3 meses no altera en nada las reglas en cuanto a plazos de comunicación del alta en los distintos regímenes o sistemas de la Seguridad Social. Sí el trabajador inicia la prestación de servicios, el alta ha de ser previa a tal comienzo, ya que tal requisito nutre la efectividad de la autorización. En el caso de haber sido resuelta favorablemente la autorización y haberse iniciado la relación laboral sin la previa comunicación, la consecuencia será, ante la falta del requisito constitutivo, la equiparación de esta situación jurídica a la de contratación de extranjeros en situación irregular, carente de autorización y, por tanto, se desplegarán las responsabilidades previstas en los diferentes órdenes jurídicos.

Desde la perspectiva de Seguridad Social, los términos categóricos en que se formula la obligación renquean un poco. En primer lugar por cuanto toda la regulación procedimental del proceso de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena parece basada en que la comunicación del alta siempre se formulé por el empresario, como se deduce del 38.4 LOEX y del 67.7. RELOEX, y no a instancias del propio trabajador extranjero. Sin embargo, esta posibilidad debería haberse contemplado para el supuesto de hecho del párrafo anterior, en el que hay un inicio de la relación laboral y el empresario incumple su obligación de comunicar el alta en tiempo y en forma. Posibilidad que sí se contempla en el art. 29.2 del RGIA ya citado, respecto de los trabajadores por cuenta ajena en supuestos de incumplimiento empresarial. En estos casos, las Direcciones Provinciales de la TGSS o sus Administraciones proceden a dar cuenta de las solicitudes de los trabajadores a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que se efectúen las comprobaciones que procedan (art. 25 RGIA)¹⁵⁴. De ser comprobada la prestación de servicios del trabajador extranjero, con independencia de los expedientes sancionadores que procedieran, la ITSS comunicaría de oficio el alta en Seguridad Social y adquiriría toda su eficacia la autorización cuando no hubieran transcurrido 3 meses desde su entrada en España.

Sin embargo, a la luz de la normativa actual no cabe el planteamiento formulado, que daría lugar a poder estabilizar jurídicamente una relación laboral que puede devenir irregular siendo inicialmente regular.

Como ya se señaló anteriormente y con las consideraciones que se realizaron, se ordena a la Entidad Gestora (36.2 LOEX) que compruebe en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad. Circunstancia ya prevista en el reglamento de afiliación, altas y bajas (art. 42), que contempla que las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros vayan acompañadas, para su admisión, de la correspondiente autorización para trabajar.

¹⁵⁴ Cabe recordar que según el art. 42 del Reglamento de afiliación, y a efectos de la afiliación y el alta para la inclusión en el Sistema y en el correspondiente Régimen de Seguridad Social, se equiparan a los españoles los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España y hayan obtenido una autorización administrativa previa para trabajar.

La incorporación de una nueva exigencia al procedimiento de autorización, trae como consecuencia lógica la inclusión de un nuevo tipo infractor ante su eventual incumplimiento. De aquí que la reforma deL 2009 inserte en el elenco de infracciones de la LOEX la infracción grave del art. 53.2.a): « no dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado...cuando el empresario tenga constancia de que el trabajador se halla legalmente en España habilitado para el comienzo de la relación laboral. No obstante, estará exento de esta responsabilidad el empresario que comunique a las autoridades competentes la concurrencia de razones sobrevenidas que puedan poner en riesgo objetivo la viabilidad de la empresa o que, conforme a la legislación, impidan el inicio de dicha relación».

El informe del CES fue bastante crítico en cuanto a la redacción de esta infracción¹⁵⁵. El Comité opina que tratándose de una nueva infracción, la redacción de este precepto debería precisarse, ya que la omisión de la obligación de alta es una infracción del orden social que ya se encuentra tipificada con carácter general. Además, debería concretarse que dicha conducta tendrá la consideración de infracción sólo cuando el empresario haya sido notificado fehacientemente de que el trabajador extranjero, cuya autorización de residencia y de trabajo por cuenta ajena hubiera solicitado, ha entrado legalmente en España. Unido a lo anterior, el CES entiende que también debería contemplarse como supuesto de exención de responsabilidad, junto a la concurrencia de razones sobrevenidas, la circunstancia de que el empresario hubiera comunicado a las autoridades competentes su desistimiento con anterioridad a recibir la notificación. Por último, el CES considera que con respecto a las causas sobrevenidas que puedan poner en riesgo objetivo la viabilidad de la empresa debería suprimirse el término «laboral», manteniéndose la referencia a las causas que conforme a la legislación aplicable impidan el inicio de la relación laboral.

¹⁵⁵ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen 1/2009, de 28 de enero de 2009*, sobre el anteproyecto de ley orgánica de reforma de la LOEX.

Gran parte de estas apreciaciones fueron recogidas finalmente en la redacción definitiva, de tal modo que si el empresario comunica a las autoridades competentes que no pudo iniciar la relación laboral, dejaría de ser sujeto responsable de la infracción (art. 38.4. LOEX).

Realmente se podría pensar que la conducta infractora se enmarca en el ámbito de la Seguridad Social¹⁵⁶, pero no comparto esta opinión. Considero que el hecho de incluirse en la ley de extranjería, y no en la LISOS, le proporciona el carácter de aquella normativa. Como razonamiento sirve el ejemplo ya reseñado anteriormente, la constatación de la prestación de servicios de un trabajador extranjero por parte de un empleador al que se le ha concedido la autorización de trabajo, sin haber comunicado el alta en el sistema de Seguridad Social, no puede constituir sin más una irregularidad en materia de Seguridad Social dada la falta de efectividad de la propia autorización, constituiría una infracción de extranjería consistente en emplear a un trabajador extranjero sin autorización para trabajar, conducta tipificada no como infracción grave sino muy grave.

Por tanto, el campo delimitador de la infracción se reserva exclusivamente a los supuestos o circunstancias en que la concesión de la autorización no lleva aparejada la prestación de trabajo o, al menos, su constatación.

La LO 2009 no concretó en qué situación quedaba el trabajador extranjero una vez obtiene el visado y entra en territorio nacional, hasta el momento de su alta en el Sistema de Seguridad Social, o la concreta situación administrativa del trabajador extranjero que se encuentra en nuestro país y se encuentra con un sobrevenido desistimiento empresarial¹⁵⁷.

¹⁵⁶ En este sentido, BURGOS GINER, M.A.: «Infracciones y sanciones laborales al régimen de extranjería» en AA.VV., GARCIA NINET, J.I (Dtor), *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (estudio tras el RD 557/2011, de 20 de abril)*, Atelier Libro Jurídicos (2012), p. 194.

¹⁵⁷ FERNANDEZ AVILES, J.A.: «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La «nueva» vinculación con el alta del trabajador en la seguridad social ...», *op.cit.*,

El RELOEX si que se ocupa de este aspecto en dos supuestos diferentes. El primero cuando el empleador que solicitó la autorización inicial comunique a la Oficina de Extranjería, en el plazo de quince días desde que el extranjero entró en territorio español, la no posibilidad de inicio de la relación laboral. Dicha comunicación supondrá la apertura de un plazo de cuarenta cinco días en el cual un segundo empleador interesado en iniciar una relación laboral con el trabajador extranjero podrá dirigirse a dicha Oficina de Extranjería (art. 67.9 RELOEX). Además, el trabajador extranjero podrá dirigirse a la Oficina de Extranjería a los efectos de solicitar la emisión de un documento para constancia de dicha comunicación y de su titularidad de la autorización y el ámbito de limitación de ésta. Dicho documento será entregado, en el plazo máximo de cinco días, al trabajador extranjero a los efectos de que éste pueda dirigirse al Servicio Público de Empleo competente y solicitar sus servicios de intermediación laboral.

Este supuesto de desistimiento, incorporado en el marco del diálogo social durante la tramitación del RELOEX, fue valorado positivamente, pues trataba de conseguir que el trabajador que no va a prestar sus servicios para el empleador que lo contrató pueda hacerlo para otro, a fin de favorecer que lo haga en condiciones de regularidad¹⁵⁸.

El segundo supuesto, si finalizada la vigencia de la autorización de estancia no existiera constancia de que el trabajador ha sido dado de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, la consecuencia es de mayor gravedad para el trabajador. El nacional extranjero quedará obligado a salir del territorio nacional, incurriendo en caso contrario en infracción grave por encontrarse irregularmente en España (70.9. RELOEX). Parece referirse a aquellos casos en que no se ha iniciado la relación laboral pero tampoco ha habido comunicación expresa de desistimiento.

¹⁵⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: *Los derechos de los extranjeros en España*, Editorial LA LEY, Madrid, Junio 2010, edición n.º 1.

El propio reglamento prevé que el órgano competente requerirá al empleador que solicitó la autorización para que alegue las razones por las que no se ha iniciado la relación laboral y por las que no se ha cumplido la obligación de comunicación sobre dicha incidencia a las autoridades competentes, prevista en el artículo 38.4 de la LOEX.

En dicho requerimiento, se hará constar que, de no recibirse contestación al mismo en el plazo de diez días o de considerarse insuficientes las razones alegadas por el empleador, el órgano competente dará traslado del expediente a la ITSS por posible concurrencia de una infracción grave de las previstas en el artículo 53.2.a) de la LOEX.

Igualmente, le advertirá que, de finalizar el posible procedimiento sancionador con determinación de la concurrencia de la infracción señalada en el párrafo anterior, podrán denegarse ulteriores solicitudes de autorización que presente por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores.

A mi juicio este itinerario procedimental es claramente criticable. En primer lugar, parece que es un procedimiento de oficio, es decir que no cabe que sea instado por el propio extranjero que ve finalizar su periodo regular de estancia sin que el empresario haya cumplido sus obligaciones y sin justificación alguna.

En segundo lugar, y desde otro punto de vista, el del ámbito sancionador, no parece muy correcto que una vez detectada la infracción del art. 53.2. de la LOEX, consistente en no dar de alta al trabajador extranjero salvo que lo haya comunicado a las autoridades competentes, esta información no pase directamente a la ITSS que es a la que le corresponde el inicio de procedimiento sancionador y, por tanto, el despliegue de toda la actividad inspectora en aras de la constatación del tipo infractor. Al contrario, serán las oficinas de extranjería de las distintas subdelegaciones de gobierno o las de las CC.AA con competencias transferidas en la materia, las que de inicio emitirán requerimiento y, posteriormente, filtrarán a la Inspección de Trabajo las irregularidades de acuerdo con su valoración inicial de suficiencia o insuficiencia de las razones esgrimidas.

Tampoco parece acertado desde la perspectiva de protección al extranjero que ha entrado en España con la creencia y la buena fe de trabajar, que se haga depender su situación de regularidad de la conducta exclusiva del empresario. Lo más razonable hubiera sido extender también la posibilidad de encontrar un nuevo empleador a los extranjeros respecto de los cuales los empresarios no han hecho comunicación alguna, equiparando ambas situaciones en cuanto a consecuencias en la situación del trabajador¹⁵⁹. Incluso, como ya resalté, si se ha iniciado la prestación de servicios y no se ha comunicado el alta en seguridad social, y este hecho fuera así constatado por los funcionarios de la ITSS, que fuera la propia ITSS la que promoviera la comunicación de oficio, dotando de efectividad a la autorización solicitada, con independencia del expediente sancionador correspondiente en materia de extranjería al empresario por el incumplimiento ya señalado.

Coincido con la opinión de FERNÁNDEZ AVILES¹⁶⁰, en que una vez acreditada la causa de la no posible contratación, la autorización podría convertirse en un visado similar a los previstos para la «búsqueda de empleo», actualmente contemplado en el art. 177 RELOEX y en el marco de la gestión colectiva de contrataciones en origen, y que autorizan a desplazarse al territorio español para buscar trabajo durante un período de estancia de algunos meses.

Pero esta solución no es factible hoy en día debido que la OM que regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012, prorrogada en 2013, ha considerado conveniente no aprobar ningún número de concesión de visados para búsqueda de empleo.

En conclusión, desde la óptica de la regularidad el engarce del alta en Seguridad Social con la autorización, para dotar a ésta de efectividad no merece reproche alguno. No obstante, el reglamento podría haber adoptado una actitud más protectora con el

¹⁵⁹ Y siempre, lógicamente que no se aprecien indicios de connivencia o fraude en la solicitud de autorización.

¹⁶⁰ FERNANDEZ AVILES, J.A.: «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La «nueva» vinculación con el alta del trabajador en la seguridad social ...», *op.cit*

extranjero ya desplazado a nuestro país, que con una previsión de trabajo y un contrato firmado ve como su situación se torna irregular o no autorizada dependiendo de la exclusiva voluntad del empresario y su discrecionalidad sobre si comunica la circunstancia de imposibilidad de inicio de la relación laboral. Con independencia de que haya o no comunicación, la situación para el extranjero debería ser idéntica y abrir la posibilidad de una nueva contratación. Por otro lado, se debería haber contemplado la no «irreal» situación de auténtica prestación de servicios e incumplimiento empresarial en la formulación del alta en Seguridad Social, otorgando las posibilidades ya expuestas y previstas en la propia normativa de Seguridad Social. Ello eliminaría o limitaría la tentación, durante el período de 3 meses, de agregar períodos de prueba no admitidos en la contratación laboral, en la que el trabajador extranjero estaría excluido de la protección del sistema de Seguridad Social y que además, de no superarlo, devendría en consecuencias gravísimas respecto de su regularidad en el país.

CAPÍTULO II. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS.

1. INTRODUCCIÓN. DETECCIÓN DEL PROBLEMA.

Como ya se expresaba en la presentación del presente estudio una de las razones del mismo es la fundada sospecha de que los trabajadores extranjeros se hallan expuestos a una mayor siniestralidad que el resto, si bien este dato no pudo ser matemáticamente confirmado por cuanto las estadísticas oficiales no hacen explotación habitual y ordinaria de las cifras sobre la siniestralidad de los trabajadores extranjeros, y ello a pesar de que a partir del año 2003 la comunicación oficial de los accidentes de trabajo recogen entre sus variables la nacionalidad del accidentado, las informaciones apuntan en este sentido.

En los escasos estudios existentes al respecto, interesa destacar como en 2007 se hizo público por parte del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) un breve estudio sobre siniestralidad de extranjeros¹⁶¹, que analizaba sus índices de incidencia y donde se observaba que el comportamiento del índice de los trabajadores extranjeros difiere del total nacional. El resultado ponía de relieve que este índice era superior en 1,26 al índice nacional y que se repetía en industria, en servicios y en menor medida en el sector agrario. Llamaba la atención que en el caso de la industria la incidencia era superior al de la construcción, lo que podía hacer pensar que los trabajadores extranjeros en la industria desempeñaban tareas diferentes o con diferentes condiciones de seguridad, mientras que en servicios, construcción y el sector agrario, las condiciones de trabajo y tareas no aparentaban ser tan diferentes.

De forma más pormenorizada el estudio de «Condiciones de trabajo y siniestralidad en el colectivo de trabajadores inmigrante, 2008», elaborado por el Observatorio estatal de

¹⁶¹ INSHT: Siniestralidad Laboral 2006 INSHT (última consulta octubre 2009, documento no publicado actualmente en la página web del Instituto)

Condiciones de Trabajo¹⁶², compara la siniestralidad laboral de la población extranjera con la de la población de nacionalidad española. Todo ello en términos de tasas de incidencia, para relativizar el efecto que el volumen poblacional tiene sobre la siniestralidad. Los datos de los accidentes de trabajo que ofrece son de elaboración propia del INSHT a partir de la base informatizada de partes de declaración.

En 2008, la Tasa de incidencia de los accidentes totales en jornada de trabajo para trabajadores de nacionalidad española es de 4.889,3, mientras que la Tasa de incidencia de los accidentes que sufren en este mismo año los trabajadores extranjeros es de 6.567,2, bastante más elevada que la de los españoles.

En el caso de los accidentes mortales ocurre lo mismo, la tasa de incidencia de los accidentes mortales padecidos por trabajadores extranjeros en 2008 es de 7,6 frente a 4,8 que es la tasa de incidencia de los accidentes mortales sufridos por trabajadores españoles en el mismo año.

En la siguiente tabla se analizan las tasas de incidencia y razones de tasas de los accidentes en jornada de trabajo de 2008 para extranjeros y españoles según la gravedad de los mismos. Se observa que las tasas de incidencia tanto en accidentes leves, como en graves y mortales, son mayores en trabajadores extranjeros.

¹⁶²OBSERVATORIO ESTATAL DE CONDICIONES DE TRABAJO: «Condiciones de trabajo y siniestralidad en el colectivo de trabajadores inmigrante, 2008» <http://bit.ly/10IjuG3>, (última consulta 21 de diciembre 2013).

	TASA INCIDENCIA EXTRANJEROS	TASA INCIDENCIA ESPAÑOLES	RESULTADOS. TOTALES
LEVE	6.500,83	4.842,98	1,34 (1,33 -1,35)
GRAVE	58,73	41,57	1,41 (1,32-1,51)
MORTAL	7,62	4,79	1,59 (1,32 -1,92)
TOTAL	6.567,18	4.889,34	1,34 (1,33 - 1,35)

Respecto de los accidentes fuera de jornada laboral, accidentes «in itinere», la razón de tasas del total accidentes, indica, por el contrario, una mayor incidencia de los mismos en los trabajadores nacionales frente a los foráneos. Por otra parte, en el estudio de los accidentes in itinere con consecuencia de muerte para el trabajador el resultado es el opuesto, hay mayor incidencia en trabajadores extranjero que en españoles.

En los años subsiguientes no se volvió a realizar un estudio de estas características. En 2011, el INSHT realizó la VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (VII ENCT)¹⁶³ cuyo objetivo es, como en sus precedentes ediciones, obtener información fiable sobre las condiciones de trabajo de los distintos colectivos de trabajadores¹⁶⁴. Esta

¹⁶³ Encuestas elaboradas por el INSHT en su calidad de órgano científico-técnico de la Administración General del Estado al que le corresponde mantener un conocimiento actualizado de las condiciones en que prestan servicios los trabajadores en España.

¹⁶⁴ INSHT, <http://bit.ly/XwAuhs>, (última consulta el 6 de diciembre de 2012).

encuesta silencia cualquier dato sobre el colectivo de estudio y con ello se pierde la oportunidad de obtener alguna información de algunas de sus características y cuyo conocimiento se hace difícil a partir de otras fuentes de información.

Sí que se incluyó en el análisis de la VI Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo¹⁶⁵, la cual puso de manifiesto una serie de cuestiones importantes dignas de reflexión¹⁶⁶.

En primer lugar respecto de la vigilancia de la salud, los trabajadores menos favorecidos en su puesta en práctica por parte de la empresa son, junto a los del sector agrario y a las microempresas, los contratados temporales, las mujeres, los menores de 25 años y los que tienen una nacionalidad distinta a la española. Contrariamente, desde otra perspectiva de análisis, los trabajadores de otra nacionalidad que tienen la posibilidad y deciden no pasar el reconocimiento médico tienen un porcentaje inferior (6,4%) que los españoles (8,5%). Esta diferencia, estadísticamente significativa, parece poner de relieve que no se trata de un colectivo que se despreocupe por su salud laboral, sino todo lo contrario, que podría tener menor acceso al derecho.

En lo relacionado con el derecho a la información preventiva de todos los trabajadores, la encuesta expresa cómo una consideración conjunta de los trabajadores que afirman estar poco o nada informados obtiene el resultado de que los colectivos más afectados son también los de una nacionalidad distinta a la española, un 25,3% respecto al 15,6% de los españoles ¿Se trata de una percepción o, simplemente, realidad? Sí que es cierto que en las empresas con un correcto cumplimiento de la normativa preventiva facilitan información a todos sus trabajadores, pero no siempre se preocupan de que esta información sea realmente asumida por los mismos. Ello se pone de relieve en algo tan

¹⁶⁵ INSHT, Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo, <http://bit.ly/Vw5x1P> (última consulta enero 2013).

¹⁶⁶ Resaltar de esta encuesta que la metodología varía respecto de las anteriores en el sentido de que va a ser el domicilio del trabajador donde se desarrolla la entrevista, y no el centro de trabajo como era tradicional.

básico como el idioma en el que se redactan las informaciones, mayoritariamente no coincidente con la lengua en que se desenvuelve el trabajador extranjero.

Otro aspecto que se considera en la encuesta es la exposición al riesgo junto a las condiciones de seguridad, donde también se han encontrado diferencias relevantes en función de la nacionalidad, concretamente en cuanto a la identificación de los factores de riesgo. La explicación se halla en el reflejo de su mayor presencia en colectivos de riesgo, como la Construcción, donde suponen un 22,2%, frente al 13,3% en el conjunto, o en las empresas subcontratadas, donde representan el 20,3%. En general, se trata de riesgos muy asociados a actividades como la de la construcción o a situaciones de subcontratación, donde la presencia de trabajadores de nacionalidad distinta a la española es muy importante.

Un documento más reciente es el «Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España. 2008-2009- 2010»¹⁶⁷, en donde el estudio refleja que en el período citado se produjeron 159 accidentes mortales de trabajadores extranjeros que fueron investigados por el grupo de trabajo de este estudio. Número que supone el 20,2% de los accidentes investigados, dato que supera prácticamente en tres puntos el porcentaje que se obtuvo en el estudio de 2005-2007¹⁶⁸. En cuanto a los sectores de actividad, aunque en todos predominan los accidentes de trabajadores españoles, la mortalidad en trabajadores extranjeros es más importante en los sectores Agrario (25,3%) y Construcción (22,8%)¹⁶⁹.

Analizando las causas más importantes en los trabajadores extranjeros, se observa como causa más frecuente la *Formación/información inadecuada o inexistente sobre la tarea*, con una importancia relativa superior, en más del 2%, a los trabajadores españoles. Esta causa en muchos casos está asociada al empleo de un idioma diferente del de origen,

¹⁶⁷ INSHT, *Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España. 2008-2009- 2010*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2013.

¹⁶⁸ *Idem*, p.67.

¹⁶⁹ *Idem*, p.69.

que puede repercutir en la transmisión y asimilación de la información y formación necesarias para el correcto desarrollo de la tarea. Le sigue en importancia el *Método de trabajo inadecuado*, otra causa relativa a la organización de la tarea que constata la relevancia de este tipo de causas. Es interesante observar que en el caso de los trabajadores extranjeros prácticamente el 7% de las causas se deben a la falta de formación, ya sea sobre la tarea o sobre los riesgos y medidas preventivas¹⁷⁰.

Algunas CC.AA, dada la competencia autonómica en cuanto a notificación de siniestralidad laboral, sí que han realizado algún estudio al respecto, si bien no dejan de ser encuestas, trabajos o informes sin un carácter periódico¹⁷¹.

También parte de la literatura científica desvela, en general, un mayor riesgo de accidentalidad laboral entre inmigrantes¹⁷².

Sobre la consideración que la población inmigrante trabajadora está totalmente incorporada a nuestro mercado laboral e introducida en la organización empresarial, y entendiendo que ciertas características de la población inmigrante convierten a los ciudadanos extranjeros que vienen a trabajar a nuestro país en personas con necesidades específicas en todos los ámbitos necesarios para conseguir una integración plena, entre esas necesidades se ha de incluir, sin duda, los temas de seguridad y salud laboral. por tanto, el empleo de mano de obra inmigrante implica un refuerzo y una adaptación de

¹⁷⁰ *Idem*, p. 71.

¹⁷¹ JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, publicaciones, *Accidentes laborales de trabajadores extranjeros en Castilla y León durante el año 2005*. La Consejería de Economía y Empleo publicó un análisis de los accidentes laborales de trabajadores extranjeros en Castilla y León durante el año 2005. Dicho análisis concluye que los trabajadores extranjeros presentan una mayor probabilidad de sufrir accidentes de trabajo (1,6 veces más) y que la tipología de los accidentes que sufren los trabajadores extranjeros en Castilla y León no se aprecia que sea diferente a la que sufren los trabajadores nacionales, lo que debería hacer necesario tomar en consideración los potenciales factores y marcadores de riesgo inherente a los trabajadores extranjeros en el momento de su incorporación al trabajo. Entre ellos, su adaptación a los usos, costumbres y, por encima de todo, el suficiente conocimiento del idioma y de las normas y procedimientos profesionales de trabajo, <http://bit.ly/14twCGj>.

¹⁷² BENAVIDES, F., AHONEN, E., BOSCH, C.: «Riesgo por lesión por accidente laboral en trabajadores extranjeros (España 2003 y 2004)», *Gaceta Sanitaria*, 2008, 22, p. 46.

las medidas preventivas, a fin de contemplar las diferencias culturales, personales y sociales que puedan existir¹⁷³.

Sin embargo, aunque la diversidad de trabajadores y la gestión de la misma en el lugar de trabajo son, en la actualidad, cuestiones importantes para la seguridad en el trabajo, ésta rara vez ha sido contemplada en la evaluación de riesgos. Las herramientas de evaluación de riesgos de índole práctica que tienen en cuenta los riesgos concretos a los que se exponen, por ejemplo, las personas con discapacidad o los trabajadores inmigrantes, siguen siendo poco frecuentes¹⁷⁴.

A ello se une que las cuestiones de salud laboral y prevención de riesgos laborales ocupan un lugar bastante secundario, tanto para los inmigrantes como para la mayoría de las asociaciones de acogida y ayuda, pues la necesidad de trabajo, en las condiciones que sea, predomina inicialmente sobre cualquier otra consideración¹⁷⁵

A este propósito tiene objeto, en parte, este estudio. Observar como derechos inherentes a la condición de trabajador, como el de la seguridad y salud en el trabajo, no tienen una realización material idéntica en los trabajadores extranjeros que en los trabajadores nacionales o, al menos, en aquellos trabajadores extranjeros que no han obtenido la integración laboral plena. Es por ello que al hilo del contenido general del derecho a la seguridad y salud en el trabajo planteo cuáles son las dificultades y limitaciones en su realización y propongo, dentro del marco legal vigente, cuáles podrían ser las vías de solución, que en su mayoría constituyen la implantación y mejora de de buenas prácticas preventivas.

¹⁷³ GARCÍA REDONDO, F.E., *Aptitudes y actitudes de la población inmigrante ante la prevención de riesgos laborales*, , León septiembre 2008-febrero 2009, p. 17

¹⁷⁴ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: « Diversidad de los trabajadores y evaluación de riesgos: garantizar la cobertura para todos Resumen de un informe de la Agencia», <http://www.beswic.be/es/publications/factsheets/87/view>.

¹⁷⁵ GARCIA, A.M., LÓPEZ-JACOB, M.J., AGUDELO-SUAREZ. A.A., RUIZ-FRUTOS, C., AHONEN, E., PORTHE, V. y PROYECTO ITSA: «Condiciones de trabajo y salud en inmigrantes (Proyecto ITSAL): entrevistas a informantes clave», *Gaceta Sanitaria*, 2009;23(2):. P. 96

Queda lejos de mi intención convertir el presente trabajo en un manual de prevención de riesgos laborales que detalle una a una las obligaciones y deberes empresariales. Es un estudio sobre la seguridad y salud laboral de los trabajadores extranjeros y, por tanto, he de valorar las cuestiones preventivas que deben atender a los factores sociales, laborales, culturales e idiomáticos, entre otros, que concurren durante un período de tiempo en este colectivo de trabajadores. Todos estos aspectos requieren estudio y emisión de propuestas para que la acción preventiva en las empresas consideren las características y especificidades que se dan en el trabajo de extranjeros, y que existan las medidas legislativas y de acción políticas necesarias dirigidas a los trabajadores originarios de otros países en las que se presenten condiciones de especial vulnerabilidad frente al riesgo laboral y ser, en definitiva, causa de diferencia a la hora de garantizar su derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud.

La referencia inicial pasará ineludiblemente por el marco normativo de la prevención de riesgos, tanto el nacional como el supranacional. Y como éste ha ido variando desde la línea de una profusa elaboración normativa, a unas orientaciones e indicaciones de políticas públicas a través de las denominadas «Estrategias».

Posteriormente, desarrollo la integración del trabajador extranjero en la actividad preventiva de la empresa, atendiendo a los factores señalados. También centró dos apartados en el examen de un colectivo, el de empleados de hogar, y en una situación, la de los trabajadores desplazados en marco de una prestación transnacional de servicios. Respecto de los primeros, por cuanto el empleo doméstico agrupa a un número reseñable de trabajadores extranjeros que, sin embargo, sufren una desprotección cuyo origen es legal: la LPRL excluye directamente de su ámbito de aplicación a los trabajadores al servicio del hogar familiar.

Los trabajadores desplazados merecen nuestra atención por diferentes motivos. En principio por el fenómeno de movilidad de trabajadores intraeuropeo que ha supuesto, pero además es que muchos de ellos son trabajadores extranjeros de terceros países a los que no se les aplicará la normativa preventiva española en su integridad, generando

cierta desigualdad negativa que puede ser aprovechada en clave de beneficio empresarial.

La conclusión a la que llego es determinante, el colectivo de estudio debe, desde el primer momento de contacto laboral con la empresa, tener la consideración de trabajador *especialmente sensible*, y a partir de aquí desenvolver todas las previsiones legales al respecto.

En relación a la metodología, dos precisiones. La primera es que vuelvo a recurrir a la experiencia profesional como clave de la detección de las disfunciones que se producen en el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores extranjeros. La segunda es que la atención en el presente capítulo se fija en los trabajadores en situación regular, aquellos que disponen de autorización de residencia y trabajo y están incluidos en el Sistema de la Seguridad Social¹⁷⁶.

No incluyo en la investigación a los trabajadores autónomos, a pesar de mi consideración como trabajadores y, por consiguiente, a la posibilidad de que, independientemente de si trabajan solos o junto a trabajadores por cuenta ajena, puedan estar sometidas a riesgos similares a los que experimentan los trabajadores por cuenta ajena¹⁷⁷. La razón es que la normativa de prevención de riesgos laborales dispensa al trabajador autónomo una protección «mixta»¹⁷⁸, debido a que ocupa una posición

¹⁷⁶ Siendo plenamente conscientes de que el trabajador extranjero que carece de contrato de trabajo y alta en el sistema de la seguridad social, lo que podríamos considerar como una relación laboral no formalizada y de carácter precario, está más expuesto al incumplimiento empresarial del deber de protección contra riesgos laborales. Significativos son los datos señalados en la publicación del estudio que aludía sobre *Condiciones laborales de los trabajadores inmigrantes en España* del 2008, que refleja que el 82,6 de los trabajadores inmigrantes que han respondido en la entrevista practicada que no han recibido información sobre riesgos no tienen ningún contrato de trabajo, además, el 79,8 carece de autorización para trabajar.

¹⁷⁷ RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO de 18 de febrero de 2003 relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos (DOUE de 28 de febrero de 2003). Instrumento normativo sin carácter vinculante.

¹⁷⁸ PÉREZ CAMPOS, A.I.: «Ámbito aplicativo *subjetivo* de la legislación de prevención de riesgos laborales. Colectivos incluidos y excluidos», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, M.P. (Dtores), GARCÍA VALVERDE, M.D. (coord.), *Tratado de Salud Laboral, Tomo I, Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2012 (1ª edición), p. 643.

intermedia entre la del trabajador y la del empresario, situación que propicia que la normativa de seguridad y salud en el trabajo le confiera un trato singular, que determina tanto la asunción de obligaciones propias del empresario, como deberes típicos del trabajador. La LPRL no contempla al trabajador autónomo como elemento aislado, por el contrario lo contempla como una pieza más del proceso de producción industrial. De ahí que su atención específica por la normativa se circunscriba a la coordinación de actividades empresariales (art. 24 LPRL).

Por último, en el contexto del estudio, señalar la dificultad de que el fenómeno de la inmigración cuenta con escasos referentes bibliográficos cuando se trata de cuestiones referidas al ámbito de la prevención de riesgos laborales¹⁷⁹. Ya que si bien se han publicado un notable número de publicaciones que analizan la situación de la población inmigrante, los aspectos relacionados con su salud son muy poco conocidos, y menos aún aquéllos relacionados con el impacto en la salud que puede tener un medio laboral caracterizado por un elevado nivel de precariedad¹⁸⁰.

2. EL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS.

No hay un marco normativo específico para los trabajadores extranjeros en el reconocimiento y la realización del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo, pero sí que es un colectivo que constituye una preocupación constante en las instituciones legislativas que de forma ordinaria regulan el derecho y que reflejan en sus orientaciones de política preventiva, más que en sus propios instrumentos normativos.

¹⁷⁹ PREVALIA, CGP, *La incidencia de la inmigración en el sector de la construcción en materia de prevención de riesgos laborales*, estudio elaborado por PREVALIA, CGP con la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, edita Foment del Treball Nacional, 2007, p.10.

¹⁸⁰ PORTHE, V, AMABKE, B, BENACH, J.: «La precariedad laboral y la salud de los inmigrantes en España:¿qué sabemos y qué deberíamos saber?», *Archivo Prevención Riesgos Laborales*,10, 2007, p.35.

2.1. Cuestiones generales.

El derecho a la seguridad y salud en el trabajo, con fundamento en el reconocimiento constitucional de los derechos a la vida, integridad física y salud, aparece formulado genéricamente en el artículo 14.1 de la LPRL: «Los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo». En efecto, en las relaciones de trabajo nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, y tanto el art. 14 como otros artículos de la LPRL permiten conocer la concreción legal que en el ámbito de la prestación de trabajo ha tenido la protección constitucional que impone esa tutela del trabajador, por virtud de las exigencias de diversos derechos constitucionales, entre ellos el derecho a la vida e integridad física consagrados en el art. 15 CE¹⁸¹.

Expresión muy próxima a la del art. 14 señalado, es la del ET en su artículo 19.1 y algo diferente a la del artículo 4.2.d) de la misma norma, que también determina el derecho de los trabajadores a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene. Precepto que ya define el doble contenido de este derecho: la protección contra los daños que puedan causar las condiciones de trabajo y el derecho a una política de seguridad e higiene que disponga de un conjunto de acciones ordenadas con la finalidad de trabajar sin riesgo y en un medio que favorezca el desarrollo de la salud de los trabajadores¹⁸².

Se trata de un derecho de la relación laboral que se incorpora de forma irrenunciable al contrato de trabajo y del que es titular cualquier trabajador en el desarrollo de su contrato de trabajo, con independencia de su nacionalidad y de las características de su relación laboral: tanto si ésta se desarrolla en el plano de la legalidad como si pertenece a la economía informal o popularmente denominada economía sumergida.

¹⁸¹ STC, Sala Primera, Sentencia 62/2007 de 27 de Marzo de 2007, rec. 1623/2002.

¹⁸² BLASCO MAYOR, A: *Concepto, fuentes y alcance del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Obra editada por el Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Turismo, Trabajo y Comunicaciones, Santander, 2008, p. 50.

Sí que es cierto, como señalo a lo largo del presente estudio, que las exigencias legales o la propia regulación en torno al derecho no es igual respecto de unos u otros trabajadores: no es idéntica la protección otorgada al trabajador cuya relación se enmarca en el ámbito de aplicación del ET, que la del trabajador al servicio del hogar familiar. Respecto de este último, como expresé, ni le resulta de aplicación la LPRL (art.3.4), sin perjuicio de que el titular del hogar familiar esté obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene (art. 7.2. del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar), aunque esta obligación no tenga el alcance previsto en los artículos 14 y 15 de la LPRL¹⁸³.

Como premisa indicar que en relación con la formulación del derecho no hay especialidad alguna respecto de los trabajadores extranjeros, ni tampoco quedan excluidos de ninguno de los contenidos que engloba el derecho a la seguridad y salud. La LOEX no explicita este derecho respecto de los trabajadores extranjeros, pero es su artículo tercero el que actúa como pórtico al reconocimiento de los derechos de los extranjeros en base interpretativa a tres criterios: la igualdad de trato jurídica respecto al nacional en derechos reconocidos constitucionalmente a los extranjeros, la vigencia universal de los derechos fundamentales de las personas y la cláusula de interpretación de acuerdo al estándar internacional de protección de los derechos humanos. Conforme a esta situación, los derechos sociales en la Ley de Extranjería no vienen regulados específicamente como tales separados del resto de derechos, sino que simplemente están recogidos junto al global de derechos que a nivel general quedan configurados por esta Ley para el conjunto de los extranjeros en España¹⁸⁴.

Es verdad que se encuentra a faltar el principio de igualdad de condiciones de trabajo que recogía el reglamento de ejecución de la LO 1985, una disposición no contemplada en los posteriores reglamentos de ejecución de las diferentes modificaciones de la

¹⁸³ Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sala de lo Social, Sentencia de 3 Nov. 2005, rec. 371/2005.

¹⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros...», *op. cit.*

LOEX¹⁸⁵. El art. 69 del RD 155/1996 establecía: «El salario y las demás condiciones de trabajo y de protección social de los extranjeros autorizados a trabajar en España por cuenta ajena no podrán ser inferiores, en ningún caso, a los fijados por la normativa vigente en territorio español o determinados convencionalmente para los trabajadores españoles en idénticas circunstancias»

No obstante esta igualdad sostenida, los trabajadores extranjeros, a diferencia de los nacionales, por su condición de tal, acumulan un factor que puede incidir en la mayor siniestralidad¹⁸⁶. Es por ello que aunque el reconocimiento sea en términos de igualdad, se adviertan diferencias en cuanto a la realización del mismo. Diferencias, que derivan de una gran variedad de circunstancias y factores, que ya han sido mencionados, algunos totalmente personales y, sin embargo, directamente vinculados a su relación laboral¹⁸⁷.

2.2. Los diferentes espacios normativos del derecho a la seguridad y salud.

Las iniciativas públicas a favor de la reglamentación de seguridad y salud en el trabajo surgen a finales del siglo XIX, tras las consecuencias devastadoras que provocó la Revolución Industrial en la clase social del proletariado; trabajo de menores, jornadas interminables, condiciones de trabajo penosas y peligrosas, etc.

Y si bien el accidente de trabajo fue una de las primeras contingencias laborales sobre las que la sociedad surgida de la revolución industrial planteó el aseguramiento por

¹⁸⁵ ORTEGA MARTIN, E.: *Manual práctico de...*, op, cit, p. 225.

¹⁸⁶ HUETE PÉREZ, L.: «Vida y Salud de los trabajadores extranjeros y Ministerio Fiscal», AA.VV., TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dtor), ACALES SÁNCHEZ, M (coord), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables «género», «inmigración» y «edad»*, Editorial Bomarzo (2009), p.75.

¹⁸⁷ Es una queja de los trabajadores autóctonos respecto de los inmigrantes en materia de seguridad laboral su disponibilidad a incumplir o no exigir el cumplimiento de las normas de seguridad establecidas por la empresa, lo que advierten como un peligro para el resto de trabajadores, y que puede llegar a constituir un motivo de conflicto entre ellos. Y aquí se aprecia la otra cara de la imagen del inmigrante: la del trabajador ávido de mostrar su eficacia y rapidez y cuya extrema disponibilidad puede perjudicar al resto, en GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., *Los sindicatos ante la inmigración*, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 119-120.

razones sociales y políticas, con el fin de paliar sus graves consecuencias, al mismo tiempo se planteó la necesidad de afrontar medidas de carácter técnico desarrolladas en normas que tuvieron como finalidad luchar contra los accidentes, prevenirlos o evitarlos¹⁸⁸.

Alguna de ellas se dirigían a colectivos específicos, como el RD de 25 de enero de 1908, norma relativa a Industrias prohibidas a mujeres y niños, mientras que otras contemplaban aspectos concretos de seguridad en el trabajo como la normativa contenida en el Decreto de 15 de noviembre de 1935, sobre prohibición de transportar a brazo peso de mercancía superior a 80 Kg.

Hoy se dispone de un extenso y completo marco regulador de la materia no sólo en el ordenamiento nacional, sino también en el internacional, de aquí que se dedique un pequeño espacio a éste por considerarlo determinante en su labor de impulsor y de creación de la normativa interna de los diferentes países.

2.2.1. Ámbito internacional.

El estudio de las fuentes internacionales relativa a la prevención de los riesgos en el trabajo es un factor ineludible para la comprensión de las disposiciones legales y reglamentarias que se han aprobado en España a partir del momento de la publicación de la LPRL, y que configuran un bloque normativo de protección de seguridad y salud de los trabajadores como hasta ahora no había existido en este país¹⁸⁹.

Relaciono los instrumentos normativos más relevantes en esta materia tanto de la OIT como de la UE, dado que el carácter diverso de una y otra organización no significa que

¹⁸⁸ MATEOS BEATO, A., *Diccionario Temático de Seguridad y Salud Laboral*, Lex Nova (4ª edición), p. 19.

¹⁸⁹ CAMAS RODA, F. , *La normativa Internacional y Comunitaria de seguridad y salud en el trabajo* , Tirant lo Blanch, Valencia (2003), p.16.

no deban haber hecho frente a un mismo tipo de problemas en la regulación de un régimen específico de mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo¹⁹⁰.

La importancia que ha tenido la actividad normativa de la OIT en este campo desde su creación está fuera de toda duda. El espíritu que impulsó su creación y que se concreta en el hecho de que, como señala el preámbulo de su Constitución, «la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social», ha impulsado toda la acción de la organización, que se ha extendido a materias referentes a los derechos humanos fundamentales, relaciones de trabajo, seguridad social, condiciones de trabajo, trabajo de mujeres, menores y otras categorías de trabajadores, protección de la libertad sindical, empleo y administración de trabajo¹⁹¹. En lo tocante a la seguridad y salud en el trabajo, la acción de la OIT ha sido fundamental, de forma que ya en la primera reunión de la Conferencia de 1919 se adoptaron cuatro Recomendaciones relacionadas con la materia.

Igualmente, desde la esfera de la actual UE y ya desde su creación en 1957, la atención que se ha venido prestando a la Seguridad e Higiene en el trabajo en el ámbito de la acción legislativa comunitaria ha sido constante, constituyendo una parte inherente de la llamada dimensión social del Mercado Único. El propio Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 118.a), imponía al Consejo la obligación de establecer, mediante Directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros¹⁹².

¹⁹⁰ *Idem*, p. 17.

¹⁹¹ SANCHO CUESTA, J.: *La Seguridad e Higiene Laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*, Centro de publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid (1991), p. 27

¹⁹² CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos laborales*. Sesión del Pleno de 19 de octubre de 1994.

Además, como señala HUNTER¹⁹³ la adopción en Europa de normas mínimas en materia de seguridad y salud permite evitar la posibilidad de utilizar normas insuficientes para obtener ventajas gracias a una competencia desleal. Gracias a ellas la competencia se beneficia de una situación comparable, aumentan asimismo la transparencia del mercado y contribuyen a evitar distorsiones a nivel de la competencia.

2.2.1.1. La labor normativa de la OIT

La OIT, creada por el Tratado de Versalles, es un organismo especializado en materia laboral de carácter internacional vinculado a la Organización de Naciones Unidas y es la más antigua de las organizaciones que integran el sistema de la ONU. Desde su creación, se ha constituido en el factor más importante del proceso de internacionalización del Derecho del Trabajo en cuanto ha permitido una regulación internacional básica de las condiciones de trabajo.

Una de sus principales funciones ha sido el desarrollo de normas internacionales del trabajo. Éstas cubren cuestiones laborales y sociales y adoptan la forma de Convenios y Recomendaciones. Los Convenios son comparables a tratados internacionales multilaterales, abiertos a ratificación por los Estados miembros, pero una vez ratificados crean obligaciones vinculantes a los mismos. Por el contrario, las Recomendaciones pretenden ofrecer directrices que pueden orientar la política y las prácticas nacionales, si bien no imponen obligaciones sustantivas.

¹⁹³ HUNTER, W.: «Análisis de coste-beneficio en el proceso decisorio: hacia una mejor legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo», en *Magazine, Revista de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm.1. p. 12.

Los Convenios y las Recomendaciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo se consideran, en su conjunto, como un *código internacional del trabajo*, que define normas mínimas en el campo social y laboral¹⁹⁴.

Las normas de la OIT han ejercido una influencia considerable en las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros, de forma que numerosos textos han sido modelados a la luz de disposiciones relevantes de los instrumentos de la OIT. En junio de 2003, la Conferencia Internacional del Trabajo celebró un debate sobre las actividades normativas de la Organización Internacional del Trabajo en el área de la seguridad y salud en el trabajo. De las Conclusiones de la Conferencia se esboza la idea de plantear una estrategia global en materia de seguridad y salud en el trabajo, e instan a una acción integrada que permita una mejor coordinación entre las normas de la OIT y otros medios de acción tales como la promoción, la sensibilización, el desarrollo de conocimientos, la gestión, la difusión de información y la cooperación técnica. Se incluye entre los medios que podrían tenerse en cuenta a nivel nacional, el mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores vulnerables, tales como los trabajadores migrantes.

En el propio orden del día de la 91^a Reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo (2003)¹⁹⁵, se incluyó un punto relativo a las actividades normativas de la OIT en el campo de la seguridad y salud en el trabajo, y se solicitó del Consejo de Administración la inclusión en el orden del día de la 93^a Reunión de la Conferencia (celebrada en junio de 2005), donde se concluyó que se debería adoptar un nuevo instrumento que establezca un marco de promoción en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo. Este nuevo instrumento podría revestir cualquiera de las formas que se adoptan en el seno de la citada organización; convenio, recomendación y declaración.

¹⁹⁴ BENJAMIN O. ALLI., *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*, Informes OIT (2^a edición), Ministerio de Trabajo e Inmigración (2009), p. 34

¹⁹⁵ Pueden consultarse los textos de los proyectos de Convenio y Recomendación en OIT, Marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. Informe IV (1). Cuarto punto del orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo, 95^a Reunión 2006. Ginebra, 2005.

Finalmente, se acordó que el instrumento que establecería el marco de promoción de seguridad y salud sería un Convenio, el cual se adopta formalmente en la nonagésima quinta reunión, en fecha quince de junio de dos mil seis y después de decidir que las propuestas debatidas revistan la forma de un convenio internacional, que podrá ser citado como el Convenio núm. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo¹⁹⁶.

Los principales objetivos del Convenio son garantizar que las agendas nacionales otorguen una mayor prioridad a la seguridad y salud en el trabajo y promover compromisos políticos en un contexto tripartito para la mejora de la seguridad y salud en el trabajo. Su contenido tiene carácter promotor más que prescriptivo, y se basa en dos conceptos fundamentales: el desarrollo y mantenimiento de una cultura preventiva de la seguridad y la salud, y la aplicación en el ámbito nacional de un enfoque de sistemas de gestión a la seguridad y salud en el trabajo.

Ello exige a los gobiernos que, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, y de forma activa, adopten las disposiciones para lograr progresivamente y mantener un entorno laboral seguro y saludable mediante la actualización y elaboración de políticas nacionales, el desarrollo o mejora de los sistemas nacionales y la ejecución de los programas nacionales, todo ello en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo.

Este Convenio sobre el Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo poco adiciona al acervo normativo de la OIT en esta materia, según algún autor «sólo añade levedad, insustancialidad y mínimos más mínimos que poder cumplir en materia de seguridad y salud laboral»¹⁹⁷.

¹⁹⁶ El instrumento de ratificación por España del convenio 187 fue publicado en el *BOE núm. 187 de 4 de agosto de 2009*.

¹⁹⁷ RODRIGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M.: «Convenio OIT, núm. 187/2006, sobre el Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo: razones de su previsible ratificación por España», *Actualidad Laboral*, núm. 5, Quincena del 1 al 15 Mar. 2009, Tomo 1, Editorial LA LEY.

Destaca, a efectos del presente estudio, su artículo 4.3 donde establece que el sistema nacional de seguridad y salud en el trabajo deberá incluir, entre otros, mecanismos de apoyo para la mejora progresiva de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en las microempresas, en las pequeñas y medianas empresas, y en la economía informal. De esta economía informal forma parte, sin duda, el trabajo de extranjeros en situación irregular, de los que considera la OIT que están expuestos a un deficiente entorno laboral, a normas de seguridad y salud poco exigentes y a riesgos ambientales, y como consecuencia de ello a la posibilidad de padecer problemas de salud o lesiones¹⁹⁸.

El convenio es acompañado por la Recomendación núm. 197 que apela a los sistemas nacionales, con miras a prevenir las muertes, lesiones y enfermedades ocasionadas por el trabajo, que comprendan medidas adecuadas para la protección de todos los trabajadores, en particular los trabajadores de los sectores de alto riesgo y los trabajadores vulnerables, entre ellos los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores jóvenes.

Fuera de la igualdad de trato propugnada en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los convenios de la OIT específicos – los números 97 y 143- para trabajadores o personas migrantes, no aluden concretamente al derecho a la seguridad y salud laboral, más bien a condiciones de empleo en general.

En todo caso, los convenios de la OIT en este ámbito constituyen un marco referencial para el establecimiento y la aplicación de sistemas nacionales de Seguridad y salud laboral amplios y adaptables a las condiciones nacionales.

No procedo a relacionar la totalidad de Convenios y recomendaciones de este organismo, pero sí que es observable como la tendencia actual es la modificación de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo, de forma que han dejado de centrarse en la seguridad de los trabajadores en un sector industrial para centrarse en la

¹⁹⁸ BENJAMIN O. ALLI.: *Principios fundamentales de salud y seguridad en el ...*, op.cit, p. 31.

seguridad y la salud en el lugar de trabajo; el énfasis ha pasado de la protección a la prevención y la evaluación de los riesgos.

Las normas más modernas reflejan no sólo las responsabilidades colectivas en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino también las funciones, los derechos, las responsabilidades y los ámbitos de cooperación respectivos de los empleadores, los trabajadores y sus representantes. Se postula un tratamiento de la seguridad y salud laboral más abierto, flexible y global, que persiga la calidad del medio ambiente de trabajo, que imponga responsabilidades concretas a los empresarios y que establezca procedimientos de colaboración con las representaciones de los trabajadores, desde una orientación realista, gradual y progresiva y con una orientación menos reglamentista y más participativa¹⁹⁹.

Una razón para ello es sin duda la toma de conciencia de que las sustancias y los procesos, así como las técnicas para abordarlos, se modifican constantemente. Por esta razón se piensa que hacen falta normas internacionales suficientemente flexibles para adaptarse a los cambios y que prevén un examen periódico de la política nacional, así como la adopción de medidas en el plano nacional que tengan en cuenta los progresos y avances técnicos de los conocimientos científicos actuales.

En este contexto, considero relevante mencionar la tarea de la OIT en implantar el Trabajo Decente, prioridad actual de la Organización. Se basa en el reconocimiento de que el trabajo es fuente de dignidad personal, estabilidad familiar, paz en la comunidad, democracias que actúan en beneficio de todos, y crecimiento económico, que aumenta las oportunidades de trabajo productivo y el desarrollo de las empresas. La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, lo consagra, institucionaliza y sitúa en el centro de las políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales. A su vez, el Pacto Mundial para el Empleo, de 2009, lo auspicia como respuesta ante la crisis financiera y económica. La labor de la

¹⁹⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Nuevos enfoques de la prevención de los riesgos laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2005), p.3.

Oficina se organiza actualmente en torno al objetivo del trabajo decente, y se estructura en cuatro sectores, que se ocupan de los derechos en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social. El concepto no solo se emplea en las memorias e informes del Director General de la OIT, sino también, cada vez con más frecuencia, en los Estudios Generales y en los informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. La expresión figura en varios instrumentos de la OIT, ya en los considerandos, ya en el articulado. El Convenio n° 189, de 2011, sobre los trabajadores domésticos, de 2011, la incluye incluso en el título²⁰⁰.

Uno de los cuatro objetivos del programa de Trabajo decente es la Protección Social, que a su vez contempla como dimensión fundamental la de promover la protección de los trabajadores, que incluye la salud y seguridad en el trabajo como componente esencial, así como promover la protección de grupos vulnerables, como los trabajadores migrantes, sus familias y los trabajadores en la economía informal²⁰¹.

2.2.1.2. La Seguridad y Salud en la UE

La materia de prevención de riesgos laborales se ha convertido en uno de los temas centrales de la política social comunitaria, si bien en el análisis de la situación en cuanto la producción de normas por parte de la Comunidad Europea, hay autores que distinguen claramente dos períodos, períodos debidamente marcados por la aprobación del Acta Única Europea en abril de 1986. En esta fecha se inicia una nueva dinámica de producción de normas en materia de seguridad e higiene caracterizada no sólo por el incremento del número de éstas sino también, de forma cualitativa, por la orientación y la amplitud del campo de aplicación y los contenidos de estas nuevas Directivas²⁰².

²⁰⁰ GIL GIL, J.L.: «Concepto de trabajo decente», *Relaciones Laborales*, núm.15-18, Agosto 2012, Año 28, Tomo II.

²⁰¹ OIT : <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang--es/index.htm>

²⁰² GONZÁLEZ DE LENA ALVAREZ, F.: «La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas comunitarias Balance y perspectivas a comienzos de 1989», *Relaciones Laborales* (1989), p. 1296, tomo I.

En la etapa previa a la aprobación del Acta Única, el marco normativo para la elaboración de este tipo de Directivas venía constituido por el artículo 118 del Tratado de Roma que señala como una de las misiones de la Comisión, el promover la colaboración entre los Estados miembros en las materias relacionadas con la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y la higiene del trabajo.

Para encauzar los trabajos de la Comunidad sobre estas cuestiones se aprobó en 1978 un primer Programa de Acción, con duración hasta 1982, al que siguió un segundo Plan a partir de 1984. Dichos programas incluían una serie de medidas, entre las que se encontraba la aprobación de Directivas en materia de Seguridad e Higiene. En el marco de estos programas se adoptaron diferentes Directivas, cuyas características es que estaban enmarcadas en el terreno de la higiene industrial, es decir, de la prevención de las denominadas enfermedades profesionales, estando por ello dotadas de un elevado grado de detalle en los aspectos técnicos de su contenido (fijación de concentraciones máximas de los agentes o sustancias en el medio ambiente de trabajo, métodos de medición, características de los reconocimientos médicos para detectar los efectos sobre la salud del trabajador, fórmulas de cálculo del nivel del ruido, etc.).²⁰³

El segundo período se inicia con el Acta Única firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986 que añade el artículo 118.A al Tratado Constitutivo de la CEE y que señala que: «Los Estados miembros procurarán promover la mejora del medio de trabajo para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización dentro del progreso de las condiciones existentes en ese ámbito»²⁰⁴.

A partir de esta etapa, la actividad normativa en esta materia por parte de la UE ha sido muy intensa, se han aprobado diversas directivas comunitarias sobre salud y seguridad laboral que han supuesto una total armonización de aspectos decisivos en la prevención

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa la base jurídica para adoptar directivas sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud es el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la UE

de riesgos laborales, provocando una profunda transformación de los ordenamientos nacionales, y muy en especial del español. Incluso, se puede considerar como consecuencia de ello, la creación de un amplio acervo jurídico europeo sobre protección de la salud de los trabajadores en el trabajo.

Este complejo marco comunitario de protección de tutela del ambiente de trabajo y protección de riesgos laborales no tiene otro fundamento que el reconocimiento formal de un derecho del trabajador a beneficiarse en el ambiente de trabajo de condiciones satisfactorias de salud y seguridad que, como garantía de un derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y sano, reconoce el artículo 19 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Carta a la que el Tratado de Lisboa atribuye el valor de Tratado comunitario. Es un reconocimiento aparentemente rotundo, que busca la elevación de los derechos fundamentales comunitarios al más alto nivel, tal y como se pretendió cuando fue rechazada la Constitución europea²⁰⁵.

De las directivas que configuran este marco normativo europeo y sobre la que merece detenerse brevemente, la más significativa es la *Directiva 89/391/CEE* que contiene el marco jurídico general en el que opera la política de prevención comunitaria. La publicación en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas de 29 de junio de 1989 de la Directiva constituye un radical punto de inflexión en la experiencia comunitaria, y no evidentemente por su carácter marco y fuente legitimadora de futuras Directivas, sino básicamente por venir a diseñar una política de las relaciones industriales del ambiente de trabajo y no un reglamento técnico al que habitualmente estaba acostumbrado el especialista en la materia²⁰⁶.

Como su nombre indica, es una directiva marco, es decir, un texto que ha sido objeto de desarrollo a través de directivas específicas que abundarán en la armonización

²⁰⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamental y en el Tratado de Lisboa», *Actualidad Laboral*, núm. 15, Quincena del 1 al 15 Sep. 2009, pág. 1752, Tomo 2, Editorial LA LEY.

²⁰⁶ GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E.: «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE», *Actualidad Laboral*, 1991, Ref. XXXV, pág. 393, Tomo 3.

pretendida. El binomio directivas marco-directivas específicas se articula de suerte que la primera sienta las principales coordenadas de lo que será la política comunitaria de seguridad y salud en los lugares de trabajo y las segundas descienden a regular aspectos muy concretos como, por ejemplo, los lugares de trabajo, los equipos de trabajo, los equipos de protección individual, etc²⁰⁷. Su objetivo es el de garantizar una protección más eficaz de los trabajadores en el trabajo tanto mediante medidas dirigidas a la prevención de accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, como mediante la información, la consulta, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores y sus representantes. La Directiva se aplica a todos los sectores de actividades públicas o privadas, excepto determinadas actividades de fuerzas armadas, policía o protección civil y son elementos básicos, desde su enfoque predominantemente prevencionista: la planificación de la prevención desde el momento mismo del diseño del proyecto empresarial, la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo y su actualización periódica, y la ordenación de un conjunto coherentes de medidas de acción preventiva adecuadas.

Esta directiva modificó la visión práctica de la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores con la introducción de un enfoque preventivo integrado y su transposición obligó a los Estados miembros a pasar de una legislación basada en principios de corrección a un enfoque de prevención centrado en los comportamientos individuales y las estructuras organizativas.

La Directiva marco sirvió de base para la adopción de directivas específicas, relativas, entre otros, a siete aspectos laborales mencionados en el anexo de la misma.

En este punto, vale la pena hacer una pequeña digresión relativa a que la armonización pretendida por la Directiva marco no ha sido todo lo deseable posible, ente otros motivos porque se ha utilizado como vehículo normativo la Directiva, y no el

²⁰⁷ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español», *Relaciones Laborales*, 1991, p. 1221 (Tomo 1), Editorial LA LEY.

Reglamento, que hubiera dotado a la regulación comunitaria sobre seguridad e higiene en el trabajo de un mayor sentido unificador²⁰⁸. Además, su transposición ha puesto de manifiesto la existencia de lagunas y diferencias en gran parte de la totalidad de los Estados miembros, tal y como destaca la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación práctica de las disposiciones de las Directivas de salud y seguridad en el trabajo 89/31(Directiva marco), 89/654 (Lugares de trabajo), 89/655 (Equipos de trabajo), 89/656 (Equipos de protección individual), 90/269 (Manipulación manual de cargas) y 90/270 (Pantallas de visualización)²⁰⁹.

Un ejemplo judicial lo constituye la sentencia del TJUE de 7 de febrero de 2002²¹⁰. En dicho asunto la Comisión interpone un recurso con el objeto de que se declare que la República Federal Alemana ha incumplido las obligaciones de la Directiva marco al dispensar a los empresarios con diez trabajadores o menos de la obligación de disponer de documentos que contengan los resultados de una evaluación de riesgos. El fallo del Tribunal es que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 9, apartado 1, letra a), y 10, apartado 3, letra a), de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 Jun. 1989, al no garantizar que la obligación de disponer de una evaluación de riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo en forma de documentos, prevista en dicha Directiva, se aplique en todas las circunstancias a los empresarios con diez trabajadores o menos.

De mayor interés es la sentencia del TJUE de 22 Mayo de 2003²¹¹ por el que la Comisión presenta recurso con el fin de que se declare que el Reino de los Países Bajos

²⁰⁸ MARTÍNEZ MENDOZA, J.M.: «El proceso de armonización de la seguridad e higiene en el trabajo en los Tratados de la Comunidad Económica Europea», *Relaciones Laborales*, núm.14 (1996), p. 1105.

²⁰⁹ COMISIÓN EUROPEA. COM(2004) 62 final.

²¹⁰ Rec. C-5/2000.

²¹¹ Rec. C-441/2001

ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE, al haber facultado al empresario para optar libremente por recurrir a servicios de salud y de seguridad internos o externos. La Comisión entiende que la Directiva no permite tal elección, sino que jerarquiza ambas soluciones en función de un criterio objetivo, la presencia o ausencia en la empresa y/o el establecimiento de personal que posea las competencias adecuadas para asumir tales actividades.

La apreciación del Tribunal es que en su apartado 1, el artículo 7 de la Directiva impone al empresario una obligación principal que consiste en designar uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales. En su apartado 3, dicho precepto prevé la obligación de recurrir a competencias ajenas a la empresa. Sin embargo, esta obligación es subsidiaria con relación a la que figura en el artículo 7, apartado 1, en la medida en que sólo existe «si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención». Por consiguiente, el artículo 7 establece una jerarquía entre las obligaciones que se imponen a los empresarios.

Conforme el razonamiento del tribunal se declara que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 7, apartado 3, de la Directiva, al no haber recogido, en su legislación nacional, el carácter subsidiario del recurso a las competencias ajenas a la empresa para garantizar las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales en ésta.

Estos pronunciamientos no han de resultar ajenos a nuestra legislación positiva. En junio de 2009, la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo²¹², presentó una denuncia ante la Comisión de las Comunidades Europeas por incumplimiento del Derecho Comunitario. Su objeto es, precisamente, la transposición indebida de las disposiciones

²¹² Asociación de nacionalidad española, legalmente constituida al amparo de la Ley Orgánica 10/1983 de Libertad Sindical en el año 1984, y cuyos miembros pertenecen al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social conforme a lo establecido en la vigente Ley 42/1997 de 14 de noviembre Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

contenidas en el art. 6 apartado 3 y el Art. 7 apartado 3 de la DM, a través de las disposiciones reglamentarias que desarrollan la LPRL, y en particular por los arts. 11.2, 12.2c) y 29. 2 y 3 del Reglamento de Servicios de Prevención, RD 39/1997, de 17 de enero (RSP). Exactamente, uno de los motivos esenciales de la denuncia es el relativo a la modalidad de gestión preventiva por el propio empresario. La Asociación considera que el art. 11.2 y el 12.2.c) del RSP son contrarios al art. 7.3. de la DM al no establecer la necesaria jerarquía entre recursos internos y externos. Una interpretación sistemática – e incluso literal de otros preceptos (art. 20.1 del Reglamento) pone de manifiesto la existencia de una libre opción del empresario entre el recurso de medios internos o externos para realizar la gestión preventiva. Como se pone de manifiesto en el escrito de denuncia²¹³, y en el mismo sentido destaca la Estrategia de Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012 (EESST), la realidad práctica es que el 75 por 100 de las pequeñas y medianas empresas españolas han optado por la externalización completa de sus actividades preventivas.

No siempre los pronunciamientos del Tribunal en esta materia fallan en contra de los Estados miembros. En sentencia del TJUE de 14 Junio de 2007²¹⁴, la Comisión presentó un recurso contra el Reino Unido por incumplimiento de las obligaciones del art. 5, apartados 1 y 4 de la DM que fue desestimado. El objeto del recurso es que la normativa del Reino Unido limitaba la obligación de los empresarios de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo a una obligación de hacerlo sólo *en la medida en que sea razonablemente viable*. Esta cláusula, era en definitiva, el objeto del recurso. La comisión entendía que el empresario tiene una responsabilidad objetiva derivada de la Directiva, pero el Tribunal de Justicia señala que la Directiva «obliga al empresario a garantizar a los trabajadores un entorno laboral seguro» pero no establece una responsabilidad objetiva derivada de esa obligación. Razona que la directiva establece, así, la obligación de seguridad del

²¹³ El documento está disponible en la página web del INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO, AMBIENTE Y SALUD (ISTAS), <http://bit.ly/16AUVOY> (última consulta el 5 de abril de 2013).

²¹⁴ Rec. C-127/2005.

empresario, pero no se pronuncia sobre la forma concreta de responsabilidad que le incumbe.

Diferente amplitud de la obligación empresarial es la que ha acogido nuestra normativa interna. La LPRL (art. 15.4.) dispone que la efectividad de las medidas preventivas a adoptar por el empresario deben prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Consecuencia de ello es que la vulneración de las normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la LPRL²¹⁵, y que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse todas las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran, sin juicios sobre la razonable viabilidad. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.

Esta formulación del alcance de la protección empresarial es expresión explícita del principio de *protección objetiva*²¹⁶, principio según el cual el empleador debe adoptar dispositivos y medidas de seguridad para tutelar al trabajador también contra incidentes que puedan derivar de su impericia, negligencia o imprudencia, principio que constituye la clave de toda la prevención, su ratio inspiradora. Principio que no puede encontrar freno en la obligación del trabajador de velar por su seguridad (art. 29 LPRL). Ello implica que no hay una reciprocidad o bilateralidad entre deber empresarial de prevención y la obligación laboral de cumplimiento de las medidas de prevención, puesto que el incumplimiento de alguna de sus obligaciones en este campo por el trabajador no exonera del cumplimiento del deber empresarial de prevención y, más concretamente, un incumplimiento de medidas preventivas derivado de un

²¹⁵ Así se ha interpretado por el TS en sentencia de de 8 de octubre de 2001, Sala Cuarta, de lo Social., rec. 4403/2000. Doctrina judicial que se repite en sentencias posteriores, por ejemplo la STS de 26 de mayo de 2009 (rec. 2304/2008).

²¹⁶ GONZALEZ LABRADA, M.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», *Actualidad Laboral*, 1996, Ref. VIII, p.173, Tomo 1.

incumplimiento por el trabajador de sus obligaciones en este campo no produce de por sí la exoneración de responsabilidad del empresario²¹⁷

Lo cierto es que la responsabilidad prevista en la LPRL es amplísima, si bien algunos autores²¹⁸ piensan que quizá deba ser atemperada con los prudentes límites impuestos por el Convenio 155 de la OIT, cuyo art. 16 indica que «deberá exigirse a los empleadores, que en la medida que sea razonable y factible, garanticen que los lugares de trabajo sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la seguridad y salud de los trabajadores» y con el art. 1.2 de la DM que señala igualmente que «no deberá obstaculizar la facultad de los Estados miembros para establecer la exclusión o la disminución de responsabilidad de los empresarios por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales.

Respecto de las directivas específicas derivada de la DM, para la Comisión Europea, la situación de transposición fiel por los Estados miembros es más positiva y las lagunas detectadas se subsanaron sin tener que recurrir la Comisión a los procedimientos por incumplimientos²¹⁹.

Si bien la adopción y la aplicación concreta —en los últimos decenios— de un amplio cuerpo de textos legislativos comunitarios han permitido mejorar las condiciones laborales en los Estados miembros de la Unión Europea y lograr progresos considerables en la reducción de los accidentes y las enfermedades relacionados con el trabajo, diferentes circunstancias, y, como no, también razones económicas y humanas, pretenden que la salud y la seguridad en el trabajo ocupen un lugar destacado en la agenda política comunitaria a través de las estrategias comunitarias.

²¹⁷ GONZALEZ DE LENA ALVAREZ, F.: «Las técnicas de regulación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y sus efectos en la aplicación del deber de prevención», *Relaciones Laborales*, núm. 12, Quincena del 16 al 30 Junio 2000, p. 727, Tomo 1, Editorial LA LEY.

²¹⁸ VAZQUEZ MATEO, F.: «Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva» , *Relaciones Laborales*, núm. 12, Quincena del 23 Junio al 8 Julio 2008, Año XXIV, p. 507, Tomo 1.

²¹⁹ COMISIÓN EUROPEA. COM (2004), *op. cit*, p.12.

En el balance de la aplicación de la normativa comunitaria, los documentos comunitarios, como ya he expresado, advierten de la gran heterogeneidad en la aplicación práctica de las distintas Directivas en función de los países, los distintos sectores de actividad y el tamaño de las empresas, la inexistencia de un enfoque integrado, la no generalización, sobre todo en las PYMES, de servicios de protección y prevención de los riesgos profesionales, y el insatisfactorio grado de desarrollo de la información, consulta, participación y formación de los trabajadores. Y será este balance aplicativo el que justifica el paso de una fase de actuación normativa comunitaria en la década de los 80 y 90 a otra fase a partir de 2002 con la aprobación de Estrategias comunitarias de salud y seguridad que tratan de abordar las carencias puestas de manifiesto con ese balance aplicativo, planteando además nuevos objetivos globales²²⁰.

Hecho relevante, sin duda, para el establecimiento de una estrategia comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo, supuso la aprobación de la Agenda Social Europea²²¹. En ella se definen las prioridades de actuación concretas para los próximos cinco años en torno a seis orientaciones estratégicas (mayor número y mejor calidad de los puestos de trabajo; anticipo a los cambios del entorno laboral y sacar partido de ellos, desarrollando un nuevo equilibrio entre flexibilidad y seguridad; lucha contra cualquier forma de exclusión y de discriminación para favorecer la integración social; modernización de la protección social; fomento de la igualdad entre hombres y mujeres; y refuerzo de la dimensión social de la ampliación y las relaciones exteriores de la Unión Europea). De las seis orientaciones, destacan las relacionadas con la calidad en el empleo, la anticipación a los cambios del entorno laboral y el equilibrio entre flexibilidad y seguridad, ya que sobre ellas se cimentará la primera estrategia comunitaria. La Agenda también contribuyó a la consolidación y modernización del modelo social europeo, vinculando el rendimiento económico con el progreso social, y

²²⁰ NAVARRO NIETO, F.. «Las políticas y normas en materia de seguridad y salud en la UE», *Curso sobre Derecho Social Comunitario*, Universidad de Córdoba, curso 2010-2011, <http://bit.ly/15Olh5c>. Última consulta el 11 de diciembre de 2012.

²²¹ Aprobada en el Consejo Europeo de Niza, celebrado durante los días 7 a 10 de diciembre de 2000, DOCE núm. 157 de 30 de mayo de 2001.

más concretamente, considerando la seguridad y salud como un componente esencial de la calidad en el trabajo²²².

Unido a lo anterior, en 2002 la Comisión Europea definió una estrategia comunitaria para el período 2002-2006²²³. Dicha estrategia se basaba en un enfoque global del bienestar en el trabajo que tuviera en cuenta la evolución del mundo laboral y la aparición de nuevos riesgos, en particular psicosociales. Durante el período cubierto por la estrategia comunitaria 2002-2006, se observó una disminución importante del número de accidentes de trabajo y mejoraron las políticas de prevención a escala nacional. Asimismo, esta estrategia sensibilizó a la opinión pública sobre la importancia de la salud y la seguridad en el entorno laboral, como partes integrantes de la gestión de la calidad y elementos decisivos del rendimiento y la competitividad económicos. A esta estrategia le ha sucedido la que abarca el período 2007-2012.

La estrategia se sitúa en el marco de la estrategia de Lisboa en la que los Estados miembros de la UE han reconocido que la garantía de calidad y de productividad en el trabajo contribuye a promover el crecimiento económico y el empleo²²⁴.

Su principal objetivo es la reducción de los accidentes laborales y de las enfermedades profesionales. Se considera como objetivo global durante ese período la reducción en un 25% la incidencia de los accidentes de trabajo. Lo novedoso en esta ocasión radica en que, más allá de proclamar la genérica aspiración a una minoración de la siniestralidad, se fija un objetivo cuantificado en el propio documento definidor de la estrategia. Y,

²²² CRISTÓBAL RONCERO, R.: «La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2004), núm. 53, p.23-24.

²²³ «Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)», COM (2002) 118 final, de 11 de marzo de 2002

²²⁴ PASCUAL LIZANA, C.: «La Estrategia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extraordinario dedicado a la Presidencia Española del Consejo de la UE, p. 171.

además, se da el paso de lo novedoso a lo llamativo, al hacerlo en términos verdaderamente ambiciosos²²⁵.

Para lograr lo anterior, se establecen una serie de objetivos principales, que se concretan en acciones a desarrollar por la Comisión, los Estados miembros, la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo y el Comité Consultivo. Se proponen, entre otras, las siguientes medidas y prioridades:

- 1) Garantizar la correcta aplicación de la legislación de la UE, pero sin proponer nuevas normas jurídicas. Para ello la Comisión se asegurará de que las Directivas se transponen y aplican de forma efectiva por los Estados miembros.
- 2) Apoyar a las PYMES en la aplicación de la legislación vigente. Justamente, para garantizar la puesta en marcha de la nueva estrategia, la Agencia Europea se ha planteado como una de sus prioridades en su programa de trabajo del 2007, la atención a pymes (en particular, micro-empresas), que emplean a la mayoría de los trabajadores de la UE y tienen la tasa de incidencia de accidentes más elevada (sobre todo en sectores como la agricultura, la construcción y los transportes) y a menudo tienen menos acceso a información y asesoramiento. A este respecto, la Nueva Estrategia Comunitaria le asigna a la Agencia la tarea de centrar más sus acciones de sensibilización, promoción, difusión de buenas prácticas en los sectores de alto riesgo y en las pymes.

²²⁵ BERNARDO JIMENEZ, I.: «La salud y seguridad en el trabajo y la estrategia europea para el crecimiento y el empleo. La estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)», *Revista Alcor*, núm. 111, 2008, MGO Grupo mgo, <http://www.mgo-e.com/Descargas/alcor11.pdf>.

- 3) Adaptar el marco jurídico a la evolución del mundo del trabajo y simplificarlo. En esta dirección se enmarca el objetivo de prosecución de los trabajos de codificación de las directivas sobre salud y seguridad, examinando las posibilidades de simplificar la legislación para reducir la carga administrativa superflua, sin reducir los niveles de protección existente.
- 4) Fomentar el desarrollo y la puesta en práctica de las estrategias nacionales, estrategias que deberán prestar atención a diversos ámbitos, entre ellos el de hacer frente a los cambios sociales y demográficos. En este punto, la estrategia pide a la Agencia Europea que, a través de su Observatorio de riesgos, elabore un análisis de los retos específicos que plantea, en materia de salud y seguridad, una mayor integración de las mujeres, de los trabajadores migrantes y de los trabajadores más jóvenes, pero también de los de más edad, en el mercado laboral. Dicho análisis facilitará la identificación y el seguimiento de las tendencias y de los nuevos riesgos, y de las medidas indispensables.
- 5) Finalmente, bajo la rúbrica «promover los cambios de comportamiento», el apartado 6º de la Comunicación de la Comisión aborda algunas medidas destinadas a promover una cultura general de la prevención, a fin de concienciar a toda la sociedad -más allá del estricto ámbito laboral- sobre la importancia de la prevención sanitaria y de la prevención de riesgos. Destaca, entre ellas, la que exige especial atención a la formación de los trabajadores en lo que respecta a los riesgos en la empresa, señalando la particular importancia que ello tiene en los trabajadores inmigrantes.

A modo de conclusión, la Estrategia Comunitaria plantea que, tanto por razones económicas como humanas, la salud y la seguridad en el trabajo merecen ocupar un lugar destacado en la agenda política comunitaria. El compromiso central de la estrategia de Lisboa de incrementar el empleo de la productividad para una mayor competitividad exige que las partes interesadas realicen mayores esfuerzos para mejorar los resultados en materia de salud y seguridad en el trabajo en la Unión Europea.

Se prosigue que el papel de la salud y la seguridad en el trabajo es fundamental para incrementar la competitividad y la productividad de las empresas y contribuir a la viabilidad de los sistemas de protección social, ya que se traduce en una reducción del coste de los accidentes, de los incidentes y de las enfermedades, y en una mayor motivación de los trabajadores. La carga que representan los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales para los sistemas de protección social públicos y privados es enorme, y exige una respuesta integrada, coordinada y estratégica, así como una colaboración entre las principales partes interesadas dentro de la Unión Europea en lo que respecta a la elaboración de las políticas comunitarias y nacionales.

La Resolución del Parlamento Europeo de 15 de diciembre de 2011, sobre la revisión intermedia de la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), vuelve a insistir sobre la vulnerabilidad de los trabajadores inmigrantes y su inclusión en las categoría de trabajadores especialmente expuestos al riesgo, subrayando que deben preverse incentivos que permitan una aplicación más efectiva de las normas en materia de salud y seguridad en el trabajo, y considera que antes de contratar a estos trabajadores se les debe ofrecer, cuando proceda, una formación preliminar especial.

2.2.2. Legislación nacional.

El eje normativo del Derecho de la seguridad y salud en el trabajo en nuestro ordenamiento jurídico lo constituye la LPRL. Su elaboración y posterior promulgación supuso un punto de inflexión y un avance en esta parte fundamental del Derecho del Trabajo.

Es una ley que tuvo un largo proceso legislativo. Su promulgación estuvo precedida, en sus estadios de elaboración pre-legislativa, de azarosa redacción y discusión entre los agentes sociales, sindicatos y organizaciones empresariales, y la propia Administración, que se tradujo en el manejo de hasta cinco sucesivos borradores de Anteproyecto de

Ley, con dos dictámenes del Consejo de Estado, a lo largo de varios años²²⁶. El primer borrador de la ley aparece en diciembre de 1987, en 1992 hubo un texto pactado con los sindicatos al que se opuso tanto la patronal como diversos departamentos ministeriales. En 1994 se planteó un nuevo texto que no pudo ser consensuado con patronal y sindicatos y que se aprobó en Consejo de Ministros en diciembre de 1994, texto que tras el trámite parlamentario es publicado el 10 de noviembre de 1995.

La elaboración de la ley obedeció, como reconoce explícitamente la exposición de motivos, al cumplimiento del mandato constitucional del artículo 40.2 de la CE que encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar por la seguridad e higiene en el trabajo. También a la necesidad de armonización de la política de la mejora del medio de trabajo con la de la UE. Y al propósito de adoptar una visión unitaria de la prevención de riesgos laborales, materia que se encontraba muy dispersa en normas de diverso rango y orientación; gran parte de ellas anteriores a la propia Constitución. Procediendo a actualizar la regulación de situaciones ya desfasadas y la regulación de situaciones nuevas no contempladas con anterioridad.

El mandato constitucional conlleva, como recuerda la propia exposición de motivos de la LPRL, la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo, cuyo marco jurídico general en el que habrán de desarrollarse las distintas acciones preventivas, aparece configurado y definido precisamente en la LPRL.

A través de la LPRL se transpone, singularmente, la DM. Era un compromiso ya incumplido por el Estado español, por cuanto su adaptación debería haberse producido a más tardar, el 31 de diciembre de 1992, en términos de la propia Directiva (Disposición

²²⁶ FERNANDEZ MARCOS, L.: «El contenido de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, 1995, Ref. XLVIII, pág. 817, Tomo 3, Editorial LA LEY.

final). Finalmente, la incorporación se produce tres años después de haber expirado el plazo previsto para ello en la norma comunitaria, al tiempo que se incorporan disposiciones de otras Directivas cuya materia exigía o aconsejaba la transposición en una norma de rango legal, como son las Directivas 92/85/CEE²²⁷, 94/33/CEE, y 91/383/CEE, relativas a la protección de la maternidad y de los jóvenes y al tratamiento de las relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.

Un objetivo de la ley, sin duda cumplido, es el avance que supuso respecto de la dispersa normativa anterior sobre todo en lo que se refiere al reconocimiento con sentido unitario del conjunto de obligaciones y derechos en materia de prevención, determinando un cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo. La LPRL vino a ser, al tiempo, culminación y punto de partida: corona el edificio jurídico de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, poniendo orden y criterio unitario en la dispersa y heterogénea legislación de esta naturaleza; y es soporte y punto de arranque de una intensa y extensa actividad legislativa reglamentaria, que, bajo su cobertura, ha de desarrollar y concretar los aspectos técnicos de la prevención, que, por razones obvias, no se contemplan en la Ley²²⁸.

2.2.2.1. Concreción de la normativa de prevención de riesgos

La propia LPRL define la normativa sobre prevención de riesgos laborales como la que integra la misma Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de

²²⁷ Aunque, la efectiva incorporación de esta Directiva se ha realizado con la publicación del RD 298/2009, de 6 de marzo, de mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia

²²⁸FERNANDEZ MARCOS, L.: «El contenido de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales...» *op.cit.*, p. 817.

medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito (art.1).

Definición que va más allá de una delimitación normativa en tanto producirá efectos en temas tan importantes como la configuración de los deberes regulados en la misma normativa y en la definición de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de tales deberes²²⁹.

En cuanto a las normas legales en el ámbito laboral, el artículo 6 LPRL relaciona las materias que habrán de ser objeto de desarrollo reglamentario, apareciendo así la ley como el centro o eje sobre el que se van insertando una serie de normas reglamentarias²³⁰. Una enumeración legal que no es excluyente de otros posibles desarrollos reglamentarios, pero que ya tiene de por sí la virtud de otorgar al reglamento un papel destacado, dado que todos los aspectos de la organización de la seguridad laboral se contemplan como susceptibles de normación reglamentaria, además de servir a modo de programa normativo²³¹. Como consecuencia de esta previsión, el marco normativo cuenta con un amplio conjunto de Reglamentos de seguridad y salud laboral que, en su mayor parte, son normas que suponen la transposición de Directivas de la UE sobre seguridad y salud en el trabajo, y que deben ajustarse a los principios de política preventiva de la propia ley y, lo que resulta especialmente operativo, serán objeto de evaluación y, en su caso, revisión periódica, de acuerdo con la experiencia en su aplicación y el progreso de la técnica.

Además de las normas reglamentarias derivadas de la LPRL, otras normas preventivas se incluyen en esta esfera normativa por estar vigentes de forma expresa, según la disposición derogatoria de la LPRL, como es el ya antiguo (obsoleto) Decreto de 26 de julio de 1957 en lo relativo al trabajo de menores que no ha sido sustituido por norma

²²⁹ GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: «Las técnicas de regulación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y sus efectos en la aplicación del deber de prevención», *Relaciones Laborales*, núm. 12, Quincena del 16 al 30 Junio 2000, p.727, Tomo 1..

²³⁰ *Idem*, p. 728.

²³¹ THIBAUT-ARANDA, J.: «art.1 LPRL», en PEREZ DE LOS COBOS, F. (Director), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales, comentada y con jurisprudencia*, LA LEY (2008), p. 56.

más actual en previsión de lo dispuesto en el art. 28 LPRL. Este Decreto, publicado hace más de 50 años, que tenía por objeto revisar nuestra legislación positiva en ese momento, procurando adaptarla a las nuevas necesidades, teniendo en cuenta para ello los progresos de la técnica, hoy está absolutamente desfasado ya que determinados procesos productivos han desaparecido, y la nueva industria ha generado, a su vez, nuevos factores de riesgo que demandan un adecuado tratamiento²³².

Junto a estas disposiciones de desarrollo hay otras normas en el ordenamiento laboral, bien estrictamente laboral o de seguridad social, que contienen medidas preventivas de riesgos laborales o son susceptibles de producirlas²³³.

Un ejemplo de ello es la regulación contenida en el ET relativa a la ordenación sobre el tiempo de trabajo que tiene una repercusión evidente en las condiciones de seguridad en su prestación y en la salud de los trabajadores. Igualmente ocurre en la Ley reguladora de Empresas de Trabajo Temporal, norma que contiene obligaciones y determinaciones para las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias en prevención de riesgos laborales.

Por lo que hace referencia a la normativa de Seguridad Social, la interconexión es aún más manifiesta y sus muestras más abundantes, sobre todo si se tiene en cuenta que, históricamente, las medidas preventivas nacieron ligadas a la eliminación de los accidentes de trabajo. En la regulación vigente, la sección 2ª del Capítulo X del Título II de la LGSS lleva por rúbrica «Disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo en Régimen General» y contiene tres preceptos destinados a regular los efectos de los incumplimientos por parte de las empresas de determinadas obligaciones para proteger

²³² RUANO ALBERTOS, S.: *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, p.249. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid (2001).

²³³ CASAS BAAMONDE M.E. en «Derecho Público y Salud Laboral: el régimen jurídico sancionador» en AA.VV., CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., VALDÉS DAL-RÉ, F., *Seguridad y Salud en el Trabajo: El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, LA LEY-ACTUALIDAD, 1997, p. 129 y ss.

la seguridad y salud de sus trabajadores en lo que es la responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ²³⁴.

Sin perfecto encaje en la normativa preventiva, pero íntimamente unida a ella debo mencionar la ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción, ley 32/2006, de 18 de octubre²³⁵. El objeto de la ley, según el artículo 1, es regular la subcontratación en el sector de la construcción y mejorar las condiciones de trabajo del sector, en general, y *las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores del mismo*, en particular. Si bien esta regulación no incide en el genérico derecho de los trabajadores del sector a una mayor o más eficaz protección de su seguridad y salud laboral, establece unas exigencias para las empresas que participan en procesos de subcontratación y acrediten su calidad y solvencia, impidiendo, a su vez, determinadas prácticas generadoras de riesgo para la seguridad y salud en el trabajo como puede ser el abuso de la subcontratación como forma de organización productiva.

La LPRL ha sido objeto de reformas, la más profunda llegó siete años más tarde de su entrada en vigor, a través de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales²³⁶. Como relata la exposición de motivos, la propia experiencia acumulada en la puesta en práctica del marco normativo, en los más de siete años transcurridos desde la entrada en vigor de la ley, permitió ya constatar la existencia de ciertos problemas que dificultaban su aplicación, así como determinadas insuficiencias en su contenido. Ello quedó evidenciado por la deficiente incorporación del nuevo modelo de prevención y una falta de integración de la prevención en la empresa, alertando sobre un cumplimiento más formal que eficiente de la normativa.

Son objetivos básicos de esta reforma, tal como destaca su exposición de motivos, los cuatro siguientes: combatir de manera activa la siniestralidad laboral, fomentar una auténtica cultura de la prevención de los riesgos en el trabajo, reforzar la necesidad de

²³⁴ *Idem.*, p. 156.

²³⁵ BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006.

²³⁶ BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 2003.

integrar la prevención de los riesgos laborales en los sistemas de gestión de la empresa, y, por último, mejorar el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, mediante la adecuación de la norma sancionadora a la norma sustantiva y el reforzamiento de la función de vigilancia y control de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Para llevar a cabo estos objetivos, se dota al sistema de prevención de riesgos de tres importantes instrumentos con los que hasta ahora no se contaba, o bien, para no incurrir en inexactitud, formalmente existían pero la reforma pasa a atribuirles un alcance y dimensión diferentes, como ocurre, especialmente, con el denominado Plan de prevención²³⁷. Estos instrumentos son: la integración de la prevención en la empresa, la presencia de recursos preventivos y la coordinación de actividades empresariales, siendo esta última desarrollada en el año 2004 a través del reglamento de coordinación de actividades empresariales, RD 171/2004, de 30 de enero.

Al intento de reforzar la función de vigilancia y control en el ámbito de la prevención de riesgos en el trabajo, se introducen diversas modificaciones en la LPRL y en la LISOS. La más destacable, a la que dedicó un apartado en el siguiente capítulo, es la ampliación de funciones de comprobación de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo a los denominados «técnicos habilitados», que dispondrán a partir de entonces de la capacidad de requerimiento a que se refiere el artículo 43 de la LPRL.

Con posterioridad no ha habido reformas de la ley, sino introducciones de apartados o pequeñas modificaciones en los mismos de cara a los objetivos pretendidos por otras normas, como son la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, popularmente conocida como «Ley Omnibús» o la LO.3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta última con el objetivo de

²³⁷ RAMOS QUINTANA, M.: «El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre», *Relaciones Laborales*, núm. 2, Quincena del 23 Ene. al 8 Feb. 2005, Año XXI, p. 197, Tomo 1, Editorial LA LEY.

detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores, y la primera con el fin de adaptar determinadas exigencias preventivas a las necesidades y dificultades específicas de las pequeñas y medianas empresas.

2.2.2.2. Inclusión (o no) de las normas jurídico-técnicas en el marco normativo preventivo.

Tras la publicación de la ley de prevención surgió la polémica respecto del ámbito al que se extiende la normativa de prevención de riesgos laborales, concretamente si ésta incluye a la tradicionalmente denominada normativa jurídico-técnica.

Normativa que sin tener una previsión específica de aplicación en el ámbito de las relaciones contractuales entre el empresario y sus trabajadores, concretamente como obligación del primero respecto de los segundos, van a tener que aplicarse en el ámbito de las empresas, y esta aplicación va a producir el efecto de tener que adoptarse medidas preventivas con incidencia en el modo de prestación de trabajo en la empresa²³⁸.

Se trata de normas muy numerosas, dictadas fuera del campo laboral, con objetivos muy diversos, y que generalmente se circunscriben en la esfera de ordenación industrial. Ya la derogada Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de marzo de 1971, a lo largo de su articulado, aludía a disposiciones no estrictamente laborales, cuáles eran los Reglamentos técnicos, determinando la exigencia de su cumplimiento²³⁹.

Su ámbito de aplicación es muy amplio y casi nunca se circunscriben al ámbito laboral. Sin embargo, las medidas técnicas de prevención que establecen, no solamente garantizan el normal funcionamiento de la actividad productiva que regulan, sino que

²³⁸ GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.: «Las técnicas de regulación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales ...», *op. cit.*, p. 731.

²³⁹ Por ejemplo, el art. 52 de la Ordenanza referido a instalaciones eléctricas exigía la cumplimentación de lo dispuesto en los entonces Reglamentos electrónicos en vigor.

también redundan, en directo beneficio de la Seguridad y Salud de los trabajadores que prestan sus servicios profesionales en la actividad o instalación²⁴⁰.

Ahora bien, a la hora de delimitar la controversia debo referirme al concepto de normativa sobre prevención de riesgos laborales, locución acuñada legalmente, con un significado jurídico perfectamente determinado²⁴¹. Es la propia LPRL en su artículo 1 la que se ocupa de la definición y lo hace de forma extensiva al incluir dentro de las normas preventivas, no sólo a la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, sino también a cuantas otras normas legales o convencionales contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral, o susceptibles de producirlas en dicho ámbito.

Esta claridad del precepto se enturbia en el propio articulado de la ley, concretamente en el art. 9, el único de toda la ley que utiliza el término normativa jurídico-técnica, referido a las competencias de la ITSS. Al determinar las funciones y facultades de este organismo se le atribuye tanto la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales como la de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de prevención, aunque no tengan la calificación directa de normativa laboral. Pero, el último párrafo del apartado 9.1.a) precisa que se deberá proponer a la autoridad laboral competente la sanción correspondiente cuando se comprobare una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, lo que parece estar excluyendo a la normativa técnica de la esfera sancionadora del orden laboral.

De ello se infiere, por un lado que se encomienda a la ITSS la fiscalización del cumplimiento de las normas jurídico-técnicas, pero por otro no se le atribuye a este

²⁴⁰ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «La aplicación de la normativa técnica no laboral en materia de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, 2001, Ref. XI, p.195, Tomo 1, Editorial LA LEY.

²⁴¹ BERNARDO JIMENEZ, I.: « Actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales», AA.VV., VÁQUEZ GONZÁLEZ, I. (coord.), *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, 1999, p. 161.

órgano la capacidad de iniciar el procedimiento sancionador si llegara a constatar la transgresión de las mismas²⁴².

De manera más categórica se pronuncia CASAS BAAMONDE²⁴³ que expresa que las normas jurídico-técnicas no forman parte de la normativa preventiva, por lo que sus infracciones no se deberían sustanciar de acuerdo con el sistema sancionador de la LPRL²⁴⁴.

Esta interpretación vendría avalada por la vigencia, en el momento de publicarse la ley, del art. 41 de la LISOS 1988, que no fue objeto de derogación por la LPRL. En él se disponía que las infracciones a las normas jurídico técnicas, que incidieran en las condiciones de trabajo, pero que no tuviesen la calificación directa de normativa laboral, reglamentaria o paccionada en materia de seguridad e higiene y salud laborales, serían consideradas como transgresión a esta normativa a los efectos de declaración de los derechos de los trabajadores en materias de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y Seguridad Social.

Ello no dejaba lugar a otra interpretación que la señalada, que el sistema de fuentes de la prevención no integraba las normas jurídico-técnicas, si bien su incumplimiento podía jugar a efectos de otras responsabilidades, como el recargo de prestaciones del artículo 123 de la LGSS. Además, estas normas podían ser objeto de sanciones administrativas por parte de la autoridad administrativa competente, pero no de la autoridad administrativa laboral, debiendo la ITSS poner en conocimiento de la Autoridad

²⁴² *Idem*, p. 163.

²⁴³ CASAS BAHAMONDE M.E. en «Derecho Público y Salud Laboral: el régimen jurídico sancionador» en *Seguridad y Salud en el Trabajo...*, *op.cit.* p.157.

²⁴⁴ La LPRL incorporó en su propio articulado el sistema de responsabilidad ante su incumplimiento, delimitando la totalidad de tipos infractores y las sanciones correspondientes. Con la publicación del texto actual de la LISOS, la gran totalidad de las infracciones y sanciones en el orden social, salvo alguna excepción, volvieron a estar en un texto único.

Laboral de las eventuales infracciones detectadas y debiendo ser comunicadas por ésta a la Administración competentes para su sanción²⁴⁵.

En conclusión, se estimaba que los reglamentos técnicos de seguridad sólo podían invocarse a efectos de iniciar el expediente de responsabilidad empresarial previsto en el artículo 123 LGSS, para promover el recargo en prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad ante un accidente de trabajo o enfermedad profesional pero no para iniciar un expediente sancionador en el ámbito del orden social.

Con posterioridad a la entrada en vigor de la LPRL se promulgó la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ley 42/1997, de 14 de noviembre (LOIT), cuyo art. 3.1.2.1. no ofrece ninguna duda sobre la competencia de la Inspección respecto de la normativa técnica, en tanto atribuye en materia de prevención de riesgos laborales, no sólo la faceta inspectora de vigilancia, sino también la *exigencia del cumplimiento* tanto de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, como las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en dicha materia.

Esto indica que esta normativa, con independencia de la calificación que se le otorgue, puede ser objeto del tradicional cometido de la Inspección de Trabajo, que no es otro, que la exigencia de responsabilidades ante su incumplimiento.

Finalmente, en el año 2000 cuando se produce la refundición de las infracciones y sanciones en el orden social por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto, desaparece el texto del artículo 41 de la LISOS, entendiéndose éste ya totalmente derogado.

Normas publicadas posteriormente siguen manteniendo la ambigüedad respecto del carácter de esta normativa técnica. Como muestra, la Ley 11/2010, de 19 de mayo, de la

²⁴⁵ SALA FRANCO, T., ARNAU NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 203 y 204.

Agencia Catalana de Inspección de Trabajo²⁴⁶, que en su disposición adicional tercera crea el Cuerpo de Subinspectores de Seguridad y Salud de la Generalidad de Cataluña, cuerpo de carácter autonómico integrado en el sistema de Inspección de Trabajo de la CC.AA de Cataluña. Dicha ley, en el apartado segundo de la citada disposición adicional, al relacionar las funciones de los funcionarios de este nuevo cuerpo, separa las funciones de comprobación del cumplimiento de determinadas normas de prevención de riesgos laborales (apartado 2.a), de la de control de la normativa técnica que, sin tener la calificación de normativa laboral, puede influir en la prevención de riesgos laborales (apartado 2.c).

La separación no es afortunada por cuanto el apartado 5, al especificar las medidas a adoptar por los subinspectores, entre ellas la sustancial de proponer a la autoridad laboral la imposición de las sanciones que correspondan a través de un acta de infracción, las encadena a la verificación del incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales y sólo a éstas. La diferenciación indicaría que la exigencia de responsabilidades de esta normativa técnica quedaría fuera de la actuación de los funcionarios de este cuerpo del sistema de inspección de Cataluña.

Para finalizar con este análisis legal, recordar que se mantiene vigente el artículo 26 de la LGSS de 1974, precepto incardinado en la sección «Higiene y Seguridad del Trabajo», donde se contiene que ésta comprenderá también las normas técnicas que tengan por objeto eliminar o reducir los riesgos de los centros o puestos de trabajo.

A mi modo de ver, una interpretación sistemática de los diversos preceptos señalados concluye que la norma jurídico técnica queda totalmente incardinada en la normativa preventiva por el enunciado del artículo 1 de la LPRL, siempre que pueda tener

²⁴⁶ Se ha de hacer la advertencia de que el Decreto 52/2011, de 4 de enero, de estructuración del Departamento de Empresa y Empleo de la Generalidad de Cataluña dispone en su DT 5ª que este departamento impulsará los cambios legislativos correspondientes para suprimir la Agencia Catalana de la Inspección de Trabajo.

incidencia sobre las condiciones de trabajo en materia de seguridad y salud laboral. Además, si la LOIT ordena no sólo la vigilancia de la misma, sino también la exigencia de su cumplimiento, deja de existir el obstáculo jurídico de la LPRL y, por tanto, la contravención a esta normativa se ha de sustanciar a través del procedimiento de imposición de sanciones en el orden social, siendo posible el engarce de su contravención en el concepto de infracción administrativa del artículo 5 LISOS. En consecuencia, la ITSS ha de extender acta de infracción por violación u omisión de los preceptos contenidos en los Reglamentos Técnicos de Seguridad siempre, reitero, que exista conexión con las condiciones de trabajo y en el ámbito de la relación laboral, cuando haya una articulación con la relación jurídica de trabajo.

No es frecuente encontrar pronunciamientos judiciales que hayan tratado el tema, pero si es cierto que existen diversas sentencias que consideran la normativa técnica como cualquier normativa ante cuyo incumplimiento es posible fundamentar la determinación del recargo en prestaciones, lo que en definitiva supone integrar esta normativa en el amplio contenido normativo del derecho a la seguridad y salud en el trabajo²⁴⁷.

2.2.2.3. Estrategia Española de Seguridad en el Trabajo 2007-2012.

Considero conveniente introducir en este apartado, aunque no se trate de normativa en sentido estricto, los actuales programas de seguridad en el trabajo que diseñan, tanto en el ámbito comunitario, como hemos visto, como en el nacional, las estrategias de seguridad y salud para períodos de tiempo determinados. Una Estrategia estatal en materia de prevención de los riesgos laborales es un auténtico programa de trabajo para un periodo de tiempo determinado donde se marcan los objetivos genéricos y

²⁴⁷ Un ejemplo de ello es la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Tarragona, Sentencia de 22 Oct. 2001, proc. 185/2001, que expresa que la existencia de normas jurídico-técnicas que fijan las condiciones técnicas de desarrollo de las medidas de seguridad, de higiene o de ergonomía, hace que resulte que en materia de prevención la tipicidad, sea suficientemente compleja, y que, lógicamente, produzca no pocas confusiones y hasta contradicciones en la aplicación por las Administraciones públicas y en la interpretación por los Tribunales. O, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo social) Sentencia núm. 437/2007 de 2 febrero que entiende existente infracción empresarial de las medidas de seguridad y salud en el trabajo cuando lo omitido sean meras prescripciones jurídico técnicas que incidan sobre las condiciones de trabajo.

específicos a alcanzar y se señalan el conjunto de acciones de todo tipo y naturaleza a desarrollar (no solo las normativas, sino de gestión, ejecución, control del cumplimiento, de sensibilización, promoción y divulgación, formativas, etc.) para la consecución de los mismos, así como los indicadores y evaluaciones del nivel de eficiencia de tales acciones para los objetivos propuestos²⁴⁸.

La estrategia 2007-2012, sucesora de la estrategia 2002-2006, sobre la que pretende consolidar y profundizar en sus objetivos, se enmarca dentro de la estrategia comunitaria de idéntico período temporal, si bien adaptándola a nuestro sistema nacional de prevención de riesgos laborales. El documento aprobado por el Consejo de Ministros, en reunión de 29 de junio de 2007, intenta dar respuesta a la demanda de la sociedad española de que se reduzca la siniestralidad y de que mejore la seguridad y la salud en el trabajo; cumplir un compromiso asumido con las fuerzas políticas, con las CC. AA y con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social; atender la obligación legal de los poderes públicos de desarrollar políticas que protejan la seguridad y la salud de los trabajadores.

Entre las grandes líneas de actuación de la Estrategia se encuentra el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, perfeccionar los mecanismos de participación de los trabajadores y de sus representantes e impulsar la investigación.

Por otro lado, las medidas específicas se dirigen a conseguir un refuerzo de la prevención, de la vigilancia en el cumplimiento de las norma, fortaleciendo la Inspección de Trabajo mediante un incremento presupuestario y dirigiendo su actuación a sectores de alta siniestralidad como el de la construcción. También destaca la lucha contra los accidentes de trabajo y el desarrollo de políticas preventivas específicas para

²⁴⁸ RUBIO RUIZ, A.: «La estrategia española de seguridad y salud en el trabajo: un programa de estado consensuado (2007-2012)», *Revista Alcor*, núm. 111, abril 2008, MGO Grupo mgo, <http://www.mgo-e.com/Descargas/alcor11.pdf>, p. 162.

determinados colectivos entre los que se encuentra los trabajadores objeto del presente estudio, los inmigrantes.

A partir de la Estrategia española, cada CC.AA ha desarrollado una específica para el ámbito territorial propio.

2.2.2.4. El ámbito autonómico.

En el reparto competencial entre el Estado y las CC.AA, el artículo 149.1 de la CE dispone en su apartado 7 que el Estado asume la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas».

La DA 3ª LPRL otorga carácter laboral a la propia ley y a sus normas reglamentarias a los efectos del artículo constitucional señalado.

Por tanto, debería concluirse que la competencia autonómica en materia laboral se limita a la ejecución de la legislación laboral pero sin disponer de capacidad normativa. Como señala MARTÍNEZ GIRON, resulta que aquí el Estado lo absorbe todo, sin dejar ningún tipo de resquicio o margen para que los poderes autonómicos legislen o reglamenten, promulgando normas de carácter sustantivo sobre dicho tema²⁴⁹.

No obstante, como resalta el señalado autor, resulta que alguna de nuestras CC.AA ejercita competencias normativas de prevención de riesgos laborales que constitucionalmente hablando no tiene²⁵⁰.

Como muestra, la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia²⁵¹, ley que en su DA 5ª, bajo la rúbrica «Publicación autonómica de los anexos

²⁴⁹ MARTINEZ GIRON, J.: «Federalismo y distribución de competencias normativas en materia de Prevención de Riesgos Laborales: los modelos Norteamericano, Alemán y Español», *Aranzadi Social* núm. 21/2010 (Estudio), p. 7.

²⁵⁰ *Idem*, p. 7.

²⁵¹ *Diario Oficial de Galicia (DOG) núm. 73 de 13 de abril de 2007.*

de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992», recoge el compromiso de la Xunta de Galicia de que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, se debe aprobar un decreto en el que, después de haber realizado las adaptaciones convenientes para su adecuada comprensión, se integre el contenido de los anexos de la Directiva 92/85/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactación.

Días anteriores, La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres²⁵², también contempló la necesidad de adoptar medidas en este ámbito como parte integrante del derecho de la mujer a la igualdad efectiva en el trabajo. Para ello otorgó un mandato al Gobierno para que reglamentariamente, también en un plazo de seis meses (DA 3ª), integrara el contenido de los anexos de la Directiva 92/85/CEE en el ordenamiento jurídico español.

Esta Directiva 92/85/CEE establece una serie de disposiciones cuyo objetivo era la protección de este colectivo de trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos. La incorporación se efectuó en la propia LPRL, en su artículo 26, creyendo el legislador que contemplaba la práctica totalidad de las disposiciones de la directiva.

Sin embargo, había un punto de la directiva que no había tenido una correspondencia exacta en la Ley, como era el relativo a los dos anexos de la norma comunitaria: tanto el I, que contiene la lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo a los que debe prestarse especial atención en la evaluación de riesgos porque pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas o del feto; como el II, que incluye la lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo respecto a los cuales ni la trabajadora embarazada ni la trabajadora en período de lactancia podrán verse obligadas, en ningún caso, a realizar actividades que, de acuerdo con la evaluación de riesgos, supongan el riesgo de exposición a los mismos, cuando se

²⁵² BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

ponga en peligro su seguridad o su salud. Quizá se encuentre allí la razón de la delegación de la ley autonómica a la Junta de Galicia, la de cubrir los huecos de la legislación preventiva al no haber sido incorporados los listados a nuestro ordenamiento interno por el legislador estatal y la desconfianza en éste en cumplir los plazos señalados en la ley.

Este desarrollo legislativo autonómico no se ha llevado a efecto, seguramente porque la actuación de los poderes públicos autonómicos ha de ser más limitada, por mor de la reserva competencial a favor del Estado establecida en el artículo 149.1.7º CE²⁵³. Sí se ha dado cumplimiento, aunque fuera de los plazos establecidos, el mandato de la ley de igualdad estatal. Estos anexos, finalmente, han sido incorporados por el legislador estatal a través de Real Decreto 298/2009, de 6 marzo²⁵⁴, que modifica el RSP, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

De todo modos, al hilo de la tesis expuesta en el apartado de normativa jurídico-técnica, concluyo que si el artículo 1 LPRL otorga la condición de normas de prevención a todas aquellas que puedan tener repercusión en las condiciones de trabajo y la salud de los trabajadores, bien sean seguridad industrial, medio ambiente, transporte, etc., ámbitos en los que la competencia reside en las CC.AA, la paradoja real es que la legislación autonómica está incidiendo de forma importante y abundante en el marco normativo estudiado.

Además, algunas normas preventivas derivadas del desarrollo reglamentario de la LPRL resultan de difícil aplicación sino se completa su contenido con la normativa autonómica. Basta exponer el apartado 13 del anexo I del RD 486/1997, de 14 de abril,

²⁵³ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: «Legislación autonómica sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: medidas de promoción de la igualdad en las empresas y en la negociación colectiva», AA.VV., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Tiranch lo Blannch, 2011, p.392.

²⁵⁴ BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2009.

sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en lugares de trabajo, relativo a personal discapacitado, donde sólo indica de forma muy general que los lugares de trabajo y, en particular, las puertas, vías de circulación, escaleras, servicios higiénicos y puestos de trabajo utilizados u ocupados por trabajadores minusválidos deberán estar acondicionados para que dichos trabajadores puedan utilizarlos. Pues bien, ese acondicionamiento viene dado por la existencia de una vasta legislación de las CC.AA sobre promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, en las que se dan prescripciones no sólo sobre barreras arquitectónicas urbanísticas, sino también en edificios.

Junto a ellas hay normas independientes, de carácter industrial, cuyo objetivo, preconizan, es el de la seguridad de los trabajadores. Un ejemplo: la Resolución TRI/301/2006, de 3 de febrero, del entonces denominado Departamento de Trabajo e Industria de la Generalidad de Cataluña por la que se establecen los requisitos de señalización y protección de las redes soterradas de distribución eléctrica de media y alta tensión, en el ámbito territorial de Cataluña, indica de forma expresa que el objetivo perseguido con esta regulación es *incrementar la seguridad del personal* que ejecuta obras que implican la apertura de zanjas en vía pública que puedan afectar las redes de distribución eléctrica soterrada de media y alta tensión.

En el mismo sentido la orden TIC/341/2003 de 22 de julio del mismo Departamento por la cual se aprueba el procedimiento de control aplicable a las obras que afecten a la red de distribución eléctrica enterrada. Esta orden pretende incrementar la seguridad del personal, según manifiesta directamente, que ejecuta los trabajos en las redes de distribución eléctrica, de tal manera que se pueda contribuir a reducir las incidencias laborales que se producen en este campo de actuación.

Por tanto, son normas que, además del objetivo reconocido de protección a los trabajadores, recogen prescripciones que constituyen verdaderas medidas preventivas para la eliminación o control de riesgos laborales. Cuestión que no es de extrañar si parto de que a los efectos de la protección de los trabajadores las medidas a adoptar por

el empresario carecen en principio de un límite predeterminado, pues éstas habrán de ser las adecuadas (art. 15 LPRL), esto es, las necesarias, lo que a la hora de la determinación o concreción de su contenido, es decir, de la fijación de las medidas que han de entenderse en cada caso como indispensables o necesarias, se ha de acudir a las disposiciones puramente técnicas recogidas en el amplio catálogo normativo del legislador autonómico.

Otro tipo de normas, perfectamente enmarcadas en las competencias propias de las CC.AA, son todas aquéllas dirigidas a la promoción de la seguridad y salud en el trabajo y la reducción de la siniestralidad laboral, aunque no incidan directamente en el contenido material de la LPRL²⁵⁵.

De esta forma, aunque por vía indirecta, las CC. AA legislan en aspectos muy significativos de la normativa de prevención de riesgos laborales.

2.2.2.5. Ámbito convencional.

Dentro del sistema de fuentes de la normativa de prevención de riesgos laborales incluyo, como no puede ser de otra manera, la normativa convencional. La relación entre ley y convenio colectivo en esta materia se mantiene en sus más clásicos términos, reduciéndose generalmente la capacidad ordenadora del convenio a la mejora de las previsiones legalmente establecidas como mínimos indisponibles (art.2.2. LPRL). Elemento coherente con la naturaleza iuspublicista de este sector del ordenamiento, llamado a una mayor intervención pública que, inevitablemente, reduce el papel ordenador de la autonomía colectiva²⁵⁶. Es uno de los clásicos sectores del ordenamiento laboral en que la relación entre ley y convenio colectivo es claramente de

²⁵⁵ Una de las más recientes es la ley 10/2010, de 21 de octubre, de Promoción de la Seguridad y Salud en el Trabajo en Castilla-La Mancha (BOE 12 Febrero 2011).

²⁵⁶ TUDELA CAMBRONERO, G., y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La Seguridad y la Salud Laboral en la Negociación Colectiva*, Colección Informes y Estudios, serie Relaciones laborales. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid 2009, p. 42.

suplementariedad, aunque ello no equivale a restar importancia a los contenidos preventivos que establece la normativa convencional.

Un amplio estudio publicado en 2012 sobre la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva²⁵⁷ permite destacar que sería esperable un mayor interés en la negociación colectiva nacional y provincial en orden a mejorar las medidas de prevención tipificadas legalmente. No son muchos los convenios que regulan esta materia y la mayoría se limita bien a la remisión a la norma legal o bien a su mera reproducción. La labor de concreción de muchas de las obligaciones genéricas que se imponen al empresario por la norma legal es obviada por muchos convenios colectivos que se limitan a transcribir de manera literal lo dispuesto en los preceptos de la LPRL, o a remitir de forma genérica a todas las obligaciones impuestas legalmente. Y son ciertamente escasos los convenios que se preocupan de adaptar y de adecuar las normas de carácter general a las particularidades del sector²⁵⁸.

Si bien, desde un punto de vista estrictamente cuantitativo, la práctica convencional muestra un indiscutible enriquecimiento de los contenidos preventivos contemplados y regulados, de suerte que hoy puede afirmarse, sin ambages, que una clara mayoría de convenios colectivos a nivel sectorial y empresarial incorporan artículos y, con frecuencia, títulos o capítulos, en ocasiones extensos, sobre esta materia²⁵⁹.

Por lo que respecta a los contenidos concretos que la negociación colectiva incorpora, en materia de prevención de riesgos laborales destacan las declaraciones generales sobre el objetivo de protección eficaz de la seguridad y salud laboral, sobre la necesidad de establecer y planificar la acción preventiva en los centros de trabajo y empresas y sobre algunos derechos y deberes que concretan aquel objetivo propuesto, muchas de las

²⁵⁷ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., PÉREZ CAMPOS, A.I., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva: un estudio comparado de los años 2000-2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2012, p.288.

²⁵⁸ *Idem*, p. 288

²⁵⁹ TUDELA CAMBRONERO, G., y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La Seguridad y la Salud Laboral en la Negociación ...*, *op. cit.*, p. 585.

cuales constituyen referencia convencional constante o muy recurrente. Sólo ocasionalmente se encuentran regulaciones de verdadero alcance al respecto y, casi siempre, sobre aspectos parciales que permiten cuestionar la incorporación de la lógica prevencionista a cualquier actividad realizada o decisión adoptada con influencia sobre las condiciones de trabajo y los riesgos laborales a que se expone el trabajador²⁶⁰.

Excepción de lo anterior, la constituiría el IV Convenio General del Sector de la Construcción (y el V, posterior que también lo incluye, aunque el pionero fue el anterior), que dedica todo un libro a aspectos relativos a seguridad y salud en el trabajo en el sector de la construcción. Su regulación es diversa, abarca desde órganos representativos paritarios hasta un amplio contenido formativo por ocupaciones y cualificaciones, sin olvidar toda una sección a aspectos materiales concretos de seguridad y salud que no siempre reproducen los regulados en la normativa reglamentaria específica de aplicación (RD 1627/1997, de 24 de octubre).

Al margen del convenio anterior, aún queda un largo recorrido para colmar la potencial capacidad de la autonomía colectiva²⁶¹, pudiendo afirmarse que la prevención de riesgos laborales sigue siendo una asignatura pendiente²⁶².

2.2.2.6. La normativa preventiva y el trabajador extranjero.

A pesar del título, valga la verdad, en este marco jurídico al que hago referencia no hay norma ni precepto que haga alusión a la condición de extranjero del trabajador.

Tampoco la normativa de extranjería explicita específicamente un derecho del extranjero a la seguridad y salud en el trabajo. Ello no ha de plantear ningún problema, se ha de ser consciente que una vez que se salva el condicionante de la autorización de

²⁶⁰ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., PÉREZ CAMPOS, A.I., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *la prevención de riesgos laborales en la negociación...*, op. cit., p. 289.

²⁶¹ TUDELA CAMBRONERO, G., y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La Seguridad y la Salud Laboral en la Negociación ...*, op. cit., p. 584

²⁶² MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., PÉREZ CAMPOS, A.I., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *la prevención de riesgos laborales en la negociación...*, op. cit., p.290.

trabajo y residencia, el derecho ha de ser reconocido en la totalidad de condiciones que el resto de trabajadores.

Sin embargo, en la realización del derecho, no puedo afirmar que haya una equiparación absoluta, por muy diferentes motivos, pero entre muchas otras circunstancias por cuanto la proporción de inmigrantes ha sido, y sigue siéndolo, excesiva en sectores de empleo de riesgo²⁶³.

Tampoco las políticas de prevención y protección de la seguridad y salud en el trabajo han tenido como objetivo preferente este colectivo. Como se reconoce en la ESSST 2007-2012, el desarrollo de una cultura preventiva en la sociedad y en las empresas requiere una acción constante de su promoción en el marco de las políticas públicas. Por ello, la Administración General del Estado y la de las CC. AA deben contemplar de manera permanente en sus planes anuales de actuación, el desarrollo de campañas de concienciación y sensibilización para la reducción de la siniestralidad laboral y la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo.

Además, estas campañas de concienciación y sensibilización han de ser tanto de carácter general como más selectivas, en función de las diferentes realidades sectoriales, productivas, poblacionales y territoriales, entre las que deben incluirse, reconoce la estrategia, grupos de riesgo como el de los trabajadores inmigrantes.

Las diferentes CC.AA, que son las administraciones con competencia en esta materia, conscientes de que el trabajador inmigrante es un colectivo con una mayor propensión a la siniestralidad laboral, elaboran programas informativos, comunicaciones, o publican folletos divulgativos en diferentes lenguas dirigidos a la población trabajadora inmigrante para promocionar entre los mismos la denominada «cultura preventiva»²⁶⁴.

²⁶³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo COM (2003) 336 final, p. 21.

²⁶⁴ Un ejemplo de ello la CC.AA. de Andalucía, que ha realizado alguna actuación en este colectivo como el denominado «Programa de Promoción de la Cultura Preventiva entre la Población Inmigrante en

Pero en general, ninguna de ellas establece políticas dirigidas a las empresas, organismos y agentes que intervienen en la seguridad y salud en el trabajo cuyo objeto sea determinar instrumentos y mecanismos que permitan conocer e identificar los riesgos más allá del entorno de trabajo, observando las condiciones particulares de quién desarrolla las tareas de dicho puesto.

Son típicas las campañas de control y actuación de la ITSS en siniestralidad laboral de los trabajadores extranjeros. Estas campañas se programan habitualmente por las CC.AA por cuanto consideran a los trabajadores de nacionalidad extranjera un grupo con mayor tendencia a la siniestralidad, si bien no prevén objetivos o resultados concretos (más allá de los derivados de la respuesta inspectora sancionadora). Es decir, se ordena la investigación de los accidentes seleccionados siguiendo los parámetros habituales de investigación inspectora del accidente (entorno de trabajo, equipo o máquina utilizado, condiciones ambientales, etc.), pero en nada se atiende a las circunstancias o características personales del accidentado, lo que permitiría, de hacerse así, poder aflorar las problemáticas y necesidades preventivas del colectivo para, finalmente, elaborar propuestas concretas de actuación.

Como novedad surgió en el año 2011 (con continuidad en el año 2012)²⁶⁵ la inclusión de una expresa campaña inspectora de actuación, dirigida a trabajadores extranjeros cuya situación en España esté regularizada. La campaña tiene su origen en el 2º Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014 (PECI), aprobado por el Gobierno, en el que, entre otras acciones o medidas, se establecía el mandato a la ITSS de llevar a cabo actuaciones para controlar y perseguir todas aquellas situaciones en las empresas

Andalucía». Se trata de un programa en el que a través de un autobús de grandes dimensiones se desplaza por diferentes localidades para realizar cursos de formación e información a inmigrantes. Sus objetivos específicos son: crear una cultura preventiva, dotar a los trabajadores extranjeros de hábitos de trabajo saludable y seguro y fomentar el conocimiento en materia de seguridad y salud en el trabajo., generar hábitos de conducta seguros que hagan más responsables a los trabajadores extranjeros y interiorizar valores de seguridad y prevención de forma que puedan extrapolarlos a su vida cotidiana. Más información en JUNTA DE ANDALUCÍA, Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, <http://bit.ly/U277pX> (última consulta 5 de abril de 2013).

²⁶⁵ En 2013 esta campaña no aparece programada de modo específico en el Plan Integrado de Actuación de la ITSS para 2013, si bien algunas CC.AA contemplan planes de este tipo (Andalucía).

que puedan ser constitutivas de discriminaciones de carácter racial o xenófobo²⁶⁶. Dado que los indicios de situaciones discriminatorias entre los trabajadores españoles y los trabajadores inmigrantes se pueden encontrar en la gran mayoría de los ámbitos de actuación de la ITSS, se decidió que las actuaciones inspectoras tuvieran un carácter integral, que englobase la totalidad de condiciones de trabajo. Las actuaciones se han realizado en 33 provincias españolas y el número es de 349 actuaciones inspectoras. Como consecuencia de ellas se han efectuado 88 requerimientos, y se han practicado un total de 28 actas de infracción por discriminación, 6 de ellas en materia de prevención de riesgos laborales (21,4% sobre el total).

Al margen de esta campaña específica, pero global en su objeto, y de las propias planificaciones de accidentalidad de las CC.AA, sería necesario la programación de actuaciones preventivas particulares o, al menos, incluir en las campañas más genéricas de programación ordinaria aspectos con un cariz más investigador y evaluador que interrelacionen todas las circunstancias de siniestralidad-trabajador extranjero con las organizaciones, instrumentos y agentes que operan en el campo de la prevención²⁶⁷. Ello permitirá extraer conclusiones más definidas que sustenten posteriores actuaciones preventivas.

Concluyendo, el bloque normativo compacto que constituye el Derecho a la Seguridad y Salud no hace referencia ni distinción a la característica de la nacionalidad del trabajador. El hecho conocido de que en el trabajador extranjero concurren, en un momento temporal determinado coincidente con su entrada e inserción en el mercado laboral, unas circunstancias específicas que lo hacen especialmente vulnerable en cuanto a la exposición a riesgos es totalmente ajeno a este sistema normativo. No así, en cambio, con otros colectivos también especialmente vulnerables a los que su

²⁶⁶ La LOEX, en su redacción originaria (art. 67.3 LOEX), que se mantiene, ya contemplaba un mandato al Gobierno para que elaborase planes, programas y directrices sobre la actuación de la Inspección de Trabajo, destinado especialmente a comprobar el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores extranjeros, si bien esta programación ha tenido que esperar 11 años.

²⁶⁷ Como sugerencia, en las campañas de inspección de control de actuación de los servicios de prevención ajenos se podrían incluir presupuestos valorativos consistentes en examinar el modo y medio de desarrollar la actividad preventiva respecto de los trabajadores extranjeros que, por ejemplo, desconocen absolutamente las lenguas oficiales del lugar donde trabajan.

consideración en la normativa se traduce en unas obligaciones concretas que dotan de mayor protección al trabajador en este derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Es el caso de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25 LPRL); protección de la mujer embarazada y tras el parto (art. 26 LPRL); protección del menor (art. 27 LPRL) y trabajadores temporales, con relación laboral de duración determinada o vinculados laboralmente a una ETT (art. 28 LPRL).

Si el trabajador extranjero se halla en cualquiera de las situaciones mencionadas que dan lugar a una mayor protección o atención - como será habitualmente la condición de trabajador temporal- le resultará de aplicación lo prescrito en el precepto de forma general pero atendiendo a una de las solas características (la concerniente al tipo de relación laboral), no a la totalidad de factores que concurren en su especial situación, a saber y reiterando, el desconocimiento del idioma, de los procedimientos de trabajo, distinta cualificación o capacitación profesional, usos y costumbre diferentes, desigual percepción del riesgo, etc.

Por eso, la solución sobre la que trabajo a lo largo del presente capítulo es la de considerar al trabajador extranjero, en que concurren estas circunstancias o factores temporales, como un trabajador *especialmente sensible* a los riesgos derivados del trabajo, lo que permite atender a todas las circunstancias descritas y, además, de forma integral.

3. LA INTEGRACIÓN DEL TRABAJADOR EXTRANJERO EN LA ORGANIZACIÓN PREVENTIVA DE LA EMPRESA.

3.1. Consideraciones preliminares.

Un instrumento fundamental de la acción preventiva en la empresa, como expone el preámbulo de la LPRL, es la obligación regulada en el capítulo IV de estructurar dicha acción a través de la actuación de uno o varios trabajadores de la empresa específicamente designados para ello, o bien la constitución de un servicio de prevención o el recurso a un servicio de prevención ajeno a la empresa. De esta manera

la Ley pretende combinar la necesidad de una actuación ordenada y formalizada de las actividades de prevención con el reconocimiento de la diversidad de situaciones en cuanto a magnitud, complejidad e intensidad de los riesgos inherentes a las actividades, otorgando un conjunto suficiente de posibilidades, incluida la asunción directa por parte del empresario de la actividad preventiva para organizar de manera racional y flexible el desarrollo de esta acción.

En la fecha de publicación de la LPRL, se consideró una obligación empresarial de nueva implantación, cuyo origen en la DM pretendía establecer para cada empresario, un sistema o estructura técnica, profesionalmente dotada y capacitada, para la prevención de los riesgos laborales, que genéricamente han sido denominados como «servicios de prevención»²⁶⁸.

Ya desde el inicio de su inserción normativa, la implantación práctica de la organización preventiva de la empresa y el sistema preventivo que de ella se deriva planteó diversas cuestiones, todas ellas problemáticas. Por ello, es uno de los aspectos que siempre se ha visto afectado por todas las reformas que ha habido en el marco normativo que instauró la LPRL, aunque, también es cierto, nunca ha alterado los pilares organizativos sobre los que se asentó la organización de la prevención en la empresa en el texto originario²⁶⁹.

Las motivaciones de cada cambio legislativo han sido diferentes. En la reforma del año 2003 imperaba la pretensión de conseguir una mayor implicación de las empresas en la prevención de riesgos en el trabajo, llevar un poco más lejos la idea misma de la «integración» de la prevención, insertándola en la propia estructura interna

²⁶⁸ APARICIO TOVAR, J.: «La Ley de Prevención de Riesgos laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 3 (1995), p.10.

²⁶⁹ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios: Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones recientes (RD 337/2010 y RD 404/2010)», *Documentación laboral*, núm. 88, 2010, p.93.

empresarial²⁷⁰. Se pretendía acabar con la falta de cumplimiento de la normativa, su ineficiencia y el acatamiento meramente formal o burocrático de sus mandatos²⁷¹.

En el año 2009²⁷², además del anuncio de un desarrollo reglamentario que se realizó en el año 2010 y que ha implicado una modificación profunda de los servicios de prevención ajenos, se centró el objetivo de la reforma en facilitar el cumplimiento de la normativa preventiva a las empresas, particularmente a las pequeñas y medianas.

No es objeto de este capítulo el análisis pormenorizado de las diversas modalidades de organización preventiva y del sistema preventivo empresarial en general, sino como estas modalidades, sus acciones y sus instrumentos permiten o deberían permitir garantizar el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores inmigrantes.

Ello implica delinear aunque sea de manera esquemática las distintas modalidades de organización de la prevención en la empresa previstas en la LPRL y desarrolladas en el RSP.

3.2. Las diferentes modalidades de organización preventiva.

El art. 14 LPRL, en su apartado segundo, atribuye al empresario, en el marco de sus responsabilidades, el deber de realizar la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de las medidas necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a través, entre otras obligaciones empresariales relacionadas, de la constitución de una organización, que deberá contar con los medios necesarios en los términos establecidos en el Capítulo IV de la Ley.

²⁷⁰ RAMOS QUINTANA, M.: «El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre », *Relaciones Laborales*, núm. 2 (2005), p. 3.

²⁷¹ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios...», *op.cit.* p.89.

²⁷² La reforma de la LPRL se introdujo a través del art. 8 de la ley 25/2009 de 22 Diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

El capítulo IV se inicia con el art. 30 que obliga al empresario, en cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, a designar uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, a constituir un servicio de prevención o, por último, a concertar dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa. La justificación de esta obligación, se ha dicho que se encuentra en la propia conciencia del legislador, al diseñar el cuadro de obligaciones empresariales, de que, en la mayoría de los casos, el empresario carece de conocimientos técnicos suficientes para poner en marcha una eficaz política preventiva en su empresa²⁷³.

Pero el diseño de las modalidades organizativas no acaba con el apartado primero del precepto, ya que el punto cinco, reformado por la ley 25/2009, admite otro tipo de organización en empresas de hasta diez trabajadores, cual es la asunción personal por el empresario de la actividad preventiva siempre que éste desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo, requisito sensato si lo que se pretende es una constante presencialidad en el centro de trabajo, y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades.

3.2.1. Diseño general de la obligación de organización preventiva.

Es una obligación empresarial sin antecedentes en las normas anteriores a la LPRL, aunque también ha habido autores que aprecian que dichas modalidades no son completamente originales, puesto que la designación de trabajadores o la creación de servicios preventivos han existido con anterioridad en nuestra legislación -como era el caso de los vigilantes de seguridad o los Comités de Seguridad e Higiene, así como la obligación de creación de unos órganos internos denominados Equipos de Seguridad en determinadas empresas²⁷⁴. Discrepo de estas equiparaciones, ya que una cosa es que las diferentes regulaciones prevean que determinadas personas se responsabilicen de determinados aspectos de seguridad, y otra, muy diferente, es que se imponga la

²⁷³ NIEVES NIETO, N.: «Artículo 30. Protección y prevención de riesgos profesionales», en AA.VV, PEREZ DE LOS COBOS, F. (Dtor), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2008, p. 598.

²⁷⁴ *Idem*, p.598.

realización de una organización empresarial (interna o externa) que sirva de forma exclusiva al desarrollo de la actividad preventiva en y para la empresa.

Como bien recuerda la EESST 2007-2012, tanto la DM como la LPRL hacen descansar el sistema de prevención en la existencia de una organización de recursos preventivos en la empresa (empresario, trabajadores designados, servicio de prevención propio) y de los medios necesarios para realizar las actividades preventivas. Al tiempo, prevén que el empresario podrá recurrir al apoyo o refuerzo de especialistas ajenos a la empresa (servicios de prevención ajenos, auditoras y entidades formativas) cuando sus propios medios y su competencia resulten insuficientes para ello. En la práctica, por el contrario, casi tres de cada cuatro empresas españolas han optado por un servicio de prevención ajeno.

Este panorama organizativo preventivo ha sido propiciado incluso por el desarrollo reglamentario de la LPRL, planteando la duda (acompañada de una denuncia a la Comisión Europea como se expresó) sobre la correcta o no transposición de la DM. Y este es, precisamente, el motivo de que las sucesivas reformas del marco normativo preventivo incidan en cambios en el sistema organizativo, intentando obligar, más que promocionar, la internalización de la actividad preventiva como el método más eficaz de la prevención de riesgos profesionales.

En conclusión, las modalidades previstas para el empresario y su obligación de organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas son 4: 1. La asunción personal por el empresario de la actividad preventiva; 2. La designación de trabajadores de la empresa; 3. La constitución de un servicio de prevención propio y 4. La constitución de un servicio de prevención ajeno²⁷⁵.

A partir de aquí el primer planteamiento es la libertad de opción o la total discrecionalidad empresarial a la hora de decidir la modalidad organizativa.

²⁷⁵ Para algunos autores el número de modalidades son 5 en tanto incluyen la posibilidad de los servicios de prevención mancomunados, si bien aquí no la considero como una modalidad autónoma ya que es un servicio de prevención propio para cada una de las empresas a las que se les presta el servicio.

Pues bien, del tenor literal del apartado primero del art. 30 se desprende absoluta libertad en la opción de la decisión de las tres modalidades contempladas, complementada con la posibilidad de asunción empresarial (apartado 5) en determinados supuestos, relacionados particularmente con el tamaño de la empresa.

A lo largo del desarrollo del capítulo, la libertad ya se constriñe y guía a unas determinadas alternativas, situación que se agrava más en el desarrollo reglamentario de los servicios de prevención.

La primera restricción se encuentra en el apartado 6 del propio art. 30 al obligar al empresario a someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa, cuando no hubiere concertado el Servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa. El establecimiento de un mecanismo de control auditor ha propiciado en buena medida la opción por los servicios ajenos, puesto que en este caso la empresa no se somete al control externo que aquella supone²⁷⁶.

La segunda proviene del desarrollo reglamentario. Es el RSP (art. 14) el que obliga a constituir al empresario un servicio de prevención propio cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: que se trate de empresas que cuenten con más de 500 trabajadores; que, tratándose de empresas de entre 250 y 500 trabajadores, desarrollen alguna de las actividades incluidas en el anexo I o, que, tratándose de empresas no incluidas en los apartados anteriores, así lo decida la autoridad laboral, previo informe de la ITSS y, en su caso, de los órganos técnicos en materia preventiva de las CC.AA, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa.

Visto lo anterior, la pregunta es si una empresa con esos umbrales de plantilla podría concertar con un servicio de prevención ajeno. La respuesta ha de ser negativa. El TS en STS de 24 de abril de 2001, sala cuarta de lo social, rec. 3145/2000 se pronuncia sobre

²⁷⁶ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios...», *op.cit.* p.100.

si la alternativa de constituir un servicio de prevención propio o concertar dicho servicio con una entidad especializada ajena aparece consagrada en el art. 30.1 de la LPRL y, por tanto, esta opción no puede ser negada o contradicha por norma reglamentaria, según el principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 9.2 de la CE. A ello el tribunal responde que si bien es cierto que la letra del art. 30.1 LPRL, parece consagrar un derecho de opción a favor del empresario, una lectura atenta del propio art. 30.5 y 6 de la Ley lleva a la conclusión de que no se trata de conceder derecho de opción alguno y sí de enumerar dos formas distintas de cumplir la obligación de ofrecer a los trabajadores un servicio de prevención de riesgos profesionales, que puede ser determinado reglamentariamente. Argumenta que es el núm. 5 del art. 30 el que evidencia que las formas de proveer al servicio de prevención no son dos sino tres, pues establece que el empresario podrá asumir personalmente las funciones señaladas en el apartado 1 cuando la empresa tenga menos de un número de trabajadores y concurren las condiciones que especifica dicho precepto. Por lo que las modalidades de proporcionar a los trabajadores un servicio de prevención son que este servicio lo asuma el propio empresario, que la empresa constituya un servicio propio o que lo concierte con entidad ajena especializada. Concluye de la siguiente manera: si el art. 30 de la LPRL en su integridad relaciona tres formas de otorgar el servicio, y que la más rudimentaria, asumirlo el propio empresario, se condiciona a un primer requisito de ser una empresa de muy pocos trabajadores, parece coherente entender que reglamentariamente pueda determinarse cuando procede una u otra de las formas que menciona la ley en función de la magnitud de la empresa, que es justamente lo que lleva a cabo el art. 14 del Reglamento al determinar la obligación de constitución de un servicio de prevención propio.

Por el contrario, la sentencia de la AN (Sala de lo Social) de 12 de julio de 2004, sentencia núm. 65/2004 de 12 de julio, JUR 2004\31550, se apartará de esta tesis y aunque conoce la existencia del pronunciamiento anterior, se apresura a señalar que el mismo es anterior a la reforma de la LPRL del año 2003 y que en realidad no se infiere de esa sentencia que toda la actividad de los servicios de prevención haya de ser

asumida, cuando se supere el umbral de trabajadores, por la propia empresa. En su razonamiento, la AN acude fundamentalmente a la interpretación gramatical²⁷⁷.

La Audiencia expresa que existe en el precepto (art. 30) una conjunción disyuntiva, la «o», proveniente del latín *aut*, que denota diferencia, separación o alternativa entre dos personas o cosas. A partir de ahí y conforme la más ortodoxa interpretación lingüística del art. 30.1 LPRL, en consonancia con la Real Academia Española de la Lengua, y las reglas hermenéutico-jurídicas del artículo 3.1 Cc, la empresa debe constituir un servicio de prevención o, en su lugar, concertarlo con una entidad especializada. El dictum no refleja otra cosa que la libre voluntad de la empresa para elegir una u otra opciones, siempre sujeta a las determinaciones legales y convencionales de la materia.

El tema lo zanja de forma definitiva la sentencia del TS de 3 de noviembre de 2005 que casa y anula la anterior. Si bien parece que da razón, en principio, a la SAN porque es cierto que en términos generales el art. 30.1 de la LPRL contiene una norma genérica que permite llegar a dicha conclusión en cuanto que parece aceptar la posibilidad de que cada empresa opte por cualquiera de las tres alternativas que allí prevé (designar uno o varios trabajadores, constituir un servicio de prevención o concertar dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa), prosigue que, siendo ello así, no se ha tenido en cuenta que también dicha Ley dispone expresamente (art. 6.1.e) que será en el Reglamento de Prevención en donde se regulen las «modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención. Y es en dicho Reglamento donde se concreta aquella facultad de opción aparentemente genérica de la Ley para establecer en su art. 14 que las empresas de más de 500 trabajadores deberán disponer obligatoriamente de un Servicio de prevención propio al igual que otras de menos empleados pero dedicadas a determinadas actividades peligrosas.

Definitivamente, según el TS, el art. 30 LPRL lo único que hace es enumerar las posibilidades genéricas que cualquier empresa tiene en relación con los obligatorios

²⁷⁷ ROMAN VACA, E.: «Los Servicios de Prevención 10 años después: pronunciamientos judiciales al respecto», *Aranzadi Social*, núm. 17(2005), p. 3.

servicios de prevención, habiendo delegado en el Reglamento la regulación de los supuestos en que algunas empresas deberán tener necesariamente un servicio de prevención propio en atención a determinadas características de las mismas, y entre ellas ha situado las de más de 500 trabajadores y las que aún teniendo menos tienen algún concreto «plus» de peligrosidad.

Una segunda, y última cuestión, que planteo en este bosquejo de modalidades es la posible combinación entre ellas. La respuesta es totalmente afirmativa, no es preciso acudir única y exclusivamente a una única modalidad, sino que en una misma empresa podrán convivir distintas modalidades²⁷⁸. Nada impide disponer de más de una modalidad organizativa. Por ejemplo, una empresa de cinco trabajadores en la que no se efectúen actividades de especial peligrosidad y cuyo titular cumpla las previsiones del artículo 11 del Reglamento de los Servicios de Prevención, el empresario puede asumir personalmente la actividad preventiva y, si lo desea, designar a un trabajador para que complemente sus funciones, o también formalizar un concierto con un servicio de prevención ajeno²⁷⁹.

Se podría pensar que opera como límite a la elección de la modalidad organizativa el derecho de consulta de los trabajadores perfilado en el art. 33 LPRL. Dentro de los asuntos que deben ser consultados, previamente a la adopción por el empresario de una serie de decisiones relativas a la protección de la salud y a la prevención de los riesgos profesionales en la empresa, es el relativo a la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades, esto es, de los trabajadores que vayan a integrar los servicios de prevención internos y también el recurso a un servicio de prevención ajeno, lo que comprende tanto la decisión de recurrir a un servicio de prevención externo como

²⁷⁸ MORENO MÁRQUEZ, A.: «Capítulo IV: Servicios de prevención» en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 1ª edición (2010), p. 526.

²⁷⁹ BLASCO MAYOR, A.: «La externalización de las actividades de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 13 (2001), p.5

la elección de éste²⁸⁰; la decisión de concertar la actividad preventiva con uno o varios servicios de prevención ajenos (art. 16.2 RSP) y la constitución del servicio de prevención mancomunado (art. 21.2 RSP).

Esta consulta se canaliza a través de los órganos de representación legal de los trabajadores, en el caso de que existieran, y debe efectuarse con la debida antelación sin que la LPRL hay prescrito un procedimiento concreto. No está definida como una consulta vinculante para la toma de decisión empresarial que pudiera generar la nulidad de las decisión empresarial su incumplimiento, sino más bien produce una responsabilidad administrativa tipificada como infracción grave en el art. 12.11 LISOS²⁸¹.

Más limitativa a la decisión empresarial puede resultar las competencias en orden a este aspecto que tienen los Comités de Seguridad y Salud: órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos (art. 38 LPRL). Sólo está pensado para las empresas que cuenten con 50 o más trabajadores, bien en la empresa en su conjunto o bien en los centros de trabajo (art. 38.2).

En su composición participan por un lado los Delegados de Prevención, a saber, los representantes de los trabajadores²⁸² con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo (art.35 LPRL) y, por el otro el empresario y/o sus representantes en número igual al de los Delegados de Prevención.

²⁸⁰ NIEVES NIETO, N.: «Art. 30. Protección y prevención de riesgos profesionales» en AA.VV, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dtor) *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada...*, *op.cit*, p. 606.

²⁸¹ *Idem*, p 606.

²⁸² Respecto de que tipo de representación se trata, no cabe duda que el Delegado de Prevención proviene de la representación unitaria. Como pone de relieve SIERRA HERRAIZ, E.: «La designación de los representantes de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2007, p. 2, el art. 35.2 LPRL menciona expresamente a los representantes del personal e identifica, como ya ha sido puesto de relieve, que en las empresas de menos de treinta trabajadores existe una identidad total entre el delegado de prevención y el delegado de personal, ya que éste es el que asume directamente las funciones y competencias en materia de seguridad e higiene sin necesidad de que existe elección alguna.

Para dar entrada a la representación sindical, en las reuniones del Comité de Seguridad y Salud podrán participar, con voz pero sin voto, los Delegados Sindicales (art. 38.2). En las mismas condiciones que los anteriores, en un intento de apertura en las reuniones del órgano de todo personal interesado o con responsabilidades en prevención, también podrán participar los responsables técnicos de la prevención en la empresa que no estén incluidos ya en la composición del Comité, trabajadores de la empresa que cuenten con una especial cualificación o información respecto de concretas cuestiones que se debatan en este órgano y técnicos en prevención ajenos a la empresa, cuando así lo solicite alguna de las representaciones en el Comité.

Sus competencias han sido modificadas precisamente en este punto por la ley 25/2009²⁸³. Se reconoce, como materia de debate en el seno del Comité, la elección de cualquiera de las modalidades organizativas a las que pueda tener acceso la empresa, siempre que no vengan exigidas previamente por imperativo legal o reglamentario²⁸⁴. La gran novedad destaca en que han de someterse a discusión antes de que el empresario adopte la decisión de la modalidad organizativa.

La obligación empresarial parece que es someter a debate del Comité de Seguridad y Salud las cuestiones correspondientes, pero sin quedar formalmente vinculado. Diverjo de SEMPERE NAVARRO²⁸⁵ en cuanto a la consecuencia de prescindir de la intervención del Comité. Según el autor, se estaría ante una decisión susceptible de anulación por no haber respetado el procedimiento marcado por la Ley. Pues bien, la discrepancia proviene de la base objetiva de constitución del Comité de Seguridad y Salud. Si éste ha de constituirse en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores, puede dar lugar a que la empresa tenga más de un comité, a pesar de que la decisión de la modalidad organizativa a decidir ha de ser única en todo

²⁸³ Modificación engarzada con el objetivo de la EESL estrategia de Seguridad y Salud española 2007-2012 de promover la implicación de los representantes de los trabajadores en la organización y desarrollo de la prevención de los riesgos laborales en la empresa.

²⁸⁴ ROJAS MARTIN, J.C.: «Modificaciones introducidas por la ley 25/2009 en materia de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 14(2010), p. 18.

²⁸⁵ SEMPERE NAVARRO, A.: «Aspectos laborales de las leyes sobre libre acceso a los servicios», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2 (2010), p. 176.

el ámbito de la empresa²⁸⁶. Y así, podría darse la circunstancia de que se hubiera debatido en un comité la previsión de adopción de la modalidad y en otro no, por lo que la consecuencia de nulidad de la decisión ante una deficiente o nula regulación de este procedimiento de consulta en la ley sería extremadamente riguroso.

Más bien aventuro que la inobservancia del planteamiento a debate ante este órgano paritario habría de entenderse como un incumplimiento empresarial de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores reconocidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 12.11 LISOS), sancionable a propuesta de la Inspección de Trabajo.

Ello sin querer desmerecer este trámite, por cuanto esta competencia adquirida del Comité de Seguridad y Salud puede tener mucha más trascendencia que la que parece a primera vista. En primer lugar por cuanto aunque la empresa ya disponga de una modalidad organizativa, la opción ejercitada es revisable y no condiciona lo que pueda suceder en el futuro²⁸⁷. Pero además, la discusión en el seno del Comité proyecta la visión que en este tema tienen los trabajadores, los cuáles, por medio de sus representantes, incorporan enfoques que sobrepasan los criterios puramente técnicos y económicos, como son el de las relaciones sociales y personales, pudiendo llegar a inclinar la decisión finalmente adoptada hacia la modalidad organizativa que más integre esta faceta. Y ello debido a que es necesario y básico que tanto los servicios de prevención como los trabajadores designados cuenten con capacidades y aptitudes adecuadas, no sólo a nivel técnico sino también a nivel social y comunicativo, ya que el

²⁸⁶ Este hecho ha provocado que empresas con plantillas elevadas de trabajadores y gran dispersión territorial (entidades bancarias, ONCE, etc) hayan acordado con los representantes legales estructuras preventivas diferentes que no se ajustan a lo dispuesto en el art. 38.2. de la LPRL. Sobre la validez de estas estructuras no ha habido ocasión de conocer los pronunciamientos judiciales por cuanto las pretensiones deducidas, en su mayoría dirigidas a intentar crear comités en centros de trabajo de más de 50 trabajadores ignorando la estructura pactada, han sido inadmitidas por defecto de procedimiento. Sirva como ejemplo la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia de 26 Nov. 2007, rec. 143/2007, o la más reciente del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 19 Ene. 2011, rec. 102/2009.

²⁸⁷ NIEVES NIETO, N.«art. 30...» en AA.VV., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dtor), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada ...*, op.cit ,p. 600.

desempeño de la prevención de riesgos laborales requiere abordarse desde las acciones técnicas, pero también desde las relaciones interpersonales²⁸⁸.

Entiendo esencial valorar la base personal de la empresa para decidir adecuadamente la organización preventiva. Si en la composición de la plantilla empresarial se encuentran trabajadores inmigrantes no integrados laboralmente, se habrá de valorar la posibilidad de que contando con recursos propios esta integración resulte más sencilla que acudiendo a servicios externos. Y este punto de vista es más fácil que sea introducido por representantes de trabajadores que por la propia dirección empresarial.

3.2.2. Las modalidades organizativas y su adecuación a los trabajadores inmigrantes.

Dentro de los análisis de disminución o eliminación de los factores que concurren en los trabajadores extranjeros, que les hace especialmente vulnerables frente a los riesgos laborales, no se suele abordar el de la modalidad organizativa que se adopta por la empresa, a pesar de ser la primera decisión organizativa que ha de tomarse, que no puede, como ya comenté, ser ni mucho menos invariable en el tiempo.

De inicio, se podría pensar que cualquiera es válida para afrontar toda la problemática preventiva con independencia del tipo de trabajadores que afecte. Sin embargo, dado que parto de que los trabajadores extranjeros merecen una atención específica, presupongo que cuanto más cercana o próxima sea a ellos la modalidad escogida más posibilidades existen de cubrir sus particulares necesidades preventivas.

En esta línea, la adaptación laboral del trabajador extranjero, trascendental para su integración social, pasa porque alcance la condición de igualdad respecto del resto de trabajadores. Y en busca de este objetivo habría de plantearse la necesaria participación activa del trabajador extranjero en la organización preventiva, bien como trabajador designado en tareas preventivas, bien como recurso preventivo, o bien participando en los órganos específicos de representación de los trabajadores.

²⁸⁸GARCÍA REDONDO, E.F.: *Aptitudes y actitudes de la...*, *op. cit.*, p.4.

Paso a relacionar cada una de las diferentes modalidades organizativas, sus requisitos y la valoración que me merecen en orden al objetivo de poder cubrir las particularidades del colectivo humano de trabajadores objeto del estudio.

3.2.2.1. La asunción personal por el empresario.

Es una modalidad organizativo-preventiva que se concibe como excepcional en el diseño legislativo, puesto que la regla general es que la empresa deba recurrir a cualquiera de las otras formas de organización preventiva, que siendo más complejas son también más garantistas con relación a la seguridad y la salud de los trabajadores²⁸⁹.

Es la forma más rudimentaria²⁹⁰ y se condiciona a una serie de requisitos, y el primero es que se trate de una empresa de muy pocos trabajadores. Con la reforma operada por la «ley ómnibus» el número de trabajadores que posibilita esta organización es de 10. El texto originario, anterior a la reforma, establecía un límite de menos de seis trabajadores para que operase la asunción personal de la actividad de prevención por parte del empresario. Ahora se incluye hasta el décimo, lo que en términos cuantitativos supone duplicar el máximo anterior y, correlativamente, corresponder así con los propósitos para la reducción de trabas injustificadas o desproporcionadas de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, sobre libre prestación de servicios en el mercado interior²⁹¹.

Respecto del tipo de trabajadores que se incluyen a efectos del cómputo no hay unanimidad doctrinal. Para algún sector, se incluyen todos los trabajadores con independencia de si son fijos o temporales y de si realizan la actividad a tiempo parcial

²⁸⁹ NIEVES NIETO, N.«art. 30...» en AA.VV., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dtor), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada ...*, op.cit, p. 600.

²⁹⁰ Así se califica por la sentencia del TS de 24 de abril de 2001, núm. rec. 3145/2000

²⁹¹ ROJAS MARTIN, J.C.: «Modificaciones introducidas por la ley 25/2009 ...», op. cit., p. 8

o tienen jornada completa²⁹². Otros abogan por aplicar los criterios que el art. 35.3 LPRL establece para el cómputo de trabajadores a la hora de determinar el número de delegados de prevención²⁹³.

Un dato a favor de la realización del cómputo sin exclusiones es el art. 6.2. del RD 216/1999, de 5 febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en trabajadores cedidos a través de una ETT, en que se prevé expresamente que, a estos efectos, la empresa usuaria debe contabilizar anualmente el promedio mensual de los que haya utilizado. Pues bien, si se deben tener en cuenta los trabajadores procedentes de una ETT, los cuales carecen de una relación laboral con la empresa usuaria, razón de más para integrar en el cálculo aquellos que sí están contratados por dicha empresa, aunque sea a través de un vínculo temporal²⁹⁴.

De forma expresa, la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2004²⁹⁵ señala que no han de computarse los trabajadores distinguiendo entre trabajadores con contrato superior a un año y trabajadores con contrato de hasta un año de duración, y ello porque si el RD 39/1997 nada dice acerca de cómo han de computarse los trabajadores de la empresa a los efectos del desarrollo de la actividad preventiva por el propio empresario, esto no constituye una laguna de la norma que deba ser completada acudiendo a la aplicación analógica del cómputo previsto para otros supuestos distintos, sino que al hablar sencillamente el art. 11 de que la empresa tenga menos de un número de trabajadores, han de computarse todos los trabajadores, sin distinguir si son indefinidos o temporales.

²⁹² NIEVES NIETO, N.«art. 30...» en AA.VV., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dtor), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada ...*, op.cit,p. 600. MORENO MARQUEZ, A: *Los servicios de prevención*, Tirant lo Blanch, 1997, p. 37- 38 .

²⁹³ Esta es la postura de LUQUE PARRA, M., en *La organización de la prevención en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 61-62, GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención», *Temas Laborales*, núm. 50, 1999, p. 24- 25.

²⁹⁴ NORES TORRES, L.E.: «La asunción de la organización preventiva directamente por el empresario», *Revista Alcor de Mgo*, núm. 4 (2005), p. 17.

²⁹⁵ Sentencia del TSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2004, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, rec. 932/2000

Prosigue, indicando que en realidad cuando el artículo 35 LPRL y el artículo 72 del ET fijan el cómputo de los trabajadores de la empresa distinguiendo entre trabajadores con contrato de duración superior a un año y con contrato inferior a este período, están haciendo una excepción, no fijando una regla, excepción que tiene su razón de ser en que en ambos casos lo que se trata es de nombrar representantes de los trabajadores, y en esta elección de representantes la norma establece una diferencia justificada y razonable entre la duración del vínculo de los trabajadores electores de los representantes, concediendo mayor capacidad de voto a los que tienen vínculo de larga duración que a los temporales o discontinuos, lo que es un criterio de proporcionalidad plenamente justificado, en tanto que en el caso de empresas con pocos trabajadores a las que se permite desarrollar a ellas mismas la actividad preventiva, no concurre la necesidad de proteger la proporcionalidad en la elección por los trabajadores de sus representantes que justifica la adopción de esos métodos especiales de cómputo.

Concluye que no cabe aplicación analógica ya no solo porque falte el primer presupuesto de la analogía, que es la ausencia de regulación de un determinado supuesto, sino porque aunque existiera la laguna legal, en todo caso faltaría la identidad de razón que permitiera la aplicación de los preceptos que la demandante pretende.

Lo que no ofrece duda es que el número de trabajadores debe mantenerse en todo momento por debajo del umbral citado, de modo que su superación obliga al empresario a replantearse la organización preventiva en su empresa²⁹⁶.

Otra cuestión a dilucidar es si el término «empresa» excluye a los centros de trabajo. Del tenor literal de precepto así se deduce y así lo ha entendido también la STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2005 que indica que el artículo 11 del RSP exige cuando el

²⁹⁶ NIEVES NIETO, N.«art. 30...» en AA.VV., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dtor), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada ...*, op.cit.,p. 600.

empresario asuma personalmente la actividad preventiva que se trate de una empresa, y no de un centro de trabajo²⁹⁷.

El segundo requisito es que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo, lo que requiere una presencia frecuente en el mismo, acotando, este tipo de organización a un tipo de empresa cuyo titular sea una persona física²⁹⁸. Sin embargo, éste no es un criterio compartido por la mayoría de los autores. Parte sustancial de la doctrina entiende que la posibilidad incluye tanto al empresario persona física como al empresario persona jurídica ya que si el objetivo final de esta norma es facilitar la gestión de la prevención en las empresas de reducidas dimensiones, debería resultar indiferente la personalidad física o jurídica del empresario; interesando que el empleador pueda asumir personalmente, y no como institución, la actividad preventiva; de manera que si la empresa se ha configurado como personalidad jurídica tales funciones pueden desarrollarse por aquellas personas físicas en las que la norma laboral personifica la condición de empresario²⁹⁹.

La habitualidad, según la LPRL, ha de desarrollarse en el centro de trabajo, lo que podría abrir la posibilidad, que ya he negado, a las empresas que cuentan con más de un centro de trabajo. Sinceramente, mi opinión es que difícilmente una empresa con más de un centro de trabajo cumpliera el resto de requisitos exigidos por el precepto. De inicio no es imposible pensar en pequeñas empresas con menos de 10 trabajadores y varios centros de trabajo³⁰⁰, la dificultad estribará en acreditar que el empresario desenvuelve

²⁹⁷ STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2005, rec. 542/2002.

²⁹⁸ *Idem*. De modo similar MATEOS BEATO, A.: *Diccionario temático de seguridad y salud laboral*, LEX NOVA, 2006 (4ª edición), p. 1127, que reconduce la opción al empresario como trabajador autónomo. También MUT GONZÁLEZ, F: «La organización del servicio de prevención de riesgos laborales. Obligaciones y responsabilidades. Competencias y facultades de la empresa y los trabajadores», *Relaciones Laborales*, núm. 20 (1997), Quincena del 16 al 31 Octubre 1997, pág. 376, Tomo 2, LA LEY, que opina que el art. 11 del Reglamento exige que ha de tratarse de empresario individual.

²⁹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., MORENO MÁRQUEZ, A. M., FERNÁNDEZ PERDIDO, F., *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

³⁰⁰ En el sector industrial es probable, pero no en el sector servicios. Nadie desconoce la proliferación de comercios de productos a bajo precio, regentados por personas de nacionalidad extranjera, que disponen de varios establecimientos comerciales de titularidad empresarial única y escaso número de trabajadores en cada uno de ellos.

su actividad habitualmente en todos los centros de trabajo. Si su actividad asiduamente se centra en un solo centro de trabajo no resultará adaptado a la exigencia legal que en éste pueda ejercer sus funciones preventivas y, en el resto, optar por alguna de las otras modalidades de organización preventiva³⁰¹. Esta solución confronta con el principio de integración preventiva y se contrapone con el propio espíritu de la obligación de la organización preventiva en la empresa, exigencia siempre referida a la empresa en su conjunto y aunque, como se ha admitido, cabe la combinación de varias modalidades organizativas atendiendo a diferentes circunstancias, no se acepta, desde un punto de vista de eficiencia preventiva, que las empresas dispongan de diferentes organizaciones preventivas, servicios de prevención, en función del tipo de centro, su actividad, la presencia o no del empresario, etc. Que el legislador no sea lo meticoloso que correspondería en relación al manejo de los términos empresa/centro de trabajo, no provoca que la obligación de adopción de la modalidad u modalidades de organización preventiva no sea referida a la empresa en su conjunto.

Un tercer requerimiento demandado por la ley es que el empresario debe disponer de la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades. Capacidad concretada en el art. 11.1.d.) del RSP, donde se remite a las funciones preventivas del capítulo VI, que regula las capacidades y aptitudes necesarias para poder evaluar los riesgos y desarrollar la actividad preventiva, clasificando las funciones en tres niveles: básico, medio y superior. Para cada uno de estos niveles se establece una formación específica mínima que deben tener las personas que se ocupen de la actividad preventiva en la empresa según la complejidad de los riesgos.

Consecuentemente, el ejercicio de esta facultad no se encuentra supeditado a una genérica capacidad, sino que se conecta con los requerimientos de la actividad empresarial para combatir los riesgos que la misma genera. De este modo, la

³⁰¹ MORENO MÁRQUEZ, A.: «Capítulo IV: servicios de prevención», en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de...*, *op. cit.*, p. 534.

cualificación que deba acreditarse (básica, intermedia o superior, según la escala establecida en el art. 34 RSP) queda condicionada por las características de la empresa o centro de trabajo, procesos de trabajo empleados, condiciones de seguridad, etc. circunstancias, todas ellas, que impondrán el nivel de formación exigido en cada caso³⁰².

Aunque el RSP no delimite las funciones que puede desempeñar el empresario y que capacidad debe tener para ello no ha de presumirse que únicamente deba tener la capacidad para realizar funciones de nivel básico³⁰³. Resultará preciso partir de la evaluación que se haya hecho en la empresa y atender a los riesgos que hayan sido detectados y su evaluación para así saber si el empresario está capacitado para desarrollar las funciones preventivas³⁰⁴.

Un último condicionamiento a esta opción es que la actividad empresarial no esté incluida en el listado del Anexo I del RSP³⁰⁵, actividades consideradas por el legislador como especialmente peligrosas, objeto en su mayoría de regulación particular y en el que parece que la capacidad del empresario podría resultar manifiestamente insuficiente

³⁰² MERCADER UGUINA, J.: «El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica de una norma largamente esperada», *Relaciones Laborales*, núm. 8 (1997), 16 al 30 Abr. 1997, pág. 1117, Tomo 1, Editorial LA LEY.

³⁰³ MORENO MÁRQUEZ, A.: «Capítulo IV: servicios de prevención», en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de...*, *op. cit.*, p. 534.

³⁰⁴ LOPEZ-ROMERO GONZALEZ, M.P.: «La organización de la prevención en la empresa: los servicios de prevención», *Actualidad Laboral*, 1997, Ref. L, pág. 903, Tomo 3, Editorial LA LEY.

³⁰⁵ Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes; trabajos con exposición a agentes tóxicos y muy tóxicos, y en particular a agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera y segunda categoría; actividades en que intervienen productos químicos de alto riesgo; trabajos con exposición a agentes biológicos de los grupos 3 y 4; actividades de fabricación, manipulación y utilización de explosivos, incluidos los artículos pirotécnicos y otros objetos o instrumentos que contengan explosivos; trabajos propios de minería a cielo abierto y de interior, y sondeos en superficie terrestre o en plataformas marinas; actividades en inmersión bajo el agua; actividades en obras de construcción, excavación, movimientos de tierras y túneles, con riesgo de caída de altura o sepultamiento; actividades en la industria siderúrgica y en la construcción naval; producción de gases comprimidos, licuados o disueltos o utilización significativa de los mismos; trabajos que produzcan concentraciones elevadas de polvo silíceo y, por último, trabajos con riesgos eléctricos en alta tensión.

y su intervención no idónea para acometer, en ese ámbito, cualquiera de las parcelas de la prevención técnica³⁰⁶.

Aunque no quede aclarado expresamente en la normativa, entiendo que si sólo una pequeña parte del proceso productivo de la empresa está incluido dentro del listado, también queda vedada la posibilidad de intervención personal del empresario. Una solución similar cabría sostener en relación con las empresas multiservicios³⁰⁷.

Finalmente, cabe reseñar que sobre esta modalidad pesa la prohibición de que el empresario nunca puede asumir de forma personal la práctica de la vigilancia de la salud de los trabajadores (art.11.2 RSP). Esta actividad preventiva siempre deberá cubrirse mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva. Esta exclusión es tajante, esto es, aunque se diera la posibilidad remota de que el empresario fuera médico, en todo caso habría de acudir a otras modalidades y la razón de ello está en que de este modo se respeta mejor la exigencia de la confidencialidad de toda la información relacionada con el estado de salud del trabajador³⁰⁸.

Dada la conexión de la prohibición con el respeto a la intimidad y la confidencialidad de los datos sanitarios del trabajador, cuya contravención constituye infracción calificada como muy grave por el art. 13.5 LISOS, y respecto de la cual la LPRL sólo permite el conocimiento empresarial de las conclusiones que puedan derivarse de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo, la inclusión de esta prohibición en una norma reglamentaria en vez de en la LPRL ha sido criticada por la doctrina dada su clara vinculación con la protección del derecho a la intimidad del art. 18 de la CE³⁰⁹.

³⁰⁶ NIEVES NIETO, N.«art. 30...» en AA.VV., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (Dtor), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada ...*, *op.cit*, p. 601.

³⁰⁷ NORES TORRES, L.E.: «La asunción de la organización preventiva ...», *op. cit.*, p. 19.

³⁰⁸ LOPEZ-ROMERO GONZALEZ, M.P.: «a organización de la prevención en la empresa: los servicios ...», *op.cit.*, p.911 (8).

³⁰⁹ LUQUE PARRA, M., *La organización de la prevención en la empresa, op, cit*, p.33.

Como evaluación y valoración de la modalidad estudiada destaco que es una modalidad no solamente no muy utilizada, sino que su adopción se ha reducido en los últimos años. Según análisis de la evolución de los recursos preventivos realizado por el INSHT en la ENCUESTA NACIONAL DE GESTIÓN DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN LAS EMPRESAS (ENGE 2009)³¹⁰, en las microempresas con un tramo de plantilla de menos de 6 trabajadores³¹¹ se reseñan dos aspectos: por una parte, que desde 1999 se observa un incremento del servicio de prevención ajeno, muy importante de 1999 a 2003 pero también reseñable desde 2003 hasta 2009 y, por otra, que en los diez años transcurridos se ha reducido sensiblemente la frecuencia con que la función de prevención es asumida por el propio empresario - desde el 30,9% en 1999 hasta el 15,8% en 2009 - . Además en este tramo de plantilla se sigue concentrando el mayor porcentaje de empresas que no han adoptado ninguna modalidad de organización preventiva y, aunque se redujo en 2003 respecto a 1999, en el momento de la encuesta no se aprecia variación significativa desde 2003.

Precisamente, uno de los objetivos que tiene la ley «ómnibus» es potenciar la asunción personal por el empresario de la gestión de la actividad preventiva, para lo cual contempla un plan de asistencia técnica al empresario por parte de la Administración en empresas de hasta 10 trabajadores (disposición adicional 3ª). El plan supone la puesta en marcha de un sistema dirigido a facilitar al empresario el asesoramiento necesario para la organización de sus actividades preventivas, impulsando las autoevaluaciones por sectores y especificando aquellas actividades o riesgos que requieran apoyo técnico especializado.

Desde el punto de vista de la efectividad del derecho a la seguridad y salud de los trabajadores extranjeros no es una modalidad en sí desdeñable, aunque considerando en

³¹⁰ INSHT, <http://www.oect.es/portal/site/Observatorio> (última consulta el 15 de agosto de 2011). p.18. Dicha encuesta surge por la necesidad de realizar además de la encuesta a trabajadores sobre condiciones de trabajo, otra dirigida a los responsables de empresa sobre aspectos sustanciales de la gestión preventiva.

³¹¹ No es hasta la denominada ley ómnibus, de diciembre de 2009, cuando el umbral de trabajadores se eleva hasta 10.

todo momento la restricción de plantilla. Si atiendo al dato de la nacionalidad de la plantilla, revelado por la expresada encuesta ENGE 2009³¹², el 20% de los centros de trabajo en España cuenta con personal de nacionalidad extranjera, además de personal de nacionalidad española. Pero esta característica es más frecuente a medida que aumenta el tamaño de plantilla; así, el 13,7% de los centros de menos de 10 trabajadores cuenta con nacionales y extranjeros, mientras que este porcentaje aumenta hasta el 66,7% en los centros de 500 o más trabajadores. De estos datos se extrae que la mayoría de las empresas que utilizan mano de obra extranjera han de disponer de servicio de prevención propio y, por tanto, les está vetada esta posibilidad.

No obstante, los centros de trabajo formados únicamente por personal extranjero son centros pequeños (el 3,1% de los que tienen menos de 10 trabajadores y el 1,1% de los que tienen de 10 a 49 trabajadores) y en la actividad de Comercio y hostelería (5,8%)³¹³. Este tipo de empresas, en las que es alta la probabilidad, aunque no lo revele la encuesta, de que el titular sea extranjero y de nacionalidad coincidente con la de los trabajadores, podría constituir el escenario preventivo adecuado para que se desenvuelva esta modalidad³¹⁴.

Sin embargo, según la misma encuesta, la modalidad de organización preventiva más frecuentemente adoptada por las empresas continúa siendo el servicio de prevención ajeno (73%), independientemente del tamaño de la empresa, pero además resulta que es en la microempresa (hasta 9 trabajadores) es donde se da el mayor porcentaje de empresas que no han adoptado ninguna modalidad preventiva³¹⁵, lo que oscurece el panorama preventivo respecto de todos los trabajadores.

³¹² INSHT, Encuesta Nacional..., *op. cit.*, p.18

³¹³ *Idem.*

³¹⁴ Según un estudio elaborado por la consultora de outsourcing comercial Winche se concluye que más del 21% de los establecimientos de la denominada Distribución Independiente No Organizada está en manos de inmigrantes y la facturación de sus negocios ha crecido un 250% en los últimos años (noticia de la Vanguardia de 16 de agosto de 2011)

³¹⁵ Según la ENGE 2009, el porcentaje es de 14,1% en la de menos de 6 trabajadores y 8,9 % en las empresas de 6 a 9 trabajadores. Este porcentaje desciende hasta al 5,5% en la pequeña empresa (10 a 49

Con independencia del mayor incumplimiento en las empresas a las que va especialmente dirigida esta organización de la prevención, sobre este tipo de organización también planean las pertinentes dudas acerca de la eficacia y objetividad de las decisiones sobre las medidas a adoptar si la prevención la gestiona el propio empresario³¹⁶. Incluso se le ha calificado de alternativa dudosamente compatible con el deber de protección³¹⁷. El día a día de una empresa es, sin lugar a dudas, duro y se corre el peligro de que el deudor de seguridad relegue tal condición a un segundo plano ante la urgencia de atender a necesidades de explotación que parecen más apremiantes.

No obstante, salvando la sospecha de falta de objetividad, es en las pequeñas empresas donde el empresario conoce a sus empleados, sus características, sus cualidades y sus necesidades. Es el que los dirige, con el que se comunican y quien le diseña y adscribe a los puestos de trabajo que desempeñan. Es el que en su posición en la estructura organizativa de la empresa distribuye las tareas y, en consecuencia, el que debería evitar adjudicar a los trabajadores extranjeros, que pueden requerir una mayor atención preventiva, tareas de mayor riesgo o en condiciones de precariedad que los demás trabajadores no estarían dispuestos a aceptar (falta de protección frente a riesgos, esfuerzos y horarios de trabajo excesivos, etc.). Además, puede comprobar directamente que las funciones que desarrollan son adecuadas para el nivel de quien lo va a ocupar, brindando la oportunidad de desempeñar tareas con contenido y significado en aquellos casos en los que los trabajadores tengan las capacidades suficientes³¹⁸

En cualquier caso, dada su no aceptación espontánea se habrá de esperar el efecto de las acciones políticas de impulso canalizadas a través del plan de asistencia técnica al

trabajadores), al 4.3% en la mediana empresa (50 a 249 trabajadores) y al 1,0% en la gran empresa (más de 250 trabajadores).

³¹⁶ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización ...», *op. cit.*, p111.

³¹⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «La organización de la prevención en la empresa», *Revista Alcor de MGO*, núm. 10 (octubre 2007), p.44.

³¹⁸ NOGAREDA, C.: «La prevención de accidentes en trabajadores inmigrantes: aspectos a considerar y pautas de intervención», Nota Técnica de Prevención núm. 825, www.insht.es.

empresario³¹⁹, sin olvidar que siempre será exigencia ineludible que el empresario realice su actividad habitual en la empresa y tenga la capacidad suficiente para desarrollar las funciones preventivas que den fiel cumplimiento a las obligaciones legales. En definitiva, dos conceptos-capacidad y habitualidad-, que desde el punto de vista jurídico poseen una gran indeterminación³²⁰.

3.2.2.2. Designación de trabajadores.

La designación de trabajadores es una modalidad interna, organizada desde el interior de la empresa, y al igual que la anterior parece responder al criterio previsto en el art. 6.1.e) de la LPRL, a cuyo tenor la regulación reglamentaria tendrá en consideración las peculiaridades de las pequeñas empresas con el fin de evitar obstáculos innecesarios para su creación y desarrollo³²¹.

Con carácter general, en todo tipo de empresas, el empresario tendrá que designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva, salvo que subcontrate totalmente esta actividad o acuda a alguna de las otras dos modalidades de prevención (art. 30.1. LPRL). Estos trabajadores deberán tener la capacidad necesaria, disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficientes en número, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, así como los riesgos a que están expuestos los trabajadores y su distribución en la misma (art. 30.2. LPRL). Además tendrán acceso a la documentación preventiva de la empresa (30.3 LPRL).

³¹⁹ El entonces denominado Ministerio de Trabajo e Inmigración, con la colaboración de todas las CC.AA. puso en marcha en 2010 un servicio de asesoramiento y apoyo a las pequeñas y medianas empresas con objeto de facilitarles el cumplimiento de sus obligaciones, en el marco de la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012. Es un portal de internet que una herramienta para que este tipo de empresas, de hasta 10 trabajadores y cuya actividad no esté considerada como de especial peligrosidad, puedan realizar de forma sencilla la autoevaluación de los riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva. Esta herramienta se ha versionado de nuevo en abril de 2013 a través del portal de Internet, www.prevencción10.es

³²⁰ GARRIGUES 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», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-224, tomo 4, Editorial LA LEY.

³²¹ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «La designación de uno o varios trabajadores de la empresa», *Revista Alcor de MGO*, núm. 4 (2005), p.29.

Es muy importante no confundir a estos trabajadores designados con los delegados de prevención, que son otra figura distinta (representantes de los trabajadores), con funciones distintas (de exigencia, vigilancia y control) y que, por tanto, es deseable que no coincidan en las mismas personas. A pesar de ello, para garantizar el ejercicio independiente de estas funciones por los trabajadores designados se les confiere las garantías jurídicas frente al despido y los poderes empresariales iguales a las que tienen los representantes legales de los trabajadores³²².

Aunque para el TS la figura de los «trabajadores designados» tiene unas funciones que equivalen y sustituyen en empresas de escaso fuste a los servicios de prevención³²³, para la DM es la modalidad organizativa preferente³²⁴. Cuando en esta Directiva se obliga a que el empresario cree en la empresa uno o varios servicios que garanticen la protección y prevención de los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores (art. 7.6), estos servicios han de venir generalmente constituidos por los trabajadores que la empresa designe (art. 7.1). En el caso, sin embargo, de que «las competencias en la empresa o establecimiento sean insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención» -es decir, en el supuesto de que no exista en la empresa personal con la preparación suficiente-, «el empresario deberá recurrir a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa y/o al establecimiento» (art. 7.3)³²⁵.

El planteamiento de la directiva, para gran parte de la doctrina científica, es que la DM no concede al empresario la facultad de escoger entre una organización interna de la prevención y una puesta en manos de una entidad especializada externa, sino que fija

³²² CONSEJERIA DE ECONOMIA Y EMPLEO DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEON, *La calidad de los Servicios de Prevención*, 2009, p. 19, <http://bit.ly/WStnBt>, (última consulta 18 de agosto de 2011)

³²³ Sentencias TS, sala cuarta de lo social, de 12 de mayo de 1999 (rec 3225/1998) y 20 de diciembre de 1999 (rec 1441/1999).

³²⁴ Ya tuve oportunidad de indicar en el apartado del marco normativo algún pronunciamiento del TJUE, como el recogido en la sentencia de 22 Mayo de 2003 en la que se declaró que el Reino de los Países Bajos incumplió las obligaciones de la Directiva, por no haber recogido en su legislación nacional el carácter subsidiario del recurso a las competencias ajenas a la empresa para garantizar las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales en ésta.

³²⁵ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español» *Relaciones Laborales*, 1991, p.1221.

una jerarquización entre ambas opciones³²⁶. Por el contrario, nuestra legislación ya en un primer momento (LPRL) pareció apartarse de la obligatoriedad de designar trabajadores que emanaba con claridad la directiva, pero esta separación se hizo realidad de forma indubitada en el RSP, que claramente da preferencia al sistema externo³²⁷.

Lo cierto es que el legislador, sin considerar como prioritaria esta modalidad de organización preventiva, ha intentado proyectar en todas la reformas del ámbito normativo de la prevención de riesgos laborales una sutil aproximación a la Directiva marco a través de la introducción de unos *responsables preventivos internos*³²⁸ en las empresas que desarrollaré en otro apartado.

Ni en la LPRL ni en el RSP se especifica la forma de designación ni quiénes son los trabajadores designables³²⁹. La designación supone un acto de exteriorización del acto volitivo de un sujeto, el empresario, que ante varias posibilidades individualiza, mediante su concreción y determinación, a una persona, un trabajador, para hacerla servir a un propósito determinado³³⁰.

Las únicas exigencias para el desarrollo de esta actividad preventiva es que los trabajadores designados deben de tener la capacidad correspondiente a las funciones a desempeñar, a saber, funciones de nivel básico, intermedio y superior. Y que el número

³²⁶ VAZQUEZ MATEO, F.: «Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva», *Relaciones Laborales*, núm. 12 (2008), p.5.

³²⁷ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios...», *op.cit.* p.93. En el mismo sentido LUQUE PARRA, M.: «El servicio de prevención ajeno como modalidad principal de organizar la prevención en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 103 (2001), p. 81, que viene a señalar que la norma está permitiendo que por la mera voluntad empresarial sea posible sustituir la obligación de designar trabajadores por el recurso a un servicio de prevención ajeno, sin fundamentar la decisión en la insuficiencia de aquellos para gestionar la prevención en la empresa.

³²⁸ Al hablar de responsables preventivos quiero hacer referencia a personas encargadas de la acción, ejecución o supervisión de acciones preventivas, y no expresar un punto de vista jurídico de responsabilidad.

³²⁹ NIEVES NIETO, N.: «Artículo 30. Protección y prevención de riesgos profesionales», en PEREZ DE LOS COBOS, F. (Director), *op. cit.*, p. 603.

³³⁰ *Idem.*

de trabajadores designados, así como los medios que el empresario ponga a su disposición y el tiempo de que dispongan para el desempeño de su actividad, deberán ser los necesarios para desarrollar adecuadamente sus funciones.

Al igual que ocurre en los supuestos de asunción directa por el empresario, la formación exigida queda condicionada por las circunstancias cualitativas procedentes del tamaño de la empresa, del riesgo y del peligro de las actividades desarrolladas. Serán estos factores los que determinen, en último extremo, la capacidad exigible a los mismos y, por ende, la escala de formación requerida que podrá ir, de acuerdo con el art. 34 RSP, desde niveles básicos de conocimiento hasta el desempeño de funciones especializadas sobre seguridad en el trabajo, medicina del trabajo, ergonomía o psicología aplicada³³¹.

No basta con que el empresario designe los trabajadores que se ocuparán de la actividad preventiva, sino que debe de facilitarse el ejercicio de su función (art. 30 LPRL). El empresario debe: permitir que los trabajadores dispongan del tiempo necesario para realizar sus funciones; poner a su disposición los medios precisos y adecuados; designarlos en número suficiente para atender a las actividades de prevención; facilitar la información de los riesgos derivados de la empresa y de los puestos de trabajo, así como de las medidas y actividades de prevención y de emergencia para que puedan realizar sus funciones preventivas y proporcionar formación adecuada para el desarrollo de sus funciones.

Como bien se aprecia, el legislador recurre a conceptos jurídicos indeterminados, «precisos» «adecuados», sin aclarar la norma qué se entiende por tales. Ante tanta indeterminación todas estas cuestiones pueden quedar en manos del empresario para que establezca lo que estime conveniente. No obstante, tampoco se ha querido dejar todo a la arbitrariedad del empresario y así en la DA 7ª RSP hay un reenvío a la

³³¹ MERCADER UGUINA, J.: «El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica...», *op.cit.*, p. 1127.

negociación colectiva³³². Se trata de una de las escasas ocasiones en que la norma estatal se relaciona con el convenio colectivo en términos expresos y claros de complementariedad, susceptibles de dotar a este último de un mayor margen de ordenación³³³.

Invitación a la autonomía colectiva de la que deben destacarse dos aspectos. De un lado, que la misma no ha cubierto ni de lejos su potencial papel de ordenación y concreción en esta sede, hallándose ausente de ella casi cualquier referencia de interés al respecto, pese a resultar la fuente más idónea para dar sentido a los conceptos jurídicos indeterminados que emplea la norma estatal. De otro, que la norma reglamentaria parece referir el rol de la negociación colectiva más que a la específica y directa concreción numérica, temporal o de medios de esta modalidad al mero establecimiento de criterios para su determinación o posterior identificación por otros cauces, reduciendo y devaluando el papel del convenio en este punto, si bien la redacción no impide al instrumento convencional una intervención más intensa y amplia en los términos señalados, lo que excluye el eventual pretexto de los sujetos negociadores sobre su abstención reguladora en este solo argumento³³⁴.

En este sentido, lo cierto es que las referencias de los convenios a la organización preventiva en la empresa se suelen concentrar en las relativas a los servicios de prevención propio, mancomunado y ajeno, sin perjuicio de que, en ocasiones, al hilo de esas otras regulaciones, se aluda a la figura de los trabajadores designados como una suerte de complemento a aquellas otras fórmulas organizativas. Así, cuando se dice que las funciones del servicio de prevención serán complementadas con la existencia de trabajadores designados, a los que se denomina coordinadores de prevención³³⁵. O como confirma, en términos parecidos, esa otra previsión en la que, bajo la denominación de

³³² LOPEZ-ROMERO GONZALEZ, M.P.: «la organización de la prevención en la empresa: los servicios de ...», *op.cit.*, tomo 3, p. 903.

³³³ TUDELA CAMBRONERO, G, y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La Seguridad y la Salud Laboral en la Negociación*, *op. cit.*, p. 43.

³³⁴ *Idem*, p. 408-409.

³³⁵ Art. 60.3. del III Convenio Colectivo RETEVISION I, SAU, BOE núm. 136 de 5 de junio de 2008.

trabajadores encargados de la seguridad y salud, se señala a los jefes de tienda y almacén como las personas a quienes se encomienda velar por la seguridad y salud de los trabajadores en dichos espacios, asumiendo la promoción y fomento de la realización de trabajos y tareas seguras, debiendo contribuir al correcto mantenimiento de equipos, instalaciones y máquinas, ejerciendo una labor de vigilancia y control sobre medidas y recomendaciones preventivas definidas por la empresa e informando y formando adecuadamente al personal para que se realice el trabajo en condiciones de seguridad³³⁶. No cabe duda de que fórmulas de este tipo responden, en mayor o menor medida, a la modalidad de trabajadores designados para la organización de la prevención en la empresa, aun de carácter mixto al complementar otras preexistentes, pero se siguen echando en falta mayores concreciones sobre los medios humanos y materiales con que se cuenta, las garantías de los trabajadores designados a estos efectos o consideraciones de similar tenor³³⁷.

Se observa que la designación de trabajadores supone un modelo abierto y flexible de organización de la prevención, al no estar predeterminadas sus condiciones de aplicación. Puede actuar como modalidad única o combinarse con el resto de modalidades, actuando como límite que los trabajadores designados posean o no la capacitación imprescindible para realizar la totalidad de la actividad preventiva.

La concisión en aspectos tan relevantes como el número de trabajadores a designar y su capacitación, la indeterminación sobre si la dedicación ha de ser o no exclusiva a tareas preventivas, o, en su caso, el tiempo que dediquen a estas últimas, hace que todo el sistema organizativo se someta al juicio de suficiencia.

Como señala el TSJ de Aragón en sentencia de 25 de abril de 2005³³⁸, ante la duda, procede someter el sistema de prevención al control de una auditoria que efectúe una

³³⁶ Art. 44 del IV Convenio Colectivo de PLUS SUPERMERCADOS, SA, BOE núm. 202 de 23 de agosto de 2007.

³³⁷ TUDELA CAMBRONERO, G, y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: *La Seguridad y la Salud Laboral en la Negociación*, op. cit., p.409-410.

³³⁸ STSJ de Aragón de de 25 abril de 2005, JUR 2005\196294.

evaluación de su eficacia y fiabilidad, indicando si cumple con las especificaciones exigidas por la normativa legal y si es adecuado y suficiente para alcanzar los objetivos del mismo en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores y de la peligrosidad de las actividades desarrolladas.

En definitiva, siendo determinante la decisión del empresario la idoneidad o suficiencia quedará a lo que resulte de la auditoría a la que debe someterse. De esta obligación de auditoría el RSP, en su redacción original, excluyó a las empresas de hasta seis trabajadores cuyas actividades no estén incluidas en el anexo I, en las que el empresario hubiera asumido personalmente las funciones de prevención o hubiera designado a uno o más trabajadores para llevarlas a cabo y en las que la eficacia del sistema preventivo resultara evidente sin necesidad de recurrir a una auditoría por el limitado número de trabajadores y la escasa complejidad de las actividades preventivas.

Para ello debían cumplimentar y remitir a la autoridad laboral una notificación sobre la concurrencia de las condiciones que no hacían necesario recurrir a la misma, y siempre que la autoridad laboral no hubiera requerido la realización de una auditoría sobre la base de los datos de siniestralidad de la empresa o del sector, de informaciones o de otras circunstancias que pusieran de manifiesto la peligrosidad de las actividades desarrolladas o la inadecuación del sistema de prevención (29.4. RSP).

El RD 337/2010, de 19 de marzo ha ampliado la excepción a empresas de hasta 50 trabajadores, notable ampliación que cuestiona la posible ilegalidad en este punto del RSP por no contar esta regulación una habilitación legal expresa³³⁹.

La imposición, que funciona como restricción, de la auditoría a estos sistemas internos de seguridad radica en la consideración de que cuando el servicio de prevención es asumido por una entidad externa cumple determinadas exigencias de imparcialidad y

³³⁹ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización», *op. cit.*, p.111 y 112.

cuenta con los medios y conocimientos técnicos necesarios comprobados a través de la acreditación preceptiva ante la autoridad laboral³⁴⁰.

Sin duda, si la auditoría no fuera exigible bastaría con la designación de un solo trabajador³⁴¹. Ahora bien, toda la indeterminación que gira en relación a esta modalidad, y desde el punto de vista preventivo, resulta negativa desde dos aspectos. El primero en cuanto permite, a falta de una mayor precisión normativa, desincentivar a las empresas a adoptar este modelo cuando la efectiva internalización de los recursos contribuiría a la deseada integración preventiva³⁴². Pero por otra parte, también propicia, en empresarios no sensibilizados y en períodos de crisis como el actual en que los mismos realizan ajustes y restricciones en todo tipo de gasto, a acoger este sistema por el bajo coste que puede llegar a suponer una vez liberados, con la última reforma, de la exigencia de someter su sistema interno a una auditoría externa. Ello supondría de nuevo facilitar legalmente el ya tradicional mero cumplimiento formal de la normativa de prevención de riesgos laborales.

El único límite, como ocurre con la modalidad anterior, es que los trabajadores designados tengan la capacidad correspondiente a las funciones a desempeñar, y determinadas tareas preventivas dentro de la empresa están supeditadas a la acreditación de concretos niveles formativos o de capacitación profesional, por lo que no disponer de trabajadores con esa formación de nivel básico, intermedio o superior, impedirá recurrir a ella³⁴³.

³⁴⁰ NIEVES NIETO, N.: «art. 30...», en AA.VV., PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dtor) *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada ...*, op.cit, p.607.

³⁴¹ RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «La designación de uno o varios trabajadores de la empresa», *Revista Alcor de Mgo*, núm. 4 (2005), p. 31.

³⁴² IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios...», op.cit. p.107.

³⁴³ La picaresca ha llevado, según constatación profesional, a que técnicos con formaciones de nivel intermedio o superior ofrezcan sus servicios en diversas y múltiples pequeñas empresas, suscribiendo con ellas contratos de trabajo a tiempo parcial de escasas horas al mes (2 o 3). Formalmente son recursos internos, pertenecen a las plantillas de las empresas y disponen de la formación requerida. La evaluación del sistema no está sujeta a auditoría, por lo que su adecuación legal requiere acudir a sistemas de controles administrativos lentos y complejos.

Como característica positiva de esta modalidad, es la garantía de que los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa (art. 30.4 LPRL).

En ejercicio de esta función, dichos trabajadores en previsión de posibles fricciones con la dirección³⁴⁴, gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del ET. Simplificando: apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves; prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas; no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato: no ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su función y, finalmente, el trabajador designado ante la calificación de improcedencia del despido podrá optar entre la readmisión o la indemnización³⁴⁵.

El legislador parte del hecho de que los trabajadores, como consecuencia del ejercicio de sus funciones de prevención, pueden verse en alguna ocasión enfrentados al empresario. De esta forma, al otorgarles esas garantías no sólo se les protege sino que, a su vez, se trata de preservar la función que se les encomienda con objeto de salvaguardar la seguridad y salud de los trabajadores. De ahí la necesidad de garantizar su estabilidad, y, por tanto, su continuidad en la realización de sus funciones³⁴⁶.

³⁴⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «La organización de la prevención en la ...», *op. cit.*, p. 47.

³⁴⁵ Como destaca la sentencia del TSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 30 Enero de 2004, rec. 1664/2003, la doctrina estima que es excesivo igualar a estos trabajadores que tienen una relación laboral común, con los representantes legales y sindicales de los trabajadores, pues estos últimos actúan en representación de quien los ha nombrado y por ello debe garantizarse su independencia respecto al patrono, mientras que los trabajadores que forman parte del Servicio de Prevención realizan las funciones que les encomienda el empresario para cumplir su ineludible obligación de prevención, deber de cuyo cumplimiento solo el empresario es responsable, razón por la que no estaría justificada la concesión por la Ley de las garantías explicitadas.

³⁴⁶ MORENO MÁRQUEZ, A.: «Capítulo IV: servicios de prevención», en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de..., op. cit.*, p. 543.

Estas garantías se extienden a los trabajadores integrantes del servicio de prevención propio de la empresa e, incluso, a los miembros del Comité de seguridad y salud como responsables técnicos de la prevención en la empresa designados por el empresario³⁴⁷. No así a los Jefes de personal o Directores de Recursos Humanos que, actuando en prevención de riesgos laborales y colaborando en su puesta en marcha, lo efectúan como representantes de la empresa y no pueden tener la consideración de trabajadores designados al ocupar la figura del empresario y actuar en representación suya³⁴⁸.

Respecto de las concretas garantías, indicar que en el caso de sanciones por faltas graves y muy graves se exige la apertura de expediente contradictorio, pero la duda interpretativa derivan del innecesario reenvío a las garantías previstas para los representantes de los trabajadores ¿se tendrá que dar audiencia sólo a los representantes unitarios, a la representación legal de los trabajadores? ¿o se deberá contar con el resto de los trabajadores designados? Una reelaboración de esta garantía podría haber especificado los sujetos a consultar, e incluir entre los mismos al resto de los trabajadores que realizan actividades preventivas en la empresa y a los delegados de prevención si los hubiere (caso de no haberlos, la representación unitaria y sindical)³⁴⁹.

Al mismo espíritu protector de la función preventiva obedece la concesión a los trabajadores designados de una prioridad de permanencia en la empresa o centros de trabajo con respecto a los demás trabajadores en los supuestos de suspensión o extinción por causas económicas o tecnológicas. Sin embargo tampoco resultaría extraña la posibilidad de que efectivamente la empresa acuda a un despido colectivo por razones productivas y/u organizativas³⁵⁰ con el objeto exclusivamente de externalizar su

³⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, Sentencia de 29 Junio de 2010, rec. 534/2010, y sentencia del mismo Tribunal de 2 de abril de 2003, rec. 409/2003.

³⁴⁸ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 15 Feb. 2002, rec. 5917/2001.

³⁴⁹ CORDERO GONZÁLEZ, J.: «La protección frente al despido disciplinario de los trabajadores integrantes del servicio de prevención propio», Actualidad Laboral, 1998, Ref. V, p. 69, Tomo 1, Editorial LA LEY.

³⁵⁰ El ET establece que las causas organizativas concurren cuando se producen cambios, entre otros, «en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal» (nuevo artículo 51.1 ET).

actividad preventiva a través de un servicio de prevención ajeno, solicitando la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores designados. En este caso resultaría difícil, sino imposible, hacer prevalecer la garantía de permanencia si efectivamente se siguen los trámites de la normativa preventiva y laboral, es decir, consulta a los trabajadores acerca de la modificación de modalidad organizativa preventiva, mantenimiento de la obligación empresarial a través de la suscripción de un concierto preventivo con una entidad externa, cumplimiento de las reglas del procedimiento del art. 51 del ET, así como acreditación de la realidad de la causa motivadora del expediente³⁵¹. Por tanto, cabría alegar causa organizativa si el empresario con la externalización buscara organizar mejor los recursos productivos existentes para obtener de ellos un mayor rendimiento, o el mismo, pero a un menor coste, y en este caso, no se requeriría ni una inversión previa en bienes de capital ni que la empresa pasara por una situación económica negativa³⁵².

No ofrece duda que la garantía de no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni en el año siguiente a la terminación de su mandato requiere alguna adaptación interpretativa para hacerla operativa³⁵³. Por finalización de su mandato entiendo un desapoderamiento o separación del trabajador de sus funciones preventivas. Pero con todo, la garantía no puede operar de forma absoluta, ya que como a cualquier trabajador se le exige un cumplimiento diligente de las funciones que se le asignan³⁵⁴. El trabajador designado es el responsable, valga la redundancia, designado por la empresa para atender, entre otras funciones, las condiciones de seguridad de los trabajos

³⁵¹ Cómo ya he señalado, la libertad empresarial a la hora de elegir la organización preventiva, incluyendo la acción de modificar la decisión, no está limitada, a pesar de la preferencia de la DM por los recursos propios. Por otro lado ni en el espíritu de la LPRL, ni expresamente en sus principios de acción preventiva (art. 15 LPRL), se deduce confrontación entre inversiones preventivas y eficiencia económica.

³⁵² Tesis defendida por MELLA MENDEZ, L.; «Las causas del despido económico en España tras la reforma del 2010: algunas reflexiones críticas», *Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm 23 (2011), p. 16.

³⁵³ CORDERO GONZÁLEZ, J.: «La protección frente al despido disciplinario de los trabajadores ...», *op.cit.*, p.(15) 69.

³⁵⁴ MORENO MARQUEZ, A.: «Servicios de Prevención», en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de...*, *op. cit.*, p. 546.

efectuados. Su negligencia es la negligencia de la empresa, pues es la persona física encargada de cumplir en la realidad física el deber de seguridad impuesto a la persona jurídica empresarial³⁵⁵.

Por consiguiente, se considera que la garantía legal no inmuniza al trabajador designado frente al despido por incumplimiento de sus tareas preventivas pero sí frente a un despido por el mero desempeño de las funciones encomendadas en orden a la garantía de la seguridad³⁵⁶.

No comparto las opiniones que consideran excesivas igualar las garantías de esta clase de trabajadores, de relación laboral común, con los representantes legales y sindicales de los trabajadores, sobre la base de que los estos últimos actúan velando por la defensa de los intereses de los trabajadores frente al empresario, en tanto que trabajadores designados y componentes de los Servicios de Prevención, actúan en nombre y por cuenta del empresario y sólo constituyen el necesario medio instrumental para cumplir obligaciones empresariales³⁵⁷. Pienso que el reconocimiento de estas garantías es positivo y permite que los trabajadores designados desarrollen su actividad en un entorno de independencia básico para el correcto ejercicio de su función³⁵⁸.

³⁵⁵ Sentencia del TSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 2009, rec. 844/2009. En este sentido la sentencia del TSJ de Andalucía, Sala de lo Social, Sevilla, de 17 de junio de 1993, AS 1993/3103, que entiende que si bien no es menos cierto que el cuidado y organización del trabajo compete a los encargados, su incumplimiento o errores no exonera a la empresa a la que pertenece la potestad exclusiva de su nombramiento y en quienes delega el desarrollo concreto de las tareas laborales.

³⁵⁶ NIEVES NIETO, N.: «Art. 30 Protección y prevención de riesgos profesionales», en PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., THIBAUT ARANDA, J. : *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada ...*, op.cit, p. 606.

³⁵⁷ FERNANDEZ MARCOS, L.: «El contenido de la Ley de prevención de riesgos laborales: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, 1995, núm. 48, p. 826.

³⁵⁸ Si bien, de acuerdo con GARRIGUES GIMENEZ, A.: «La organización preventiva en las pequeñas y medianas empresas y la ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales: un aspecto crucial», *Diario la Ley*, 1996, ref D-224, tomo 4, no puede olvidarse que la potestad rectora del empresario será, sin duda, argumento de peso que habrá de ser tenido en cuenta a la hora de valorar el grado de independencia material en la actuación de dichos trabajadores, sobre todo en empresas pequeñas donde la falta de hábitos representativos y participativos, así como la mayor proximidad personal entre patrono y trabajadores diluyen en gran medida los sistemas de garantías que puedan arbitrarse en su defensa.

Los trabajadores designados deben guardar sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa a la que tuvieran acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones (art. 30.4 LPRL). Esta obligación se vincula al acceso que poseen a la información y documentación de la empresa (art. 30.3), donde la LPRL otorga un tratamiento indiferenciado a los trabajadores designados y los delegados de prevención, en lo referente al acceso a la documentación preventiva, como medio que garantiza el ejercicio de las funciones que la normativa les atribuye³⁵⁹.

En cambio, respecto del deber de sigilo no opino que los términos del mismo sean equiparables, y ello por cuanto la representación de los trabajadores ejerce una función representativa de los intereses de los mismos, diferente de la función preventiva de los trabajadores designados. Por ello, la interpretación del deber de sigilo en uno y otro caso han de ser diferentes. Así, la Sentencia del TC 213/2002 de 11 de noviembre de 2002 estableció que la facultad empresarial de sujetar determinadas informaciones a la observancia por parte de sus destinatarios de una obligación de reserva o sigilo, destinada a salvaguardar los intereses empresariales que podrían resultar perjudicados por el conocimiento general de determinadas informaciones, no se podían configurar ilimitadamente, sino con carácter restringido, respecto del límite del ejercicio de la función propia de los representantes de los trabajadores, sobre los que pesa un deber legal de informar a sus representados.

Por el contrario, los trabajadores designados no desarrollan actividad representativa alguna, sus tareas son las de informar al propio empresario sobre su prestación laboral preventiva, y sus conclusiones constituyen documentación objeto de información a trabajadores y sus representantes.

Una de las manifestaciones sobre las que se proyecta el deber de sigilo de los trabajadores designados es en la información relacionada con la vigilancia de la salud,

³⁵⁹ Criterio Técnico de la DGITSS núm. 43/2005 de 27 de diciembre de 2005, sobre el derecho de los delegados de Prevención al acceso a la documentación preventiva.

por su conexión con el derecho a la intimidad del trabajador³⁶⁰, pero estimo difícil que en este aspecto haya controversia o conflicto. Resulta imposible que los trabajadores designados desarrollen las actividades de vigilancia de la salud. Estas actividades han de ser realizadas por un servicio de prevención en su término estricto, bien propio o bien ajeno, pero no puede ser efectuada por trabajadores designados. Con sano criterio la STSJ de Cantabria de 2 de abril de 2003 (AS 2004/1183) determina que los servicios médicos de empresa son siempre servicios de prevención, internos o externos, y no mera designación de trabajadores.

El art. 22 de la LPRL señala que el acceso a la información médica de carácter personal se limita al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Sin perjuicio de que el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención sean informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva. De ahí que el deber de reserva pesará exclusivamente sobre las conclusiones, no sobre los resultados, derivadas de los exámenes médicos y que les han sido comunicadas en el ejercicio de sus funciones.

Lo que me interesa destacar de esta modalidad es que es la organización prioritaria por la que apuesta la DM, si bien su exteriorización práctica es muy pequeña, a pesar de ir dirigida al tipo de empresas que conforma el tejido empresarial español. Resulta totalmente adecuada en empresas pequeñas, con plantillas estables, en que el empresario no sólo ha designado a los trabajadores sino que los ha formado debidamente para ejercer su acción preventiva. Y ello por cuanto el hecho de estar integrados en la plantilla de la empresa les hace conocedores de la organización empresarial, de los

³⁶⁰ MORENO MARQUEZ, A.: «Servicios de Prevención», en AA.VV, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dtor), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords), *Comentarios ...*, op. cit, p. 547.

medios, de las cualidades objetivas y subjetivas de los trabajadores y de sus prácticas preventivas. Su integración en la base social de la empresa y, por tanto, su proximidad, tanto en tiempo como en lugar, al resto de trabajadores crea un clima de cercana confianza a los que difícilmente pueden llegar los integrantes de recursos externos. Son precisamente los trabajadores designados lo que han de materializar el cumplimiento del deber de prevención del empresario, aunque éste sea el responsable directo y último de la seguridad y salud de los trabajadores³⁶¹.

La desventaja proviene de sus perfiles legales, su indeterminación. Su reglamentación no precisa, ni orienta, cuantitativa ni cualitativamente sobre el número o composición de los trabajadores que deberán ser designados, el tiempo que deben dedicar a la actividad de prevención y las consecuencias sobre sus condiciones contractuales laborales, lo que ha podido incidir en su escasa aceptación. En todo caso, la indeterminación no deja de tener unas paredes interpretativas trascendentes: aptitudes necesarias, disposición de tiempo y medios precisos, y todo ello en relación con los riesgos a que estén expuestos los trabajadores³⁶². El contrapeso viable a que todo el contenido de la organización preventiva recaiga sobre el poder del empresario sería la normativa convencional, cuyo tratamiento ha de ser no sólo deseable, sino casi inexcusable³⁶³.

La reforma del año 2010 que excluye la necesidad de auditoría empresas de hasta 50 trabajadores puede propiciar el recurrir a esta organización preventiva, aunque ello suponga una merma de calidad y/o eficacia del mencionado sistema³⁶⁴.

³⁶¹ MUT GONZÁLEZ, F: «La organización del servicio de prevención de riesgos laborales.», *op.cit*, p. 381.

³⁶² ALVAREZ DE LA ROSA, M.: «El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales», en AA.VV., CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., VALDÉS DAL-RÑE, F., *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo...*, *op.cit.*, p.61.

³⁶³ TUDELA CAMBRONERO, G, y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.,: *La Seguridad y la Salud Laboral en la Negociación*, *op. cit.*, p. 237.

³⁶⁴ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios...», *op.cit.* p.112.

Es un modelo de organización preventiva que podría tener un acomodo ventajoso en empresas con trabajadores extranjeros. El hecho de que los protagonistas en la prevención sean los propios compañeros de trabajo de diaria convivencia (o ellos mismos), y no terceros que acuden de forma más o menos esporádica al centro de trabajo con objetivos previamente definidos sobre los que puede existir cierto recelo por desconocimiento real de sus funciones, que conocen sus dificultades de comprensión del lenguaje o, incluso, hablan su propio idioma y también sus hábitos socio-culturales, supone abrir y allanar el camino para una plena participación e implicación del colectivo de estudio en la prevención de riesgos laborales.

Sería un acierto la inserción laboral del trabajador extranjero a través de su participación en las organizaciones preventivas. Desde la perspectiva colectiva se consideraría más eficaz, por la propia imagen positiva que daría de los diferentes programas de sensibilización y aceptación del colectivo inmigrante en las empresas. Es verdad que una de las estrategias necesarias para llevar a buen fin la aplicación de un programa de gestión de la diversidad en las empresas pasa por la participación de los representantes de los trabajadores, pero especialmente de los trabajadores extranjeros que pueden resultar afectados por aquel programa. Se debe afirmar que tan importante como involucrar a todo el personal, sea cual sea su origen en la planificación de estas políticas empresariales, también lo es que en los organismos de representación interno en la empresa de cualquier tipo se encuadren trabajadores que respondan a la diversidad de perfiles habidos en la empresa³⁶⁵. Más aún, desde la visión individual del trabajador extranjero, por el desarrollo profesional que supone y su adecuada integración en el mercado de trabajo.

Sin embargo, en este aspecto se podría encontrar situaciones de desigualdad. Sí prácticamente todas las grandes empresas y gran parte de las medianas cuentan con

³⁶⁵ CAMAS RODA, F.: «Ciudadanía y empresariado transnacional», *Ciudadanía y participación en tiempos de cambio. IX Seminario Inmigración y Europa*, Fundación ACSAR, noviembre 2012, p. 97.

programas propios de formación con una especificidad en la cuestión inmigrante³⁶⁶, no es así en las pequeñas empresas en las que el empresario no invertirá en contenidos adicionales de formación para los trabajadores extranjeros.

Con todo, considero que el fomento de este modelo organizativo preventivo es escaso y necesita de acciones directas de apoyo por parte de la Administración, no siendo suficiente los instrumentos y herramientas dispuestos en Internet³⁶⁷. Estas acciones podrían ir desde subvencionar la formación de los trabajadores a los empresarios que concreten su proyecto organizativo de designación, hasta asesorar y evaluar externamente el sistema preventivo por parte de los órganos autonómicos de seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo, las acciones de verificación por parte de la Administración Pública van dirigidas al incremento del control y la vigilancia, bien aumentando los efectivos de la ITSS, bien atribuyendo funciones de inspección a determinados funcionarios técnicos, los «técnicos habilitados», que trato en el siguiente capítulo, pero ignorando el obligado mandato legal de desarrollar funciones de promoción de la prevención y de asesoramiento técnico (art.7 LPRL).

Sería, en este delicado momento económico que padece el país y las empresas en particular, realizar un nuevo planteamiento de asesoramiento por parte de la administración dirigido a amparar y hacer sostenible todas las iniciativas empresariales de internalización de recursos preventivos.

3.2.2.3. Los servicios de prevención propios.

La aparente flexibilidad del art. 30 LPRL en relación a la modalidad organizativa a adoptar por la empresa se rompe en relación con los servicios de prevención propios. El art. 14 RSP impone de forma taxativa que el empresario deberá constituir un servicio de

³⁶⁶ CARNEIRO CANEDA, M.: «Aplicación de la responsabilidad social empresarial como modelo de gestión a la inmigración. La «Caixa» como una experiencia de éxito en la gestión de la integración inmigrante», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 307, 2008, p.157.

³⁶⁷ Como puede ser la ya citada herramienta virtual «Prevención 10», un servicio para el asesoramiento a microempresas, menos de 10 trabajadores, sobre la prevención de riesgos laborales y la seguridad en el puesto de trabajo..

prevención propio cuando las empresas cuenten con más de 500 trabajadores o, tratándose de empresas de entre 250 y 500 trabajadores, desarrollen alguna de las actividades incluidas en el anexo I. Fuera del criterio cuantitativo o de la peligrosidad de la actividad de la empresa, también deberán disponer de servicio propio las empresas respecto de las que así lo decida la autoridad laboral, previo informe de la ITSS y, en su caso, de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas. La decisión no ha de ser arbitraria sino atendiendo a circunstancias como la peligrosidad de la actividad desarrollada, o la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, y siempre que no se opte por el concierto con una entidad especializada ajena a la empresa, lo que parece limitar la decisión administrativa a las empresas en las que se haya asumido personalmente por el empresario la actividad preventiva o haya designado trabajadores, presumiendo, en definitiva, la eficacia y «buen hacer» de los servicios de prevención ajenos. Creo conveniente que se tendría que haber extendido esta previsión para las empresas en que concurren esas circunstancias, pero además tengan externalizado el servicio de prevención y se estime más conveniente, desde la efectividad preventiva, la disposición de una organización propia.

Fuera de estos supuestos requeridos reglamentariamente cabe la posibilidad de que la negociación colectiva imponga en otros la creación de un servicio propio, lo que configuraría un sistema de prevención más garantista o un mayor nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores que el legalmente impuesto. Precisamente, tal podría ser una de las manifestaciones más claras del principio de complementariedad entre ley y convenio y de acomodación a las necesidades específicas de las empresas, asegurando que la modalidad interna, que presupone mayor integración de la prevención de la empresa, tenga más virtualidad que la que deriva del régimen legal³⁶⁸. La realidad de la negociación colectiva es que fuera de los supuestos de la ley no se contemplan otras situaciones que exijan la constitución de los servicios propios³⁶⁹.

³⁶⁸ TUDELA CAMBRONERO, G y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. : *La seguridad y la salud laboral en la negociación...*, *op. cit.*, p.411

³⁶⁹ Dentro de las escasas excepciones, me topo con el CC de la Red Hospitalaria de Cataluña (DOGC de 4 de octubre de 2006) que en su artículo 70.10 exige que se constituya un servicio de prevención propio en

No me detengo en el cómputo de trabajadores al haber sido descrito cuando se describía la modalidad de asunción personal por el empresario. Baste recordar que el número de trabajadores a contar es el del conjunto de la empresa, con independencia del número de centros de trabajo. No existe una norma análoga al artículo 72 ET que permita promediar en términos anuales el número de trabajadores temporales, fijos o discontinuos lo que puede plantear problemas en empresas con oscilaciones estacionales de sus plantillas, que estarían obligadas a disponer de servicio de prevención interno durante unos meses y no durante otros.

Eso sí, cuando se trata de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria debe contabilizar el promedio mensual de trabajadores puestos a su disposición en los últimos doce meses y sumarlo al de trabajadores propios (art.8.2 RD 216/1999).

Para la constitución del servicio de prevención propio en empresas de entre 250 y 500 trabajadores que desarrollen alguna de las actividades del anexo I, resulta indiferente el hecho de que la empresa no realice más que una de las actividades de entre las listadas, o que no todo el conjunto de la plantilla realice una actividad o varias del citado anexo. E, incluso, con abstracción de si se trata de la actividad económica principal o accesorio de la empresa³⁷⁰.

En cuanto a su estructura, el servicio de prevención propio debe constituir una unidad organizativa específica³⁷¹ y sus integrantes dedicarán de forma exclusiva su actividad en

las empresas de más de 250 trabajadores, sin atender a la especial peligrosidad de la actividad, aunque también es cierto que es difícil imaginar que dentro de las múltiples tareas de la actividad hospitalaria no haya alguna enmarcada en el anexo I. El análisis de los convenios colectivos negociados en 2010 pone de manifiesto que hay una apuesta decidida bien por crear un servicio de prevención propio o mancomunado en el caso de grupos de empresas, en MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., PÉREZ CAMPOS, A.I., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva: un estudio ...*, op. cit, p.85.

³⁷⁰ Así lo ha entendido en reiteradas ocasiones la DGT en su resolución de consultas (entre otras, consulta de 18 de junio de 2007 y 13 de agosto de 2004).

³⁷¹ La Guía de actuación inspectora en servicios de prevención propios o mancomunados, elaborada por la DGITSS (<http://bit.ly/U3MawJ>), entiende que tiene que estar constituido como departamento, área o sección en la empresa.

la empresa a la finalidad del mismo (art. 15). Es un órgano estable dentro de la estructura empresarial, dotado de un elevado grado de tecnificación y cualificación del personal, por lo que es una opción muy adecuada para la organización de la prevención, pero que por su elevado coste sólo se impone a grandes empresas³⁷².

Sus integrantes han de dedicar de forma exclusiva su actividad en la empresa a la finalidad del mismo, impidiendo compatibilizar la labor de servicio de prevención con cualquier otra actividad laboral de la empresa, no siendo este requisito una mera formalidad, sino el modo en el que el RSP concibe un verdadero Servicio de Prevención Propio, que funcione con personas cualificadas que dispongan de todo el tiempo para ello³⁷³, aunque no se exige específicamente que ese trabajo exclusivo se desarrolle a tiempo completo.

Nuevamente, en cuanto a instalaciones y medios humanos y materiales requeridos para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa, se vuelve a redacciones imprecisas como «los necesarios» (15.2. RSP), sin que sirva como referencia la DM puesto que ella no contempla el servicio de prevención propio como modalidad de organización diferenciada³⁷⁴.

La ambigüedad legal tampoco es cubierta, en este supuesto, por la negociación colectiva, sin perjuicio de algún concreto convenio³⁷⁵, cuya referencia a estas cuestiones

³⁷² GARCIA ORTEGA, J.: «artículo 31. Servicios de prevención», AA.VV, PEREZ DE LOS COBOS, F. (Dtor.), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales comentada, op. cit.*, p.623.

³⁷³ Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, S de 21 de Enero de 2005 (rec. 1076/2001).

³⁷⁴ MORENO MARQUEZ, A.: «Servicios de Prevención», en AA.VV, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dtor), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords), *Comentarios a la Ley ...*, op. cit, p. 581.

³⁷⁵ Po ejemplo, el art. 82.2 del CC.de la empresa BP Oil España, SAU (BOE núm. 190 de 6 de agosto de 2010), que especifica que el Servicio de Prevención mancomunado de riesgos laborales de la empresa contará con las instalaciones, materiales y equipos existentes, para desarrollar las cuatro especialidades preventivas, concretando que cada una de ellas será desempeñada por un técnico superior que tenga la especialidad de que se trate y esté acreditado por la autoridad competente. Y tal puntualización también se advierte en el CC de CEPSA (BOE núm. 184 de 2 de agosto de 2011) estableciendo qué personal y con qué niveles de cualificación deben contarse en la cobertura de las disciplinas preventivas asumidas por el servicio de prevención propio (apartado 6.3. y 6.4. del capítulo IX del Convenio Colectivo).

en clara mejora del mínimo legal al identificar no sólo la obligación de disponer de las cuatro disciplinas preventivas, sino de reseñar los medios humanos con que las mismas deben contar³⁷⁶.

De cualquier modo, como mínimo, el servicio de prevención tendrá que contar con dos de las especialidades o disciplinas preventivas que integran la actividad preventiva, a saber, seguridad, higiene, ergonomía y psicología aplicada y, por último la vigilancia de la salud. A partir de ahí, las disciplinas no asumidas tendrán que ser concertadas con uno o más servicios de prevención ajenos (art. 15.4. RSP).

Cuando el servicio interno haya de prestar la actividad sanitaria se precisa que habrá de contar con la estructura y medios adecuados a la naturaleza de esta especialidad y considerar la confidencialidad de los datos médicos personales. La actividad sanitaria se desarrolla mediante una evaluación inicial de la salud, una evaluación de la salud de los trabajadores que se reincorporen al trabajo tras una prolongada ausencia por motivos de salud y una vigilancia a intervalos periódicos. Por ello los servicios deben contar con un médico especialista en Medicina del Trabajo o diplomado en Medicina de Empresa y un ATS/DUE de empresa, sin perjuicio de la participación de otros trabajadores (art. 37.3 RSP).

En un primer momento, el personal perteneciente a los servicios médicos de empresa en la fecha de entrada en vigor de la LPRL se integró en los servicios de prevención propios cuando se constituyeron, sin perjuicio de que continuasen efectuando aquellas funciones que tenían atribuidas, distintas de las propias del servicio de prevención (DA 2ª RSP). La finalidad perseguida con la integración era no desperdiciar profesionales, dar continuidad a los servicios y aprovechar la experiencia de colectivos que realizaron

³⁷⁶ TUDELA CAMBRONERO, G y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. : *La seguridad y la salud laboral en la negociación...*, op. cit, p.413.

el esfuerzo de acomodarse a las necesidades que en su momento se requerían de seguridad y salud laboral³⁷⁷.

Transcurrido el tiempo, el TS ha admitido que si la empresa procede a externalizar la actividad sanitaria es causa suficiente para acordar el despido objetivo por causas empresariales, siendo calificado como procedente en cuanto se acredita la necesidad de amortizar puestos de trabajo por causas objetivas que redundan en una mejor organización de los recursos³⁷⁸. Su análisis se centra en determinar si las funciones concertadas con un servicio de prevención ajeno cubren todo el campo de actuación que venía desarrollando el servicio médico de empresa y, sobre esa base razona que si el servicio externo realiza también estos cometidos, sería contrario a la buena organización de los recursos el mantenimiento de un servicio médico de empresa que se solapase con la actividad contratada³⁷⁹. Mantener lo contrario sería la dualidad de prestación en unos servicios innecesarios, que es contraria a la adecuada organización de los recursos que justifica el despido objetivo³⁸⁰.

Tampoco puede considerarse el preservar y mantener el servicio médico propio que proporcionaba una empresa como una condición más beneficiosa adquirida por los trabajadores, ya que su instauración y mantenimiento respondía sólo a exigencias normativas³⁸¹.

³⁷⁷ STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2003 (AS 2003, 4021 y 4175).

³⁷⁸ STS de 3 de octubre de 2000 (rec. 651/2000).

³⁷⁹ Igualmente se pronuncia la sentencia del TSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2009, rec. 3534/2009, al expresar que la externalización del servicio, ajustándolo a las disposiciones legales y homogeneizándolo en todos los centros de trabajo de la empresa es una razón organizativa suficiente para viabilizar la decisión empresarial y por eso la decisión no puede entenderse contraria a derecho. También la STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2009 (rec. 175/2009), declara la procedencia de la decisión extintiva empresarial por causas objetivas al quedar probada que se trata de una medida tendente a eliminar la duplicidad de personal dedicado a la misma función, y con ello mejorar su posición en el mercado.

³⁸⁰ ESTEVE SEGARRA, M.A.: «El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa (A propósito de las SSTS 3 y 4 de octubre de 2000, recursos 651/2000 y 4098/1999)», *Relaciones laborales*, núm. 21 (2001), p. 503.

³⁸¹ La STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2004 (rec. 68/2003) valora, para negar la existencia de condición más beneficiosa, que no se aprecia que el servicio médico que se tenía con

Siguiendo con la estructura y medios de estos servicios, y exclusivamente para lo que son servicios sanitarios, aplicables tanto a los servicios de prevención propios como ajenos, el RD 843/2011, de 17 de junio, sí establece los criterios básicos sobre la organización de dichos recursos. Su art. 4 exige que cuente con un director técnico, con el título de especialista en medicina del trabajo, además se concreta la cualificación del personal para el desempeño de sus competencias profesionales: los médicos deberán ser especialistas en medicina del trabajo o diplomados en medicina de empresa, y los enfermeros deberán ser especialistas en enfermería del trabajo o diplomados en enfermería de empresa. Aunque se permite la participación en el servicio sanitario de otros médicos o enfermeros especialistas en posesión del título oficial, en función de la capacitación asociada a su especialidad o disciplina, especificando que su tiempo de trabajo contará a efectos de dotación de recursos de los servicios sanitarios del servicio de prevención.

Respecto de la dedicación se contempla que el número de profesionales sanitarios y su horario sea adecuado a la población a vigilar, a los riesgos existentes y a las funciones que vayan a desarrollar. Se considera necesaria una Unidad Básica Sanitaria que esté constituida por un médico del trabajo o de empresa y un enfermero de empresa o del trabajo, a jornada completa para atender hasta dos mil trabajadores, y cuando no se supere la previsión de dos mil trabajadores podrán aceptarse horarios de dedicación del servicio *inferiores a la jornada completa*, en función del número de trabajadores y de los riesgos de las empresas, estableciendo como mínimo la mitad de la jornada laboral (art.4.3.e). En cualquier caso, el tiempo dedicado, como regla general, no deberá ser inferior a un tercio del tiempo de trabajo.

Al margen de la actividad sanitaria y a falta de una mayor precisión en cuanto medios humanos en el resto de actividades, el RSP obliga a los expertos adscritos a las diferentes disciplinas que acoja el servicio de prevención a que actúen de *forma*

anterioridad prestase unos servicios diferentes y más amplios a los legalmente exigidos en la normativa vigente en cada momento, sin perjuicio de que la mayor o menor proximidad de su ubicación con respecto al centro de trabajo se hubiera traducido en una visita más o menos asidua por parte de los trabajadores.

coordinada, en particular en relación con las funciones relativas al diseño preventivo de los puestos de trabajo, la identificación y evaluación de los riesgos, los planes de prevención y los planes de formación de los trabajadores.

La indefinición se extiende también a las instalaciones y los medios materiales. Éstos deben ser «necesarios». Y a pesar de la ya señalada referencia expresa a la negociación colectiva en el RSP (DA séptima), para, precisamente, establecer criterios para la determinación de los medios materiales de los servicios de prevención propios, resulta sorprendente el silencio convencional en la especificación de estos aspectos legales que, en aras de la reiterada flexibilidad y capacidad de adaptación a las circunstancias concretas, la ley identifica de forma muy ambigua³⁸².

Por tanto, será la auditoría a la que el servicio de prevención debe someterse (29.2. RSP) la que comprobará si los medios con los que cuenta son los adecuados para realizar las funciones preventivas en la empresa.

La auditoría es obligatoria tanto en esta modalidad de servicios propios de prevención como en la modalidad de trabajadores designados, y también para la modalidad mixta de combinación entre servicio de prevención propio y ajeno, en el que lo relevante es constatar cómo opera esa organización mixta en términos de eficacia y de integración de la prevención.

La auditoría implica un control, es decir, se trata de comprobar el estado del sistema de gestión de la prevención en la empresa y la forma para ello es detectar y valorar sus debilidades y fortalezas: los llamados puntos fuertes y puntos débiles del citado sistema. Los puntos fuertes serán los aspectos en los que se constata la eficacia del sistema, mientras que los débiles serán las deficiencias que se aprecian, que de hecho ponen de

³⁸² TUDELA CAMBRONERO, G., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La seguridad y la salud laboral en la negociación...*, *op. cit.*, p.412. Esta afirmación contiene alguna excepción: el CC. Vigilancia Integrada, SA. (BOE 31 marzo 2011) incluyen los que se denominan trabajadores colaboradores con el Servicio de prevención mancomunado que se configuran como el conjunto de trabajadores en los que la empresa delega las tareas preventivas más sencillas. Se trata de mandos intermedios tales como jefes de servicio e inspectores, que serán formados para el desarrollo de actividades preventivas de nivel básico.

manifiesto incumplimientos de la norma. A su vez, esta valoración tiene como finalidad la mejora y el perfeccionamiento del sistema. Por ello es también un instrumento de gestión que permite el control del cumplimiento de las normas y la introducción de mejoras³⁸³, el instrumento de gestión que valora la eficacia y detecta la deficiencia del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa³⁸⁴.

La última modificación normativa de esta materia, como ya señalé, es la llevada a cabo por RD 337/2010, que exime del control auditor a aquellas empresas que tengan menos de 50 trabajadores, siempre que no realicen actividades del anexo I, desarrollen las actividades preventivas con recursos propios, y la eficacia del sistema preventivo resulte evidente, pero sin determinar presupuesto valorativo alguno sobre la pretendida evidencia. Para ello, será necesario cumplimentar, y remitir a la Autoridad Laboral, una notificación sobre la concurrencia de estas condiciones.

La primera auditoría deberá llevarse a cabo dentro de los doce meses siguientes al momento en que se disponga de la planificación de la actividad preventiva (art. 30.4 RSP)³⁸⁵, período en el que ya ha habido una implantación y desarrollo de esta planificación, lo que permitirá que la auditoría tenga una mayor operatividad, y posibilitará que vaya más allá de comprobar que se ha realizado la evaluación y la planificación³⁸⁶. Es el momento en que el sistema, que en ningún caso será definitivo o

³⁸³ MORENO MARQUEZ, A.: «Modificaciones en materia de prevención de riesgos laborales introducidas por ...», *op. cit*, p. 979.

³⁸⁴ MERCADER UGUINA, J.R., MORENO SOLANA, A.: «Calidad del trabajo y reformas legislativas en materia de seguridad y salud», *Relaciones Laborales*, núm. 12 (2010), Quincena del 23 Jun. al 8 Jul. 2010, Año XXVI, p. 1145.

³⁸⁵ En su redacción inicial, hasta la reforma introducida por el RD 604/2006, de 19 de mayo, el RSP no contenía plazo de referencia alguno para la realización de la primera auditoría, si bien algunos pronunciamientos judiciales, como la sentencia del TSJ de Madrid de 4 de mayo de 2005 (JUR 2005/159867), afirmaban que, aunque el Reglamento no especificase cuando se debía realizar la primera de las auditorías del Servicio de prevención propio de cada empresa, si no se quería llegar a conclusiones que condujeran al absurdo de no poder exigir nunca esa primera auditoría, la entrada en vigor del Real Decreto, a los dos meses de su publicación, es decir el día 1 de abril de 1997, era el momento en el que las empresas que tienen Servicio de prevención propio debían solicitar que se les realizara la primera auditoría de dicho Servicio.

³⁸⁶ MORENO MARQUEZ, A.: «Modificaciones en materia de prevención de riesgos laborales introducidas por ...», *op. cit*, p. 979

estático, ha alcanzado su ciclo inicial completo, al haberse ordenado lo necesario para adoptar las medidas procedentes ante los riesgos detectados en la evaluación, y haberse puesto, consiguientemente, en marcha el plan de prevención. Al dejar a la decisión del empresario la determinación del momento en que se someterá a la auditoría, pues abre un plazo de doce meses, ésta puede llevarse a cabo desde el día siguiente a aquél en que la empresa disponga de la planificación de la actividad preventiva³⁸⁷.

Posteriormente, ha de ser repetida cada cuatro años, excepto cuando se realicen actividades incluidas en el anexo I del RSP, en el que las exigencias preventivas siempre son más rigurosas, y el plazo se reduce a dos años. Estos plazos de revisión pueden ampliarse en los supuestos en que la modalidad de organización preventiva de la empresa haya sido acordada con la representación especializada de los trabajadores en la empresa. Y también si así lo requiere 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, a la vista de los datos de siniestralidad o de otras circunstancias que pongan de manifiesto la necesidad de revisar los resultados de la última auditoría.

La auditoría debe ser realizada por personas físicas o jurídicas que, además de poseer un conocimiento suficiente de las materias y aspectos técnicos objeto de la misma y contar con los medios adecuados para ello, habrán de tener con la autorización de la autoridad laboral competente del lugar donde radiquen sus instalaciones principales (arts. 32 y 33 RSP).

En cuanto el procedimiento de auditoría, el art. 30 RSP detalla concienzudamente el contenido y la metodología en la práctica de la auditoría, introduciendo un procedimiento mínimo en cuatro fases: análisis de documentación e información; análisis de campo; evaluación de la adecuación del sistema de prevención de la empresa a la normativa de prevención y la última de conclusiones sobre la eficacia del sistema de

³⁸⁷ Consulta de la DGT de 8 de noviembre de 2006 sobre fecha inicial del cómputo de plazo para la realización de la primera auditoría.

prevención de riesgos de la empresa. Me interesa especialmente la segunda fase, el análisis de campo, dirigido a verificar que el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos, la planificación de la actividad preventiva refleja con exactitud y precisión la realidad preventiva de la empresa.

El análisis de campo, reglamentariamente, exige visita a los puestos de trabajo. Aquí no me detengo en los diferentes procedimientos y manuales de auditorías en uso seguidos por las entidades auditoras, sino expresamente en lo útil que resultará para la realización del informe y las notas conclusivas estas visitas. Estas visitas deberían observar los equipos y las condiciones de trabajo desde el punto de vista preventivo, pero además las personas que los ocupan, instando sus propios comentarios para intuir la forma de trabajar de la organización. Comprobaciones del tipo de si hay trabajadores que reciben información y formación en un idioma que les es desconocido, observadas directamente por el auditor, puede constituir una evidencia objetiva en la que fundamentar conclusiones finales sobre la eficacia del sistema preventivo de la empresa³⁸⁸.

En el caso de empresas en las que existen numerosos puestos de trabajo (e incluso unidades o centros de trabajo) de iguales o muy similares características, no será necesario que se visiten todos y cada uno de esos puestos o centros, siempre que la muestra de los visitados sea representativa del conjunto y su tamaño se determine teniendo en cuenta tanto el «grado de homogeneidad previsible» de dicho conjunto como la naturaleza y gravedad de los riesgos existentes³⁸⁹.

Es en esta fase donde se valorará si la evaluación se ha realizado teniendo en cuenta las condiciones del puesto de trabajo (existentes o previstas) y las condiciones del trabajador que pueda ocuparlo considerando, en su caso, la necesidad de asegurar la

³⁸⁸ Para la entidad auditora AUDELCO, *Auditoría de los Sistemas de Prevención de Riesgos Laborales*, 2ª edición, p. 68: el objeto con el que se desarrolla la auditoría no podrá realizarse correctamente sin la obtención de pruebas sobre las que construir conclusiones, y estos hallazgos o evidencias objetivas se obtendrán a través de entrevistas y observación de los trabajos.

³⁸⁹ Criterios del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo para la realización de las auditorías del sistema de prevención de riesgos laborales reguladas en el Capítulo V del Reglamento de los Servicios de Prevención, <http://bit.ly/ZTRJAg> (última consulta, 27 de diciembre de 2012).

protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (por sus características personales, estado biológico o discapacidad física, psíquica o sensorial)³⁹⁰.

A partir de todos los aspectos que se han ido comprobando, documentos, informaciones, y de los datos extraídos en el análisis de campo, se podrá llegar a determinar si hay una adecuación del sistema en su totalidad a la normativa preventiva, o si esto no sucede para ciertos aspectos, porque lo que existe es un incumplimiento de la normativa. O a señalar que, aunque se cumple, podrían establecerse ciertas mejoras. En definitiva, las fases anteriores tendrán carácter instrumental con respecto a la tercera fase, de adecuación del sistema de prevención de la empresa a la normativa de prevención de riesgos laborales y, la última, de conclusiones sobre la eficacia del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa. Todos los hallazgos que sean un incumplimiento legal y un riesgo para el buen funcionamiento del sistema serán reflejados como no conformidades cuando reflejen fallos sistemáticos, si bien en los informes también se ponen de manifiesto aquellos fallos no sistemáticos que deban corregirse (incumplimientos no sistemáticos)³⁹¹.

Los resultados de la auditoría deberán quedar reflejados en un informe que la empresa auditada deberá mantener a disposición de la autoridad laboral competente y de los representantes de los trabajadores³⁹². La norma (art. 31) recoge pormenorizadamente el contenido de este informe que no se deja al arbitrio de la persona física o jurídica que lo realice³⁹³.

³⁹⁰ INSHT, *Gestión de la prevención de riesgos laborales en la pequeña y mediana empresa*, <http://bit.ly/YQx224>.

³⁹¹ DE SALAS NESTARES, C, MANZANO SANZ, F.: «Desarrollo práctico de las auditorías de sistemas de prevención de riesgos laborales», *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, BIB 2004/956, Aranzadi, p.3,

³⁹² La falta de informe definitivo no implica que exista un incumplimiento de la obligación de someter el sistema de prevención de la empresa a una auditoría, *vid*, STSJ de Madrid de 14 de junio de 2004 (JUR 2004/315832)

³⁹³ MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «La modificación del Reglamento de los Servicios de Prevención», *Diario la Ley*, núm. 6511, 23 de junio de 2006, p.1.

Por último, no hay que olvidar la importancia que tienen los representantes de los trabajadores en todo este proceso. El art. 30.5 RSP hace referencia a la obligación del empresario de consultar a los trabajadores y permitir su participación en la realización de la auditoría de acuerdo con lo establecido en el capítulo V de la LPRL. La norma también establece una obligación para el auditor ya que debe recabar información de estos representantes sobre los elementos que constituyen el contenido de la auditoría, lo que en la práctica ya se venía haciendo por algunas empresas auditoras ³⁹⁴.

Como breve conclusión, la reflexión de que los servicios de prevención propios al igual que la designación de trabajadores son modelos organizativos muy apropiados para empresas que tengan en su plantilla trabajadores extranjeros con dificultades de integración laboral, dada la proximidad de los recursos a los mismos. En general, se configuran como el paradigma organizativo más adecuado desde el punto de vista del juego tutelar y constituyen, frente a la modalidad externa, una fórmula más garantista dadas las mayores exigencias para su constitución que se imponen reglamentariamente, como la exigencia de su sumisión a auditorías periódicas. Favorecen además un estilo organizativo propio en consonancia con el resto de la organización de la empresa y suponen un seguimiento y control de los riesgos desde adentro, considerando peculiaridades propias que un servicio de prevención ajeno difícilmente podría llegar a captar en su totalidad³⁹⁵. Ahora bien, el grado de especialización, capacitación y dedicación de los integrantes del servicio propio hace que no sea un coste asumible por todo tipo de empresas, sino sólo por las empresas a cuyo tamaño de plantilla se dirige. Precisamente, la cualificación requerida a su personal constituye un impedimento para que los propios trabajadores extranjeros se adscriban a esta organización preventiva, generalmente porque es difícil que la tengan o aunque dispongan de ella, no la tienen reconocida oficialmente.

³⁹⁴ MORENO MARQUEZ, A.: «Modificaciones en materia de prevención de riesgos laborales introducidas por ...», *op. cit*, p. 982.

³⁹⁵ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «Propuestas para la reforma del marco normativo sobre los servicios de prevención», *Aranzadi Social*, núm. 4/2012.

3.2.2.4. Los recursos preventivos.

Los recursos preventivos, contemplados en el art 32 bis LPRL, fueron introducidos por la reforma de dicha ley en el año 2003, la ya citada ley 54/2003, de 12 de diciembre. Una innovación que vino a reforzar el aparato de medidas tendentes a evitar la producción de accidentes en el trabajo mediante la exigencia de la presencia efectiva de determinados sujetos con responsabilidades en materia de prevención³⁹⁶. Es una medida reservada a aquellos casos en los que la experiencia acumulada evidencia la concentración de mayor siniestralidad.

El desarrollo reglamentario vino de la mano del RD 604/2006, de 19 de mayo, mediante la introducción de un nuevo artículo 22 bis en el RSP, fundamentalmente para establecer las actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales que, como uno de los supuestos que determinan dicha presencia, requiere de tal desarrollo.

Esta reforma intentaba abordar la problemática que arrastra, incluso a día de hoy, nuestra normativa de prevención y que es el acatamiento meramente formal o burocrático de sus mandatos³⁹⁷, consecuencia del hecho de haberse producido en muchas empresas un proceso de externalización de la actividad preventiva, cuyo efecto es una escasa presencia en los centros de trabajo de los técnicos de los servicios de prevención ajenos, más allá de la necesaria para llevar a cabo la evaluación de riesgos, la planificación de la actividad preventiva, la realización de cursos de formación y, en su caso, de los exámenes para la vigilancia de la salud³⁹⁸.

Por eso, una de las vías previstas por la reforma para la ejecución efectiva de la actividad preventiva es la de prever la necesidad de que determinadas modalidades de

³⁹⁶ RAMOS QUINTANA, M.I. : «El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos...», *op.cit.*, p.6.

³⁹⁷ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios...», *op.cit.* p.88.

³⁹⁸ Según expresa la DGITSS en su criterio técnico núm. 83/2010 sobre la presencia de recursos preventivos en las empresas, centros y lugares de trabajo. [http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion al Ciudadano/Criterios Tecnicos/index.html](http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion%20al%20Ciudadano/Criterios%20Tecnicos/index.html).

servicios de prevención, que hayan sido asumidas o concertadas por las empresas, estén presentes en el centro de trabajo, no en todo tipo de actividades sino sólo en algunas de carácter específico: en determinados supuestos de concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente, que puedan suponer un agravamiento o modificación de los riesgos laborales y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo; cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o de carácter especial; o finalmente, cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁹⁹.

Es interesante destacar la ubicación del propio artículo 32 bis, que no parece aleatoria, por cuanto una vez se ha hecho mención de todos los servicios de prevención, tanto internos como externos, se incorpora dicho precepto antes del capítulo siguiente (el V), dando a entender a priori que la finalidad es tan simple, y a la vez tan estricta, como que cualquiera que haya sido la forma de organizar la prevención en la empresa (prevención interna y/o externa), en determinadas circunstancias de especial peligrosidad, habrán de existir determinados prevencionistas con una presencia física en el centro de trabajo y con unas funciones claramente de vigilancia⁴⁰⁰. Además, la inclusión es bastante coherente, en tanto dichos recursos, salvo cierta excepción, se identifican con alguna de las modalidades de organización de la prevención en la empresa y, por tanto, ya debían estar presentes en el centro de trabajo⁴⁰¹.

Los recursos preventivos son designados por el empresario y éste puede asignar la presencia a uno o varios trabajadores designados de la empresa; uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa; uno o varios miembros del o los

³⁹⁹ CAMAS RODA, F.: «El proyecto de ley de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales (la seguridad y salud en el trabajo como cuestión prioritaria)», *Aranzadi Social*, núm. 12, 2003, p.8.

⁴⁰⁰ LUQUE PARRA, M.: « Recursos preventivos: una conceptualización compleja a la luz de las últimas reformas normativas», *IUSlabor*, 2/2007,

⁴⁰¹ MORENO MÁRQUEZ, A.: «Capítulo IV: servicios de prevención», en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de...*, *op. cit.*, p. 635.

servicios de prevención ajenos concertados por la empresa. Eso sí, cuando la presencia sea realizada por diferentes recursos preventivos, éstos deberán colaborar entre sí (32.bis.2 LPRL). En el elenco de personas que pueden ser recurso preventivo está excluida la figura del empresario, que a pesar de elegir la modalidad organizativa que estime más oportuna y aunque haya asumido funciones de servicio de prevención a través de la opción de la asunción personal, nunca podrá ser recurso preventivo⁴⁰².

La asignación debiera ir conectada con la modalidad organizativa adoptada por la empresa, bien el tipo de servicio de prevención elegido o creado o bien por la designación de trabajadores efectuada. No obstante, el empresario puede asignar la presencia de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios y cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones del nivel básico (art. 32. Bis. 4 LPRL).

Por consiguiente, es una vía complementaria o de refuerzo de la modalidad implantada de organización preventiva exigible para determinadas actividades o circunstancias de especial riesgo. Dado que los recursos preventivos realizan tareas preventivas, pero no necesariamente integrados en la propia estructura preventiva de la empresa, es en el supuesto de servicio de prevención ajeno donde mejor se entiende cuál es la finalidad perseguida con esta nueva figura que entra en escena en el campo preventivo y las deficiencias que se intentan subsanar, aspecto algo más difícil de comprender cuando la modalidad organizativa implantada en la empresa es la interna⁴⁰³.

Para la regulación de la figura se retoma la técnica jurídica de la indeterminación en todos sus aspectos. De inicio, respecto de los supuestos de actividades empresariales con obligada presencia (art.22.bis.1 RSP), excepto el segundo relativo a actividades o

⁴⁰² GARCÍA VIÑA, J.: «Primeras aproximaciones a la ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, núm.19, 2003, p.17.

⁴⁰³ IGARTUA MIRÓ, M. T.: «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios...», *op.cit.* p.105.

procesos peligrosos o con riesgos especiales, cuya reglamentaria delimitación se llevo a cabo por el RD 604/2006, los otros dos son excesivamente generales, tanto respecto del motivo por el cual los riesgos puedan verse agravados o modificados, en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo, como en el caso de que la necesidad de dicha presencia sea requerida por la ITSS, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas. Respecto de las diferentes situaciones se ha dictado por la DGITSS el criterio técnico expresado, el 83/2010⁴⁰⁴, sobre la presencia de recursos preventivos en las empresas, centros y lugares de trabajo, con la finalidad, al menos, de garantizar una actuación inspectora homogénea en los tres supuestos motivadores de la presencia de esta figura.

La ambigüedad sigue con los requisitos que han de cumplir los recursos preventivos. Éstos han de poseer «capacidad suficiente», sin criterio alguno para concretar el término indeterminado de la suficiencia, y sin prever, siquiera, que sean los sujetos negociadores los que puedan establecer las pautas para su concreción, al margen de que esta solución tampoco haya dado resultados en el caso de los trabajadores designados o los integrantes de los servicios de prevención⁴⁰⁵.

Sin perjuicio de lo indicado, el precepto adelanta un criterio a tomar en consideración a la hora de determinar la capacidad suficiente de los recursos preventivos: que el trabajador cuente con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones del nivel básico, siempre que, además, reúna los conocimientos, la

⁴⁰⁴ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, <http://bit.ly/RuEuRR> (última consulta 6 de abril de 2013).

⁴⁰⁵ MORENO MARQUEZ, A.: «Modificaciones en materia de prevención de riesgos laborales introducidas por el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo», *Relaciones Laborales*, núm. 18 (2006), Quincena del 23 Septiembre al 8 Octubre 2006, p. 979, Tomo 2, Editorial LA LEY.

cualificación y la experiencia necesaria en las actividades y procesos en los que sea necesaria su presencia⁴⁰⁶.

Esta identificación de capacidad-nivel básico ha repercutido intensamente en el cumplimiento empresarial de la obligación, procediendo, según revela la experiencia profesional, a designar o elegir trabajadores a los que han dotado previamente de esta formación a través de la realización del curso de nivel básico. Lo que otra vez lleva a plantear si la opción escogida es el cumplimiento más o menos formal de la obligación preventiva.

También deben ser «suficientes» en número para vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas, pero no se establece un número determinado, dependerá del supuesto motivador. Si la necesidad es detectada por la empresa, la forma y modo de la presencia y el propio número de efectivos quedará determinada en la planificación de la actividad preventiva (arts. 8 y 9 RSP). Si es requerida por la ITSS, la propuesta del número podrá venir en el requerimiento por iniciativa justificada del inspector o aceptando la propuesta empresarial.

Los medios de los que han de disponer son los «necesarios». La no especificación de estos medios no es óbice para que su incumplimiento se halle perfectamente tipificado como infracción grave en el art. 12.15.a) TRLISOS, lo que exige un esfuerzo de ponderación por parte de la ITSS⁴⁰⁷.

Considerando la regulación legal inconcreta e insuficiente en aspectos básicos como naturaleza, entidad y funciones, es la doctrina judicial, al hilo de procesos de accidente de trabajo, la que está perfilando la relevancia del carácter de la figura del recurso preventivo. Así, la STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 2012, rec. 1485/2012, a pesar de valorar que el tanto de culpa imputable al trabajador es relevante, la empresa

⁴⁰⁶ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: «art. 32 bis. Presencia de los recursos preventivos», en PEREZ DE LOS COBOS, F. (Director), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales ...*, op. cit., p. 680.

⁴⁰⁷ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «Propuestas para la reforma del marco normativo...», op. cit.p.22.

había incumplido en tanto no se encontraba presente en la zona de trabajo, cuando ocurrió el accidente, el recurso preventivo. O la STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2012, rec. 439/2011, que afirma que la ausencia, aún temporal del recurso preventivo (estaba en una visita médica), debió dar lugar a una paralización momentánea de los trabajos con riesgo de amianto.

El TSJ de Galicia, en sentencia de 30 de noviembre de 2009 (núm. 1353/2009), manifiesta que este personal de seguridad no puede estar de mero adorno formal en los diferentes centros de trabajo, sino que su concreta misión reside desde luego en procurar activamente, incluso mediante órdenes inmediatas y concretas al resto del personal laboral para que modifique en cada arriesgado caso concreto su inidónea conducta profesional-laboral por incurrir precisamente en *proscribibles* extremos de riesgo. Concluyendo que de su desidioso proceder debe responder la entidad empresarial empleadora de los citados recursos.

De interés resulta, a los efectos de destacar la inutilidad de actitud de ciertas empresas que entienden cumplimentada la obligación de contar con recursos preventivos con la impartición de cursos de nivel básico a la totalidad o parte de su plantilla, la sentencia del TSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2010, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª (Sentencia núm. 293/2010 de 6 mayo). En ella se estima que los recursos preventivos están investidos de una autoridad que les faculta a dar instrucciones, además de ejercer relevantes funciones de vigilancia del cumplimiento, suficiencia y adecuación de las medidas preventivas, haciéndoles garantes del control del riesgo, lo que pone de relieve la importancia que esta figura tiene en materia preventiva, que impide *la asunción tácita* de dicha condición. La sentencia sopesa, a la hora de determinar si la empresa incumplió con la designación de recurso preventivo, si podía considerar como tal al encargado que dio las órdenes, el cual en principio podría tener la capacidad suficiente para ostentar la condición de recurso preventivo, al tener el nivel básico de formación en materia de prevención de riesgos laborales. Finalmente infiere que no, al no constar acreditado que hubiera sido designado por el empresario a estos efectos, ya que se entiende necesario no sólo la formación sino que se disponga de los

medios necesarios y que sean suficientes en número para vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas.

Por último, destacar el pronunciamiento del juzgado contencioso núm. 2 de León, de 21 de diciembre de 2007, Sentencia núm. 272/2007, que acentúa la importancia de la acción de vigilancia de esta figura al estimar que si al recurso preventivo le corresponde vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas, no puede simultanear dicha tarea con aquella otra que es precisamente la que pretende evitar el riesgo con una medida suplementaria de cuidado o vigilancia⁴⁰⁸.

Es claro que el objetivo de la reforma de 2003 es la potenciación de los recursos preventivos internos en las empresas, si bien no valoro su total acierto. Para la DM lo fundamental es el trabajador designado y como complementario el servicio de prevención ajeno. La reforma hace que en la normativa española, si la empresa ha optado por un servicio ajeno, éste es el fundamental y lo complementario y solo para determinadas actividades y en determinadas ocasiones el recurso preventivo propio⁴⁰⁹.

Para la población laboral inmigrante la valoración es igual que lo dicho para las organizaciones preventivas internas. Factor clave de integración y sensibilización preventiva es que sean los trabajadores extranjeros a los que se les asigne esta función por parte del empresario. Para ello, y este es la traba más importante, es que han de disponer de la formación adecuada o, al menos, la correspondiente al nivel básico y hoy,

⁴⁰⁸ Las circunstancias del caso es que el trabajador accidentado, con la categoría de Oficial de 1ª, había realizado un curso de prevención de cincuenta horas. Era precisamente uno de los recursos preventivos y fue el que de forma inadecuada, intentó desenganchar una carga situándose en la zona de proyección del mismo. El juez razona que si en la operación de descarga hubiese existido la vigilancia efectiva de un recurso preventivo, con independencia del propio que maniobraba, se habría evitado que el estrobador hubiese intentado desenganchar la estructura en la forma que lo hizo, incluso podría haber percibido que su estado no era el adecuado para efectuar la labor encomendada. Por tanto, la empresa no observó la debida vigilancia en el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, consistentes en la intervención de un recurso preventivo, *distinto al trabajador accidentado*, que habría permitido que desarrollase su trabajo de forma que eliminase el riesgo o que no lo efectuase si no estaba en estado adecuado.

⁴⁰⁹ Estudio monográfico becado por la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León, *La calidad de los Servicios de Prevención*, año 2009, <http://bit.ly/UtoFDt> (última consulta 2 de enero de 2013).

ni las entidades ni organizaciones formativas prevén diseños adecuados para que este tipo de formación sea accesible a los trabajadores inmigrantes a no ser que hayan logrado un grado de integración tal que conozcan a la perfección las lenguas oficiales⁴¹⁰.

3.2.2.5. Los objetivos de la Estrategia 2007-2012 en recursos internos.

Objetivo 2 de la Estrategia y, repito, sobre la base de que en la práctica casi 3 de cada 4 empresas españolas han optado por un servicio de prevención ajeno, es que a lo largo del periodo de ejecución de la misma, y adecuando las características de los recursos propios de las empresas a su realidad, se fomentará un sistema preventivo centrado en la incentivación y el máximo aprovechamiento de los recursos preventivos propios de la empresa y en el que se perfeccione la complementariedad de los recursos ajenos.

Para alcanzar este objetivo, la EESST 2007 propone, entre otras, como líneas de actuación, que todas las políticas y la propia normativa de prevención de riesgos laborales potencien la disposición de recursos preventivos propios. Para ello se establecerán bonificaciones en la cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de las empresas que, sin tener obligación legal de constituir un servicio de prevención propio, decidan tener recursos preventivos propios, ligado todo ello a criterios de calidad y resultados. También, se establecerán bonificaciones para la contratación de trabajadores designados con formación mínima de nivel intermedio y dedicación efectiva a tareas preventivas (incluidos aquellos designados por la empresa para actuar como interlocutor para relacionarse con el servicio de prevención ajeno) o que formen parte del servicio de prevención propio, ligado todo ello a criterios de calidad y resultados.

Por otro lado, y para alentar la constitución de un mayor número de servicios de prevención propios en las empresas, se estudiará la posibilidad de que los servicios de

⁴¹⁰ Es reconocido, de forma particular, por los servicios de prevención ajenos el elevado nivel de trabajadores extranjeros que no superan las evaluaciones del nivel formativo básico en comparación con los no nacionales, circunstancia que se observa, pero sobre la que no se actúa y en la que se concluye de forma simple atribuyéndolo al bajo nivel educativo de dichos trabajadores y no a otros aspectos como la disminución de su capacidad de comprensión por la lengua utilizada en los manuales de estudio.

prevención propios puedan subcontratar determinados y puntuales medios necesarios para la realización de las actividades preventivas a desarrollar en la empresa, especialmente en los casos en que la dispersión geográfica de algunos centros de trabajo o el elevado coste de algunos medios materiales no favorecen la constitución de servicios de prevención propios.

Por último, la política de formación favorecerá especialmente la formación de trabajadores para el desempeño de funciones de nivel básico, intermedio o superior en prevención de riesgos laborales en las empresas en las que están ocupados.

Finalizado el período marcado por la actual EESST, el balance es el siguiente:

En primer lugar, respecto de la formación se constituyó en el seno de la CNSST un grupo de trabajo orientado a formular propuestas encaminadas a potenciarla, que permitiera desarrollar lo establecido en el objetivo 6 de la Estrategia. Constituido con fecha 25 de febrero de 2008, fue aprobado en su totalidad el 21 de junio de 2011 el Plan Nacional de Formación que recoge medidas para potenciar la formación y sensibilización en materia preventiva tanto en el sistema educativo, como en los trabajadores y empresarios.

En segundo lugar, y relativo a las bonificaciones en las cotizaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el impulso no viene aislado, sino combinado con otro de los objetivos operativos y líneas de actuación recogidos en la EESST (2007), tal es el estudio por el Gobierno de la posibilidad de establecer sistemas de reducción de la cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales en los supuestos de empresas que acrediten que su índice de siniestralidad es reducido en relación con el que corresponde a su sector de actividad, una vez establecidos los índices de siniestralidad de los diferentes sectores respecto de dicha cotización.

Este estudio se ha plasmado en el RD 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias

profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Para acceder a esta reducción, las empresas además del cumplimiento de los requisitos preventivos básicos, deberán acreditar el desarrollo o la realización de dos acciones entre 5 relacionadas y una de ellas es la incorporación a la plantilla de recursos preventivos propios (trabajadores designados o servicio de prevención propio), aun cuando no esté legalmente obligada a efectuarlo, o ampliación de los recursos propios existentes⁴¹¹.

Cuando se trate de pequeñas empresas, se deberá justificar la realización de, o bien la asunción por el empresario de la actividad preventiva o designación de trabajadores de la empresa que asuman dicha actividad, o bien la obtención por el empresario o los trabajadores designados que vayan a asumir las tareas preventivas, de *formación real y efectiva*⁴¹² en materia de prevención de riesgos laborales.

Por último, sobre el resto de acciones de bonificación no se ha aprobado ninguna medida, ni se han establecido bonificaciones a la contratación de recursos propios con formación de nivel intermedio, ni directamente bonificación en las cuotas a ingresar por contingencias profesionales por dichas contrataciones o incrementos de estos recursos internos. Lo que, en principio, parecía un planteamiento serio de internalización de recursos y acciones preventivas ha quedado en meras proposiciones no respaldadas por acciones públicas de apoyo a esta modalidad.

3.2.2.6. Los Servicios de Prevención Ajenos

Por servicio de prevención ajeno, de acuerdo con el concepto legal, se entiende el prestado por una entidad especializada que concierta con la empresa la realización de

⁴¹¹ La incorporación y el mantenimiento en los servicios de prevención propios de médicos especialistas en medicina del trabajo o médicos de empresa y/o de enfermeros diplomados en enfermería de empresa o con título oficial de especialista en enfermería del trabajo, en número superior al mínimo fijado en el anexo I *Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención*, se considera como incremento de la plantilla de los recursos preventivos propios.

⁴¹² No señala la norma las condiciones que debe reunir esa formación real y efectiva, pero parece que se sospecha de la formación impartida en cumplimiento de la prescripción del artículo 19 de la LPRL.

actividades de prevención, el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgos o ambas actuaciones conjuntamente. (art. 10.2 RSP).

Conceptualmente, un servicio de prevención ajeno es la entidad acreditada por la autoridad laboral que, constituida por un conjunto de medios humanos y materiales necesarios, concierta con las empresas la realización de 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 especializados⁴¹³. Su función principal es realizar, en nombre y por cuenta del empresario todas las actividades preventivas que son obligación de éste⁴¹⁴. Y no deja de ser una organización empresarial puesta en el mercado, a la que recurren empresarios concretos para atender sus obligaciones en materia de seguridad y salud laborales⁴¹⁵.

Para poder actuar como servicios de prevención, las entidades especializadas deben ser objeto de una acreditación por la autoridad laboral, acreditación que desde la «ley omnibús» será única y con validez en todo el territorio español. El RSP se encarga de establecer en su capítulo IV todos los requisitos para el sistema de acreditación y mantenimiento de sus condiciones.

Cómo ya he ido indicando, es la organización preventiva mayoritariamente escogida por las empresas, de aquí que unos de los aspectos que más interés jurídico y práctico han suscitado es el de la calidad de los servicios que prestan estas entidades, o más bien la escasa calidad del servicio prestado o la insuficiencia de recursos para el desarrollo de las actividades encomendadas⁴¹⁶. Preocupación que recoge la EESST 2007-2012 en el

⁴¹³ BLASCO MAYOR, A.: « La externalización de las actividades de prevención de riesgos laborales», *op. cit.*, p. 7.

⁴¹⁴ MUT GONZÁLEZ, F.: « La organización del servicio de prevención de riesgos laborales. Obligaciones y responsabilidades... », *op. cit.*, p. 379.

⁴¹⁵ LOPEZ-ROMERO GONZALEZ, M.P.: «La organización de la prevención en la empresa: los servicios...», *op. cit.*, p. 915.

⁴¹⁶ FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «Propuestas para la reforma del marco normativo...», *op. cit.* p.5.

objetivo núm. 2 dirigido a mejorar la eficacia y la calidad del sistema de prevención. Entre sus líneas de actuación propone, entre otras, la de establecer unos criterios de calidad y eficacia exigibles a los Servicios de prevención ajenos basados en «ratios» de medios humanos y materiales de los que deben disponer en función del número de trabajadores, el tiempo de respuesta para los servicios requeridos, los criterios de calidad del servicio y la peligrosidad de las actividades de las empresas con las que tuvieran suscritos conciertos.

En desarrollo de este objetivo, se publicó la reforma del RSP por RD 337/2010, de 19 de marzo⁴¹⁷, que modifica contenidos relacionados con la acreditación. En definitiva, son los mismos requisitos que ya se recogían con la normativa anterior, solo que ahora han quedado mejor definidos y se ha incrementado el nivel de exigencia en algunos aspectos⁴¹⁸.

En primer lugar, se establece una acreditación única para estas entidades y se elimina el trámite de acreditación provisional existente hasta la fecha. En la actualidad, la acreditación ha de entenderse definitiva desde el momento de su concesión, favoreciéndose así la supresión de trabas de carácter administrativo en la constitución de este tipo de entidades de servicios⁴¹⁹. Se define mejor tanto los requisitos de acreditación como el campo de actuación (y de exclusión) de tales servicios. Ello conlleva que se garantice la homogeneidad en la acreditación de la entidad especializada en todo el territorio español.

El incremento de la calidad del servicio a prestar a las empresas se obtiene mediante una determinación más completa del contenido de los conciertos preventivos con las empresas, y sienta las bases de los recursos, tanto humanos como materiales, de que

⁴¹⁷ BOE núm. 71 de 23 de marzo de 2010.

⁴¹⁸ MERCADER UGUINA, J.R., MORENO SOLANA, A.: «Calidad del trabajo y reformas legislativas en materia de seguridad y salud», *Relaciones laborales*, Quincena del 23 Jun. al 8 Jul. 2010, Año XXVI, pág. 1145, Tomo 1, Editorial LA LEY.

⁴¹⁹ ROJAS MARIN, J.C., : «Modificaciones introducidas por la Ley 25/2009 en materia de Prevención de Riesgos Laborales», *Aranzadi Social*, núm. 14 (2010), Editorial Aranzadi SA, Pamplona (2010), p. 15

deben disponer los servicios de prevención ajenos para prestar un servicio de calidad, y que han de estar en relación con factores diversos, en especial, tamaño y actividad de las empresas y número de trabajadores cubiertos por los conciertos.

Por último se exige que los servicios de prevención ajenos habrán de disponer para su acreditación de las cuatro especialidades o disciplinas preventivas fijadas en el Reglamento de los Servicios de Prevención, sin perjuicio de establecer un período o plazo de adaptación de un año para las entidades que ya se encuentran acreditadas (plazo que finalizó el 24 de marzo de 2011).

El RD 337/2010 no estuvo exento de oposición. Así, un grupo de entidades interpusieron recurso contencioso administrativo contra la norma reglamentaria por diferentes aspectos de su contenido, y sobre los que ya se ha pronunciado el TS en sentencia de 29 de febrero de 2012, (Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª, rec. 234/2010), desestimando el recurso de casación presentado⁴²⁰.

Un motivo objeto de impugnación es la insuficiencia de la memoria económica de la norma, que se limita a expresar «que carece por completo de implicaciones presupuestarias dado que no supone incremento del gasto público ni disminución de ingresos públicos». Desde la óptica de las Organizaciones Empresariales impugnantes, se entiende que toda modificación que conduzca a elevar la calidad de los servicios de prevención ajenos y de la prevención de riesgos laborales en su conjunto es y será siempre bienvenida, pero la modificación contemplada, lejos de procurar esta mejora podría afectar a la viabilidad de muchas entidades que operan en la actualidad como servicios de prevención, y conducir a la acreditación y consiguiente prestación de dicha disciplina preventiva de un modo puramente formal o documental. El TS desestima este motivo al entender que, dada la naturaleza de la disposición impugnada que proyecta su

⁴²⁰ Idéntico pronunciamiento la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 29 Feb. 2012, rec. 235/2010

eficacia exclusivamente en el ámbito de determinadas sociedades privadas, no parece desacertada la afirmación de que no tiene incidencia sobre el gasto público.

Otro argumento impugnatorio a destacar en este estudio, debido a la índole diversa de todos los motivos, es que la DT 1ª de la norma impugnada concede a las entidades especializadas para actuar como servicios de prevención el plazo de un año para estar en condiciones de acreditarse en las cuatro disciplinas o especialidades preventivas y contar con las instalaciones y los recursos materiales y humanos, lo que se considera que dicha disposición impone un aplicación retroactiva de la norma contraria al art. 9.3. CE. El TS no considera contraria a dicho precepto una norma que no solo se aplica a los efectos futuros de una situación de hecho anterior, sino que concede a las entidades afectadas por ella un plazo, que en modo alguno se ha acreditado que sea irrazonable, arbitrario o de imposible cumplimiento, para adaptarse a la nueva situación.

La norma se ha desarrollado por Orden TIN/2504/2010, de 20 de septiembre⁴²¹, que ha precisado y detallado los medios anunciados en el RSP, tanto humanos como materiales, de que deben disponer los servicios de prevención para prestar un servicio de calidad. No se trata de una decisión ministerial, como reza en su introducción, sino que refleja el resultado del diálogo entre la Administración General del Estado y las CC.AA, y entre aquélla y los interlocutores sociales a lo largo de todo el año 2009, que concluyó en un documento de consenso de actuaciones para la mejora de la calidad y eficacia del sistema de prevención de riesgos laborales.

Este desarrollo era absolutamente necesario por las dudas existentes respecto a los recursos humanos y materiales de las entidades especializadas que actúan como Servicios de Prevención, así como a la solicitud de acreditación, a sus actuaciones y al contenido de la memoria a transmitir a la autoridad competente⁴²².

⁴²¹ BOE núm 235 de 28 de septiembre de 2010.

⁴²² GÓMEZ ETXEBARRIA, G.: «Desarrollo del Reglamento de los Servicios de Prevención», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 76, Noviembre 2010, Editorial WOLTERS KLUWER ESPAÑA, p. 1.

La orden exige que, en todo caso, la entidad especializada deberá mantener siempre en su plantilla un número de técnicos que no podrá ser inferior al que resulte del cálculo para el dimensionamiento de los recursos humanos de los servicios de prevención, de conformidad con lo dispuesto en el anexo I de la orden. Anexo que recoge una fórmulas bastantes farragosas pero con un objetivo común, el de unificar las exigencias a todos los servicios de prevención con independencia del ámbito territorial en que actúen y deban acreditarse.

En el citado Anexo I se contempla la definición de ratio como el promedio de trabajadores atendidos por un técnico del servicio de prevención trabajando a jornada completa: «Cociente entre el total de trabajadores atendidos por el servicio y el número de técnicos del mismo». Pero, a efectos del cálculo de las ratios no computarán ni el tiempo de presencia de recursos preventivos ni el de coordinación de actividades empresariales.

También la reforma exige más especificación en la solicitud de acreditación: los servicios de prevención han de desarrollar los aspectos de la actividad preventiva que se pretende efectuar, con especificación precisa en cada una de las especialidades o disciplinas preventivas. Por ejemplo, en el caso de la seguridad en el trabajo se concretará la capacidad de la entidad especializada para desarrollar la actividad en los aspectos preventivos relativos a seguridad estructural, instalación eléctrica, protección contra incendios, recipientes a presión, instalaciones de gases, sustancias químicas, equipos de trabajo y aparatos de elevación, diseño de instalaciones preventivas, así como en cualquier otro aspecto relacionado con la disciplina preventiva (art. 3.2.b). También se debe consignar datos como los relativos al sector o subsector de actividad productiva, y la previsión sobre el número de empresas y volumen de trabajadores especificando su distribución territorial (art. 3.2.d y e).

Se ha de reconocer positivamente el esfuerzo de uniformidad de la reforma en cuanto a exigencias a los servicios de prevención, si bien hubiera sido deseable, ya que se

procede a una modificación tanto en sus medios como en su funcionamiento, no fijar sólo aspectos cuantitativos y materiales, sino también cualitativos y personales.

La presencia de trabajadores especialmente sensibles, donde ubico a los trabajadores extranjeros, es totalmente ajena a las condiciones jurídicas de acreditación de los servicios de prevención ajenos, además de no parecer resultarles muy problemática como demuestra el informe elaborado por la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPA) en enero de 2006, y enviado al grupo de trabajo para la elaboración de una ESST, en el que señala que la afluencia de trabajadores inmigrantes sólo exige una readaptación de los esfuerzos y recursos públicos⁴²³.

Ya me he pronunciado sobre mi apuesta por los servicios de prevención internos, apuesta que no parece seguir la norma que sigue priorizando las entidades externas. La ley 25/2009 ha añadido un nuevo párrafo al art. 31.3 LPRL que realza el papel de los servicios de prevención, porque no hace más que añadir algo que ya se decía en el mismo artículo en el apartado primero, es decir si la empresa no lleva a cabo las actividades preventivas con recursos propios, la asunción de las funciones sólo podrá hacerse por un servicio de prevención ajeno. En este sentido, quedan claras dos cosas. La primera, que se está queriendo dar una importancia clara a los servicios de prevención ajenos y la segunda, que no queda ningún tipo de posibilidad a la empresa de acudir a otros medios que no sean servicios de prevención ajenos (profesionales externos, entidades que no sean servicios de prevención...) para la realización de estas actividades preventivas. Sin embargo, pueden surgir algunas dudas ya que pudiera ser que la intención del legislador fuera la de acudir a un único servicio de prevención ajeno que actuara en la empresa y no varios, como anteriormente se establecía. Sin embargo, al no eliminar el párrafo anterior, no es fácil saber cuál fue la intención exacta en este sentido. No obstante, todo parece indicar que se trata de una mera repetición y

⁴²³ Por el contrario, resulta sorprendente que en ese mismo informe, en el apartado de obras de construcción, se propone por la ASPA adoptar la filosofía de adaptar la prevención al riesgo, es decir, a la propia obra y no a las empresas que en ella operan. Las consecuencias prácticas serían entre otras, para la citada asociación, facilidad para algunas de las tareas preventivas más complicadas en la práctica como la formación inicial, *inmigrantes*, reconocimientos médicos previos, etc. Se desconoce el sentido y amplitud que para la asociación señalada «los inmigrantes» constituyen *per se* una tarea preventiva complicada.

reforzamiento del servicio de prevención ajeno, por cuanto al modificarse el RSP mediante el RD 337/20120 nada se establece en torno a esta cuestión y, por el contrario, en el art. 20.1 RSP, tal y como queda redactado en la actualidad, viene a establecer que cuando el empresario no cuente con suficientes recursos propios deberá desarrollar la actividad preventiva a través de uno o varios servicios de prevención⁴²⁴. Por tanto, se sigue admitiendo indirectamente la intervención en la empresa de más de un servicio de prevención ajeno.

El caso es que no es una modalidad que fomente la interiorización de la prevención en la empresa, y alienta el erróneo convencimiento de que esta fórmula organizativa implica una cierta «des-responsabilización» del empresario en materia preventiva⁴²⁵.

4. COMPONENTES ESENCIALES PREVENTIVOS QUE CONTRIBUYEN A UN MEJOR NIVEL DE SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS.

Al hablar de componentes quiero referirme a las partes o estructuras del derecho a la seguridad y salud en el trabajo que deben promover un mayor nivel de seguridad en los trabajadores extranjeros.

En el caso de la evaluación de riesgos considero que es el instrumento idóneo para estimar los factores de riesgo inherentes a estos trabajadores, volcando en la planificación preventiva las acciones complementarias que deben adoptarse para alcanzar el pleno nivel de seguridad.

Estas trascendentales piezas preventivas, evaluación y planificación, se deben llevar a cabo bajo la premisa de la especial sensibilidad del trabajador extranjero. Para ello se dispone de un marco legal que ha contemplado la «especial sensibilidad» como un

⁴²⁴ MERCADER UGUINA, J.R., MORENO SOLANA, A.: «Calidad del trabajo y reformas legislativas en ...», *op. cit.*, p.1151.

⁴²⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: «La gestión de la prevención de los riesgos laborales. Los Servicios de Prevención de los Riesgos laborales», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, M.P. (Dtores), GARCÍA VALVERDE, M.D. (coord.), *Tratado de Salud Laboral, Tomo I, Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2012 (1ª edición), p. 201.

supuesto genérico y de aplicación expansiva⁴²⁶, identificándose en función de unas circunstancias personales y no desde una perspectiva objetiva.

Sin duda, las circunstancias por las que atraviesa el trabajador inmigrante durante un tiempo, tales como la falta de adaptación a los usos y costumbres del país, el desconocimiento del idioma, los procedimientos profesionales de trabajo y de sus propios derechos, hacen que su estado personal deba ser estimado desde un enfoque preventivo, resultando la vía adecuada la que ofrece la propia legalidad, la del art. 25 LPRL sobre protección de los trabajadores especialmente sensibles.

El tratamiento de la formación e información se hace de forma conjunta, por tratarse de obligaciones complementarias. Formar a un trabajador en prevención de riesgos implica previamente informarle de los mismos, por otra parte la información sin la consiguiente formación tampoco sirve de mucho⁴²⁷.

Uno de los obstáculos materiales más importantes para el cumplimiento de esta obligación reside en las dificultades idiomáticas. Parto de la idea de que es el empresario el responsable de gestionar esta dificultad, naturalmente en los límites de la ley, pero siempre teniendo en cuenta que, al fin y al cabo, es el empresario quien libremente contrata y que en el acto de la contratación queda obligado al cumplimiento de la normativa que rige la relación de trabajo por cuenta ajena⁴²⁸. Estas dificultades no sólo impiden el cumplimiento efectivo de las obligaciones preventivas, sino que llegan a

⁴²⁶ LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales, protección jurídico-laboral*, MARCIAL PONS, 2010, p.26.

⁴²⁷ Grupo de estudio sobre tendencias sociales (UNED/Fundación Sistema), TEZANOS TORTAJADA. J.F., *Condiciones Laborales de los Trabajadores Inmigrantes en España*, Investigación financiada mediante subvención de la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo, del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p.224.

⁴²⁸ MARÍN ARCE, J.A.: «El derecho de información de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y los derechos lingüísticos», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 53, 2010, p. 163-185.

integrar una de las condiciones concurrentes y provocadoras del accidente de trabajo del trabajador extranjero⁴²⁹.

Por último, planteo otra problemática muy importante desde el punto de vista de la prevención referida a la población inmigrante, la de la vigilancia de la salud. Las razones son diversas: desconocimiento de las enfermedades de origen tanto por los propios trabajadores como por los profesionales de la profesión médica y, como siempre, las barreras culturales, idiomáticas y sociales que hacen difícil la comunicación y valoración de la aptitud laboral⁴³⁰.

4.1. La evaluación de riesgos, la planificación preventiva y la consideración de especial sensibilidad del trabajador extranjero.

Dentro de la acción preventiva, que debe realizar el empresario-y como obligación específica- cabe destacar como pieza clave, en aras a conseguir la mayor protección del trabajador, la actividad evaluadora de los riesgos. A través de ella se pretende facilitar la localización de los riesgos, conseguir el éxito de las medidas preventivas, establecer las prioridades de actuación y comprobar que las medidas adoptadas, en anteriores evaluaciones, se cumplieron eficazmente. De este modo la evaluación de riesgos supone el verdadero inicio de la actividad preventiva en la empresa, pues sólo identificando y evaluando los riesgos se consigue una protección eficaz⁴³¹.

Es una de las obligaciones en que se concreta la obligación empresarial de cumplimiento del deber de protección frente a los riesgos laborales y es base de una buena política empresarial de seguridad, ya que sin un conocimiento previo y correcto

⁴²⁹ En la STSJ de Cataluña, sentencia núm. 6301, de 23 de septiembre de 2007, se pondera la culpabilidad de la víctima, de nacionalidad extranjera y con dificultades de comprensión del idioma, sobre la base de que según el tipo de maniobras peligrosas que se realicen, éstas han de ser supervisadas, actividad complicada cuando ni siquiera se está seguro de que el trabajador ha entendido correctamente las órdenes e instrucciones que se le impartieron.

⁴³⁰ GARCÍA REDONDO, E.F.: *Aptitudes y actitudes de la...*, op. cit, p.31

⁴³¹ GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., COS EGEA, M.: «Capítulo III: derechos y obligaciones» en AA.VV, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de...*, op. cit., p. 215.

del medio de trabajo, de sus condiciones generales y particulares, y de sus repercusiones para la seguridad y salud de los trabajadores, es impensable diseñar un plan de seguridad ajustado correctamente⁴³².

A la evaluación se le ha denominado pilar esencial de la acción preventiva, ya que es la base sobre la que el empresario ha de asentar la planificación de su política de seguridad laboral y supone, en términos simples, la emisión de un diagnóstico sobre los peligros de daños para la salud que trae consigo su actividad. Además es una obligación que no es de carácter formal, en la medida en que, hecho el diagnóstico, debe llevar aparejada la adopción de medidas preventivas de manera planificada⁴³³.

La definición legal de la «evaluación de riesgos» la da el art. 3.1. del RSP, como «el proceso dirigido a estimar la magnitud de aquellos riesgos que no hayan podido evitarse, obteniendo la información necesaria para que el empresario esté en condiciones de tomar una decisión apropiada sobre la necesidad de adoptar medidas preventivas, y, en tal caso, sobre el tipo de medidas que deben adoptarse». Definición cansada y laboriosa, para decir, en definitiva, que la evaluación de riesgos es un proceso, comprensivo por ello de varias y diversas actuaciones técnicas, que tiene por objeto diagnosticar el estado de situación de un determinado centro de trabajo, en materia de prevención de riesgos laborales; diagnóstico, que una vez conocido, permite al empresario tomar las medidas de prevención apropiadas⁴³⁴.

Con independencia de la regulación general de la evaluación de riesgos, hay tres artículos en la LPRL que insiste en ella de forma particular al objeto de dotar de un plus

⁴³² STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2005, RJCA 2006\273.

⁴³³ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia de 25 de Abril de 2006, rec. 2475/2005. Sentencia que destaca la función protectora de la responsabilidad empresarial que cumple la evaluación de riesgos, ya que precisamente permite conocer que la empresa ha tomado conciencia de uno y de las medidas adecuadas para eliminarlo o reducirlo; si las implanta y éstas se desatienden por el trabajador en forma circunstancial, queda a salvo su responsabilidad; pero no ocurre igual cuando no se ha diagnosticado un riesgo, no se ha adoptado la medida preventiva idónea o hay una relajación a la hora de exigir a los trabajadores su cumplimiento.

⁴³⁴ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «El ámbito natural de la evaluación de riesgos en la normativa preventiva», *Aranzadi Social*, núm. 8, 2000, parte Estudio.

protección a una serie de colectivos de trabajadores que tienen más posibilidades de sufrir accidentes de trabajo que otros⁴³⁵. Puede ser por circunstancias intrínsecas a los propios trabajadores (los trabajadores especialmente sensibles del art. 25 LPRL), por situaciones relacionadas con la protección por maternidad (art. 26 LPRL) o, finalmente, por la necesidad de otorgar una mayor protección a los trabajadores menores de edad (art.27 LPRL). Junto a ello se relacionan los trabajadores con relación de trabajo temporal (art. 28 LPRL), pero para predicar que deben disfrutar del mismo nivel de protección que los restantes trabajadores, no para dotar de un contenido específico a la evaluación de riesgos.

Aquí me detengo en la evaluación relativa a los trabajadores especialmente sensibles, porque como adelanto, los trabajadores extranjeros han de tener esta consideración en tanto se produzca su plena integración laboral.

4.1.1. La evaluación de riesgos de los trabajadores extranjeros bajo su consideración de especialmente sensibles.

El art. 25.1.LPRL protege a los trabajadores que por sus características personales son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Por así decirlo, trabajadores a quienes potencialmente les afectan más los riesgos derivados del trabajo que a los demás trabajadores. Y les afectan más precisamente por sus características personales⁴³⁶.

Con respecto a estos trabajadores se asigna al empresario la obligación de tener en cuenta todas las circunstancias personales en las evaluaciones de los riesgos, adoptando las medidas preventivas y de protección específicas. Que no es ni más ni menos que la manifestación o expresión de la exigencia general de la «adaptación del trabajo a la

⁴³⁵ CAMAS RODA, F., *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, LA LEY, 2002, p. 182.

⁴³⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en AA.VV, CASAS BAAMONDE M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., VALDÉS DAL-RÉ, F (coords), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, LA LEY-ACTUALIDAD, 1997, p.37

persona» del art. 15. 1.d) de la propia LPRL, que debe manifestarse en toda la gama de obligaciones empresariales en el campo de la prevención: desde la evaluación de los riesgos, hasta la organización de la seguridad, el tipo de formación e información, etc. con exigencia de cuidado especial y reforzamiento de la obligación empresarial y de la diligencia en su cumplimiento⁴³⁷.

Y esta es la obligación empresarial que se ha de desarrollar respecto del personal extranjero que reúnan todas o algunas de las características personales que obstaculizan o inciden en su siniestralidad, a las que repetidamente he hecho referencia. En primer lugar por cuanto el precepto no relaciona una lista cerrada de sujetos protegidos. En segundo lugar en tanto los riesgos a los que se refiera la especial sensibilidad no son unos especiales, sino, en general, los riesgos que se derivan de cualquier tipo de trabajo o actividad laboral concreta y que repercute especialmente sobre determinados colectivos más vulnerables⁴³⁸. Por último, porque la protección prevista en el precepto es para situaciones de incompatibilidad transitoria o provisional, no para situaciones permanentes⁴³⁹, como es la situación de este colectivo hasta que llega a su plena adaptación al entorno laboral y social.

Para la realización de esta evaluación de riesgos personalizada se requiere la existencia de sujetos que tengan dicha sensibilidad ya que puede ser que la empresa disponga de una evaluación genérica porque en el momento de realizarla, en su plantilla, no había trabajadores extranjeros y la evaluación inicial ha de tomar en consideración, únicamente, los riesgos conocidos y apreciados, no los hipotéticos o de posible aparición en el futuro⁴⁴⁰.

Por tanto, es muy posible que el cumplimiento de esta obligación se realice en el momento de la incorporación o contratación del trabajador extranjero, mediante la

⁴³⁷ STSJ de Cataluña, sala de lo social, de 30 octubre de 2006, AS 2007\168.

⁴³⁸ LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, ..., op. cit, p.30.

⁴³⁹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de febrero de 2010, JUR 2010/22971.

⁴⁴⁰ SAN de 1 de febrero de 1999, AS 199/465.

personalización de la evaluación en función de las características psico-físicas del trabajador individual potencialmente expuesto a los riesgos del puesto que ocupará⁴⁴¹. Como recuerda el art. 4.2.c) RSP, es necesario una nueva evaluación de los puestos de trabajo afectados por la incorporación de un trabajador especialmente sensible.

La evaluación contendrá una materialidad amplia, que correlacione la aptitud del trabajador con la que requiere el puesto, y no sólo desde el punto de vista de condiciones materiales de trabajo, conocimiento de medios y métodos, sino también desde la perspectiva psicosocial. El trabajador extranjero cuando accede al mercado de trabajo español accede a un mercado desconocido, lo que puede favorecer la generación de estrés como consecuencia de la simple desubicación espacial, cultural, lingüística; pero también, desde la perspectiva del trabajo, por la adaptación a métodos laborales nuevos o desconocidos, que pueden ser tanto mecánicos, en cuanto a los instrumentos de trabajo, útiles, herramientas, tecnología, como de tipo organizativo, de sistemas de trabajo, procesos industriales, etc⁴⁴².

El evaluador en este caso ha de conocer e identificar todas estas características de sensibilidad: desde el grado de conocimiento del idioma hasta el nivel de cultura preventiva que posee, sin pasar por alto los condicionamientos de conocimientos profesionales que pueda requerir el puesto. Para ello es necesario, no sólo la colaboración del trabajador para aquellas situaciones subjetivas no notorias, sino el apoyo y coordinación de la organización empresarial cuando la evaluación se realice por un recurso externo.

Pero además, esta evaluación subjetiva o personal, por su atención a las condiciones personales del trabajador, también deberá atender al medio ambiente de trabajo, en particular si hay aceptación y asimilación de la situación inmigrante en la organización de la empresa. No hay que olvidar la apuesta de la OIT por el trabajo decente y la

⁴⁴¹ BARBERO MARCOS, J., MATEOS BEATO, A., *Aspectos prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Lex Nova, Valladolid, 1997, p.130.

⁴⁴² RIVAS VALLEJO, P.: «Factores de riesgo laboral derivados de la emigración», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 63 (2009), p. 21.

incuestionable necesidad de promover oportunidades para que todos los hombres y las mujeres en edad laboral, incluyendo los trabajadores migrantes, consigan un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana⁴⁴³.

Una vez realizada la evaluación, de acuerdo con los resultados derivados de la misma se definirán las medidas o acciones a aplicar para eliminar o reducir los riesgos concretos derivados de esta especial sensibilidad.

4.1.2. Las medidas de planificación preventiva.

Los resultados de la evaluación destacarán las características personales del trabajador y su influencia como factores de riesgo en el puesto de trabajo y, a partir de allí, las acciones de intervención para su eliminación o control.

El último inciso del primer párrafo del art. 25.1 LPRL establece que, una vez que se han evaluado los riesgos teniendo en cuenta las características del trabajador que lo hacen especialmente sensible, el empresario procederá a adoptar «las medidas preventivas y de protección necesarias». De esta forma, el citado precepto, a diferencia de lo que hace el art. 26 LPRL para la protección de la maternidad y de manera parecida a la regulación contenida en el art. 27 LPRL dedicado a la protección de los menores, no descende a establecer las medidas preventivas específicas que deben acometerse⁴⁴⁴.

En cualquier caso, estas medidas preventivas y de protección necesarias a adoptar (art. 25.1. LPRL) pueden ser muy variadas e incidir en aspectos diversos. Algunas serán de tipo organizativo de distribución de tareas, no adjudicando a estos trabajadores tareas de mayor riesgo o en condiciones, que los demás trabajadores no estarían dispuestos a

⁴⁴³ *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*, Adoptado por la Reunión tripartita de expertos sobre el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, (Ginebra, 31 de octubre — 2 de noviembre de 2005), <http://bit.ly/XvoDIA>.

⁴⁴⁴ COS EGEA, M.: «Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial», *Aranzadi Social*, núm. 12/2010 (Estudio), p.6.

aceptar, o autorizando el desempeño de tareas con contenido y significado en aquellos casos en los que los trabajadores tengan las capacidades suficientes, evitando así trabajadores con una preparación muy superior a la exigida para la realización de sus tareas⁴⁴⁵. Otras, fundamentales en su efectividad y a las que dedico apartados específicos, son las actuaciones en información, formación y vigilancia de la salud.

Sin olvidar las herramientas de integración y gestión de la diversidad⁴⁴⁶, incentivando la diversidad cultural y evitando explícitamente la discriminación por motivo de origen, etnia o nacionalidad, e incorporando en los Planes de Formación cursos en educación intercultural dirigidos a toda la plantilla, incluidos talleres sobre técnicas de trabajo en equipo, sobre gestión de conflictos, etcétera⁴⁴⁷.

Soy consciente de la dificultad de materialización de todos estos elementos preventivos que han de contribuir a una protección y prevención más eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores extranjeros, pero no por ello he de rendirme a su exigencia. Uno de los grandes retos a los que tendrá que hacer frente la prevención de riesgos laborales a medio plazo será la escasez de mano de obra. La disponibilidad de mano de obra joven va a disminuir rápidamente por razones estrictamente demográficas⁴⁴⁸, y resultará imprescindible seguir acudiendo a la necesaria inmigración para ocupar empleos⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ NOGAREDA, C.: «La prevención de accidentes en trabajadores inmigrantes: aspectos a considerar y pautas de intervención», Nota Técnica de Prevención, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴⁶ La Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña (BOE 8 de junio), prevé que por la Administración de la Generalidad se promuevan medidas de no-discriminación con relación a los inmigrados por parte de las empresas (art. 16). Dichas medidas deben adoptarse con la participación de los representantes legales de los trabajadores y deben comprender tanto el acceso al puesto de trabajo como el establecimiento de las condiciones de trabajo. La tipología de medidas pueden consistir en desde el impulso de acciones propias del servicio de primera acogida durante la jornada laboral a la elaboración de programas de gestión de la diversidad, con el objetivo de adaptarse a los cambios culturales y organizativos que puede generar la presencia de trabajadores inmigrantes, apátridas o regresados.

⁴⁴⁷ GARCÍA REDONDO, E.F.: *Aptitudes y actitudes de la...*, *op. ci.*, p. 313.

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ GARCÍA, R.: «Cualquier tiempo pasado no fue mejor», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm 100, Enero 2013, Editorial WOLTERS KLUWER ESPAÑA, p.8.

⁴⁴⁹ En un estudio de las Naciones Unidas se ha calculado que entre 2000 y 2050 la Unión Europea necesitaría 47 millones de inmigrantes para mantener el tamaño de su población total, y 674 millones para mantener la relación entre la población en edad de trabajar (entre 15 y 64 años) y la población de edad

4.2. Formación e información preventiva y la circunstancia de ser trabajador inmigrante.

La formación e información constituyen, sin duda, uno de los núcleos básicos que integran el deber de prevención del empresario y condiciones básicas del derecho de protección de la seguridad y salud en el trabajo que la legislación reconoce al trabajador. Un estudio pormenorizado, coordinado por el INSHT y realizado por técnicos de todas las comunidades autónomas, sobre las causas de accidentes mortales producidos por formas traumáticas (una vez excluidos los accidentes de tráfico y las formas no traumáticas), reveló que una de las causas que con mayor frecuencia se detectaba era la formación e información inadecuada en materia de prevención de riesgos⁴⁵⁰. Si la formación como cualificación profesional es necesaria para el ejercicio de las profesiones y actividades laborales, la formación e información en técnicas preventivas para la seguridad y salud en el trabajo, es imprescindible para romper con el proceso constante de accidentes y enfermedades derivadas del trabajo⁴⁵¹.

Ambos derechos se erigen en una de las exigencias más importantes en el ámbito de la seguridad y salud laboral, pero a las que menos, seguramente, concreción normativa se les concede, sobre todo a la formación, donde la ausencia de desarrollo reglamentario dificulta su real aplicación. Respecto de esta última y su importancia se hace eco la EESST 2007-2012 que contempla la formulación de un Plan Nacional de Formación en Prevención que prevé la integración de la prevención en la Formación Profesional, la Formación para el Empleo y la Formación Universitaria. Con ello se pretende que las personas en el momento de desarrollar una determinada actividad profesional ya estén preparadas para realizarla correctamente, tanto desde el punto de vista productivo como

avanzada (65 años o más). Naciones Unidas: *Replacement migration: Is it a solution to declining and ageing populations?* Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, División de Población (Nueva York, 2001).

⁴⁵⁰ INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO, *Análisis cualitativo de la mortalidad por accidente de trabajo en España*, Edita INSHT, Madrid, 2006, p. 163.

⁴⁵¹ MATEOS BEATO. A.; *Diccionario temático de...*, op. cit, p. 612

preventivo, lo que sin duda facilitará considerablemente la integración de la prevención en las empresas en que tales personas vayan a trabajar⁴⁵².

De la información y formación se ocupan, respectivamente, los arts. 18 y 19 LPRL. El primero detalla las distintas informaciones que ha de recibir el trabajador. En primer término, de los riesgos laborales en general, tanto de aquéllos que afecten a la empresa en su conjunto, como a cada tipo de puesto de trabajo y función. En segundo lugar, sobre las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a dichos riesgos. Por último, sobre las medidas de precaución previstas para las situaciones de emergencia conforme al art. 20 LPRL.

El artículo 19 LPRL formula la obligación de impartir formación de manera muy amplia: exige formación teórica y práctica, suficiente y adecuada. Su impartición se refiere a un momento determinado, el momento de la contratación, y ello con independencia de la modalidad o duración de ésta, pero además es una obligación dinámica, se ha de mantener cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe el trabajador o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. El precepto concluye con que la formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario. Se ha dicho que entre las disposiciones de la LPRL que encierran más

⁴⁵² El *Plan Nacional de Formación en Prevención de Riesgos Laborales*, fue aprobado en los plenarios de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo de fechas 9 de diciembre de 2010 y 21 de junio de 2011. El documento consta de doce fichas o apartados, y cada una de estas fichas consta de tres partes: Referencia en la EESST, Situación y Medidas contempladas. Las medidas pueden consistir en compromisos asumidos por distintos Centros Directivos de la Administración General del Estado, o en recomendaciones formuladas por la Comisión Nacional a diferentes destinatarios relacionados con el tema concreto de la ficha. Las cuatro primeras fichas hacen referencia a la Integración de la Prevención en el Sistema Educativo y en la Formación para el Empleo; las cuatro siguientes se refieren a la Formación de los Profesionales de la Prevención y las tres restantes tratan de la Formación en Prevención de Colectivos Específicos.

conceptos jurídicos indeterminados, están las relativas a la formación de los trabajadores⁴⁵³.

Las dos obligaciones empresariales, objeto de regulación en preceptos diferentes, han de ir firmemente unidas para que puedan cumplir su función de facilitar la instrucción adecuada al personal antes de que comience a desempeñar cualquier puesto de trabajo, acerca de los riesgos y peligros que en él puedan afectarle⁴⁵⁴.

En el plano práctico se cuestiona el cumplimiento de ambas obligaciones, sobre todo el de la formación, ya que en ocasiones no tiene otro objeto que la acreditación formal de su cumplimiento ante los órganos fiscalizadores, y no se halla orientada a la prevención debido a que sus contenidos están muy alejados de los riesgos concretos a los que está sometido el trabajador.

El tema se agrava cuando se trata de trabajadores inmigrantes, que no entienden el idioma en que se imparte la sesión formativa, lo que dificulta la comprensión del mensaje formativo o informativo que les dirigen. Anecdótico, pero triste, es como en el desarrollo de la práctica profesional de investigación de accidentes de trabajo de trabajadores extranjeros, con idiomas diferentes al español, resulta imposible obtener de ellos, precisamente por las dificultades idiomáticas, versión o explicación alguna sobre las circunstancias en que se produjo el siniestro laboral y, a pesar de ello, acreditar documentalmente la empresa la formación impartida al trabajador en lengua española y la asunción de la misma a través de la superación de un test de conocimientos sobre esos contenidos escritos también en dicha lengua. La conclusión en estos casos no puede ser positiva, no se aprecia un interés real en formar al trabajador, sino sencillamente probar el cumplimiento de una obligación para la elusión de responsabilidad.

⁴⁵³ ROCA MATEU, A, MANZANO SANZ, F.: «La información y la formación como claves de la prevención de Riesgos Laborales», *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, tomo I (Estudio).Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004., p.6.

⁴⁵⁴ STSJ de Asturias de 14 de diciembre de 2001, rec. 2280/1999.

4.2.1. Contenido de la formación e información del trabajador extranjero.

La formación e información al trabajador extranjero debe impartirse con la misma finalidad y alcance que a los trabajadores nacionales o extranjeros integrados conocedores de nuestra lengua y cultura preventiva. El propio art. 19 LPRL, a pesar de su indeterminación, ofrece una guía de cuándo y cómo debe realizarse la formación de los trabajadores y de la calidad de esa formación.

Por una parte, indica que la formación está destinada a capacitar al trabajador para que desempeñe el trabajo sin riesgo, en relación con los que existan en su puesto de trabajo concreto y específico y con los derivados de las funciones o tareas encomendadas que deba desarrollar en el mismo. De manera que no es una formación genérica la que se ha de proporcionar al trabajador, sino que es una capacitación para desarrollar sin riesgo las tareas concretas y específicas que se le han ordenado⁴⁵⁵.

Ha de ser formación *teórica y práctica*, más no se concreta el valor que ha de darse a cada parte, resultando muy importante destacar que el cumplimiento de la obligación de formación no se producirá por el simple desempeño del trabajo o por la supervisión sobre la marcha de la actividad del trabajador, siendo necesario impartirle previamente la formación teórica imprescindible para garantizar que se enfrentará correctamente a los eventuales riesgos de su puesto de trabajo o función⁴⁵⁶.

Ha de ser *suficiente*, con lo que su calidad e intensidad se medirá en función del objetivo preventivo exigido, y *adecuada*, es decir unida a los riesgos a los que está expuesto el trabajador y adaptada a su persona. En todo caso se trata de términos imprecisos y sujetos a subjetividad.

⁴⁵⁵ ALBESA VILALTA, A.: «La importancia de la formación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». Comunicación presentada al III Congreso de la Inspección de Trabajo (Santander, octubre 2003), mat. inédito.

⁴⁵⁶ Como ha señalado la DGT en diversas consultas emitidas (ejemplo: consultas de 18 de septiembre de 2008 y 18 de diciembre de 2009).

No se establece una duración orientativa o un período determinado de la formación, únicamente queda vinculada a dos momentos: el de la contratación y cuando se produzcan cambios en las funciones que se desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.

Nada que discutir a que la formación se imparta en el momento de la contratación, previamente conocida por el empresario la capacitación y competencia profesional del trabajador, si bien plantea dudas respecto de si el lado práctico de la formación habría de simultanearse o sucederse con el teórico. En todo caso si por formación práctica se entiende el adiestramiento o demostración material de cómo se hace el trabajo de manera segura y sin riesgo⁴⁵⁷, lo lógico es que se iniciara una vez se haya recibido por el trabajador determinados conocimientos teóricos.

El siguiente momento temporal obedece a diversas y diferentes circunstancias, todas ellas ligadas a los cambios que se produzcan en el puesto de trabajo: cambio en las funciones desempeñadas, introducción de nuevas tecnologías o variaciones en los equipos de trabajo utilizados hasta la fecha. No es una obligación estática sino permanentemente dinámica.

Sin duda lo más importante del precepto es el alcance de la obligación empresarial, en definitiva su objetivo. No basta con que el empresario imparta la formación sino que *garantice* la misma, es decir que asegure que el trabajador ha asumido la formación en todos los términos del precepto. No es suficiente con que el empresario haya dado al trabajador las explicaciones respecto de los riesgos inherentes al puesto de trabajo y a la forma de desarrollar la labor, sino que deberá comprobar que las explicaciones dadas han sido totalmente comprendidas por el trabajador, y que los equipos de trabajo, las

⁴⁵⁷ PURCALLA BONILLA, M.A., ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La formación de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral», *Actualidad Laboral*, 1998, Ref. LIV, p. 883, Tomo 3, Editorial La Ley.

herramientas, los materiales, los dispositivos de prevención colectiva y los equipos de protección individual son correctamente manipulados y empleados por el trabajador⁴⁵⁸.

Y es en este punto, en el grado de aprovechamiento por parte del trabajador, es donde realmente adquieren relevancia estas obligaciones respecto del colectivo de estudio, y que lleva al estudio de la forma, modo y proceder de dar cumplimiento a las mismas.

4.2.1.1. Vacío normativo respecto de la forma de dar cumplimiento a estas obligaciones preventivas.

La ausencia de un desarrollo reglamentario específico de las obligaciones formativas e informativas no ha sido cubierta por el conjunto de reglamentos que desarrollan la LPRL. Algunos de ellos se limitan a reiterar la obligación empresarial con referencia al artículo 19 de la ley ya examinado⁴⁵⁹, e incluso, otros, apartan de su articulado esta obligación y la insertan en sus anexos, pero no precisamente para darle una mayor reglamentación⁴⁶⁰.

Otro subtipo de normativa reglamentaria particulariza brevemente el contenido formativo sin aspirar a constituir un auténtico desarrollo de este aspecto fundamental⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ ALBESA VILALTA, A.: «La importancia de la formación en la Ley de prevención ...» *op, cit.*

⁴⁵⁹ Casos típicos son el RD 488/1997, de 14 de abril relativo a pantallas de visualización y el RD 1215/1997, de 18 de julio, sobre utilización de equipos de trabajo.

⁴⁶⁰ Ejemplo de ello es el RD 681/2003, de 12 de junio, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas en el lugar de trabajo, donde la obligación formativa aparece en el anexo II, apartado 1.1. referido a medidas organizativas que se remite al art. 19 de la LPRL.

⁴⁶¹ Muestra es el artículo 4 del RD 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores. La formación adecuada versará sobre la forma correcta de manipular las cargas y sobre los riesgos que se corre al no hacerlo, teniendo en cuenta los factores de riesgo del anexo de la norma: características de la norma, esfuerzo físico necesario, características del medio de trabajo, exigencias de la actividad y factores individuales de riesgo.

Dentro de este bloque también está el RD 485/1997, de 14 de abril, en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo, el cual obliga al empresario (art. 5) a proporcionar una formación adecuada en esta materia de señalización *mediante instrucciones precisas*, incidiendo en el significado de las señales, especialmente de los mensajes *verbales y gestuales*, y en los comportamientos generales o específicos que deban adoptarse en función de esas señales. Cuando el anexo V del decreto trata las

Para finalizar este recorrido reglamentario, destacar el RD 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto, el único que hace referencia, imagino por la complejidad técnica de la materia, a que el contenido de la formación *deberá ser fácilmente comprensible* para los trabajadores (art. 13). Implícitamente está considerando la diversidad de sujetos a los que la formación se dirige, ya que no todos los trabajadores tienen el mismo nivel cultural y profesional, ni el mismo nivel de entendimiento.

En la negociación colectiva se considera la formación en materia de salud laboral y el perfeccionamiento profesional como elemento esencial para la mejora de las condiciones de trabajo y seguridad de los empleados, remarcando la importancia de la formación como elemento prevencionista y el compromiso coherente con dicha declaración de realizarla de forma eficiente⁴⁶². En ciertos convenios se confunde las obligaciones de formación e información, y son los convenios de sectores con altos índices de riesgos los que inciden más en la materia⁴⁶³. La regulación tanto de la formación e información se encuentra sobre todo en convenios de ámbito supraautonómico⁴⁶⁴.

comunicaciones verbales introduce, como regla particular para su utilización, que las personas afectadas conozcan bien el lenguaje utilizado a fin de comprender correctamente el mensaje verbal. Por tanto, las empresas que empleen a trabajadores que desconozcan la lengua en la que se emiten estas comunicaciones, ampliamente utilizadas en situaciones de alarma o evacuación, deberá adoptar las medidas oportunas de instrucción en la lengua de la comunicación o comunicarlo en la lengua que les resulte conocida.

⁴⁶² TUDELA CAMBRONERO, G., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La Seguridad y la Salud Laboral en la Negociación ...*, op. cit, p.236.

⁴⁶³ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., PÉREZ CAMPOS, A.I., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *la prevención de riesgos laborales en la negociación ...*, op, cit ,p. 97 y 101.

⁴⁶⁴ *Idem*, p. 298. En el ámbito de Cataluña se realizó un estudio sobre la regulación de la prevención y salud laboral en la negociación colectiva catalana constatando que sobre el total de muestra de convenios analizados, sólo el 17,2% regulaban esta cuestión y el tratamiento de la misma era idéntico o similar al de la ley, cuando no una simple remisión a la misma. FALGUERA BARO, M: RIVAS VALLEJO, P y MORENO CALIZ, S: *La regulació de la prevenció i la salut laboral a la negociació col·lectiva de Catalunya.*, p. 63 , edita Departament de Treball, 2008

Respecto de los destinatarios, aunque suele ser frecuente en la negociación colectiva la inclusión de programas o planes de formación específica orientados a garantizar una formación adecuada dirigida a una gran variedad de sujetos (miembros del Comité, delegados de prevención, personal del servicio de prevención, etc.)⁴⁶⁵, no se suelen incluir a los trabajadores inmigrantes en este objetivo particular.

Particular interés merece algún concreto instrumento convencional, cuya intervención en este ámbito resulta especialmente intensa, hasta abordar aspectos y proponer soluciones hasta ahora desconocidos en la autonomía colectiva⁴⁶⁶. Se trata del IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción⁴⁶⁷. Como se señala en el preámbulo, las partes firmantes consideran que uno de los instrumentos básicos determinante para combatir decisivamente la siniestralidad en el sector y mejorar las condiciones de seguridad y salud es que todos los trabajadores que prestan servicios en las obras tengan la formación necesaria y adecuada a su puesto de trabajo o función en materia de prevención de riesgos laborales, de forma que conozcan los riesgos y las medidas para prevenirlos. Además, como el propio preámbulo reconoce, tiene en cuenta la considerable presencia de los trabajadores inmigrantes en el sector y, por tanto, proclama que la formación e información dirigida a estos trabajadores sea la adecuada y necesaria a sus características, especialmente en el caso de que desconozcan el idioma español. Si bien esta intención se queda en un mero comunicado vacío al que no se hace mención a lo largo del texto.

La fórmula que diseña el Convenio es la implantación del carné profesional, TPC, al que me he referido en el capítulo I y constituye la forma de acreditar la formación específica recibida por los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Al respecto indicar, que esta formación convencional no subsume la obligación

⁴⁶⁵ *Idem*, p. 105.

⁴⁶⁶ TUDELA CAMBRONERO, G., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La seguridad y la salud laboral en la negociación ...*, *op.cit.*, p.241.

⁴⁶⁷ Dicho Convenio tiene un ámbito temporal hasta el 31 de diciembre de 2011, si bien las prescripciones relativas a seguridad y salud laboral se recogen en el V Convenio publicado en el BOE el 15 de marzo de 2012.

formativa de la LPRL, como señala la DGT⁴⁶⁸ que, si bien manifiesta la inexistencia de contradicción entre la formación del convenio del sector y la normativa de prevención de riesgos laborales, entiende que la formación del convenio no siempre cumple las exigencias de la formación preventiva de la LPRL. Así, la formación convencional no se centra específicamente en el puesto de trabajo o función, sino en una categoría profesional o una especialidad y no puede exigirse desde el momento de la contratación, sino en los tiempos marcados por el convenio colectivo.

Ya expresé que el TS, en sentencia de 27 de octubre de 2010, anula la DT 4ª del IV CC, pero no elimina la TPC, sino que se limita a suprimir su exclusividad como medio acreditativo de la formación en prevención de riesgos laborales. De ella se señala que no es una medida material de prevención de riesgos, sino algo formal: la mera acreditación de la formación recibida en esta materia.

En este contexto profesional del sector de la construcción, el Acuerdo de la Mesa de Seguridad y Salud Laboral en la Construcción de Cataluña⁴⁶⁹ establece en su apartado 2.23, relativo a buenas prácticas en el inicio de la ejecución de la obra, que se ofrezca una atención especial a la incorporación de los trabajadores inmigrantes en las obras y que se tengan en cuenta todos los aspectos comunicativos y culturales en orden a garantizar un sistema de prevención adecuado⁴⁷⁰. Cómo se ha de desarrollar esa atención especial es algo que el citado acuerdo no señala. Incluso estas recomendaciones no son seguidas en el espacio convencional al que se dirigen, como lo pone de manifiesto los convenios colectivos del sector firmados en la CC.AA de Cataluña. Una pequeña excepción la constituye el CC del sector de la construcción de Girona, el cual en sus sucesivas «ediciones» establece la obligación de que todos los extranjeros que se incorporen al sector de la construcción en el ámbito geográfico del

⁴⁶⁸ Consulta de 22 de octubre de 2007 de la DGT sobre el contenido de la formación preventiva del Convenio General del Sector de la Construcción.

⁴⁶⁹ *DOG* núm. 4121, de 28 de abril de 2004.

⁴⁷⁰ Estos acuerdos sobre materias concretas tienen su cobertura legal en el artículo 83.3. del Estatuto de los Trabajadores y son firmados por las organizaciones de trabajadores y empresarios más representativas en el ámbito de la CC.AA.

convenio realizarán «necesariamente (sic), un curso no inferior a 20 horas de inmersión en lengua catalana». El curso se habrá de impartir dentro del horario laboral o, en su defecto, compensarlo⁴⁷¹. No es una formación preventiva dirigida a trabajadores extranjeros, sino enfocada a la realidad de las dificultades lingüísticas del colectivo de trabajadores inmigrantes. Por otro lado, indicar que es una obligación convencional cuyo control queda excluido del ámbito de fiscalización de la ITSS dado el carácter obligatorio y no normativo de la cláusula. Ningún otro convenio del sector de la Construcción de la CC.AA de Cataluña recoge esta obligación de inmersión lingüística.

4.2.1.2. Instrumentación de estas obligaciones por la organización preventiva.

Ya indiqué que la mayoría de las empresas han preferido optar por concertar la actividad preventiva con un servicio de prevención ajeno. De aquí que el papel de éstos en materia formativa ha sido y seguirá siendo fundamental.

Dispone el artículo 31.3 LPRL que los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes y en lo referente *a la información y formación de los trabajadores*.

Y si bien el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención no exime al empresario del cumplimiento de su deber en esta materia (art. 14.4. LPRL), las actividades preventivas formativas e informativas, sobre todo las primeras, desarrolladas por los servicios de prevención ajenos exceden de su habilitación como entidades de asesoramiento y apoyo y son realizadas directamente por ellas, sin perjuicio de la capacidad de programación o gestión propia de la empresa.

⁴⁷¹ Artículo 24 del Convenio colectivo de trabajo del sector de la construcción y obras públicas de la provincia de Girona para los años 2009-2011 (DOGC núm. 68 de 12 de abril de 2010).

La razón es clara y está en la propia articulación jurídica de la organización preventiva. El RSP cualifica la realización de actividades preventivas en función de unos niveles formativos: nivel básico, nivel intermedio y nivel superior. El contenido formativo de cada uno de estos niveles habilita para desenvolver unas determinadas funciones, de acuerdo con una concreta graduación de responsabilidad conforme el tipo de actividad que comporta la acción preventiva.

Pues bien, sólo el personal técnico que dispone de formación preventiva, de nivel intermedio o superior, puede realizar actividades de información y formación de trabajadores (art. 36 y 37 RSP). El personal con formación correspondiente al nivel básico podrá ejercer las funciones correspondientes a este nivel, como promover comportamientos seguros y fomentar el interés y cooperación de los trabajadores en la acción preventiva, pero no formar e informar a los trabajadores.

Habitualmente, excepto en empresas con servicio de prevención propio, son los servicios de prevención ajenos los que disponen del personal técnico con funciones de nivel intermedio y superior y, por tanto, a los que les recae la carga y responsabilidad real de la formación. Avala esta posición el propio criterio de la DGT⁴⁷² que interpreta que la formación del art. 19 LPRL cuando se imparta por alguien externo a la empresa, ésta sólo puede ser un servicio de prevención, y deja claro que la formación no puede ser impartida por profesionales independientes (aunque tengan el nivel formativo preciso), ni por entidades que no asuman la condición de servicio prevención ajeno respecto a la empresa. En el mismo sentido se posiciona la Dirección General de Relaciones Laborales de la Generalidad de Cataluña, en su apartado de preguntas frecuentes sobre prevención de riesgos laborales, que entiende que un técnico en prevención de riesgos laborales no inserto en la organización preventiva de la empresa no puede dar formación e información a los trabajadores⁴⁷³.

⁴⁷² Consulta de 18 de septiembre de 2008 de la DGT.

⁴⁷³ GENERALIDAD DE CATALUÑA: Departamento de Empresa y Empleo, <http://bit.ly/10b3ZvJ>.

Con opinión diferente VIDA SORIA, que afirma que la actuación de los Servicios de Prevención no tiene carácter «ejecutivo», sino de asesoramiento y apoyo a las decisiones del empresario, y que es éste quien tiene el poder de dirección de la actividad en la empresa y consiguientemente quien asume responsabilidades. Aceptar lo contrario, apunta, sería facilitar paladinamente la posible desviación por parte de los empresarios de sus responsabilidades hacia el Servicio de Prevención ajeno⁴⁷⁴.

En contra, diversos pronunciamientos judiciales que se han manifestado en el sentido de que si la formación preventiva ha sido concertada por la empresa con un servicio de prevención, ésta compete al propio servicio de prevención, llegando a confirmar sanciones propuestas por la ITSS en aquellos supuestos de retardo en la impartición, por cuanto se presupone que la obligación de formación no debe aplazarse demasiado, para que los trabajadores no operen sin conocimientos adecuados en materia preventiva⁴⁷⁵.

En definitiva, en la generalidad de los supuestos, será el servicio de prevención ajeno el que imparta formación e información a los trabajadores extranjeros, sin que se les exija en relación a esta posibilidad condición de idoneidad y suficiencia para su realización en el proceso de acreditación.

⁴⁷⁴ VIDA SORIA, J: «La situación jurídica y la responsabilidad de los Servicios de Prevención Ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad», *Actualidad Laboral*, núm. 15, Quincena del 1 al 15 Sep. 2004, p.1785, Tomo 2, Editorial LA LEY.

⁴⁷⁵ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 13 de marzo de 2006, rec. 1936/2003 y también sentencia del mismo tribunal, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 24 Febrero de 2006, rec. 2116/2003. El aval judicial de los expedientes administrativos sancionadores se extiende incluso en supuestos en que las condiciones del concierto con el Servicio de Prevención Ajeno incluya compromisos largos o abiertos en el cumplimiento de sus obligaciones. El respetar los términos pactados en concierto donde se incluyen plazos amplios de duración de los conciertos de prevención, incluso de varios años, llevaría al absurdo de que los servicios de prevención ajenos no estarían obligados a ejecutar sus obligaciones hasta el último día del año de su terminación, lo que resultaría que la aplicación de la norma quedaría a la voluntad de las partes. Aunque es evidente que cierta flexibilidad en el plazo de ejecución de las distintas obligaciones asumidas por los servicios de prevención ajenos es admisible, siempre que se acredite que empezó a realizar las mismas inmediatamente a la firma del concierto (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 18 de noviembre de 2005, rec. 1937/2003)

Ello no obsta a que en el caso de presencia de un colectivo de trabajadores extranjeros es totalmente necesario que el formador conozca las características del grupo, y desarrolle y adopte una metodología que transmita el aprendizaje a través de métodos y objetivos eficaces. Una formación dirigida acompañada de un aprendizaje cuyo objetivo sea la asimilación de los temas tratados⁴⁷⁶. Considerando el lenguaje el vehículo básico de transmisión de la información, habrá que hacer comprensibles estas obligaciones de formación e información y atendiendo a su carácter *recepticio* y *finalista* se exigirá la puesta a disposición de los medios de traducción necesarios⁴⁷⁷.

En definitiva, el empresario, a través de su organización preventiva, ha de hacer efectivas estas obligaciones en el idioma que los trabajadores comprendan, para lo que será necesario que la información escrita esté debidamente traducida, y disponer de traductor con capacidad suficiente para transmitirla. En muchos casos, la asistencia de traductor bastará con ser puntual, pero en otros, como trabajos especialmente peligrosos, deberá, además, garantizarse su presencia de forma continuada⁴⁷⁸.

Es cierto que para un cumplimiento real de estas obligaciones es necesaria su personalización para adaptarla a las competencias lingüísticas del trabajador extranjero, y que respecto de éstas algo beneficia la actuación de los poderes públicos. Como ejemplo: la ley 10/2010, ya señalada, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña, la cual marca entre sus finalidades la promoción de la autonomía e igualdad de oportunidades de los inmigrados y de los regresados a Cataluña, así como la remoción de los obstáculos que lo impiden a causa, principalmente, de la falta de competencias lingüísticas básicas y el desconocimiento de la sociedad y del ordenamiento jurídico, con el objetivo de hacer efectivo el principio de igualdad y

⁴⁷⁶ PAULA MACIEL, J., RÓDENES ADAM, M, TORRALBA MARTÍNEZ, J.M.: «Planteamiento sistemático de formación e información en PRL para trabajadores extranjeros», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 22, 2005, p. 41.

⁴⁷⁷ MARÍN ARCE, J.A.: «El derecho de información de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales... », *op, cit*, p.165.

⁴⁷⁸ *Idem*, p. 180.

lograr una mayor cohesión social (art. 1). Para ello ofrece un aprendizaje lingüístico de competencias básicas en lengua catalana por los servicios de primera acogida.

También contribuye a facilitar el cumplimiento empresarial las numerosas publicaciones de seguridad y salud laboral en diferentes idiomas elaboradas por los organismos e instituciones competentes en la materia de las CC.AA, las cuales son objeto de una amplia difusión y con posibilidad de descarga por internet. Los idiomas se eligen en función del volumen de trabajadores extranjeros pertenecientes a una nacionalidad que presten servicios en la actividad específica que trate la publicación⁴⁷⁹.

Estos folletos suelen ser simples y genéricos y pueden resultar útiles en cuanto a la comprensibilidad de lo que allí exponen y servir, incluso, de instrumento docente para el formador, pero no pueden sustituir a la formación e información en prevención diseñada en la LPRL.

En la práctica, la materialización de estas obligaciones se desarrolla o bien contratando puntualmente a un intérprete o eligiendo a uno de los trabajadores del colectivo que mejor entiende o conoce dichas lenguas. Pero entiendo que no siempre es la solución adecuada e, incluso, contraviene el propio espíritu de la normativa preventiva que ha atribuido a unos profesionales con perfiles formativos concretos la tarea de formar e informar a los trabajadores. Además, la traducción de las explicaciones de un técnico al idioma conocido por los trabajadores puede resultar útil cuando se trate de instrucciones sencillas o contenidos simples, pero no cuando se trate de trabajos de especial riesgo o peligro.

⁴⁷⁹ Por poner dos ejemplos: el Instituto Regional de Seguridad y Salud en el trabajo, adscrito a la Consejería de Empleo, Mujer e Inmigración de la CC.AA de Madrid ha publicado una serie de 27 folletos en construcción en lengua rumana, polaca, inglesa, francesa y árabe.

Igualmente, la Generalidad de Cataluña, a través del Departamento de Empresa y Ocupación, ofrece diferentes cuadernos de prevención sobre todo en las actividades de construcción y agricultura que vienen traducidos a idiomas diferentes del castellano y catalán,

Al no exigirse específicamente, en el marco jurídico preventivo vigente, a las organizaciones preventivas disponer, dentro de los medios humanos suficientes y adecuados, de profesionales con conocimientos particulares de determinadas lenguas extranjeras para poder impartir la formación e información a los trabajadores extranjeros, será la evaluación de riesgos personal de estos trabajadores especialmente sensibles, y la correspondiente planificación preventiva, la que detectará e implantará la necesidad de contar con estos formadores, y los medios sobre los que vehiculará la transmisión de los conocimientos preventivos.

Con independencia de lo anterior, coincido plenamente con DURÁN LÓPEZ⁴⁸⁰ en que resulta imprescindible que la normativa en materia de formación e información en prevención contemple la multiplicidad cultural y lingüística de estos trabajadores.

No se expone un marco preventivo utópico, la formación e información debe perseguir no sólo que los trabajadores puedan conocer desde el punto de vista teórico y práctico las medidas de prevención en relación con el puesto de trabajo concreto que van a ocupar, sino que debe tratarse de inculcar en el sujeto la preocupación por su seguridad y la de los demás trabajadores. Por ello, hay pronunciamientos judiciales que conectan la producción del accidente con la atribución de labores al extranjero para las que el mismo carece de formación o destreza⁴⁸¹.

4.2.2. La importancia de la formación e información en los pronunciamientos judiciales.

La formación en prevención de riesgos laborales de los trabajadores ha sido valorada por jueces y tribunales, principalmente, en los supuestos de acaecimiento de accidente

⁴⁸⁰ DURÁN LÓPEZ, F., BENAVIDES, F., *Informe de salud laboral .Los riesgos laborales y su prevención. España 2004*, ed. Zurich España y Atelier, 2004, p. 210.

⁴⁸¹ HUETE PÉREZ, L.: «Vida y Salud de los trabajadores extranjeros y Ministerio Fiscal», AA.VV., TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dtor), ACALES SÁNCHEZ, M (coord), *La siniestralidad laboral. Incidencia...*, *op, cit*, p.74.

de trabajo y/o respecto de litigios sobre recargos en prestaciones o indemnizaciones derivadas de la materialización de dicha contingencia.

No obstante, merece la pena destacar también alguna sentencia que reconoce el recargo en prestaciones respecto de accidentes en los que la única infracción detectada es la falta de formación suficiente por parte del trabajador. Así la STSJ de Andalucía, sala de lo social, de 14 de enero de 2010 (AS 2010/974), valora que la formación que se dio al accidentado fue insuficiente para los trabajos que habría de desarrollar, toda vez que prácticamente solo fue teórica y ésta a su vez, no fue presencial, por lo que la constancia sobre la efectiva recepción de los conocimientos en materia de seguridad necesarios para la ejecución de su trabajo, no está mínimamente probada.

En ocasiones, la ausencia de formación ha permitido determinar al tribunal, en supuestos de intervención activa del trabajador en la producción del accidente, que se trata de una intervención calificada como imprudencia profesional y no como imprudencia temeraria que eliminaría el propio concepto de accidente según el artículo 115 de la LGSS. Por ejemplo en la sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 22 de enero de 2009 (AS 2009/313), el tribunal razona que es evidente que la acción del trabajador al acaecer el accidente, consistente en intentar limpiar con la mano unas virutas próximas a la fresa con la máquina en funcionamiento ha de ser calificada como imprudencia profesional, al no valorar debidamente el riesgo de la acción, por mera confianza y, *conectado con la falta de formación en su acceso al puesto de trabajo concreto*, pero en ningún lugar como imprudencia temeraria que excluya la responsabilidad empresarial.

También hay resoluciones judiciales que atienden a la idoneidad o eficacia de la formación, concluyendo que el empresario no puede desplazar el cumplimiento de su deber de seguridad al trabajador aunque este último incumpla sus obligaciones. Así la deuda de seguridad no queda satisfecha con la formación del trabajador ni en general con el cumplimiento de las obligaciones formales establecidas en la legislación de

evaluación y prevención de riesgos, sino que su responsabilidad llega a la vigilancia y la comprobación de que la formación es efectiva⁴⁸².

En esta búsqueda, me tropiezo, aunque es menos habitual, con decisiones judiciales que entran ligeramente sobre el contenido de esta obligación preventiva. Así, la STSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2005 (AS 2005/258067), que confirma una sanción impuesta por falta de formación adecuada a los trabajadores. El tribunal cuestiona la acreditación empresarial de la formación a través de la simple entrega a los trabajadores de unas fotocopias de hojas informativas que recogen unas normas generales en trabajos de hormigonado, una lista de los riesgos, otra de las protecciones individuales y otra similar para los trabajos de encofrado. Ello no revela que haya sido suficiente y adecuada y menos aún impartida por personas con capacidad suficiente para ello, ignorándose incluso quien ha elaborado las mencionadas hojas que carecen de autor.

Son pocas las sentencias encontradas que valoren las especiales dificultades de los trabajadores inmigrantes a la hora de determinar una responsabilidad empresarial preventiva por esta única circunstancia. Generalmente prima la condición de trabajador sobre la nacionalidad o el origen. Muestra de ello es la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2011, rec. 890/2010, que destaca como hecho que en el momento del accidente no estuviera en la obra un traductor del idioma español al chino, debido a que las instrucciones eran impartidas según una relación de palabras en el idioma chino que el encargado tenía, pero no lo considera como un factor que pudiera paliar la intervención imprudente del trabajador.

Resulta de interés la sentencia de 26 de septiembre de 2007 del TSJ de Cataluña (JUR 2008/14776) en el que se analiza la procedencia de un recargo en prestaciones económicas ante un accidente de trabajo de un trabajador extranjero por omisión de medidas de seguridad y sobre todo en relación con la concurrencia de uno de sus elementos, la necesaria relación de causalidad. Como señala la sentencia se encuentran ante un tema difícil, pues se trata de un trabajador con evidente dificultad (reconocida

⁴⁸² TSJ Castilla –La Mancha de 24 de septiembre de 2008, sala de lo social (AS 2008/2384).

en hechos probados) para entender el idioma, pero a la vez con una empresa que -en sus obligaciones concretas, no genéricas- había cumplido aparentemente con todas sus obligaciones en materia de prevención. Además era lógico y acorde con el criterio humano pensar que un ciudadano medio podría haber entendido -y haberse representado con anterioridad al accidente- que pisar la plataforma que pisó el trabajador extranjero era sumamente arriesgado, máxime sin hacer uso de las protecciones personales de las que disponía. Pero por otra parte, reflexiona el tribunal, se trata de un trabajador extranjero, con dificultades de comprensión de su entorno, en un ambiente difícil desde el punto de vista vital y con toda seguridad sometido a un estrés vital muy importante.

La sentencia concluye que dadas las especiales circunstancias del trabajador, su desconocimiento efectivo del idioma, junto con la peligrosidad del trabajo a una altura de 16 metros, hacía necesario que la empresa hubiera tenido a alguien controlando una operación relativamente peligrosa como desmontar la plataforma. Cabe pensar que no era necesario subirse en la misma y que desde el balcón podría realizarse con seguridad, sin tener que llevar puesto el arnés de protección, e incluso que el trabajador lo había ya realizado anteriormente, pero ese tipo de maniobras han de ser supervisadas *cuando ni siquiera estamos seguros de que el trabajador entienda correctamente las órdenes e instrucciones que se le imparten*. Al no hacerlo así la empresa incumplió con sus obligaciones «in vigilando» y de protección del trabajador, por lo que estima razonable la procedencia del recargo.

Es un pronunciamiento que valora con especial intensidad el desconocimiento del idioma para determinar el alcance de la responsabilidad empresarial, que se sustenta sobre la base de que sobre el empresario gira un deber de protección es incondicionado y, prácticamente, ilimitado⁴⁸³, que debe alcanzar las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran y aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.

⁴⁸³ STS de 8 de abril de 2001 (RJ 2002/1424).

También la STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2007 (JUR 2007/302018), sobre un supuesto de responsabilidad del art. 123 LGSS. En este caso es un trabajador de nacionalidad rumana contratado por una ETT para ser cedido a otra empresa pero para prestar servicios a su vez en el centro de trabajo de una tercera empresa, centro donde sufrió un accidente de trabajo cuando realizaba la limpieza de un motorreductor con una pistola de aire comprimido, haciendo girar el aire un rodamiento y, mientras el trabajador sostenía la pieza, el anillo metálico salió proyectado hacia el ojo del trabajador, ocasionándole diversas lesiones, siendo la causa del accidente la utilización de un método de trabajo inadecuado y la no utilización del equipo de protección adecuado, gafas, creándose así un grave riesgo para su integridad física. Este trabajo podía efectuarse indistintamente dejando secarlas por medio de aire natural, o aplicando aire a presión mediante una pistola para acelerar el secado, en cuyo caso, debido al riesgo existente, el trabajador debía utilizar gafas de protección adecuadas.

La empresa pretendió que la actitud del trabajador fuera tachada de imprudencia temeraria, lo que el tribunal rechazó entendiendo que la imprudencia temeraria es la que excede de imprudencia profesional, tratándose de situaciones en las que el trabajador asume un riesgo innecesario, con clara conciencia de la certeza del mismo, que no está justificada por motivo legítimo, contra todo instinto de conservación de la vida y ausencia de la más elemental precaución o cautela exigible a toda persona, circunstancias todas ellas que únicamente se hubieran dado en el supuesto de que el trabajador hubiera utilizado la pistola de aire comprimido frente a una expresa prohibición de la empresa, pero no como ocurrió en el supuesto enjuiciado en que se trataba de un método de trabajo alternativo frente al secado natural, que aligeraba el trabajo, fin seguramente pretendido por la empresa y no por el trabajador, tratándose de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal y *de nacionalidad extranjera con problemas de entendimiento del idioma, en que lógica y humanamente se han de incrementar las medidas de vigilancia por parte de la ETT y de la empresa usuaria.*

Aunque no abundante, algún pronunciamiento condena solidariamente a la responsabilidad empresarial del art. 123 LGSS a las dos empresas que intervenían en

una maniobra, con independencia de la adecuación o no de la misma, por la incomprendibilidad de idiomas entre los trabajadores de ambas empresas⁴⁸⁴.

En el ámbito penal persiste la dificultad de búsqueda jurisprudencial por las mismas razones apuntadas de no discriminación de nacionalidad en el delito de riesgo u otros tipos derivados de un siniestro laboral, aunque es difícil que se condene por la comisión del delito de riesgo del art. 316 CP ante la ausencia de formación de trabajadores extranjeros⁴⁸⁵.

Como conclusión final expresar el inadecuado cumplimiento de la obligación empresarial de formación en prevención de riesgos laborales respecto de los trabajadores extranjeros. Y esta valoración no se hace en función de una determinada actitud empresarial, sino objetivamente en relación con los diferentes aspectos del deber formativo.

En primer lugar desde el diseño normativo. Ya he destacado que el gran problema de la regulación de la formación preventiva es, precisamente, su falta de regulación y lo deseable que sería un desarrollo reglamentario que concretase la imprecisión de los términos del artículo 19 de la LPRL.

Siguiendo, por las propias exigencias respecto a qué personal ha de ser el formador o impartir esta formación. Lo que ha conducido a que la competencia sea asumida casi de modo exclusivo por los servicios de prevención, entidades a las que se les exige que cuenten con unos medios materiales y humanos, y respecto de éstos que dispongan de

⁴⁸⁴ STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 10 de Julio de 1999, rec. 296/1998. Los hechos es que dos de los trabajadores de una empresa que participaba en las tareas eran de nacionalidad alemana y no hablaban el castellano, y los dos trabajadores españoles de otra empresa que colaboraba con los alemanes siguiendo las instrucciones de éstos, no hablaban ni entendían alemán. La dirección técnica de la empresa presente en el momento en que se produjo el accidente no intervino dando ningún tipo de orden, a pesar de que conocía la dificultad para entenderse de los trabajadores.

⁴⁸⁵ SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2006, rec. 1/2006, resolución 111/2006: «... que las empresas no facilitaran a sus empleados la necesaria formación en materia de seguridad, con independencia de que sea susceptible de ser sancionado administrativamente, no implica la comisión del delito del *artículo 316 del Código Penal*».

conocimientos especializados en materia de seguridad y salud, pero no necesariamente medios adicionales vinculados a las características o aptitudes subjetivas del personal al que se dirige la formación.

Ello deriva a una concepción empresarial de considerar la prevención, en la práctica, como una actividad que puede subcontratarse en su totalidad con un Servicio de Prevención externo o delegarse en el Servicio de Prevención propio, y que es ajena a la organización productiva y se dirige exclusivamente al cumplimiento de determinados requisitos de carácter básicamente documental⁴⁸⁶. Todas estas circunstancias hacen pensar que la formación de los trabajadores extranjeros requiere una atención particular. Y así se puso de manifiesto en un estudio publicado por la Consejería de Economía y Empleo de la Junta de Castilla y León⁴⁸⁷, que revelaba que el 96% de los trabajadores inmigrantes encuestados pensaban que resultaría necesario un plan de formación específico para inmigrantes en formación en prevención de riesgos laborales.

4.3. La vigilancia de la salud.

La vigilancia de la salud es una obligación del empresario, como ocurre con el resto de obligaciones derivadas de la normativa preventiva, que constituye uno de los deberes empresariales específicos cualitativamente más importantes, dado que, integrada en la actividad preventiva de la empresa, tiene diversas conexiones secuenciales en el cumplimiento, eficaz y diligente, del deber empresarial de protección-prevención-seguridad⁴⁸⁸.

La LPRL trajo como novedad, precisamente, que previamente a ella ninguna disposición jurídica regulaba la vigilancia de la salud de los trabajadores con carácter

⁴⁸⁶ INSHT (2003): «Orientaciones para facilitar la integración de la prevención de los riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa», p. 2, <http://bit.ly/XmsWhg>.

⁴⁸⁷ MS. CONSULTORES: *La inmigración en la PRL. Elaboración de un Modelo que sea sensible al fenómeno de la inmigración*, Junta de Castilla y León, Consejería de Economía y Empleo, octubre 2005.

⁴⁸⁸ PURCALLA BONILLA, M.A.: «Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico», *Aranzadi Social* vol. V (Estudio, 1997), p.5.

general, como obligación integrante de la deuda de seguridad correspondiente –desde siempre – al empresario. La realización de reconocimientos médicos se imponía, sin embargo, en una copiosa y dispersa normativa, ya fuera en conexión con determinados riesgos profesionales, bien como consecuencia de la especial protección otorgada a ciertos colectivos de trabajadores, o, simplemente, como contenido específico de determinadas normas sectoriales⁴⁸⁹.

El régimen jurídico de la vigilancia de la salud se contempla en el art. 22 LPRL determinando la exigencia de que el empresario garantice a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Pero, condicionando la misma a que el trabajador objeto de esta vigilancia preste su consentimiento. Es una normativa que intenta preservar la integridad, vida y salud de los trabajadores, por lo que resulta lógico que la sujeción de la práctica de la vigilancia de la salud al consentimiento del trabajador quede exceptuada en una serie de supuestos.

Otro aspecto importante de la configuración jurídica de la vigilancia es que las propias medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se han de llevar a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud (art. 22.2). Esta confidencialidad puede quedar limitada cuando los informes están directamente relacionados con la incidencia en la aptitud del trabajador para desempeñar sus funciones y es trascendente para determinar los riesgos que la misma representa para el propio trabajador, sus compañeros o terceros⁴⁹⁰.

Clave resulta también, en la vertiente de los resultados obtenidos de esta práctica, es que los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. Así, el acceso a la información

⁴⁸⁹ BERNARDO JIMENEZ, I.: «Vigilancia de la salud de los trabajadores: Los reconocimientos médicos», *Aranzadi Social* num. 20/2002, p.1. (Estudio).Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2002.

⁴⁹⁰ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, de 4 de Diciembre de 2001, rec. 3248/2001.

médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva (22.4. LPRL).

Por tanto, la regla general es la confidencialidad de toda la información obtenida por los servicios de vigilancia de la salud, introduciendo el legislador la referencia a las conclusiones, con el objetivo de permitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en prevención en la empresa, conocer determinados datos esenciales para el cumplimiento de sus obligaciones preventivas. Más específicamente, van a tener un acceso que se limita a las conclusiones de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador en el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas preventivas⁴⁹¹

Tal vez la LPRL pudo haber regulado tal reserva con criterio más flexible, puesto que no todos los datos de salud afectan de igual modo a la intimidad personal, pero la literalidad terminante del precepto al abordar la materia no permite al operador jurídico otra opción distinta de la de su estricto cumplimiento⁴⁹². Ni siquiera el Convenio OIT núm. 161 sobre los servicios de salud en el trabajo (junio 1985) establece este deber de confidencialidad, únicamente la garantía de plena independencia del personal que preste servicios de salud en el trabajo, independencia profesional tanto respecto del empleador como de los trabajadores y de sus representantes (art. 10).

⁴⁹¹ IGARTUA MIRÓ. M.T.: «Capítulo III Derechos u obligaciones: art. 22», en AA.VV, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dtor), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords), *Comentarios ...*, op. cit, p. 343.

⁴⁹² STS, Sala Cuarta, de lo Social, de 22 de julio de. 2005, rec. 1333/2004.

En definitiva, la regulación impuesta por la LPRL viene a transformar sustancialmente la vigilancia de la salud de los trabajadores, introduciendo una serie de rasgos y especialidades (voluntariedad, inocuidad, proporcionalidad, confidencialidad, periodicidad, especialidad...) muy definidos, que van mucho más allá de las escuetas previsiones contenidas a este respecto en la DM⁴⁹³, donde sus previsiones son muy escasas y abiertas (art. 14) dejando la fijación de medidas en este aspecto a las legislaciones y usos nacionales, y permitiendo que quede engarzado en el sistema nacional de salud de cada país.

4.3.1. Distinción entre vigilancia de la salud y reconocimiento médico previo.

La vigilancia de la salud se estructura en la normativa preventiva de la siguiente forma: una evaluación de la salud de los trabajadores inicial tras la incorporación al trabajo; o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud; una evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores y, por último, una vigilancia a intervalos periódicos (art. 37.3. RSP).

Como puede observarse, no se hace alusión a la necesidad o establecimiento de un reconocimiento médico al trabajador previo al ingreso al trabajo, sin embargo siguen vigentes estos reconocimientos médicos tanto en la normativa legal como en la convencional, lo que plantea la vinculación, si existe, de los mismos con la vigilancia de la salud de la LPRL y sí los límites y condicionantes de ésta pueden aplicarse a estos exámenes previos de ingreso.

El tema no carece de importancia por el componente discriminatorio de acceso al empleo que puede comportar un incontrolado reconocimiento médico previo que

⁴⁹³ BERNARDO JIMENEZ, I.: «Vigilancia de la salud de los trabajadores: Los reconocimientos ...», *op. cit.*, p.5.

incluyera pruebas de carácter epidemiológico⁴⁹⁴, partiendo del hecho cierto de que los inmigrantes económicos provienen de países donde la prevalencia de enfermedades infecciosas es más elevada que en España, como por ejemplo, el virus de inmunodeficiencia humana, el virus de la hepatitis B y la tuberculosis, entre otras⁴⁹⁵. El TC se ha pronunciado en el sentido de que el reconocimiento médico en la relación laboral no es un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, ni tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar⁴⁹⁶. Por el contrario, el TSJ de Madrid en sentencia de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011/65115) razona que el objetivo que se persigue con el reconocimiento médico es prevenir la eventualidad de los riesgos para la salud y la integridad física del interesado y de terceros, así como la seguridad en el trabajo, evitando la incorporación al puesto de quien puede ser víctima de aquellos elementos hostiles para la integridad física producidos en el desempeño del trabajo.

Legalmente existe el mandato del art. 196.1 LGSS que obliga a todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales a efectuar un reconocimiento médico previo a los trabajadores que pretenda contratar para cubrirlos, así como a efectuar los reconocimientos médicos periódicos previstos para cada tipo de enfermedad.

La reacción ante el incumplimiento se contempla en el art. 197.2, disponiendo que el incumplimiento de esas obligaciones por la empresa determina que ésta sea responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de enfermedad

⁴⁹⁴ La Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica, SEPAR, a través del Programa Integrado de Investigación de Tuberculosis (PII), muestra un **considerable incremento de casos de tuberculosis en inmigrantes alcanzado el 30% del global**, y en el que se destaca que los inmigrantes que sufren tuberculosis tienen un perfil demográfico característico: son jóvenes, están desempleados o con trabajos inestables y suelen vivir en condiciones precarias y en grupo, lo cual es, a su vez, un factor de riesgo de contagio, <http://bit.ly/10xBFnI>, (última consulta 23 de abril de 2011).

⁴⁹⁵ PORTHE, V., *La Precariedad laboral en inmigrantes en España y su relación con la salud: una aproximación cualitativa*, tesis doctoral, disponible en <http://www.tdx.cat/>, p. 74.

⁴⁹⁶ Sentencia TC, sala primera, 196/2004 de 15 de noviembre de 2004, rec. 1322/2000 (FJ 7).

profesional. Regla que ha de entenderse referida, claro es, a las enfermedades profesionales precisamente relacionadas con el deber de reconocimiento incumplido.

Responsabilidad, ciertamente, rigurosa y exigida en términos que no admiten flexibilidad alguna, y cuya razón de ser se comprende fácilmente: se trata de lograr que, bajo esa amenaza, se cumpla escrupulosamente con la obligación de reconocimientos médicos en una materia tan sensible para la salud del trabajador, en la medida en que con ellos se puede controlar el nacimiento y, en su caso, evolución de la enfermedad, adoptando las medidas necesarias para apartarle del riesgo que la haga progresar⁴⁹⁷.

Esta previsión está inspirada en la existencia de un riesgo en la salud por razones objetivas del puesto de trabajo. De manera que la potencial afectación en la intimidad personal del trabajador --de tener que someterse conforme a la Ley, en su caso, a pruebas y controles médicos como condición para el acceso al puesto de trabajo-- sólo podrá encontrar fundamento en la evaluación o identificación de tales patologías o condiciones de salud contraindicadas para el trabajo. Por tanto, se vulneraría la intimidad personal si la obtención de datos pertenecientes a la privacidad del trabajador descansase en una utilización extensiva de esa habilitación legal. Es necesario que concurren factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con la previsión legal, haciendo posible ese tipo de reconocimientos obligatorios, así como a excluir las imposiciones indiscriminadas de un control médico tendente a la evaluación psicofísica de los trabajadores con base en dichos preceptos⁴⁹⁸.

Es relevante el número de CC. que instauran la obligatoriedad para el trabajador de someterse a los reconocimientos médicos antes de su admisión en la empresa⁴⁹⁹. Sin entrar en profundidad en las disquisiciones doctrinales respecto del tema de la validez de la imposición de estos reconocimientos médicos vía negociación colectiva, en las que

⁴⁹⁷ Sentencia del TSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de Noviembre de 2004, rec. 1798/2004.

⁴⁹⁸ Según la ya citada Sentencia TC, sala primera, 196/2004.

⁴⁹⁹ Por ejemplo, art. 15 del Convenio General del Sector de la Construcción.

encuentro tanto posiciones de crítica negativas⁵⁰⁰, como posiciones más abiertas⁵⁰¹, no se puede negar que los reconocimientos previos pueden derivar en una selección indirecta de índole sanitaria buscando un «tamiz» que dé a la empresa un entorno más saludable⁵⁰². Precisamente, para evitar estas discriminaciones sólo debieran ser legítimas las pruebas o técnicas que tengan una relación directa con las características del puesto de trabajo a desempeñar, siendo, el candidato, informado previamente del tipo de técnicas, pruebas, extracción de muestras, etc, que se le van aplicar⁵⁰³.

Por tanto, se ha de intentar que estos controles de salud no sean reconocimientos médicos de tipo genérico o inespecífico, desvinculados totalmente de riesgos laborales definidos⁵⁰⁴, sino exámenes evaluadores del estado de salud en función de los riesgos particulares a que estarán sometidos en el momento de la contratación en razón de la actividad de la empresa y del puesto de trabajo que se ocupará. Y así ha de entenderse la

⁵⁰⁰ Para TOLOSA TRIBIÑO, C.: «El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1997, tomo II, p. 489, esta defensa de la posibilidad de pactar en Convenio Colectivo la obligatoriedad de someterse a los reconocimientos médicos no es posible, por cuanto tratándose de la afectación a un derecho fundamental, éste deviene indisponible a la autonomía colectiva.

De forma más contundente, RIVERO LAMAS, J.: «Deber empresarial de vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador», *La Revista* (zurichprevencion.com), núm. 2 (2002), p.7, entiende que para evitar el peligro de discriminaciones en el acceso al empleo, la regulación jurídica vigente en España sobre vigilancia de la salud por las empresas prohíbe expresamente, como norma general, el examen médico preventivo antes de la formalización del contrato de trabajo, limitándose a establecer que el deber de vigilancia periódica de la salud tenga lugar mediante evaluaciones «después de la incorporación al trabajo» (Art. 37.3.b.1º RSP), si bien con la importante excepción prevista para las empresas que deben cubrir puestos con riesgos de enfermedad profesional (art. 196 LGSS).

⁵⁰¹ Así, SEMPERE NAVARRO, A. V.-GARCIA BLASCO, J.-GONZALEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1996, p. 207-208, ha señalado que la negociación colectiva puede asumir una función de complementariedad respecto a la legalidad vigente, esto es, puede regular «los supuestos en los que la vigilancia asuma una función evaluadora de los efectos que provocan las condiciones de trabajo, así como las circunstancias para verificar la adecuación del trabajador a su puesto de trabajo o función, tanto en el momento del ingreso al trabajo, como con carácter periódico o cuando lo exijan las circunstancias personales del trabajador», resultando que el resto de cláusulas convencionales que sienten la obligatoriedad son, sencillamente, ilegales

⁵⁰² FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, F.A.: «La aptitud psico-física como requisito obligatorio para acceder al empleo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm 276, 2006, p.43.

⁵⁰³ *Idem*, p.49.

⁵⁰⁴ BERNARDO JIMENEZ, I.: «Vigilancia de la salud de los trabajadores: Los reconocimientos ...», *op. cit.*, p.10.

exigencia convencional del convenio del sector de la construcción y del resto de convenios sectoriales que establecen la obligación previa de los trabajadores a someterse a estos reconocimientos.

Y de esta función preventiva habla, aunque de forma indirecta, la importante y ya señalada sentencia del TS de 27 de octubre de 2010 cuando analiza los recursos interpuestos por los sindicatos ELA-STV y CIG ante determinadas previsiones del Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, concretamente respecto de incorporar a la tarjeta profesional de la construcción los datos contenidos en los reconocimientos médicos previos y periódicos. En relación a este aspecto, dictamina que las previsiones del Convenio en esta materia no se ajustan a las exigencias derivadas del respeto a la intimidad y que esta invasión de la intimidad no puede justificarse en función del consentimiento del trabajador. El razonamiento básico del tribunal es que no hay ningún interés general que justifique el que se recaben estos reconocimientos médicos confidenciales, se hagan constar en una tarjeta profesional y se remitan a un organismo paritario --la Fundación Laboral Construcción⁵⁰⁵-- que no tiene una configuración técnico-sanitaria. La remisión de estos datos carece de interés en términos tanto sanitarios, como de prevención, *pues lo importante es que los reconocimientos se realicen y que sus conclusiones se tengan en cuenta por el empresario y los órganos competentes en materia de prevención para adoptar las medidas de protección oportunas*, lo que ninguna relación tiene con la remisión de esos reconocimientos a un organismo paritario sin ninguna finalidad específica en orden a la adopción de medidas preventivas en atención al contenido de los reconocimientos y muchos menos con la mera circulación de esa información en una tarjeta profesional.

Dado que la tarjeta debía contener toda la información relativa no sólo a vigilancia de la salud sino también la referida a los controles previos a la admisión, que sobre todo se

⁵⁰⁵ Entidad privada sin ánimo de lucro que surge a partir del Convenio General del Sector de la Construcción firmado en 1992, por iniciativa de las entidades empresariales y organizaciones sindicales más representativas del sector. Entre sus objetivos se halla el fomento de la formación profesional, la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo, así como la profesionalización y dignificación del empleo en el sector

justificaba en trabajadores de gran rotación entre empresas y a efectos de facilitar el cumplimiento obligatorio empresarial, el tribunal anula tal previsión sobre la base del interés preventivo que tienen en definitiva todos los exámenes de salud, ya sean una vez contratados o de forma previa a la incorporación a la empresa.

La conclusión final es que los reconocimientos médicos previos han de estar siempre en conexión con la prevención de riesgos laborales, de la aptitud para el puesto de trabajo que vaya a desempeñarse y desde la consideración de adaptación del puesto de trabajo a la persona, si así fuera necesario o se desprendiera de los resultados de los señalados controles. En ningún momento puede tratarse exclusivamente de pruebas inespecíficas y generales, sin enfoque preventivo, que puedan constituir una especie de criba en el ámbito de la selección y contratación del personal con todo el componente discriminatorio que ello supondría. Discriminación que desde la perspectiva del trabajador inmigrante podría resultar acrecentada⁵⁰⁶, ya que si bien entre las personas que emigran existe lo que se conoce como sesgo de selección, es decir que las personas que salen de su país para establecerse en otro tienen, en líneas generales, mejor salud que la población que no emigra, ello no quiere decir que los inmigrantes no presenten algunos problemas de salud con mayor frecuencia que los autóctonos, ya sea por la elevada prevalencia de determinados problemas de salud en su lugar de origen o por las consecuencias del estrés psicológico y físico que origina el cambio de residencia y la adaptación a un nuevo ambiente social⁵⁰⁷.

Por el contrario, la realización de estos exámenes de salud desde la óptica preventiva sí que puede resultar muy valiosa de cara a incorporar a la evaluación del puesto de trabajo la evaluación subjetiva de las capacidades personales de los trabajadores

⁵⁰⁶ Como se ha puesto de manifiesto, la inmigración está dando lugar, y va a dar lugar progresivamente, a una acentuación del peso numérico de la discapacidad en la sociedad española. Acentuación que no sólo se va a producir por la vía de los entornos familiares, sino por la naturaleza de los trabajos que realizan muchos inmigrantes y las condiciones de mayor dureza y menos formalidad y control en que los realizan. TEZANOS TORTAJADA, J.F.: *Condiciones laborales de los trabajadores inmigrantes en España*, op. cit, p. 243.

⁵⁰⁷ Grupo de Estudio sobre Inmigración y Salud. Facultad de Medicina. Universidad Complutense de Madrid: *Mortalidad y principales causas de muerte en la población inmigrante residente en España, 2001-2005*. Observatorio permanente de la Inmigración (2009), p.10.

inmigrantes, y así adaptar aquellas condiciones de trabajo que, aun sin riesgo para los trabajadores en general, sí lo son para ellos de forma específica por su propia condición física, psíquica o sensorial.

4.3.2. *El consentimiento informado y las dificultades de comprensión lingüística.*

El deber empresarial de vigilancia periódica de la salud está condicionado a la voluntad y consentimiento del trabajador. Sin querer entrar a analizar detenidamente todas las claves del consentimiento, tema en el que se ha ahondado de forma muy particular por la doctrina científica y sobre todo en relación con los derechos fundamentales de la persona, sí que me detengo en las complicaciones y dificultades que pueden darse en relación a la obtención del mismo en trabajadores inmigrantes con problemas de comprensión lingüística.

Para ello, una referencia básica será el criterio adoptado por el TC en sentencia de 15 de noviembre de 2004⁵⁰⁸, en el que se plantea, entre otros aspectos, cuáles son los requisitos que deben concurrir para entender válidamente otorgado el consentimiento ante una prueba de reconocimiento médico voluntaria y, con carácter general, para la disposición de los derechos fundamentales individuales en la relación de trabajo⁵⁰⁹.

En primer lugar destaca (FJ.9) que la LPRL no establece, ni la Constitución impone como requisito del consentimiento, la forma escrita. Bastará, en principio, desde la perspectiva constitucional, que quepa verificar la voluntad real de someterse a la prueba médica, lo que en absoluto excluye la eficacia del consentimiento verbal o incluso la de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad, todo ello sin perjuicio de los requisitos que eventualmente pueda establecer la normativa infraconstitucional sobre la materia o de lo que cupiera decir en casos diversos por afectación de otros derechos (de forma destacada, cuando las exploraciones supusiesen riesgos o

⁵⁰⁸ Sentencia 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196)

⁵⁰⁹ MARTÍNEZ FONS, D.: «La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones», *Aranzadi Social*, 2005, p.3.

inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del trabajador)⁵¹⁰.

El segundo aspecto a considerar es la información que debe proporcionarse al trabajador en este tipo de pruebas que constituyen la práctica de la vigilancia de la salud. El TC estima que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, esto es, en relación con todas las actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que se opera o por los instrumentos mediante los que se realizan incidan en el pudor o el recato corporal de la persona, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad⁵¹¹.

Siendo preciso, además, un acto expreso de información si en el reconocimiento médico fueran a realizarse pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí conciernan en cambio al derecho más amplio a la intimidad personal de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad.

Esa misma necesidad de información previa también existe cuando las pruebas a practicar sean ajenas a la finalidad normativa de vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. En efecto, al margen de lo que corresponda decir desde un prisma legal sobre la posibilidad de realizar dichas detecciones adicionales, en garantía del derecho fundamental a la intimidad personal se impone que el consentimiento sea informado particularmente en aquello que no sea previsible, y eso es

⁵¹⁰ Ahora bien, si la legislación básica ordinaria en materia de prevención no establece la obligatoriedad del consentimiento escrito no cabe añadir restricciones no previstas en la misma, ni condicionar desde luego un derecho básico del trabajador a que se preste de esa forma y mediante la obligatoria suscripción de documento elaborado por la empresa o servicio médico por la misma contratado, ello por más que su contenido sea conforme en todo a las normas, en especial sobre protección de datos, que en cualquier caso la empresa viene obligada a cumplir. En definitiva, no puede la empresa unilateralmente, ni en su caso a través de la negociación colectiva, dotar a los reconocimientos médicos de una caracterización contraria a las directrices de la ley (Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, Sentencia de 29 Oct. 2008, rec. 1228/2008).

⁵¹¹ TC SS 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 120/1990, de 27 de junio, FJ 12; 137/1990, de 19 de julio, FJ 10; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 156/2001, 2 de julio, FJ 4; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4

lo que ocurre, tratándose de un reconocimiento médico de vigilancia de la salud en función del riesgo laboral (art. 22 LPRL), con pruebas y datos extraños a esa finalidad⁵¹².

En conclusión, la información deberá ser directa y recepticia⁵¹³, no bastando que se encuentre en el Manual de Política Interna, ni en la información a los representantes de los trabajadores ni, en fin, el convenio colectivo.

Respecto de los trabajadores extranjeros, la problemática relacionada con la vigilancia de la salud no difiere de los apartados anteriores, si bien a las dificultades idiomáticas puedo añadir los problemas éticos que pueden suponer el recurrir a una tercera persona que facilite la labor de traducción, debido a la necesidad de mantener la confidencialidad de los datos⁵¹⁴. El desconocimiento de la lengua dificulta y condiciona la obtención de información sobre aspectos relativos a los antecedentes personales y laborales o para poder determinar la aptitud para un puesto de trabajo determinado

También inciden los aspectos culturales. La experiencia de algún servicio de prevención al realizar exámenes de Salud a trabajadores inmigrantes, ha comprobado que hay trabajadores que presentan una reacción de ansiedad, miedo o rechazo al realizar las pruebas médicas⁵¹⁵.

En otro orden de cosas, el colectivo de trabajadores inmigrantes suele ser más afectado por la precariedad laboral y, aunque los estudios científicos que analizan el impacto de la precariedad laboral sobre la salud de los trabajadores son escasos y se centran sobre

⁵¹² SEGALES FIDALGO, J.: «¿Tutela o autotutela de la intimidad dentro de la relación obligatoria laboral? El alcance del consentimiento dado a los exámenes médicos. Notas acerca de la STC 196/2004 de 15 de noviembre», *Relaciones Laborales*, núm. 21 (noviembre 2005), p. 8 .

⁵¹³ MARTÍNEZ FONS, D.: «La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional...», *op.cit.*, p.13.

⁵¹⁴ INSHT, Nota Técnica de Prevención núm. 825: «La prevención de accidentes en trabajadores inmigrantes...», *op.cit.*, p.5

⁵¹⁵ Servicio de Prevención Fremap, Zaragoza: «Inmigración y Vigilancia de la Salud: actuación de un servicio de prevención», *Revista de la Sociedad Española de Medicina y Seguridad del Trabajo*, *op.cit.*, p.99

todo en el colectivo de trabajadores con contratos temporales, ha quedado demostrado como la salud de éstos tiende a ser peor que la de los trabajadores con contratos estables. Entre los trabajadores con contratos temporales existe un mayor riesgo de padecer accidentes laborales, elevados costos psíquicos y sociales, mayor deterioro de la salud psicológica, desmotivación e insatisfacción laboral⁵¹⁶.

En este aspecto he creído interesante destacar la experiencia y los problemas del día a día planteados por RAMÓN AZCONA⁵¹⁷, un especialista en Medicina del Trabajo, en su relación con los trabajadores inmigrantes al que se le somete a la práctica de la vigilancia de la salud.

En primer lugar indica que la principal fuente de errores, en la realización del trabajo, deriva, como tanto he resaltado, de las dificultades de comunicación. En los intentos por hacerse entender, el especialista utiliza un español con un perfil muy bajo, casi monosilábico u otros idiomas como francés o inglés dependiendo de la edad y la formación académica. En otros casos la ausencia de un idioma común, los múltiples dialectos y el alto grado de analfabetismo hace inviables las normas escritas y ello aboca a la expresión corporal y al lenguaje de signos. De esta manera, el método más usual al que se recurre para establecer comunicación verbal es a través del empleador, compañeros de trabajo, parientes y a menudo hijos, que utilizan la lengua española de una manera más fluida que sus progenitores.

Indicador de la falta de entendimiento y pérdida de información es cuando se suceden traducciones cortas del interlocutor tras explicaciones profusas por parte del trabajador. El paradigma de esta situación se produce cuando sin mediar respuesta, el traductor

⁵¹⁶ PORTHE,V, AMABKE, B, BENACH,J: «La precariedad laboral y la salud de los inmigrantes en España:¿qué sabemos y qué deberíamos saber?» Trabajo que forma parte de un estudio financiado parcialmente por el Instituto Catalán de la Mujer, *La precariedad laboral y su impacto sobre la salud de las mujeres trabajadoras inmigrantes*, (Expediente N° U-6/05)

⁵¹⁷ RAMON AZCONA,J.: «Inmigración y Medicina del Trabajo. El proceso migratorio y salud laboral; de la práctica diaria a las bases de procedimientos futuros». Ponencia presentada en las VIII Jornadas de la Sociedad de Medicina, Higiene y Seguridad del Trabajo de Aragón y La Rioja, Zaragoza 17 y 18 de febrero de 2006 .

relata la ausencia de síntomas, carencia de reacciones alérgicas y el tiempo de exposición a riesgos sobre los que todavía no se ha interrogado.

Otro error que se comete es comunicarse a través del capataz, jefe de grupo, encargado..., etc., y a fin de cuentas, el empleador, lo que conculca la privacidad y confidencialidad de datos.

Finalmente, resalta un fenómeno que se observa con la práctica diaria, y que se podría denominar como el «síndrome del 2º año», que es el aumento de la locuacidad en la descripción de antecedentes, signos y síntomas la segunda vez que se realiza un examen de salud cuando la primera se caracterizó por el mutismo. Síntoma inequívoco, a mi juicio, del proceso de integración social y laboral del trabajador inmigrante manifestado en el conocimiento de las prácticas preventivas y en la confianza en las mismas.

Esta experiencia, extrapolable a cualquier profesional de los servicios de vigilancia de la salud de los servicios de prevención, puede llegar a impedir o completar la propia realización del examen médico y el propio diagnóstico de aptitud.

Tanto el profesional como el trabajador pueden solicitar un traductor que esté presente mientras se lleve a cabo el reconocimiento médico laboral. Pero su intervención debería ser durante el tiempo imprescindible y con la única finalidad de trasladar fielmente la información que sobre su salud, el trabajador proporcione al profesional sanitario, así como para asegurar la más eficaz comunicación con el trabajador, debiendo firmar un compromiso de no divulgar o comunicar a terceros la información confidencial y los datos de salud que pudiera conocer como consecuencia de su presencia y actividad.

Este traductor no debería ser ni el propio empresario, ni persona de cierto rango o con funciones de de responsabilidad en la empresa, ni siquiera cargos intermedios. Las informaciones protegidas por el deber de confidencialidad son todas que puedan facilitar el conocimiento del estado de salud del trabajador, y el acceso a ella le está vedado completamente al empresario, por lo que en un ejercicio de transparencia no

debería designarse a persona próxima a él. En el caso de que se cuente con consentimiento expreso del trabajador, éste sólo será legítimo si parte de la libre voluntad del propio trabajador, no, en cambio, cuando venga solicitado o requerido por el empresario porque constituye sencillamente un abuso, contrario a derecho⁵¹⁸.

Acudir a un traductor, es una fórmula que no puede institucionalizarse como procedimiento en todo caso. Es la evaluación de riesgos y la planificación preventiva, la que al contemplar la especial sensibilidad del trabajador extranjero anticipe esta problemática y así sea comunicada a la organización encargada de la vigilancia de la salud, que también deberá adoptar los protocolos y procedimientos necesarios para hacerla efectiva: desde la sistemática habitual de traducción de los consentimientos informados a las lenguas utilizadas por los trabajadores, la realización de manuales con explicaciones visuales sobre el objeto y las pruebas de los protocolos médicos e incluso, acorde con la actual era tecnológica, software de reconocimiento de voz e interpretación.

En este punto es básica la necesaria coordinación de todos los profesionales de los servicios de prevención. Y en algo ayuda la última reforma del 2010 de los servicios de prevención al exigir necesariamente para su acreditación y funcionamiento que dispongan de las cuatro especialidades. El desarrollo de esta reforma por el RD 843/2011, no sólo alude al necesario carácter interdisciplinario de los servicios de prevención, sino que permite, a efectos de asegurar esta característica, que los servicios de prevención participen en actuaciones no específicamente sanitarias, lo que abre la posibilidad de que intervengan en la planificación de este colectivo de especial sensibilidad en lo referente a la vertiente de la vigilancia de la salud.

⁵¹⁸ GOÑI SEIN, J.L.: «Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador», en AA.VV., HOTAL IBARRA, J.C. (coord.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Edisofer, Argentina, 2009, p. 61.

4.4. Recapitulación.

Toda la articulación legal del sistema preventivo en la empresa es primordial para la garantía del derecho a la seguridad y salud de los trabajadores en la relación laboral y, en consecuencia, también para la de los trabajadores extranjeros. Si bien, al partir de escenarios de desigualdad real, no legal, he intentado analizar los campos en que aquélla es más evidente.

Dentro de los parámetros de legalidad que recorre este capítulo, es difícil pensar que el empresario provea de equipos de protección individual a los trabajadores nacionales y no a los extranjeros, o que sean sólo los primeros los que utilicen equipos de trabajo debidamente homologados. Por el contrario, es fácil suponer que el trabajador extranjero reciba unas instrucciones e informaciones, un adiestramiento en el trabajo, unas explicaciones o unas órdenes similares o iguales que el resto de trabajadores, cuando su capacidad de recepción es muy diferente.

Por ello entiendo que, desde el ámbito de la empresa, el refuerzo preventivo en las obligaciones de formación, información y vigilancia de la salud actúan como un coadyuvante esencial para la reducción de siniestralidad del colectivo, para el aumento de su cultura preventiva, y por qué no, para una mayor reivindicación de sus derechos laborales por poseer un conocimiento suficiente de los mismos.

Desde el lado empresarial, la ventaja es indudable tanto desde la perspectiva de costes económicos como de responsabilidad legal. Desde la vertiente de la vigilancia de la salud, al ser principalmente preventiva, no curativa, su no garantía por el empresario puede determinar su responsabilidad empresarial (art. 123 LGSS) ante una enfermedad profesional⁵¹⁹.

Partiendo del contexto legal vigente y del análisis de la situación expuesta los pasos a dar son los siguientes:

⁵¹⁹ STSJ de Cataluña, sala de lo social, de 15 de febrero de 2012, AS 2012/638.

En primer lugar, la contratación de trabajadores extranjeros con todas, parte o alguna de las características que he expuesto requiere la evaluación del puesto o puestos de trabajo que va a ocupar, evaluación, como expresé, personalizada en atención a la especial sensibilidad que se deriva directamente de la presencia de determinados factores (desconocimiento del idioma, falta de integración social, diferente cultura preventiva, etc.) que pueden constituir factores de riesgo asociados al puesto de trabajo. Mi reflexión es que concurren las circunstancias del art. 25 LPRL y, por tanto, sus prescripciones relativas a la «especial sensibilidad» han de ser observadas.

En segundo lugar, la contratación de este colectivo debería condicionar o, al menos, hacer reflexionar al empresario sobre si el tipo de organización preventiva adoptada es la más adecuada. Dentro de los límites expuestos, podría combinar el recurso externo con recursos propios, promoviendo a la designación de los mismos entre trabajadores cuya nacionalidad sea la mayoritaria en el colectivo laboral de la empresa. Ciertamente, que un manejo no fluido de la lengua les impide evidenciar sus auténticos conocimientos profesionales, no permitiendo, en ocasiones, el acceso a niveles de formación preventiva, como el nivel básico⁵²⁰, que posibilita su designación como recurso preventivo y su integración en la estructura y organización preventiva empresarial y, de forma indirecta, coadyuva en su integración laboral y su promoción profesional. Las empresas, conocedoras de estas limitaciones, tendrían que orientar y facilitar la inscripción de los trabajadores en los cursos de aprendizaje de la lengua desarrollados por las administraciones públicas.

Siguiendo un proceso de razonamiento preventivo lógico, una vez identificados y evaluados los factores de riesgo concurrentes, el empresario está obligado a adoptar las

⁵²⁰ Durante el período de estudio de la presente investigación, se interesó el parecer y experiencia de diferentes técnicos de prevención de servicios de prevención ajeno, destacando los entrevistados, en su mayoría, la dificultad de los trabajadores extranjeros de superar con aptitud estos cursos de 50-60 horas del nivel básico por los problemas de comprensión lingüística.

medidas de protección y prevención necesarias, debiendo valorar qué puestos de trabajo han de ser o no ocupados por el trabajador en atención a sus circunstancias⁵²¹.

Es aquí donde se relacionaran todas las medidas y cautelas a aplicar en materia de formación e información, desde la modalidad de impartición (clase, charla, idioma, etc.) hasta el instrumento, soporte y recursos utilizados (diapositivas y explicaciones, folletos, videos, etc.). Todo desde la óptica de que la formación e información no puede lograrse mediante la entrega de manuales en el momento de la suscripción del contrato, como una formalidad utilizada para una eventual exoneración de las responsabilidades empresariales: la norma no exige formalidades, sino realidades en materia de formación de los trabajadores en materia de seguridad⁵²². Y lo mismo respecto de la práctica de la vigilancia de la salud, espacio en que el fenómeno migratorio supone un auténtico reto para la salud laboral⁵²³. Corresponderá al documento de planificación preventiva los procedimientos específicos de consentimiento informado y los criterios no médicos de actuación de los profesionales sanitarios.

No es despreciable que en un momento inicial coincidente con la contratación, puede servirse la empresa de la figura de un mediador o intermediario, un trabajador integrado en la cuadrilla o grupo del colectivo inmigrante que por su conocimiento del idioma y su capacidad de comprensión en materia preventiva, actúa como intérprete o traductor para sus compañeros⁵²⁴, pero siempre bajo la actitud de que no es suficiente para la realización efectiva de las obligaciones empresariales, debido a que éstas han de

⁵²¹ Por muy buen conocedor que sea del sistema de señalización en obras, un trabajador extranjero con escaso conocimiento de las lenguas oficiales del lugar de la prestación de servicios, no resultaría adecuado para el desarrollo del puesto popularmente conocido como «señalista» si ante una urgencia no puede entender ni hacerse entender por sus compañeros.

⁵²² STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 2007, rec. 863/2006.

⁵²³ RAMÓN AZCONA, J.: «Inmigración y Medicina del Trabajo. El proceso migratorio y ...», *op. cit.*, p.98.

⁵²⁴ *La incidencia de la Inmigración en el sector de la construcción en materia...*, *op. cit.*, p. 50.

adaptarse a los conocimientos y cualificación del trabajador si no han sido considerados en el momento de la contratación⁵²⁵.

Soy consciente que el cumplimiento escrupuloso por parte del empresario de sus obligaciones no puede alcanzar la plena garantía del derecho, que también son necesarias acciones de carácter intercultural y lingüístico que son ajenas a la empresa⁵²⁶ y que deben desarrollarse a través de las Administraciones Públicas y en concreto de la Administración laboral y sanitaria ejerciendo las funciones preventivas atribuidas por la LPRL (arts. 7 al 10).

5. LA SEGURIDAD Y SALUD DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EMPLEADOS EN EL SECTOR DOMÉSTICO.

La razón de dedicar un capítulo especial al colectivo de trabajadores extranjeros que prestan servicios dentro del ámbito de hogar familiar, del servicio doméstico, obedece a diversos motivos:

En primer lugar por cuanto es un ámbito de gran representación de los trabajadores extranjeros, y muy especialmente de trabajadores extranjeros del género femenino donde éste se halla altamente representado. Diversos factores, como el factor sociológico de incorporación de la mujer al mercado de trabajo, ha requerido una necesidad mayor de utilización del servicio doméstico, tanto para la asistencia doméstica general, como para el cuidado y atención de de personas dependientes.

Para los trabajadores extranjeros en situación irregular, el sector del servicio doméstico suele suponer la primera vía de acceso al mercado de trabajo e, incluso, una posterior regularización de su situación administrativa.

⁵²⁵ Hay sectores productivos a los que resulta fácil acceder, con independencia de la experiencia de origen, del conocimiento del idioma y del nivel de formación.

⁵²⁶ RIVAS VALLEJO, P.: «Factores de riesgo laboral derivados de la... », *op. cit.*, p. 20.

En segundo lugar, por el característico lugar de prestación de servicios, el hogar familiar. Se ha llegado a afirmar que el servicio doméstico constituye el sector económico más oscuro de los sectores laborales tanto respecto a la supervisión de las condiciones de trabajo como al cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleadores⁵²⁷.

Sí que es cierto que no son iguales las posibilidades de inspección y control en un centro de trabajo abierto al público, que la vigilancia que puede desarrollarse en una vivienda familiar. El hecho de que se trate de entornos no sujetos habitualmente a inspección, puede llegar favorecer diversos incumplimientos de la normativa laboral y que afecten a muchos de los aspectos de las condiciones de trabajo, incluidas las de seguridad y salud laboral.

Es notorio que en este ámbito se desarrolla una parte importante del trabajo informal o no declarado. Ya en 1985, se destacó por la Encuesta de Condiciones de Vida y Trabajo⁵²⁸ impulsada en 1985 por el Ministerio de Economía, que los mayores índices de empleo irregular en España se encontraban en el servicio doméstico (60%).

A falta, como es habitual en este terreno, de cifras o estadísticas oficiales, se tiene que acudir a diversas estimaciones, estudios e investigaciones⁵²⁹.

En último lugar, aunque no en importancia, un componente decisivo del estudio es el régimen jurídico de las relaciones laborales que se desarrollan en el sector doméstico. Esta regulación derivada, precisamente, de la particularidad del espacio donde se efectúan los trabajos, singulariza los derechos de los trabajadores empleados en el hogar

⁵²⁷ GIMÉNEZ-SALINAS, F, SUSAJ GENTIANA, A; REQUENA ESPADA, L: «La dimensión laboral de la trata de personas en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, p. 33 RECPC 11-04 (2009).

⁵²⁸ Encuesta de Condiciones de Vida y Trabajo (ECVT) -1985 - MINECOH

⁵²⁹ Así, en Navarra, en un estudio publicado por el OBSERVATORIO NAVARRO DEL EMPLEO, llevado a cabo en los años 2007 y 2008 sobre trabajo no declarado cuantifica que el 51,30 % del mismo se desarrolla en la actividad del servicio doméstico. Por otro lado, el 84% del total de trabajo no declarado es llevado a cabo por población femenina.

de forma que, como a continuación señalo, no siempre gozaran de la protección general otorgada al trabajador por cuenta ajena en el ET.

En una breve aproximación al marco jurídico de la relación laboral del empleado de hogar, indicar que se considera una relación laboral de carácter especial conforme al artículo 2.1.b) del ET. Ello significa que es objeto de una regulación diferenciada del ET. Esta regulación se contenía, hasta el 18 de noviembre de 2011, en el RD 1424/1985, de 1 de agosto, norma, que como se explicitaba en su exposición de motivos, considera la necesidad de conciliar la equiparación de las condiciones de trabajo de los trabajadores domésticos al resto de los trabajadores y la consideración de las peculiaridades que se derivan de una actividad prestada en el ámbito del hogar familiar.

Esta norma ha sido derogada por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre⁵³⁰, la cual en su introducción reconoce que los más de veinticinco años transcurridos desde la promulgación de la norma reglamentaria que contiene el régimen jurídico del servicio doméstico, aconsejan una revisión en profundidad de esta normativa, para renovar y modernizar diversas instituciones jurídicas que las transformaciones sociales habidas en estos últimos tiempos y la evolución natural de las costumbres han dejado caducas.

La modificación del régimen jurídico de la relación laboral especial del servicio doméstico se sigue abordando desde la perspectiva tradicional, que pretende conjugar el mantenimiento de las diferencias, allí donde éstas encuentran una justificación objetiva y razonable, con otra igualitaria tendente a la reducción o eliminación de aquellas, cuando se comprenda que ya no exista razón de ser para su permanencia, de manera que el resultado logre una progresiva equiparación del bagaje jurídico de esta relación laboral especial con la común.

En cuanto a la eficacia del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, la particularidad de esta relación laboral es que la LPRL la excluye de su ámbito de aplicación (art. 3.4.),

⁵³⁰ BOE núm. 277 de 17 de noviembre de 2011.

si bien precisa de que el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene.

El art. 7.2. RD 1620/2011 obliga al empleador a cuidar que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual debe adoptar medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. El incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado. El artículo 13 de la norma reglamentaria anterior (RD 1424/1985) se pronunciaba en términos similares utilizando la denominación antigua de condiciones de seguridad e higiene. Como fácilmente se desprende, el problema radica, tanto antes como ahora, en la falta de concreción de la obligación en la reglamentación particular.

5.1. Ámbito objetivo y subjetivo de la relación laboral.

El objeto tradicional de esta relación laboral especial son las actividades domésticas: servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o la atención de los miembros de la familia o de las personas que formen parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos (art.1.4. RD 1620/2011).

Son servicios prestados para el hogar familiar. La anterior regulación no exigía que los servicios se prestasen materialmente en el propio hogar, como lo ponía de manifiesto la redacción de que su objeto eran «los servicios prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan». De ahí que tenía un adecuado encaje, por ejemplo, los servicios prestados por quien es contratado por el titular de un hogar para llevar y recoger del colegio a sus

hijos, o para hacer la compra de los bienes de consumo diario del hogar⁵³¹. No creo que ahora queden excluidos debido a la amplitud y apertura del objeto de la relación.

Los tribunales han ido interpretando y adaptando el objeto de esta contratación a situaciones peculiares, pero cada vez más habituales en nuestra realidad social, como la del trabajador que realiza sus labores de asistencia a un anciano, no en una vivienda familiar sino dentro de una residencia, pero en la que la persona asistida dispone de una habitación de uso exclusivo⁵³².

Se incluyen tanto las tareas domésticas propiamente dichas, como las derivadas de la atención a los miembros del hogar debiendo entender incluidos a los que se encuentran en situación de dependencia, un colectivo cada vez mayor debido a los diferentes cambios demográficos y sociales producidos en las últimas décadas.

Queda expresamente excluido de relación laboral la atención ofrecida por los cuidadores no profesionales a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, que no se hallen vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, de acuerdo con la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (art.2.1. d RD 1620/2011).

Tesis que con anterioridad al RD 1620/2011 mantenían autores como MOLINA NAVARRETE que lo conceptuaba, el trabajo de estos cuidadores, de un trabajo no retribuido, de cooperación, de utilidad social, y no un trabajo mercantilizado⁵³³. De la misma opinión algún otro autor que afirmaba que el prototipo común de trabajadora doméstica no encajaría, en principio, en el perfil de cuidador familiar o allegado por la clase de relación que vincula a la persona dependiente y al cuidador, siendo un elemento esencial del tipo el carácter altruista del servicio del cuidador, aunque advierte que

⁵³¹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 1 de septiembre de 2004, rec. 1303/2004.

⁵³² STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 de mayo de 2000, rec. 2583/1999.

⁵³³ MOLINA NAVARRETE, C.: «El régimen "cuasi-profesional" de cuidados de las personas dependientes», *RTSS* (2007), núm. 297, p. 58.

podía encuadrarse si se atendía a los aspectos centrales para su identificación⁵³⁴. Esta orientación doctrinal observaba una difícil conexión ente la relación laboral especial y la simple posibilidad de recibir una prestación económica para cuidados familiares cuando la persona dependiente está siendo atendida por su entorno familiar⁵³⁵.

Para constituir una relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar, ya dentro del ámbito subjetivo, ésta ha de ser concertada por el titular del hogar, como empleador, y la persona que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en este ámbito del hogar familiar (art.1.2. RD 1620/2011).

El empleador, titular del hogar familiar, puede que lo sea efectivamente o que conste como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. En el supuesto de que esta prestación de servicios se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, la condición de titular del hogar familiar la asume la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas (art. 1.3 RD 1620/2011)⁵³⁶.

El titular del hogar familiar es el equivalente al tradicional «amo de casa» de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, si bien se trata de un concepto jurídico más objetivo y funcional. Por tal hay que entender, no sólo al titular del domicilio, es decir, al propietario o titular de un derecho real o de crédito sobre el inmueble donde se

⁵³⁴MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores informales», *Relaciones Laborales*, núm.11, Quincena del 8 al 23 Junio 2009, p.548.

⁵³⁵ GARCIA NINET, J.I.: *Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p.26. Disponible en <http://bit.ly/UVgsyz>.

⁵³⁶ La misma definición de empleador utiliza el art. 10.1.7. del RGIA, en la modificación introducida por RD Ley 29/2012, de 28 de diciembre.

encuentra ubicado físicamente el hogar familiar, sino también quien lo ocupa de hecho por cualquier concepto (cesión gratuita de carácter temporal, por ejemplo)⁵³⁷.

El titular del hogar familiar ha de ser una persona física, ya que las relaciones concertadas por personas jurídicas, aunque su objeto sea la prestación de servicios o tareas objetivamente domésticas, están expresamente excluidas del ámbito de aplicación del RD y sometidas a la normativa laboral común (art. 2.1. a. del RD).

El TS, en sentencia de 21 Oct. 2008, Sala Cuarta, de lo Social, rec. 4143/2007, ha aseverado que partiendo de la realidad de que la especialidad de esta relación tiene su razón de ser en el carácter estrictamente personalista, familiar e íntimo de la misma, se elimina de entrada cualquier calificación de esta naturaleza cuando la relación no es entre personas físicas.

La «vis atractiva» de la relación laboral común también se evidencia en la presunción del art. 2.3. RD 1620/2011. Presunción que opera cuando la relación es concertada por un titular del hogar familiar con la persona que además de prestar servicios domésticos en aquel, realice, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador. Ahora bien, se admite prueba en contrario mediante la que se acredite que la realización de estos otros servicios tiene un carácter marginal o esporádico con respecto al servicio puramente doméstico.

Para SALA FRANCO, «los otros servicios ajenos al hogar familiar» han de ser también de naturaleza objetivamente doméstica. Y será en esta concurrencia cuando juegue la presunción de una única relación laboral de carácter común a que se refiere el precepto, ya que entonces no será fácil distinguir dónde comienza y dónde acaba una y otra relación. En estos casos, si predomina el trabajo doméstico al servicio del hogar

⁵³⁷ SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico», *Relaciones Laborales*, 1986, p. 284, Tomo 1, Editorial LA LEY.

familiar, la relación laboral única será especial, y si predomina, al contrario, el trabajo «doméstico» ajeno al hogar familiar, la relación laboral única será común⁵³⁸.

5.2. La condición de extranjero del empleado de hogar.

Como ya avancé en la introducción, resulta crónico el hecho de ser en el ámbito del servicio doméstico donde se concentra un núcleo importante de mano de obra extranjera --singularmente femenina⁵³⁹. El empleo doméstico es sector de entrada al mercado laboral español para muchos extranjeros, aunque la permanencia en el mismo es también limitada⁵⁴⁰.

En este sector económico no hay especialidad en materia de nacionalidad y capacidad para contratar. Ya el artículo 3 del derogado RD 1424/1985 se remitía a la legislación vigente para los trabajadores extranjeros en España. Por consiguiente, hay que acudir al régimen general contemplado en la normativa de extranjería, régimen que básicamente exige la disposición u obtención de las correspondientes autorizaciones para trabajar y residir, de las que se habló en el Capítulo I. Igualmente recordar que conforme lo dispuesto en el artículo 38 de la LOEX, para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo. Dicha situación nacional de empleo queda plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura.

Un documento elaborado por la UGT de Cataluña denominado «Los efectos de las crisis: el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura se reduce a 5 ocupaciones»⁵⁴¹, pone de manifiesto como en esta CC.AA la ocupación de empleado/a de hogar ha figurado en 12 de los 14 catálogos elaborados desde el segundo trimestre de 2005 al

⁵³⁸ SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar ...», *op.cit.*, p.289.

⁵³⁹ GETE CASTRILLO, P.: «Extranjeros contratados para el servicio doméstico: algunas cuestiones contractuales de carácter laboral y de Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, núm 15 (2002), p. 2.

⁵⁴⁰ PAJARES, M, *Inmigración y mercado de trabajo .Informe 2009*, p. 132. Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2009).

⁵⁴¹ UGT Cataluña, www.ugt.cat, (última consulta febrero 2011)

cuarto trimestre de 2008, desapareciendo a partir de dicho período. Lo que dificulta, por no decir imposibilita, el acceder a este ámbito del mercado de trabajo de forma regular. A ello se le une el actual entorno económico que ha generado que los demandantes de empleo españoles tengan ahora una predisposición mayor a aceptar ofertas de trabajo que antes rechazaban, pues la situación de crisis que apremia los hace menos selectivos y deja menores márgenes a los inmigrantes que pretendan acceder al mercado de trabajo español⁵⁴².

A pesar de la situación expuesta, me atrevo a afirmar que siguen siendo elevados los niveles de empleo informal que existen en el sector, con la dificultad añadida de no poder acceder a una regularización ordinaria.

En España, el último procedimiento de regularización extraordinario, denominado de normalización, tuvo efectos importantes en el afloramiento de empleo irregular en el ámbito doméstico. Dicho proceso, establecido en la DT 3ª del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, establecía que podrían solicitar también la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo los extranjeros que pretendieran desarrollar su actividad en el ámbito del servicio del hogar familiar, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un titular del hogar familiar. Para ello deberían acreditar que reunían los requisitos previstos por la legislación aplicable a los efectos del alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social como empleados del hogar discontinuos y que fueran a realizar un número de horas de trabajo semanales no inferior a treinta, en el cómputo global. Las prestaciones laborales concertadas a estos efectos deberían de abarcar un período mínimo de actividad de seis meses.

El balance resultante, publicado por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, de este proceso de normalización-regularización, dio como resultado que el Régimen de la

⁵⁴² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso...» *op.cit.*, p.29.

Seguridad Social que registró mayor número de afiliación fue el Régimen de Empleados de Hogar con un 33,42%⁵⁴³.

Ni la última reforma de la ley de extranjería, LO 2/2009, ni su reglamento de desarrollo ha previsto ningún proceso extraordinario de regularización.

En el ámbito europeo cercano, concretamente en Italia, conscientes de la existencia de una bolsa de irregularidad en este sector de actividad, el Gobierno italiano previó en 2009 un procedimiento denominado de «emersión de las relaciones laborales irregulares» para conseguir la regularización en Italia de los ciudadanos extracomunitarios sin permiso de residencia ocupados como empleados de hogar o en la actividad de asistencia y apoyo a las familias (cuidadores de personas dependientes). Esta regularización fue puesta en marcha por la Ley 102/2009, de 3 de agosto⁵⁴⁴, que se consideró, a priori, una ley permisiva en tanto consentía explícitamente presentar la solicitud de emersión también para inmigrantes que ya habían recibido la orden de expulsión. Si bien los resultados no fueron positivos ya que, según los datos del Ministerio de Interior sobre los expedientes tratados por las "prefecturas" (equivalentes a las subdelegaciones de gobierno), casi el 10% de las solicitudes presentadas habían sido rechazadas. A veces por irregularidades en los requisitos de renta de los empleadores, pero en su mayoría precisamente por la interpretación restrictiva que se adoptó en las instrucciones del Ministerio dictadas posteriormente a la norma⁵⁴⁵.

También se han dado iniciativas autonómicas como la emprendida por la CC.AA de Navarra plasmada en la Orden Foral 151/2010, de 31 de mayo⁵⁴⁶. En dicha orden se convocan ayudas para familias que residan en la Comunidad Foral de Navarra que contraten a personas para trabajar en el servicio doméstico y/o en el acompañamiento de

⁵⁴³ MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, <http://bit.ly/16Jv3oY> (última consulta febrero 2011).

⁵⁴⁴ *Supplemento ordinario n. 140/L* alla GAZZETTA UFFICIALE

⁵⁴⁵ MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral*, núm. 141 (2010), p.155.

⁵⁴⁶ *Boletín Oficial de Navarra Número 70, de 9 de junio de 2010*

menores, mayores o dependientes moderados, con el fin de facilitar la conciliación de la vida laboral, profesional y personal de las familias contratantes e incrementar el empleo en el sector de servicios de proximidad. Esta medida se enmarca dentro del “Plan Anticrisis” del Gobierno de Navarra y tiene el doble objetivo, como señala literalmente la introducción de la norma, de facilitar la conciliación de la vida familiar, profesional y personal de las personas que contraten servicio doméstico, subvencionándoles parte del coste laboral que conlleva la contratación, y crear nuevo empleo doméstico y *legalizar el empleo sumergido que hay en este sector*.

En esta CC.AA se estima que el trabajo no declarado se desarrolla fundamentalmente en actividades que se encuentran dentro del sector servicios, como servicio doméstico, cuantificándolo en un 51,30%⁵⁴⁷.

Para percibir la subvención, las contrataciones que se realicen para el servicio doméstico, en toda la amplitud que entiende la norma, deben suponer un alta nueva en la Seguridad Social en el régimen de empleadas (sic) de hogar. Además, en relación a la persona que será contratada se exige que resida en Navarra al menos con una antigüedad de dos años anteriores a la contratación o fecha de alta en la Seguridad Social.

La cuantía de la ayuda supone el 20% del coste laboral (es decir, del salario y/o del gasto de seguridad social con cargo al empleador) de la persona contratada, con un importe máximo de 180 euros mensuales⁵⁴⁸.

Ahora bien estas iniciativas no dan respuesta al problema laboral de los trabajadores extranjeros en situación irregular en el servicio doméstico, donde la concentración de

⁵⁴⁷ Gabinete de estudios de CC.OO de Navarra, Taller de Sociología, SL, Vidal Díaz de Rada (UPNA), *Trabajo no declarado en Navarra (2008)*, Observatorio Navarro de Empleo p.15.

⁵⁴⁸ El importe de la ayuda venía a subvencionar el coste de Seguridad Social de la contratación. Como muestra que para el año 2010, la base de cotización en el extinto Régimen de Empleados de Hogar estaba fijada en 738,90 euros al mes, y el tipo de cotización era del 22% (18,3 % corresponde al empleador y 3,7% al trabajador), lo que suponía una cuota total a ingresar de 162,558 euros.

trabajadoras en dicha situación se calcula en torno a un 50%⁵⁴⁹. Y no se soluciona por cuanto la normativa de extranjería no admite la tramitación de procesos de autorización de trabajo y residencia de extranjeros que se encuentren en España en situación irregular –según la DA 4ª redactada conforme la LO 2/2009- salvo situaciones de autorización de residencia temporal por situación de arraigo, por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales reglamentariamente establecidas, a las que no resulta fácil acceder.

Se debería plantear un nuevo proceso de regularización en el sector doméstico, debido a no sólo a las consecuencias negativas del trabajo doméstico no declarado, que se acentúan en el caso de los inmigrantes en situación irregular, puesto que ellos experimentan una mayor precariedad social y vulnerabilidad ante la violación de sus derechos⁵⁵⁰, además de quedar expuestos a condiciones laborales socialmente inaceptables, sino a que es un sector doméstico que cuenta con un potencial concreto para impulsar un crecimiento generador de empleo que es necesario aprovechar. Se ha de transformar el trabajo no declarado en trabajo regulado. De lo contrario, se seguirá viendo la disminución persistente de los impuestos y de los ingresos de la seguridad social, junto con una situación de empeoramiento de las condiciones de trabajo, de la productividad y del desarrollo de las destrezas, además de las dificultades para acceder a derechos sociales básicos⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ DE CABO, G, GONZÁLEZ. A, ROCES. P., *La presencia de las mujeres en el empleo irregular*, Instituto de la Mujer (2005), p.362. Madrid.

⁵⁵⁰ RICHA SÁNCHEZ, F., *El trabajo no declarado en España*, Fundación 1 de mayo, Estudios, núm. 45, p. 4.

⁵⁵¹ AA.VV, *Lucha contra el trabajo doméstico no declarado*, Servicio de Empleo de Cataluña- Generalidad de Cataluña, junio de 2012, p. 46.

5.3. La protección de la seguridad y salud en el empleo doméstico.

5.3.1. Planteamiento del problema.

Ante la ambigüedad e inconcreción que mantiene tanto la normativa preventiva como la laboral sobre el contenido del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, debo preguntarme cuál es realmente su alcance.

En este sentido no resulta de ayuda la DM que en su artículo 3.a), en sintonía con la LPRL, relativo a la definición de trabajador excluye expresamente a los trabajadores al servicio del hogar familiar, por lo que todas las obligaciones y exigencias empresariales que giran en torno al sujeto trabajador debo entender que no incluyen a los empleados de hogar.

El fundamento de la exclusión puede venir dado tanto por la interrelación que en el servicio del hogar familiar existe entre las condiciones de trabajo del trabajador y las de vida del empresario, como por las peculiaridades del lugar de trabajo que hacen impracticables muchas de las previsiones contenidas en la Directiva⁵⁵².

Por el contrario, en la esfera de la OIT la situación de los trabajadores del servicio doméstico constituye una de sus preocupaciones. Así, en su 301ª reunión (marzo de 2008), el Consejo de Administración de la OIT decidió incluir en el orden del día de la 99ª reunión (2010) de la Conferencia Internacional del Trabajo un punto sobre el trabajo decente para los trabajadores domésticos con miras a la elaboración de normas del trabajo al respecto⁵⁵³.

Celebrada la 99 Conferencia Internacional del Trabajo, el proyecto de informe propone la necesidad de adoptar normas relativas al trabajo decente para los trabajadores

⁵⁵² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español» *Relaciones Laborales* (1991), Tomo 1, p. 1221.

⁵⁵³ OIT: *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*. Informe IV (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 99.ª reunión, Ginebra, 2010.

domésticos, debiendo revestir la forma de un convenio complementado por una recomendación.

En la centésima reunión celebrada el 16 de junio de 2011 se adopta el Convenio núm. 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos⁵⁵⁴. La adopción de este convenio se puede calificar, sin margen de duda, como un hecho histórico, como una conquista social, como la consecuencia de una potente reivindicación sindical y de organizaciones no gubernamentales e institucionales. La importancia de esta norma internacional tiene una honda transcendencia social y humana. Se trata de introducir en el ámbito del empleo formal una actividad que, por su histórica marginación del ordenamiento de trabajo profesional, por sus connotaciones serviles y por carecer de valor productivo, ha sido considerada como una actividad «degradante» o cuanto menos de escasa relevancia, y por ello, objeto de actitudes que oscilaban entre el paternalismo de las posiciones cristianas, a la explotación típica y consecuente de las situaciones a que da lugar el trabajo invisible⁵⁵⁵.

Su artículo 13.1. reconoce el derecho de todo trabajador doméstico a un entorno de trabajo seguro y saludable. Este reconocimiento debe acogerse como un importante paso más en la dignificación de este tipo de trabajo y en la garantía del derecho fundamental de toda persona a la protección de su seguridad y salud. Para ello se ordena a los estados miembros que adopten las medidas eficaces, de acuerdo con la legislación y la práctica nacional, a fin de asegurar tales derechos en la relación de trabajo. El mandato en este caso no parece que suponga una limitación en base a la especialidad de esta prestación de trabajo, sino una garantía de que se deberá tener en cuenta en la regulación nacional las especiales características que pueden condicionar las medidas concretas que se establezcan⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴ OIT, <http://bit.ly/114II8O> (última consulta diciembre 2012).

⁵⁵⁵ QUESADA SEGURA, R.: «La dignificación del trabajo doméstico. el convenio nº 189 OIT, 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 27(diciembre 2011), p.1.

⁵⁵⁶ *Idem*, p. 21.

La Recomendación 201⁵⁵⁷, que complementa el convenio, dispone en su apartado 19 que los países, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, deberían adoptar una serie de medidas en cuanto protección de la seguridad y salud de los trabajadores. A modo de ejemplo se relacionan las siguientes:

- proteger a los trabajadores domésticos, eliminando o reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonablemente factible, los peligros y riesgos relacionados con el trabajo, con miras a prevenir los accidentes, enfermedades y muertes y a promover la seguridad y la salud laborales en los hogares que constituyen lugares de trabajo;
- establecer un sistema de inspección suficiente y apropiado y sanciones adecuadas en caso de infracción de la legislación laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo;
- instaurar procedimientos de recopilación y publicación de estadísticas sobre enfermedades y accidentes profesionales relativos al trabajo doméstico, así como otras estadísticas que se consideren útiles para la prevención de los riesgos y los accidentes en el contexto de la seguridad y la salud en el trabajo;
- prestar asesoramiento en materia de seguridad y salud en el trabajo, inclusive sobre los aspectos ergonómicos y el equipo de protección; y
- desarrollar programas de formación y difundir orientaciones relativas a los requisitos en materia de seguridad y salud en el trabajo que son específicos del trabajo doméstico, formulando consejos sobre la seguridad, la salud y la higiene en el trabajo, incluidos los aspectos ergonómicos y el equipo de protección. Además de elaborar programas de formación y difundir directrices relativas a los requisitos en materia de seguridad y salud en el trabajo que son específicos del trabajo doméstico.

⁵⁵⁷ OIT, <http://bit.ly/XEPER2>

Quizá hubiese sido conveniente una regulación más amplia de esta materia en el propio texto del Convenio que vinculase de manera más efectiva las legislaciones nacionales, que así únicamente pueden tomar de ejemplo de las reglas de la Recomendación OIT 201⁵⁵⁸.

El convenio no ha sido ratificado por España. En la sesión de 14 de diciembre de 2012 del Consejo de Ministros se acordó la remisión del convenio a las Cortes Generales a efectos de su conocimiento⁵⁵⁹. El grupo parlamentario de IU, ICV-EUIA, CHA: la izquierda plural, ha presentado una Proposición no de Ley sobre ratificación del Convenio y de la Recomendación número 201 sobre el trabajo decente para las trabajadoras o trabajadores domésticos. (161/001474). El día 8 de mayo de 2013 se produjo la sesión de debate en la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso, debate en el que la Sra. Quintanilla Barbas, del grupo popular, reconoce que el artículo 13 del convenio no se adapta a la legislación española, ya que como trabajador doméstico tiene derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable y, en este punto, la legislación española sobre esta materia obliga a quien emplea a la trabajadora o al trabajador doméstico a que su trabajo se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual el Gobierno español deberá adoptar medidas eficaces, planteando la enmienda siguiente: «El Congreso de los Diputados debe instar al Gobierno a que, en un plazo razonable, estudie la posibilidad de evaluar el Convenio número 189 de la OIT y la Recomendación 201, sobre el trabajo decente para los trabajadores o trabajadoras domésticos y, en su caso, adapte la legislación española en el sentido que proponen los citados textos internacionales»⁵⁶⁰.

No es fácil encontrar una justificación convincente para la exclusión de esta relación laboral de la normativa preventiva. En el proceloso camino de elaboración de la LPRL, del que se conocieron hasta diez borradores de la norma con diferentes títulos, el art. 2.4 del Anteproyecto de Ley de 20 de enero de 1992 establecía: «la presente Ley no es de

⁵⁵⁸ QUESADA SEGURA,R.: «La dignificación del trabajo doméstico. El convenio...», *op.cit*, p.21.

⁵⁵⁹ <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/2012/refc20121214.htm>.

⁵⁶⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm.318 (2013), p. 22.

aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. No obstante lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cumplir las prescripciones relativas a la realización material de las tareas domésticas en condiciones de seguridad que sean aplicables en función de la naturaleza y características del trabajo desarrollado por el empleado». Al introducir la precisión constreñía la obligación del titular del hogar, puesto que sólo se refería a condiciones de seguridad y no a las de higiene, y además esas condiciones únicamente serían exigibles para el desarrollo de las tareas domésticas. Circunstancias limitativas que hacían criticable el precepto.

El art. 3.3 del Proyecto de Ley de 12 de enero de 1995 disponía: «la presente Ley tampoco será de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. No obstante lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene en función de la naturaleza y características de dicho trabajo». Lo que deducía que las debidas condiciones de seguridad e higiene vienen mediatizadas por la naturaleza y característica del trabajo doméstico. Sin ser una precisión totalmente relevante podía constituir un punto de referencia⁵⁶¹.

Finalmente, el texto aprobado de la LPRL carece, incluso, de los contornos de los borradores y proyectos anteriores por lo que acotar el derecho del trabajador doméstico, o el correspondiente deber de seguridad del empresario, es al menos, a priori, difícil

No me resulta aceptable las tesis de que el fundamento más sólido de justificación de la falta de amparo a este colectivo laboral, resida sobre la base de las dificultades inherentes a la aplicación de una normativa protectora de un sector donde, como señalaba la exposición de motivos del RD 1424/1985, «no cabe tampoco olvidar que en el ámbito familiar en el que se desarrolla el trabajo se proyectan derechos constitucionales, relativos a la intimidad personal y familiar». Derechos que van a resultar incompatibles con la aplicación de determinadas medidas preventivas,

⁵⁶¹ GARCÍA VALVERDE, M.D., GARCÍA VALVERDE F.: «La seguridad y salud laboral en el servicio del hogar familiar. El juego de la normativa civil y penal», *Revista de Derecho Privado*, núm. 11/2005, p.14.

especialmente la dificultad de compatibilizar el control de la autoridad laboral del cumplimiento de las normas de prevención, con el respeto a la intimidad y la inviolabilidad del domicilio⁵⁶².

Esos mismos inconvenientes podían surgir en el antiguo trabajo a domicilio o en las nuevas fórmulas de prestación de servicios como el teletrabajo y ninguna de esas relaciones han quedado excluidas de la ley de prevención. Al contrario, la nueva regulación del trabajo a distancia (13.4 ET), introducida por la reforma laboral del 2012, reconoce explícitamente el derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo.

El temor a elevar excesivamente las obligaciones del empleador en este terreno y las especialidades del hogar como lugar de trabajo no deben servir de justificación, como ocurre en la legislación actual, para dejar totalmente abandonado a su suerte a las partes de esta relación⁵⁶³.

5.3.2. *Delimitación del contenido obligatorio del empleador.*

Sin otra referencia normativa que la obligación del titular de *cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud*, la tarea no es fácil. Junto a ella, existe la prohibición de despido disciplinario o desistimiento del empleador del empleado interno entre las 17 horas y las 8 horas, lo que puede responder a un deseo de compensar al empleado frente a la escasa relevancia de normas de

⁵⁶² PÉREZ CAMPOS, A. : «Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos» *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53. p.73

⁵⁶³ LÓPEZ GANDIA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D., *Los trabajadores al servicio del hogar familiar, Aspectos laborales y de Seguridad Social, Propuestas de reforma*, Editorial Bomarzo, 1ª edición, 2006, p.56.

prevención y aseguramiento de bienestar en las condiciones de trabajo reflejo de la nula presencia de las reglas de la LPRL en este ámbito⁵⁶⁴.

Desglosando la obligación legal, advierto que abarca los dos pilares básicos de la prevención de riesgos: la seguridad y la salud. Es decir, protección tanto a riesgos que afectan a la integridad física por producir accidentes como los que tienen su origen en la exposición o utilización de agentes químicos, físicos o biológicos que son nocivos para la salud. Por tanto, incumbirá al empresario adoptar las medidas que eviten los riesgos relacionados con la seguridad del trabajador: caídas, golpes, contactos eléctricos, sobreesfuerzos, etc., pero también las relacionadas con aspectos ambientales: agentes químicos, físicos y biológicos que puedan suponer riesgo de exposición al trabajador.

Cabría preguntarse si la dicción legal englobaría los aspectos psicosociales que desarrollan riesgos de este tipo. Puedo afirmar que sí, sin duda el término seguridad incluye todos los aspectos que incidan en la protección contra cualquier riesgo, daño o peligro. Además una parte sustancial de los riesgos laborales en el ámbito del servicio domestico tienen que ver con factores de tipo psicológico, dado tanto las particularidades de las condiciones de trabajo, como el ámbito en el que se desenvuelven estas relaciones, por el grado de relación, intimidad y confianza entre las partes⁵⁶⁵.

Precisado el ámbito material, quiero particularizar, sin perder de vista la problemática apuntada, en los elementos contenidos en el deber genérico de protección. Para ello es necesaria la mención nuevamente del art. 40.2 CE que encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar

⁵⁶⁴ QUESADA SEGURA, R.: «Aspectos laborales de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar», *Tribuna Social* (CISS), núm. 207 (2008), p. 41.

⁵⁶⁵ Según el análisis de las condiciones de trabajo y salud de los colectivos de trabajadores emergentes en la VI Encuesta Nacional de las Condiciones de Trabajo en España, <http://bit.ly/Y39jx0>, los trabajadores del servicio doméstico perciben en mayor proporción el trabajar solo y aislado, las escasas posibilidades de ascenso profesional o relaciones personales negativas y de poca colaboración, en relación al resto de ocupaciones..

por la seguridad e higiene en el trabajo. Este mandato constitucional conlleva la necesidad de implantar una política social orientada a la protección y salud de los trabajadores a través de una adecuada política de prevención de los riesgos derivados del trabajo, cualquiera que éste sea, y siempre que tenga la consideración de trabajador; sin que este precepto establezca exclusión alguna por razón del lugar donde se preste el trabajo, dentro del territorio español. Por tanto, parece obvio que en los trabajos prestados por los empleados de hogar, siendo trabajadores, deben contar con tal protección de los poderes públicos, como norma suprema de nuestro Ordenamiento que es la CE⁵⁶⁶. De hecho, el punto de partida debería ser el siguiente: aplicabilidad de la norma general, LPRL, excepto en aquellos casos en que existan normas específicas⁵⁶⁷.

Por consiguiente, sí la encomienda constitucional encontró en la LPRL su pilar fundamental y en la misma se configuró el marco general en el que habrán de desarrollarse las distintas acciones preventivas, he de partir de ahí a la hora de conformar el posible contenido del derecho y considerar que la LPRL excede del específico ámbito de las relaciones laborales y que su objeto, más general y como expresa su propia exposición de motivos, es la determinación del cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de todos los trabajadores.

Correlacionando el carácter básico de la ley con la obligación específica impuesta al empleador de la relación laboral especial, y a pesar de la losa de que la exclusión se presenta en términos incondicionales sin alusión a particularidades en su aplicación o a su posible inspiración en una futura regulación específica, concluyo que, ante la falta de una deseable regulación concreta, resulta de aplicación el cuerpo doctrinal esencial.

⁵⁶⁶ MORENO CÁLIZ, S. MARTÍN ALBA, S.: «Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares», *Aranzadi Social*, num. 10/2004, p. 22.

⁵⁶⁷ PIETERS, D.: «¿Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?», *Tribuna Social (CISS)*, núm. 207 (2008), p. 32.

Mantener lo contrario supondría afirmar que el empleado de hogar-trabajador- no goza de la cobertura de protección de la salud por parte de los poderes públicos que impone el mandato constitucional del artículo 40 CE.

La pregunta siguiente es ¿Y cuál es ese cuerpo esencial? Bien, con independencia de la importancia y el carácter sustancial de toda la regulación de la LPRL, mi particular opinión es que es el art. 15 que lleva por título «principios de la acción preventiva», donde se reúnen de forma sistemática la filosofía y espíritu que debe imperar en la protección de los derechos de los trabajadores. Son los criterios básicos que han de presidir la actuación de cualquier empresario en su actividad preventiva, el punto de referencia en la valoración que se efectúe del cumplimiento de la normativa de prevención⁵⁶⁸.

Por esta razón, el empleador debe, en cumplimiento del deber de cuidado, aplicar las medidas del artículo 15. A pesar del título, ni todos los apartados del precepto se relacionan con principios, ni toda la relación del apartado primero es reconocible como principios generales de la prevención. Como principios puros pueden considerarse: evitar los riesgos y combatirlos en su origen; sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; tener en cuenta la evolución de la técnica y adoptar medidas que antepongan la protección colectiva o individual⁵⁶⁹.

Evitar los riesgos y combatirlos en su origen es una obligación preventiva básica, y lo que no puede mantenerse es que en el ámbito en que se desarrolla la actividad del empleo doméstico no hay riesgos para los trabajadores, discrepando de la opinión de MONTOYA MELGAR y PIZÁ GRANADOS que estiman que la propia simplicidad

⁵⁶⁸ MATEOS BEATO, A. : *Diccionario temático de...*, op. cit, p. 939.

⁵⁶⁹ *Idem*, p. 941.

del proceso de trabajo en las actividades domésticas no genera, por lo general, riesgos específicos cuya prevención requiera de equipos o instrumentos de protección⁵⁷⁰.

Opinión no muy distante de algunos pronunciamientos judiciales, los cuales a la hora de denegar el reconocimiento de una incapacidad se basan en la condición laboral de empleada de hogar, que significa, «por una parte, que numerosas tareas habituales no requieren esfuerzos físicos y, por otra parte, que las tareas que precisan esfuerzos físicos son de carácter moderado y cuentan con la ayuda de medios mecánicos, cuyo uso se halla generalizado en una sociedad desarrollada como la nuestra»⁵⁷¹.

Caería en el absurdo si, por un lado, mantengo que se trata de una actividad exenta de riesgos, y por otro, quiero imponer una obligación de protección específica al empleador. Los trabajadores del servicio del hogar familiar están expuestos a riesgos profesionales como cualquier trabajador por cuenta ajena –derivados del ambiente de trabajo en el que están inmersos, de la maquinaria que utilizan–, ya sean riesgos físicos, riesgos químicos⁵⁷², biológicos o incluso de carácter psicosocial, que pueden dar lugar, en este último caso a patologías derivadas del aislamiento social en el que pueden estar inmersos⁵⁷³. Y ello sin contar con sus, en ocasiones, especiales condiciones de ordenación del tiempo de trabajo y su repercusión en la salud del trabajador.

⁵⁷⁰ MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Madrid (Editorial McGrawHill), 2ª edición, p. 71

⁵⁷¹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 1998, rec. 956/1998.

⁵⁷² MEDINA RAMÓN, M., en su tesis doctoral *Occupational exposures and asthma in domestic cleaning women*, concluye que las empleadas del hogar están más expuestas al riesgo de contraer asma y posiblemente bronquitis crónica y que dicho riesgo está relacionado principalmente con exposiciones irritantes, <http://www.tdx.cesca.es/TDX-0510106-184334/> (última consulta 23 de marzo de 2012).

⁵⁷³ Para ACHOTEGUI, J.: «Estrés límite y salud mental: el síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple (Síndrome de Ulises)», *Revista Norte de Salud Mental de la Sociedad Española de Neuropsiquiatría*, 2005 Volumen V, Nº 21. p.39, emigrar se está convirtiendo hoy en un proceso que posee unos niveles de estrés tan intensos que llegan a superar la capacidad de adaptación de los seres humanos. Estas personas son las candidatas a padecer el Síndrome del Inmigrante con Estrés Crónico y Múltiple o Síndrome de Ulises (haciendo mención al héroe griego que padeció innumerables adversidades y peligros lejos de sus seres queridos).

Siguiendo con los principios de acción preventiva, igual de elemental que los anteriores, es el principio de sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco peligro y tener en cuenta la evolución de la técnica. En consideración a este último principio señalar que la constante evolución de la técnica mecánica puede mejorar el trabajo en el empleo doméstico, mediante el empleo de equipos de trabajo concebidos para disminuir la carga física en el trabajo.

El último principio que en si mismo se ha de considerar como tal es el de adoptar las medidas que antepongan la protección colectiva a la individual. Este principio puede resultar más problemático dadas las características del centro de trabajo donde se presta la actividad, el domicilio particular. Emplazamiento no muy proclive a la instalación y disposición de equipos o sistemas de protección colectiva, si bien ello no puede cuestionar la necesidad de una complementariedad eficaz de ambos medios.

El resto de apartados del artículo 15, aunque se denominen igualmente principios, se formulan como puras obligaciones a respetar por el empleador del hogar familiar. La evaluación de riesgos, la adaptación del trabajo a la persona, la planificación de la prevención y la instrucción a los trabajadores, son obligaciones que también conforman el derecho de los trabajadores a una cuidada protección de su seguridad y salud, y de la que no excluyo, sin más, a este colectivo de trabajadores dado el carácter básico que le atribuyo al precepto.

Sí que es cierto que el carácter de titular del hogar familiar puede condicionar la aplicación de estos derechos con la intensidad que se exige al empresario en sentido económico, es decir al empresario que tiene un objetivo lucrativo, de obtención de un beneficio económico. Por ello, obligaciones como las formativas o las de práctica de vigilancia de la salud, que son elementales en el marco normativo de la seguridad y salud de los trabajadores y que no están expresamente relacionadas en el artículo 15 de la ley, no las incluyo por pensar que el coste que podría suponer quizás deberían ser desviado a otros organismos o ser objeto de financiación en parte o en su totalidad por los poderes públicos.

En un documento elaborado por CC.OO en marzo de 2010 sobre «Propuestas para la reforma de la relación especial y el régimen especial de seguridad social de empleadas de hogar»⁵⁷⁴, se señala que la Administración debe promover campañas informativas y cursos de formación sobre el manejo y uso de equipos de limpieza cuya mala utilización pueda suponer un riesgo para el trabajador, resaltando que la vigilancia de la salud se realice buscando formulas de financiación equilibrada que no recaigan exclusivamente en el empleador.

Por último, indicar que también resultará de aplicación la Directiva 92/85 sobre la tutela de la salud de la trabajadora embarazada, que no excluye a los empleados de hogar, el Convenio 103 de la OIT y la ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y sus normas de desarrollo. No obstante, el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, no se aplica de la misma manera a las empleadas de hogar ya que no hace falta agotar todas las medidas previas a la solicitud de situación de prestación de riesgo durante el embarazo de un empleador común al no resultar de aplicación el art 26 LPRL⁵⁷⁵.

Con estas indicaciones quedan perfiladas las acciones del empleador en cumplimiento de su obligación de cuidado, pero no quedan satisfechas las dificultades derivadas de su exigencia, el control, ni la protección social que genera el incumplimiento.

5.3.3. *El control del cumplimiento.*

El hecho de que los servicios se presten en un domicilio particular dificulta el control de los órganos de inspección por el debido respeto que debe observarse sobre los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

⁵⁷⁴ CC.OO, <http://hoacgetafe.files.wordpress.com/2010/04/20100415-propuestas-ccoo.pdf> (última consulta 25 de marzo de 2012)

⁵⁷⁵ LÓPEZ GANDIA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Editorial Bomarzo, 1ª edición, 2012, p.47.

La acción de control de cumplimiento de la legislación laboral relativa al contrato de trabajo doméstico, se atribuye a la ITSS (art.12 RD 1620/2011), pero ha de ejercerla con las facultades y límites contemplados en la LOIT. Límites derivados de la consideración del hogar familiar como un entorno privado, protegido constitucionalmente, elevado a la categoría de derecho fundamental en la CE e interpretado de forma amplia por el TC en el sentido de que el domicilio inviolable por tratarse de un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose en él no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella⁵⁷⁶.

La LOIT, para el desarrollo de la función, autoriza a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social a entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo (art. 5.1.). Con la excepción de si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, se deberá obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

Se trata de hacer compatible dos intereses en conflicto: por un lado, la necesaria acción pública para estimular el cumplimiento de las normas laborales, y sancionar su inobservancia; y, por otro lado, la necesaria prudencia en la actividad administrativa de policía dado el lugar en el que se lleva a cabo el trabajo doméstico (el domicilio o residencia de una o de varias personas)⁵⁷⁷.

Decididamente, tanto del RD regulador de la relación laboral como la normativa propia de la Inspección de Trabajo, se debe afirmar que el control administrativo del cumplimiento de las obligaciones laborales, incluyendo el deber de cuidado en

⁵⁷⁶ En este sentido, STC de 17 de febrero de 1984

⁵⁷⁷ GARCIA VALVERDE, M.: «Una exclusión particular de la Ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar», , AA.VV, *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral : XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, edita Universidad de Granada, 1996, p.177.

seguridad e higiene corresponde a la ITSS. Aunque algún autor piense que esta obligación que se atribuye al titular del hogar familiar no parece que pueda ser fiscalizada por la ITSS, debido, precisamente, a la previa exclusión de esta relación laboral especial del ámbito de aplicación de la LPRL⁵⁷⁸.

Cuestión diferente es que la modalidad de actuación inspectora que se impone en estos supuestos supone, en definitiva, restricciones importantes a la actuación de la ITSS. La necesidad de obtener el consentimiento del titular del hogar es incuestionable. Sin embargo en ningún precepto se expresa la forma de la solicitud y de la expresión de la obtención de dicha autorización. Lo que si se deduce claramente es que la autorización ha de ser expresa, lo que conduce a la exclusión de valoraciones que hagan llegar a la conclusión de haber sido obtenida la autorización por vía tácita o presunta. Lo lógico, dado que el consentimiento ha de ser expreso, es que sea por escrito, ya que es la forma de constancia posterior del mismo, sobre todo a efectos de su acreditación en los supuestos en que pudiera discreparse o suscitarse duda en un momento posterior sobre la realidad de la existencia de dicho consentimiento.

Con relativo pragmatismo, la DGITSS, en contestación a consulta emitida en fecha 10 de diciembre de 2003⁵⁷⁹, entiende necesario que, previamente, en aras de la adecuada información que permita una decisión plenamente libre y voluntaria, le sea dado conocimiento al interesado de sus derechos, especialmente de su derecho a no permitir la entrada.

En ausencia de consentimiento se deberá recabar la oportuna autorización judicial, debiendo distinguirse si se trata de asuntos que conoce o puede conocer la jurisdicción social, que se tramitará la petición vía art. 76.5 LRJS; en el resto de los casos, se hará por medio del art. 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

⁵⁷⁸ BERNARDO JIMENEZ, I. : «La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, 1996, Ref. XXV, p. 457.

⁵⁷⁹ Material inédito.

Estas restricciones no dejan de suponer trabas para la operatividad de la actuación inspectora. El titular del domicilio difícilmente otorgará su consentimiento a la entrada del funcionario si es consciente y sabedor de la comisión de alguna irregularidad laboral. Planteo como hipótesis que en el hogar que se pretende visitar presta sus servicios un extranjero en situación irregular. Ante esta situación dudo de la permisividad del empleador tendente a facilitar la constatación de una infracción en materia de trabajo de extranjeros de la que él será responsable. En el caso de no obtener la conformidad de entrada se solicitará la autorización judicial. Como que la primera intervención ha puesto en sobre aviso al empleador es fácil que cuando se obtenga la autorización judicial la situación se haya modificado y, no necesariamente a favor de la continuidad del trabajo del trabajador extranjero, y, por tanto, resulte imposible constatar los hechos que motivaron la acción inspectora.

Los informes anuales de la ITSS no contemplan la especificidad de actuaciones inspectoras según la particular relación laboral de que se trate, sólo respecto de sectores económicos amplios y generales. Sin embargo, la ya dilatada experiencia profesional pone de manifiesto que las actuaciones respecto de la comprobación de condiciones de esta particular relación laboral son escasísimas y ausentes en las planificaciones y programaciones inspectoras. La mayoría son motivada por denuncias, bien del propio trabajador empleado de hogar que cree que no son observadas o respetadas las condiciones de trabajo determinadas normativamente, bien de cualquier ciudadano colaborador conocedor de irregularidades en esta actividad, dado el carácter público que tiene la denuncia (art.13.2 LOIT).

El modo general de actuación ante estas reclamaciones es obviar la posibilidad de visita y, directamente, requerir la comparecencia del titular del hogar familiar, estando a lo que él exprese sin constatación directa de hechos.

Esta falta de control genera una percepción social de impunidad que repercute en una mayor inobservancia e incumplimientos de la normativa del orden social en todos sus

aspectos: condiciones de trabajo, normativa de extranjería, seguridad social, etc. Incumplimientos cuyos perjudicados suelen ser colectivos ya de por sí vulnerables.

En conclusión, es una vía de control de eficacia limitada, más aún por cuanto si existe recelo en una empresa para denunciar eventuales infracciones, este recelo estará más acentuado aún en el marco de un hogar familiar⁵⁸⁰. En el caso de trabajadores extranjeros el problema se acentúa si están en situación de irregularidad, problema agravado por la última reforma de la LOEX que atribuyó a la ITSS, como se pondrá de manifiesto en el siguiente capítulo, la posibilidad de iniciar expediente sancionador al trabajador extranjero que desempeña una actividad por cuenta ajena.

5.3.4. La dificultad de determinación de la responsabilidad administrativa.

Un añadido más a la dificultad de garantizar la protección del derecho de los empleados domésticos a la seguridad y salud en el trabajo es la imputación de responsabilidad ante la constatación de incumplimientos respecto de la obligación del empleador.

Al contrario que la LPRL, la LISOS, no excluye la relación laboral especial del servicio del hogar familiar de su ámbito de aplicación. El artículo 1.1. LISOS define las infracciones administrativas como las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en dicha ley y en el resto de leyes del orden social. Por tanto, la conculcación del deber de cuidado del empleador de la relación laboral podría constituir infracción administrativa en los términos expresados.

Tampoco surge duda en cuanto el sujeto responsable. En el amplio elenco de sujetos responsables de la LISOS tiene cabida el titular del hogar familiar en su condición de empresario titular de la relación jurídico- laboral de carácter especial (art. 2.1. de la ley).

⁵⁸⁰ SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar ...», *op.cit.*, p.304.

Sin embargo, el problema de la posible imputación responsable deriva de la falta de concreción de la obligación susceptible de contravención. Al no existir una regulación clara de las obligaciones del empleador, falta la predeterminación legal de la conducta ilícita a sancionar. Podría entenderse que la obligación general de cuidado encierra la multiplicidad de tipos de conductas incumplidoras, pero esta interpretación no casa bien con la doctrina del TC y el principio de legalidad y tipicidad constitucional. Según ha dejado establecido el Tribunal, el art. 25.1 C.E., visto desde la perspectiva de la garantía de orden material que confiere, establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, a que la ley describa «ex ante» el supuesto de hecho al que anuda la sanción, *definiendo con la mayor precisión la acción prohibida* y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente⁵⁸¹.

Respecto del aspecto que estudio, en la relación laboral especial, queda determinado el sujeto responsable-el empleador- y la relación de tipos infractores, que no es otra que la contenida en los artículo 11, 12 y 13 de la LISOS y que sirven igualmente a cualquier tipo de relación laboral, sea o no de carácter especial, pero falta uno de los elementos esenciales del conjunto, la ordenación y fijación de los mandatos y obligaciones.

Por tanto, desde el ámbito sancionador administrativo, las conductas del empleador contrarias al deber de cuidado no pueden ser objeto de corrección a través de la imposición de un expediente sancionador. Ni siquiera podrían ser objeto de requerimiento, ya que el artículo 43 de la LPRL supedita la emisión de este acto administrativo, a la exigencia previa de constatación de una infracción y, en consecuencia, se vuelve al problema, la inexistencia de concretas obligaciones que determinen, cuando las conductas sean contrarias a las mismas, la apreciación de sus correlativas infracciones.

Ahora bien, como interpreto que los principios de actividad preventiva forman parte de la protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo del empleado de hogar no

⁵⁸¹ STC 196/1991, de 17 de octubre,

deberá existir obstáculo para la exigencia de responsabilidad administrativa al titular del hogar incumplidor. Un punto de vista no siempre compartido por los tribunales que, en ocasiones, han interpretado que el derecho de los trabajadores está desprovisto de las correlativas obligaciones empresariales.

Es el caso de la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 noviembre de 2003 (rec. 1857/2003), en la que ante lesiones padecidas en el desarrollo de la actividad laboral se solicitaba indemnización de daños y perjuicios. Se trataba de un accidente de trabajo sufrido por una empleada de hogar cuando se encontraba en el domicilio del demandado realizando funciones propias de su actividad y al ir a tender ropa desde la cocina hasta el tendedero, para lo cual tenía que atravesar por un jardín sembrado de césped que ese día se encontraba mojado por la escarcha de la mañana, resbaló y cayó al suelo.

El jardín en el que ocurrió el accidente tenía un pequeño desnivel y no existía un lugar específico de paso. La demandante consideró que existía un riesgo evidente y previsible de resbalones por el hecho de tener que caminar cargada de ropa por un jardín mojado, pudiendo haberse evitado mediante la habilitación de un pequeño camino o sendero de piedra hasta el tendedero o mediante la facilitación o requerimiento a la empleada del uso de un calzado adecuado.

La sentencia falló que el empresario no incurrió en ningún ilícito laboral *puesto que no se acreditó la existencia de norma alguna que le obligara* -tal como se dice en el recurso- a facilitar a la demandante algún tipo de calzado especial o a construir en el jardín de su casa un camino o sendero de piedra.

Así, pese existir un daño para la trabajadora, faltaban los requisitos del incumplimiento empresarial y, por lo tanto, de la relación de causalidad entre éste y el daño producido, concluyendo que se estaba ante un supuesto de caso fortuito.

Los extremos considerados en la sentencia fueron, principalmente, que la LPRL excluyó de su ámbito de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del

hogar familiar, y que el empresario no incurrió en ningún ilícito laboral puesto que no se acredita la existencia de norma alguna que le obligara a facilitar a la demandante algún tipo de calzado especial o a construir en el jardín de su casa un camino o sendero de piedra.

No es un pronunciamiento aislado, en sentido similar otras sentencias inciden sobre la no responsabilidad ante incumplimientos del titular del hogar familiar⁵⁸².

No obstante, y a pesar de que el incumplimiento del deber de cuidado encuentra dificultades para ser exigido coactivamente por el Estado, tanto por las dificultades de su fiscalización como por las interpretaciones judiciales expresadas, la propia norma reglamentaria sí que ha previsto una consecuencia frente al incumplimiento. El art. 7 del RD 1620/2011, inmediatamente después de disponer de la genérica obligación de cuidar del titular del hogar familiar, establece que el incumplimiento grave de estas obligaciones será justa causa de dimisión del empleado.

En lugar de reconocer al trabajador un «derecho de resistencia» (art. 21.2. LPRL), se establece una facultad de dimisión del empleado ante incumplimientos que tengan el carácter de grave, lo que obliga, dada la rotundidad de los términos utilizados, a que sea interpretado en el sentido de que es necesario un incumplimiento absoluto y flagrante de

⁵⁸² Así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sala de lo Social, Sentencia de 3 Nov. 2005, rec. 371/2005, en el que una empleada de hogar sufrió un accidente al caer desde la ventana de la vivienda hacia el exterior al suelo, causándole diversas fracturas. En ella el tribunal valora que para el éxito de la pretensión resarcitoria se exige la comprobación acabada de que el hecho lesivo acaeció por efecto de un incumplimiento culpable del deber legal de seguridad que el empresario asume frente a quienes trabajan a su servicio. Entendió que tratándose de la relación especial del servicio del hogar familiar la deuda de seguridad no tiene el alcance previsto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo art. 3.4 se excluye de su ámbito de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no pudiendo exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma para los empresarios en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa. Así, concluye, aunque el art.13 del extinguido RD 1424/85 obliga al cabeza de familia a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, esta obligación no tiene el alcance previsto en los arts. 14 y 15 LPRL.

la obligación de seguridad e higiene para que se faculte al trabajador a extinguir su contrato⁵⁸³.

Es una dimisión provocada por el trabajador, no de forma voluntaria, sino fundamentada en el incumplimiento contractual del empleador. Respecto de esta causa extintiva, el reglamento no determina ninguna indemnización a favor del empleado que se ha visto motivado, más bien obligado en aras de preservar su integridad, a extinguir su contrato de trabajo. Con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo reglamento, la norma de 1985 si preveía en su disposición adicional una aplicación subsidiaria de la normativa laboral común, y de ahí entiendo que podía trasladarse la indemnización del artículo 50.2 del ET para los supuestos de extinción por voluntad del trabajador por incumplimientos graves empresariales, y que se equiparan a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente. Indemnizaciones que en esta relación laboral alcanzan el importe del salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades⁵⁸⁴.

El reglamento en vigor, en la disposición adicional segunda 2, prevé que en el mes siguiente a su entrada en vigor se procederá a la constitución de un grupo de expertos, integrado por un máximo de seis personas propuestas por el propio Ministerio y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, para que realice un informe con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 sobre, entre otras, la cuestión de estudiar la viabilidad de aplicar plenamente a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común establecido en el ET. De producirse esta equiparación sería absurdo mantener una causa independiente de dimisión por incumplimiento grave del empresario fuera del régimen jurídico del artículo 50 del ET.

⁵⁸³ GARCIA VALVERDE, M.: «Una exclusión particular de la Ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar», *op. cit.*, p.165.

⁵⁸⁴ Y por esta indemnización apuesta la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 6ª, de 15 de octubre de 2012, rec. 4155/2012.

5.3.5. Cobertura de riesgos profesionales.

En su regulación originaria, lo que era el Régimen Especial de Empleados de Hogar, regulado por el Decreto 2346/1969, de 25 Septiembre, no se contemplaban las contingencias profesionales, es decir, ni la enfermedad profesional ni el accidente laboral. Ante la materialización de un accidente de trabajo o la adquisición de una enfermedad profesional cuyo origen fuera laboral, aunque fuera debida a unas deficientes condiciones de seguridad e higiene por parte del empleador, el trabajador no gozaba de una protección específica de contingencias profesionales⁵⁸⁵. Las diferencias existentes en el ámbito de la protección otorgada en los regímenes especiales se acompañaba de diferencias en los aspectos contributivos de los mismos, por lo que el trato disímil se justificaba no únicamente en aspectos formales del ordenamiento jurídico sino también en los materiales⁵⁸⁶.

La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (LPGE 2011), añade una disposición adicional a la LGSS, la quincuagésima tercera, extendiendo la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, si bien en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. El desarrollo reglamentario vino de la mano del RD 1596/2011, de 4 de noviembre, de extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

⁵⁸⁵ Respecto de esta diferenciación de protección social entre regímenes ya se había pronunciado el TC en diversas resoluciones (ejemplo de ello es la STC, Sala Segunda, Sentencia 38/1995 de 13 Feb. 1995, rec. 1273/1992), apreciando que la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá ser algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico. Aunque existe una tendencia a la equiparación de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, corresponde al legislador llevar a cabo la culminación de este proceso, en el que el Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto de la institución, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable.

⁵⁸⁶ FARGAS FERNÁNDEZ, J.: « La prestación por Incapacidad Temporal de los Empleados de Hogar: ni legal ni constitucional», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1998, págs. 1439-145.

Con posterioridad, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social procedió, a través de su DA 39ª, a la integración, con efectos desde el 1 de enero de 2012, del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un Sistema Especial dentro de dicho Régimen que regula las particularidades de este colectivo. Basta con acordar la integración del Régimen Especial en el Régimen General para reconocer, de forma tácita, la cobertura de todas las contingencias, comunes y profesionales, para este grupo de trabajadores. Lo cierto es que la diferenciación entre el carácter común o profesional de los riesgos es una característica básica del Régimen General que cualquier clase de asimilación necesariamente debe respetar⁵⁸⁷

La integración ha supuesto variación respecto del régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones, debido a que la DA 53ª de la LGSS, originada por la LPGE 2011, exceptúa de las contingencias profesionales el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 de la LGSS. También recoge esta exclusión de responsabilidad, la propia DA 39ª de la ley 27/2011. Esta exclusión provoca serias dudas sobre su alcance ya que la referencia es a todo el artículo y no a una parte del mismo. Es decir, se podría entender que se excluye la posibilidad de anticipo de prestaciones derivadas de contingencias profesionales por parte de la entidad gestora, Mutua de Accidentes o servicio común o, sencillamente, que no le es de aplicación el sistema de responsabilidad empresarial en cuanto a incumplimientos de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización.

Al respecto, puede matizarse que con esta previsión legal no se está impidiendo en modo alguno la aplicación de las consecuencias previstas para las situaciones asimiladas al alta ni para los casos en los que opera el alta de pleno derecho a favor de los empleados de hogar (incluidas en el art. 125 LGSS). Tan sólo se excluye la aplicación

⁵⁸⁷ SELMAS PENALVA, A.: «Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas», *Actualidad Laboral*, núm. 2, Quincena del 16 al 31 Ene. 2012, pág. 142, Tomo 1, Editorial LA LEY.

del régimen de responsabilidades empresariales que operaría en caso de incumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y cotización⁵⁸⁸.

En conclusión, la intención del legislador es la de no imputar al cabeza de familia una responsabilidad económica que puede alcanzar enorme entidad, entre otras cosas porque en principio no parece factible que una economía familiar pudiese ser capaz de resistirla. No en cambio, privar del beneficio de la automaticidad en prestaciones que dejaría sin efecto el reconocimiento de alta de pleno derecho (art. 125.3 LGSS).

No obstante, todo lo dicho hasta ahora puede quedar trastocado con el nuevo panorama legal, que vuelve a presentar diversos interrogantes. En primer lugar, el RD Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, modifica el art. 43.2 del RGIA, y vuelve a hacer recaer en los empleados de hogar la obligación, a partir de 1 de abril de 2013, de formular directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, siempre que lo acuerden con los empleadores y presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador. Además, los trabajadores deberán formalizar, asimismo, la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de su elección, salvo que sus empleadores ya tuvieran aseguradas dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este sistema especial, en cuyo caso la citada cobertura correspondería a la entidad gestora o colaboradora elegida por el titular del hogar familiar.

En consonancia con lo anterior, se modifica, por la misma norma de urgencia, el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, añadiendo el art. 34. bis que convierte al empleado de hogar de menos de 60 horas mensuales de prestación de servicios en sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar al sistema especial, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que

⁵⁸⁸ *Idem.*

mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales. En este caso, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de cotizar al Sistema Especial para Empleados de Hogar en estos supuestos corresponderá al propio empleado y, subsidiariamente, al empleador o empleadores, salvo que éstos acrediten la entrega de sus aportaciones y cuotas por cualquier medio admitido en derecho.

Sin embargo, al no modificarse en este aspecto ni la ley 27/2011, ni la DA quincuagésima tercera de la LGSS, debo entender que el sistema de responsabilidad del art. 126 está excluido con independencia de si el sujeto responsable de las obligaciones de afiliación, alta y cotización es el empleador o es el propio empleado, lo que conceptualmente puede llevar al absurdo en un análisis de la norma y su objeto.

La solución que aportó el RD 1596/2011 para el Régimen Especial, antes de la entrada en vigor del Sistema Especial, era la siguiente: de inicio, estableció (art. 4.1.) como requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones económicas, derivadas de contingencias profesionales, que se hayan cumplido las obligaciones en materia de afiliación y alta en este Régimen Especial. No obstante, precisa, cuando el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del empleado de hogar, se reconocerían las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales que le correspondan a éste, con independencia de la exigencia de responsabilidad al titular del hogar familiar en cuanto al pago de la cotización y de las sanciones que en que pueda incurrir según la LISOS (art. 4.2).

Pero en cambio, el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación y/o alta en el Régimen Especial de los Empleados de Hogar, si el obligado a solicitarlas era el propio trabajador, impedía el acceso a las prestaciones. Y en el supuesto en que el empleado de hogar hubiera cumplido tales obligaciones pero no se hallara al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, resultaría de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto,

por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. De esta manera, la Entidad Gestora le comunicaba que debía ingresar las cuotas adeudadas en el plazo de treinta días. Si el trabajador efectuaba el ingreso de las mismas en el plazo concedido se le consideraba al corriente en el pago a todos los efectos.

Hoy, al carecer de la necesaria adaptación que era preciso realizar cuando, con efectos del día 1 de enero de 2012, tuvo efectividad las previsiones de la Ley 27/2011 (según anunció la introducción del RD 1596/2011), me planteo si sigue plenamente operativo el alta de pleno derecho del art. 125.3. LGSS. Es indudable que esta protección que se otorga al trabajador en las contingencias profesionales está pensada para incumplimientos del empresario sobre el que recae directamente el cumplimiento de comunicación del alta, no cuando recae sobre el trabajador. Pero también es cierto, que la última modificación no ha precisado claramente quien es el sujeto principal responsable⁵⁸⁹, no sólo el obligado que es el empleado, de las obligaciones de encuadramiento, aunque sí ha dado una orientación, es necesario un acuerdo con el empleador. Por tanto, puedo aventurarme a afirmar que ante el advenimiento de una contingencia profesional en el sistema especial de EE.HH, si el empleado de menos de 60 horas al mes no figura de alta en el Sistema, deberá probar el titular de la relación laboral, el empleador, que se había acordado la traslación de responsabilidad de estas obligaciones hacía el empleado. En caso contrario, él será el sujeto responsable y obligado, y el alta de pleno derecho y su consiguiente automaticidad en prestaciones operará con los efectos legales previstos y atendiendo a su finalidad protectora.

⁵⁸⁹ La cuestión no deja de ser terminológica. Tradicionalmente, la normativa de Seguridad Social distinguía de forma precisa entre sujeto responsable y sujeto obligado, como en materia de cotización al RGSS en que sujetos obligados son tanto empresa como trabajador, pero sólo el primero es el responsable de la obligación de cotizar. La redacción que da el RD ley al art. 43.2. no permite extraer esta regla tan clara: por un lado indica que las solicitudes de alta, baja y variaciones de datos presentadas por los empleados de hogar que hayan asumido la **obligación (sujeto obligado)** de formular esos actos de encuadramiento deberán ir firmadas, en todo caso, por sus empleadores, pero por otro el párrafo 4º del 29.2 RGIA expresa que las variaciones de datos que determinen o permitan un cambio del **sujeto responsable** del cumplimiento de las obligaciones a que se refiere este apartado, y de la consiguiente obligación de cotizar al Sistema Especial para Empleados de Hogar, surtirán efecto a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se efectúe su comunicación.

En estos casos la única forma de prueba que debería ser admitida es la escrita, y deviene lógico que venga recogido en el propio contrato de trabajo, en tanto todo contrato de duración determinada cuya duración sea igual o superior a cuatro semanas debe figurar por escrito, y en defecto de pacto escrito, el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido y a jornada completa (art. 5 RD 1620/2011).

No me plantearía esta disquisición si el empleado doméstico extranjero careciera de autorización para trabajar. En este supuesto no se puede hablar de incumplimiento en materia de afiliación y alta, dada su situación de irregularidad y la imposibilidad de formular estos actos, como se analiza en el capítulo siguiente, por lo que ante la concurrencia de una contingencia profesional la protección social será completa, con independencia de si su prestación de servicios es menor de 60 o más horas al mes.

Para finalizar, y siguiendo con el conflictivo régimen de responsabilidades de este sistema especial, la última cuestión que se suscita es la procedencia o no del recargo en prestaciones del art. 123 LGSS. El artículo prevé que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional podrán ser aumentadas de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. La responsabilidad del pago del recargo recae directamente sobre el empresario infractor y no puede ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

El artículo 3.2. del RD 1596/2011 dispuso para el Régimen Especial que no sería de aplicación a los empleados de hogar el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de

riesgos laborales. No obstante ni la LPGE 2011 contemplaba esa exclusión, ni tampoco esta previsión se encuentra en la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Por tanto, no habiéndose procedido a la necesaria adaptación aludida, la respuesta sería afirmativa.

Avalaría esta afirmación la circunstancia de que el recargo en prestaciones, aunque a caballo de las construcciones sobre seguridad laboral y de las de Seguridad Social, se inserta de lleno en el Derecho prevencionista, donde lo fundamental no radica en la imposición de consecuencias desfavorables a quien ha incumplido las normas, sino en la adopción de cuantas cautelas sean precisas para evitar la producción de accidentes. En este sentido el recargo de prestaciones cumple una importante función preventiva y disuasoria, pero al tiempo es reparador de los daños causados al trabajador accidentado siempre que el siniestro se deba a la omisión de las medidas de seguridad y salud exigibles al patrono⁵⁹⁰. Es decir, sobre la base del deber de cuidado del empleador el incumplimiento del mismo podría originar esta responsabilidad.

Sin embargo es difícil que esta posición prospere. Como ya indique, la indefinición de las obligaciones preventivas del empleador impiden la apreciación de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, y ésta siempre actúa como presupuesto necesario para el reconocimiento de la responsabilidad empresarial del art. 123 LGSS.

6. UN SUPUESTO PARTICULAR: EL ESTADO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS DESPLAZADOS EN PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL.

En la UE los niveles de movilidad geográfica de trabajadores siguen siendo bajos debido a diferentes causas, tanto a que los mercados de trabajo como las situaciones y las circunstancias sociales de los Estados miembros son muy diferentes, como a las trabas administrativas que existen (como los problemas de reconocimiento de las cualificaciones y de las titulaciones), unido al conocimiento insuficiente de las lenguas

⁵⁹⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V., MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «El recargo de prestaciones: puntos críticos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53 (2004) p. 396.

y a la falta de información de los ciudadanos sobre las oportunidades de movilidad⁵⁹¹. Pero frente a la poca incidencia del objetivo de la libre circulación de trabajadores, la prestación de servicios por una empresa en un país diferente al suyo ha dado lugar a una modalidad diversa de circulación de trabajadores que si ha ido adquiriendo una importancia relevante: se trata del desplazamiento temporal por dichas empresas de sus trabajadores a un Estado miembro distinto de su país de establecimiento para la ejecución de los servicios pactados.

El análisis del desplazamiento como un fenómeno económico y social, separándolo de casos anecdóticos, se ve obstaculizado por la falta de cifras exactas y la mala calidad de la base de datos. Con estas reservas, puede estimarse que alrededor de un millón de trabajadores son desplazados por sus empleadores de un Estado miembro a otro cada año. Así, el desplazamiento afecta únicamente a una pequeña parte de la población activa: el 0,4 % de la población activa de los Estados miembros de envío (para EU-15) o el 0,7 % (para EU-12). No obstante, en lo que respecta a la movilidad laboral en la UE, el número de desplazamientos representó en 2007 el 18,5 % de la población activa de otros Estados miembros (EU-27). Así pues, puede concluirse que el desplazamiento es un fenómeno significativo en términos de movilidad laboral, especialmente en algunos países y sectores⁵⁹².

No se dispone de cifras exactas en España sobre los datos de trabajadores desplazados, debido a que una de las formas posibles de obtener una estadística sería a través de las comunicaciones de desplazamiento que las empresas han de presentar ante la autoridad laboral donde radique el centro de trabajo de prestación de servicios (art. 5 ley 45/1999, de 29 de diciembre), si bien al no haber traslado de información entre autoridades laborales de diferentes CC.AA, ni un registro central sobre las comunicaciones, el conocimiento aproximado sobre el número de trabajadores se reduce a meras estimaciones.

⁵⁹¹ Comisión Europea, *El empleo en Europa 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011, p. 129

⁵⁹² Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, COM (2012), 131 final, p. 6.

En cualquier caso el movimiento de desplazamiento en España en los últimos años ha sido especialmente significativo, sobre todo en el sector de la construcción y dentro de éste en la actividad de obra pública⁵⁹³

Tampoco se conocen los datos estadísticos relativos a la siniestralidad laboral de estos trabajadores desplazados, ya que en función de su régimen jurídico aplicable los derechos y deberes en materia de Seguridad Social que se reconocen son los correspondientes al país de establecimiento o de origen en el que normalmente opera la empresa para la que trabajan. El art. 12.1. del Reglamento (CE) 883/2004 de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, establece que la persona que ejerza una actividad asalariada en un Estado miembro por cuenta de un empleador que ejerce normalmente en él sus actividades y a la que este empleador envíe para realizar un trabajo por su cuenta en otro Estado seguirá sujeta a la legislación del primer Estado miembro, a condición de que la duración previsible de dicho trabajo no exceda de 24 meses.

En todo caso, la falta de cifras específicas en relación a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional no esconde que se trata de trabajadores expuestos a sufrir un elevado porcentaje de accidentes, aspecto que ha sido resaltado por la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros al considerar que «los trabajadores de los sectores correspondientes a menudo se ven expuestos a condiciones de trabajo particularmente peligrosas»⁵⁹⁴.

Las causas que justifican esta afirmación se fundamentan en varios aspectos, principalmente, en que la mayor parte de los trabajadores desplazados trabaja en un sector de actividad de riesgo como es el de la construcción, donde además adquieren

⁵⁹³ Según datos suministrados particularmente por la Generalitat de Cataluña, Departamento de Empresa y Empleo, en el año 2007, el incremento de trabajadores desplazados en dicha CC.AA fue de un 400%, el 97,8% en el sector de la construcción. Y a pesar de la crisis del sector de la construcción, sólo en la provincia de Girona, en el año 2012 se produjeron 60 comunicaciones de desplazamiento para esta actividad.

⁵⁹⁴ *D.O.C.E., C92E, de 16.4.2004, p. 404.*

mucha importancia cuantitativa las cadenas de subcontratación empresarial, con la repercusión que ello conlleva en el inadecuado cumplimiento de la normativa de seguridad y salud y la dilución de responsabilidades. La propia EESST 2007-2012 ha instado a los Estados miembros a que presten especial atención a las nuevas tendencias del empleo de los trabajadores desplazados.

6.1. La regulación europea y española sobre las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en el marco de una prestación de servicios transnacional.

6.1.1. Planteamiento general.

La Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, es la normativa específica europea sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, aplicándose a las empresas establecidas en un Estado miembro que, en el marco de una prestación de servicios transnacional, desplacen a trabajadores, ya sea bajo su cuenta en el marco de un contrato que aquellas hayan celebrado con el destinatario de la prestación de servicios; ya sea por que las empresa desplacen a los trabajadores a otro Estado miembro a cumplir sus servicios en un establecimiento o empresa que pertenezca al grupo, o por último, que se trate de un desplazamiento realizado por una empresa de trabajo interino o temporal.

Es una directiva que ha sido amplio objeto de debate y en la que se han encontrado verdaderos problemas de aplicación e implementación. Las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Viking Line, Laval, Rüffert y Comisión/Luxemburgo alimentaron en 2007-2008 un intenso debate, en particular en torno a las consecuencias de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento sobre la protección de los derechos de los trabajadores y el papel de los sindicatos de proteger los derechos de los trabajadores en situaciones transfronterizas. En este corto espacio de tiempo el Tribunal emitió estos cuatro fallos de enorme impacto, que contribuyeron a cambiar definitivamente la percepción que de éste se tenía en la Comunidad iuslaboralista europea. De sólido defensor de los derechos sociales pasó a ser visto como uno de sus

principales enemigos, sostenedor de una aplicación irracional y desmedida de las libertades económicas comunitarias poniendo en peligro el propio modelo social europeo⁵⁹⁵.

En un intento normativo de soslayar las dificultades aplicativas de la Directiva 96/71, se encuentra en fase de tramitación, pendiente de aprobación, un nuevo instrumento: la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁵⁹⁶.

La transposición de la Directiva 96/71 ha tenido acogida en la ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

La base de la Directiva es determinar un conjunto de disposiciones del ordenamiento del Estado de acogida temporal, que deben ser obligatoriamente contempladas cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, incluyendo en el texto un listado de materias no limitativo. Las condiciones de trabajo relativas a estas materias deben ser aseguradas por los Estados miembros para todas las personas que trabajen en su territorio. La determinación de estas materias puede hacerse por diferentes vías: la utilización de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y los convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. De esta manera, durante el periodo del traslado de los trabajadores para efectuar la prestación del servicio, del texto de la Directiva, se deriva la obligatoriedad de respetar las disposiciones que cada Estado considere como normas imperativas junto con los derechos resultantes de su

⁵⁹⁵ GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: «25 años de jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, núm. 23, año XXVI, p. 501, Tomo 2.

⁵⁹⁶ El último avance conocido en el camino de esta propuesta es el Dictamen del Comité de las Regiones (DOUE de 19 de enero de 2013) en el que reseña que es importante adoptar un instrumento europeo relativo al desplazamiento de los trabajadores en el marco de una prestación de servicios, que armonice el control de su aplicación y a la vez aborde las cuestiones de fondo derivadas de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han dado lugar a una interpretación restrictiva de la Directiva 96/71/CE.

contrato y de las normas aplicables al mismo, siempre y cuando éstas, en particular los convenios colectivos, cumplan las condiciones exigidas por la Directiva comunitaria. Para cerrar el sistema la propia Directiva, en su artículo 7, prevé una derogación *in melius* de las normas del país de acogida. Según este precepto, la concurrencia normativa debería resolverse aplicando la norma más favorable al trabajador⁵⁹⁷.

Dichas condiciones de trabajo y empleo son objeto de tratamiento en el art. 3.1 de la Directiva, y específicamente se nombra como condición a respetar «la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo» (3.1.e.), y otras que también tienen incidencia en la salud de los trabajadores, como pueden ser los períodos máximos de trabajo o los períodos de descanso (3.1.a.), o las medidas de protección a mujeres embarazadas o lactantes, niños y los jóvenes (3.1.f.).

La ley 45/1999, en intento de fiel transposición, garantiza como condición de trabajo la prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y de los menores (art.3.1.e.).

La pregunta siguiente es qué tipo de normas de prevención de riesgos laborales debe garantizar el empresario, o, por decirlo de otra manera, cual es el bloque de normativa de prevención de riesgos laborales que debe observar la empresa de envío respecto de los trabajadores desplazados en España.

6.1.2. Sobre el bloque de normativa que debe ser respetada por las empresas de envío en materia de seguridad y salud en el trabajo.

La seguridad y salud en el trabajo es un ámbito donde existe un elevado nivel de aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros derivado de la intensa intervención comunitaria sobre el particular⁵⁹⁸, particularmente por la adopción

⁵⁹⁷ AA.VV, GOERLICH, J.M (Director), GUAMAN, A. (Coordinadora), *Libertades Económicas, Mercado de Trabajo y Derecho de la Competencia*, CES, p.26

⁵⁹⁸ CASAS BAAMONDE, M.E., DEL REY GUANTER, S.: *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Colección Estudios., CES, octubre 2002, página 81.

de la Directiva marco 89/391/CEE, así como las de carácter específico que la han desarrollado en materia de prevención de riesgos laborales, que habiendo debido ser transpuestas por los Estados miembros de la UE, resultarían aplicables a las propias empresas de envío en virtud de su propio origen europeo. Por tanto, el riesgo de *dumping* social en este ámbito debería ser, en principio, menor, ya que los presupuestos valorativos desde los que se regula la materia son idénticos en las legislaciones nacionales⁵⁹⁹. En todo caso, y por lo que hace referencia a España, según el art. 3.4 de la Ley 45/1999, las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española a garantizar a los trabajadores desplazados son las disposiciones legales y reglamentarias del Estado y las fijadas en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector de la rama de actividad que se trate. Eso significa la obligatoriedad de cumplir con la LPRL y aquellas otras normas legales y convencionales que incluyan condiciones de seguridad y salud laboral.

Al plantear la prevención de los riesgos laborales como uno de los aspectos de las condiciones de trabajo que deben ser garantizadas por los empresarios (de envío) que desplacen a España a sus trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, la interrogación que surge es cuáles son estas condiciones de trabajo. Si me atengo a la amplia definición del término en la LPRL, condición de trabajo es comprensiva de cualquier característica y circunstancia con influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador (art. 4.7), la delimitación del bloque normativo no deja de ser una operación compleja.

Intentaré precisar:

- a. En principio, las obligaciones organizativas y de gestión en materia de prevención de riesgos laborales no serían exigibles, ya que no se trata estrictamente de condiciones de trabajo. Así, puedo afirmar la no aplicación de las normas relativas a la constitución de los servicios de prevención y normas relativas a la participación de los trabajadores en materia de prevención.

⁵⁹⁹ *Idem*, p. 81.

Si he considerado que la normativa en materia de prevención de riesgos laborales se encuentra armonizada y es homogénea en el conjunto de Estados miembros de la UE, no resultaría razonable, que acreditando los trabajadores desplazados a España el cumplimiento de su normativa nacional en esta materia se obligara a las empresas a observar las exigencias establecidas en las normas de prevención de riesgos laborales españolas.

Fundamentaría esta decisión en que estas obligaciones son establecidas en referencia a la empresa en su conjunto y no respecto de un determinado centro de trabajo, resultando, como así se ha puesto de relieve,⁶⁰⁰ la dificultad o imposibilidad de aplicación de normas relativas a gestión de prevención de riesgos en la empresa por cuanto el prestador de servicios no tiene, por lo general, establecimiento alguno en el país de desplazamiento, ni tiene la obligación de tenerlo como ha destacado de forma rotunda la Comisión Europea en su documento de 4 de abril de 2006 sobre «Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios»⁶⁰¹.

Cuestión distinta será que con independencia de la modalidad de organización preventiva que se haya adoptado por la empresa de envío, se requiera como contenido organizativo un medio presencial en el centro de trabajo: me refiero a la posible obligatoriedad de los recursos preventivos, figura ya estudiada. Respecto de esta figura, si se dan las condiciones fácticas de su necesaria presencia, su designación resultará obligatoria con independencia de si la empresa está establecida en España o desplazada en territorio español⁶⁰².

⁶⁰⁰ CASAS BAAMONDE, M.E., DEL REY GUANTER, S., *Desplazamientos de trabajadores*, op. cit., p. 81 y ss.

⁶⁰¹ COM (2006) 159 final.

⁶⁰² Como ha puesto de manifiesto LÓPEZ PARADA, una organización preventiva de naturaleza presencial podrá ser exigida siempre que tal presencia deba producirse en su territorio y se exija igualmente a las empresas establecidas en el Estado, si bien añade que en relación a la organización preventiva general, una empresa tendrá derecho a que no se le exija duplicar dicha estructura para

- b. Sí resultarían aplicables aquellos deberes específicos en materia de protección de la seguridad y salud en el trabajo relacionados con la instrumentación de la acción preventiva: en particular, la evaluación de los riesgos laborales y la propia planificación preventiva, así como también las obligaciones establecidas con respecto a las condiciones de seguridad en los equipos de trabajo y la dotación de equipos de protección individual.

- c. También los deberes relativos a información y formación de los trabajadores y su vigilancia de la salud, pero con matizaciones. En este aspecto, la DGT en contestación a consulta emitida en fecha 21 de diciembre de 2006 a diferentes cuestiones planteadas por el INSHT, manifiesta que como todas las legislaciones de los Estados miembros han de reunir los conceptos básicos previstos en la normativa comunitaria de general aplicación, se han de presumir válidos todos los certificados de aptitud médica que tengan realizados en sus países por los que se acredite el cumplimiento de las pruebas y demás requisitos necesarios para desempeñar su función en España.

En todo caso, hubiera sido conveniente contemplar algunas reglas especiales como, por ejemplo, la obligación del prestador de servicios de recurrir durante el tiempo de desplazamiento a entidades especializadas establecidas en España para la vigilancia de la salud, en los supuestos de actividades con riesgos especiales o de trabajadores especialmente sensibles en que se impongan

acomodarla a la exigida en el Estado al que desplaza los trabajadores, pero siempre y cuando en el Estado en el que esté establecida la empresa disponga de una estructura preventiva que sea conforme a la legislación del Estado de establecimiento y cumpla una finalidad equivalente a la que exige en su legislación el Estado al que se han desplazado sus trabajadores (vid., LÓPEZ PARADA, R.: Ponencia sobre «Los trabajadores extranjeros en España en la legislación sobre accidentes de trabajo» presentada en el *I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* organizado por el Consejo General de Colegios de Graduados Sociales de España en León los días 10 a 12 de septiembre de 2008, material inédito).

revisiones médicas periódicas, o bien la obligación de desplazar a los trabajadores a su país de origen a tales efectos⁶⁰³.

- d. Por lo que hace a la documentación en materia de prevención de riesgos laborales, se trata de una obligación exigible por la normativa española y respaldada por la Comisión en las orientaciones formuladas en abril de 2006, donde considera que el Estado miembro de acogida siempre podría exigir al del establecimiento (envío), que conserve en el lugar de trabajo determinados documentos que necesariamente han de crearse y llevarse in situ, como los registros sobre el tiempo de trabajo efectivo o documentos relativos a las condiciones de salud y seguridad en el trabajo. No obstante, el Estado miembro de acogida no podrá exigir una segunda serie de documentos conformes a su normativa únicamente por el hecho de que existan determinadas diferencias de forma o de contenido con los documentos conformes a la normativa del Estado miembro de establecimiento. La traducción de los documentos puede estar justificada si no son excesivamente largos y si para redactarlos suelen utilizarse formularios estándar (art. 9.1.c, Propuesta Directiva).
- e. También debe respetarse la necesidad de garantizar la aplicación de la regulación de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo aplicables a las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz, y de los menores (art. 3.1.ley 45/99).

Ello hace plantear si la previsión contenida en el artículo 18.4 del V Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción vigente cuyo título reza «Ingreso al trabajo», y que prohíbe, de forma tajante, emplear a trabajadores menores de 18 años para la ejecución de trabajos en las obras, a no ser que específicamente hayan sido contratados bajo la modalidad contractual de contrato para la formación, es de obligado cumplimiento para las empresas que

⁶⁰³ En este sentido, CASAS BAAMONDEm M.E., DEL REY GUANTER, S. *Desplazamientos...* op. cit, pág 82.

desplazan a trabajadores, a saber, si sobre estas empresas de envío pesará la prohibición de emplear a trabajadores menores de 18 años en obras que ejecuten en territorio español⁶⁰⁴.

La respuesta debe ser negativa: en primer lugar, y con independencia de que en la mente de los negociadores estaba la protección de la salud de los menores, la prescripción convencional no ha sido incluida en el Libro II del Convenio específicamente dedicado a las normas de seguridad y salud en obras de construcción, sino en el Libro I relativo a aspectos generales, y en segundo lugar se les estaría obligando a las empresas a que el empleo de trabajadores en obra menores de 18 años fuera a través de formulas o modalidades contractuales que les resultaran desconocidas e inexistentes en su ordenamiento jurídico laboral. Avala esta consideración la línea jurisprudencial mantenida por el TJCE en diversas sentencias, destacando el pronunciamiento del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de junio de 2008 en el asunto C-319/06, Comisión/Luxemburgo en la que se enjuicia la norma interna de transposición por el Estado de Luxemburgo de la Directiva 96/71. Esta sentencia señala en su apartado 42 que si bien "...el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación, o los convenios colectivos de trabajo celebrados por los interlocutores sociales, a cualquier persona que efectúe un trabajo por cuenta ajena, aun cuando sea temporal, en su territorio, cualquiera que sea el Estado miembro de establecimiento del empresario, no es menos cierto que tal facultad está supeditada al requisito de que los trabajadores afectados, que realizan temporalmente trabajos en el Estado de acogida, *no gocen ya de la misma protección, o de una protección esencialmente comparable, en virtud de obligaciones que se impongan a su empresario en el Estado miembro en el que*

⁶⁰⁴ CAMAS RODA, F., MARTÍNEZ ASO, M.: « El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional », *Revista de Derecho Social*, núm.45 (2009), p.121.

se halla establecido”. Dado que la protección de jóvenes en el trabajo ha sido objeto de armonización a través de la Directiva 94/33/CE de 22 de junio de 1994 entiendo que no sería viable una exigencia interna de ordenación de acceso al trabajo que ampliaría de forma discutible el núcleo duro de protección de la Directiva 96/71 sin un amparo, ni siquiera débil, en razones de orden público.

6.2. Problemática de la vigilancia y control del cumplimiento de la normativa de prestación de servicios transnacional.

Esta cuestión resulta ser una de las que mayor complejidad arroja debido a las propias dificultades que entraña la fiscalización de empresas establecidas fuera de territorio español y por la deficiente cobertura legal al respecto.

Es uno de los temas de discusión en el seno de la UE. El Comité Económico y Social Europeo en su dictamen sobre «la dimensión social del mercado interior» propone que la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores se aplique de manera más eficaz y que se examine la idea de constituir una «Interpol europea de asuntos sociales» que respalde las actividades de las inspecciones laborales de los diferentes Estados miembros⁶⁰⁵. El art. 10 de la propuesta de Directiva relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71 ya contempla que los Estados miembros se aseguren de que en su territorio existen mecanismos de comprobación y seguimiento adecuados y se realizan inspecciones eficaces y apropiadas para efectuar el control y el seguimiento de la observancia de las disposiciones y normas establecidas en la Directiva 96/71/CE y para garantizar que se apliquen y se hagan cumplir correctamente. Además, modeliza dichas inspecciones sobre la previa evaluación de riesgos que deberán realizar con regularidad las autoridades competentes. En la evaluación de riesgos se detectarán los sectores de actividad de su territorio en los que se concentra el empleo de trabajadores desplazados para la prestación de servicios, teniendo en cuenta factores como la realización de grandes proyectos de infraestructuras, los problemas y las

⁶⁰⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La dimensión social del mercado interior» (Dictamen de iniciativa), 2011/C 44/15.

necesidades peculiares de sectores concretos, el historial de infracciones y la vulnerabilidad de determinados grupos de trabajadores.

En el ámbito interno, si bien el artículo 8 de la ley 45/1999 atribuye a la ITSS la vigilancia y el cumplimiento de lo establecido en la norma, pudiendo desarrollar este organismo, en relación al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, la totalidad de funciones establecidas en la LOIT, y por otra parte la LISOS establece en su art. 10, integrante de la Sección 1ª dedicada a las infracciones en materia de relaciones laborales, un elenco de tipos infractores relativos a las condiciones de trabajo de los trabajadores temporalmente desplazados a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, la operatividad, eficacia y profundidad de la actuación inspectora ha de ser cuestionada tanto por dificultades de orden práctico como por los inconvenientes derivados de una escasa disciplina normativa.

En primer lugar, el artículo 5.5. de la ley 45/1999 dispone que la autoridad laboral ha de poner en conocimiento de la ITSS y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, «a los efectos oportunos», las comunicaciones de desplazamiento que obligatoriamente han de presentar las empresas que desplazan ante dichas autoridades laborales. Esta comunicación se realizará en los términos que se establezcan reglamentariamente, sin que se haya producido dicho desarrollo reglamentario por lo que en la práctica las citadas comunicaciones se remiten a la ITSS sin un objetivo predeterminado de control o fiscalización, y ante una eventual (más bien general) ausencia de programación específica territorial, lo habitual es que sea la propia iniciativa del Inspector de Trabajo la que decida el inicio de la actuación inspectora⁶⁰⁶ y la dote de contenido sin más soporte que unas orientaciones plasmadas en el Criterio Técnico 42/2005 dictado por la DGITSS, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

⁶⁰⁶ Si la comunicación contiene un período muy corto de desplazamiento el inicio de la actuación inspectora coincide con la finalización del objeto de la contratación que dio lugar al desplazamiento.

Derivado de esta ausencia de reglamentación de la comunicación es el escaso-nulo-control de las comunicaciones que podría llamar *periódicas*: se trata de empresas de envío que repetidamente presentan comunicaciones referidas a diferentes prestaciones de servicios y que contienen idéntica relación de trabajadores desplazados. Estas comunicaciones pueden formularse durante años e incluso solaparse en el tiempo lo que ya indicaría que más que una prestación de servicios transnacional es una puro y llano establecimiento.

El mayor inconveniente para dar una solución jurídica adecuada a estas situaciones es la ausencia de límites temporales en cuanto la duración del desplazamiento. Ni la Directiva 96/71/CE ni la ley 45/99 establecen restricciones en cuanto al tiempo que podrá un trabajador estar desplazado en otros país. Cuestión sorprendente desde la perspectiva iuslaboralista, puesto que en el derecho nacional el elemento temporal es el que permite distinguir un desplazamiento de un traslado⁶⁰⁷. Escollo al que no parece dar satisfacción el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁶⁰⁸, el cual en su considerando 36 señala textualmente: «Por lo que respecta a los contratos individuales de trabajo, la realización del trabajo en otro país se considera temporal cuando se supone que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. La celebración de un nuevo contrato de trabajo con el empleador original o con un empleador que pertenezca al mismo grupo de empresas que el empleador originario no debe excluir que se considere que el trabajador realiza su trabajo en otro país de manera temporal». Redacción imprecisa y compleja que supedita la temporalidad a la eventual suposición de que el trabajador reanudará su trabajo (algún día) en el país de origen, y de la que resulta que nada impide que un trabajador desplazado a través de la suscripción sucesiva de contratos de trabajo con el mismo empleador u otro del mismo grupo empresarial preste servicios en territorio español sin solución de continuidad por extensos períodos de tiempo, sin que le resulte

⁶⁰⁷ LLOBERA VILA, M.: «La liberalización de los servicios en el mercado interior: “Directiva Bolkestein”, subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores», *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, p 67.

⁶⁰⁸ Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 (DOUE de 4 de julio de 2008)

de aplicación en ningún momento la normativa laboral interna excepto el núcleo mínimo de protección.

Por si no fueran suficientes las dificultades de comprobación de la realidad del desplazamiento, la vigilancia y control de las empresas desplazadas en todas las materias, y especialmente la de la prevención de riesgos laborales, se enfrenta a numerosos problemas de índole práctico en el devenir diario de las actuaciones inspectoras: problemas derivados del desconocimiento de las lenguas oficiales por los trabajadores desplazados; obstrucciones empresariales; aportación de documentación insuficiente y no siempre una correspondencia fiel entre lo manifestado por el trabajador y su soporte documental (sobre todo en materia salarial).

Se impone el deber de los empresarios a comparecer, a requerimiento de la ITSS, en la oficina pública designada al efecto y aportar cuanta documentación les sea requerida para justificar el cumplimiento de la propia ley 45/1999 (art. 6). Los términos son amplios, por tanto, una vez comparecida la empresa, ésta debe presentar cuanta documentación- información prevista en la legislación social y de trabajo del país de desplazamiento le sea requerida, cuestión que según la Comisión, si bien podría constituir una restricción a la libre prestación de servicios se justifica por cuanto resulta necesaria para salvaguardar efectivamente la protección de los trabajadores⁶⁰⁹.

En consecuencia será perfectamente exigible la puesta a disposición de la ITSS de los documentos que acrediten por las empresas de envío el cumplimiento de las condiciones de seguridad y salud laboral, a saber, formación de los trabajadores, aptitud médica, evaluación de riesgos, entrega de equipos de protección individual, etc. No obstante, he advertido que no necesariamente han de corresponderse con los documentos previstos en nuestra legislación, lo que origina limitaciones al control de su contenido y puede crear dudas sobre la validez y certeza de los mismos.

⁶⁰⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: *La aplicación de la Directiva 96/71/CE en los Estados miembros*. Documento COM (2003) 458 final.

Dentro de esta amplia problemática, posiblemente la más significativa, es la dificultad de indagar y probar que la utilización de la libre prestación de servicios oculte fines fraudulentos o prohibidos. Gran parte de los trabajadores desplazados son nacionales de terceros países y resulta casi imposible comprobar que se encuentran en situación regular, especialmente en cuestiones de residencia, permisos de trabajos y cobertura social.

La jurisprudencia del TJUE es bastante estricta en cuanto a los excesos de control. La sentencia del TJCE, Sala Cuarta, de 26 de enero de 2006, proc. C-2/2005 inhabilita a que un órgano de un Estado miembro compruebe la validez del certificado E 101 (hoy denominado A1), que certifica que el trabajador sigue sometido a la legislación de seguridad social del país de envío en lo que se refiere a la certificación de los elementos sobre cuya base se ha expedido dicho certificado, en particular la existencia de un vínculo orgánico entre la empresa que desplaza a un trabajador y el trabajador desplazado.

Y si bien es interesante la postura del Comité Económico y Social Europeo en que se refuerce la posibilidad de conocer los datos sobre contratación y empleo en los casos de desplazamiento de trabajadores, manteniendo la obligación de que tales datos, necesarios para los controles de los servicios de empleo, formación profesional y protección social en el país de acogida y en el país de origen, estén disponibles⁶¹⁰, la propuesta de Directiva sólo recoge la posibilidad de que se disponga del contrato de empleo.

En esta línea de restricción se integra la reciente STJUE (Sala Cuarta) de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-577/10, Comisión Europea contra el Reino de Bélgica) que considera que la obligación de declaración que se exige a los prestadores autónomos de servicios establecidos en otro Estado miembro que se desplazan a su territorio para prestar un servicio no puede considerarse compatible con el artículo 56 TFUE. El gobierno belga, precisamente para poder controlar el fraude en los

⁶¹⁰ COM(2007) 304 final, cit, ap. 3.4

desplazamientos temporales, exige una comunicación a los trabajadores autónomos que debía de realizarse con anterioridad a cada prestación de servicios efectuada en territorio belga, aportando cierta información, como la fecha, la duración y el lugar de la prestación que se ha de llevar a cabo, su naturaleza y la identidad de la persona física o jurídica destinataria de ésta. El incumplimiento de estas formalidades es objeto de sanciones penales.

No es un problema aislado del Gobierno belga⁶¹¹, es una preocupación constante de la UE. Reflejo de ello es que en 2011 se desarrolló un Proyecto Europeo de Formación común de inspectores de trabajo y agentes implicados en el control de la efectividad del Derecho comunitario en materia de protección de trabajadores desplazados, auspiciado por la Comisión Europea, y que contó con la participación de Bélgica, España, Francia, Luxemburgo, Portugal y Polonia⁶¹². Proyectos similares continúan en 2012 y 2013 bajo el genérico nombre de Eurodesplazamiento, pero ya sin la intervención de España.

La solución a estos problemas la canaliza la Directiva 96/71 a través de la cooperación administrativa entre Estados (art. 4.2.), aspectos en que vuelve a incidir la propuesta de Directiva (art. 6.5.) en que fija plazos para la recepción de la información sobre la que versa la petición. A lo sumo en un plazo de dos semanas tras la recepción de la petición y también se empleará un mecanismo específico de urgencia en situaciones especiales en las que un Estado miembro tenga conocimiento de circunstancias particulares que exijan una actuación urgente. En tales circunstancias, la información deberá facilitarse en un plazo de veinticuatro horas.

⁶¹¹ «El trabajo transfronterizo es una verdadera inversión», artículo publicado en el Punt Diari el 22 de enero de 2013. En dicho artículo se pone de manifiesto la queja de de las organizaciones de pequeñas empresa del sur de Francia (Cataluña norte) por la competencia desleal que le hacen las empresas españolas, sobre todo de la Cerdeña, que amparadas en la normativa europea extienden su actividad al país vecino. Las diferencias de cargas y tasas hacen que estas empresas sean más competitivas para los particulares.

⁶¹² Toda la información sobre el proyecto en <http://www.eurodetachment-travail.eu/Default.asp?rub=&lang= sp> (última consulta 2 de abril de 2013).

Pendientes de la aprobación de la Directiva, la solución interna ha pasado por la firma de acuerdos bilaterales. Un ejemplo es el *Acuerdo de colaboración e intercambio de información entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección General de Trabajo de Portugal*, de 3-10-2003, acuerdo que permite la solicitud mutua de información relevante en relación con las investigaciones o comprobaciones que se estuvieran realizando, debiendo informarse a la Inspección del país de origen de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales detectadas a las empresas desplazadas, al objeto de que las mismas puedan ser incluidas por dicha Inspección en sus programas de actuación o sean consideradas a efectos de responsabilidades.

La dimensión del problema no queda limitada a la dificultad de controlar las situaciones de fraude en desplazamientos y la fiscalización del cumplimiento de la normativa preventiva en el colectivo de trabajadores desplazados, va más allá y afecta directamente a la protección social del desplazado (generalmente extranjero de nacionalidad no comunitaria). Partiendo de la regla general de que los trabajadores desplazados están sometidos a la legislación de Seguridad Social donde normalmente presten sus servicios (el de origen), les resulta inaplicable el sistema de responsabilidades por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales propio de la Seguridad Social, como puede ser la responsabilidad subsidiaria o solidaria en orden a las prestaciones de la empresa principal (la española que ha contratado a la empresa comunitaria) y específicamente, el recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad del art. 123 de la Ley General de Seguridad Social⁶¹³.

Todas las cuestiones suscitadas, ausencia de controles efectivos, la no obligatoriedad de exigencia de ciertas normas o prescripciones y la imposibilidad de programación preventiva ante la falta de registro sobre su concreta siniestralidad, influyen de forma directa en un debilitamiento de las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores desplazados.

⁶¹³ LÓPEZ PARADA, R.: Ponencia sobre «Los trabajadores extranjeros en España ... », *op, cit*, (material inédito).

CAPÍTULO III. LOS MECANISMOS DE GARANTÍA Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR: PERSPECTIVA DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

En esta parte del estudio me introduzco en el trabajo irregular de los extranjeros y las situaciones y consecuencias que derivan de esa situación. Por muy limitativas que sean las normas y rigurosos los controles, la desigualdad económica, social y política entre las zonas del planeta seguirán atrayendo inmigración irregular y favoreciendo la economía sumergida. En este espacio *ilegal* de las relaciones laborales, la desprotección del derecho a la seguridad y salud es generalmente manifiesta, y los elementos de garantía difieren a los del capítulo anterior. Hablo de trabajadores no declarados, desconocidos para los sistemas organizativos preventivos de las empresas (si existen) y para la propia Administración laboral y, en consecuencia, los mecanismos de protección, de conocerse la existencia del riesgo, deben discurrir por otras vías.

1. INTRODUCCIÓN.

La pretensión de este capítulo no es el estudio de todos los mecanismos de garantía y de protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros en situación irregular ante los incumplimientos de las obligaciones empresariales examinadas en el capítulo anterior.

Rebasaría lo previsto y desbordaría mi área de conocimiento, por ello fijo la atención investigadora en dos ámbitos, el de la actuación de la Administración laboral y el de la protección social. Entre otros motivos porque quiero destacar como el contexto normativo actual, más restrictivo en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores extranjeros, ha incidido directamente en la protección y garantía de su derecho a la seguridad y salud, especialmente el de los trabajadores extranjeros que se encuentran en una situación administrativa de irregularidad.

Es un contexto que tras la última reforma de la LOEX (2009), atribuye competencias a la ITSS para sancionar al trabajador extranjero que carezca de autorización de trabajo y residencia, lo que dificulta o directamente elimina su colaboración con este órgano administrativo en la denuncia de deficiencias en las condiciones de seguridad y salud en las que desarrolla su trabajo. Incluso, la posibilidad de ser sujeto responsable de un expediente sancionador -que podría llegar a motivar su expulsión-, puede contribuir a no revelar los accidentes de trabajo padecidos y, por tanto, quedar excluido de la protección social por esta contingencia.

Pero además, desde el 1 de septiembre de 2012, por haberse establecido en el RD Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, sólo reciben asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica (art.3 ter), excepto los menores de 18 años. Esto puede dificultar, a veces imposibilitar, que al trabajador extranjero en situación irregular le sea reconocida una enfermedad profesional, más aún cuando ésta requiere, según las circunstancias, periodos previos de observación de la situación del trabajador durante el tiempo necesario para el estudio médico. Períodos en los que el trabajador se encuentra en una «especial» situación de incapacidad temporal por enfermedad profesional⁶¹⁴.

De manera habitual, el itinerario a seguir ante un tema de salud es acudir a los servicios médicos de salud, con independencia de si hay o no un origen laboral. Es por ello que específicamente se prevé que los facultativos del Sistema Nacional de Salud, si con ocasión de sus actuaciones profesionales, tuvieran sospecha o conocimiento de la existencia de una enfermedad profesional lo comunicarán, a través del organismo competente de cada comunidad autónoma, a la entidad gestora a los efectos de su

⁶¹⁴ Artículo 15 de la Orden de 13 de octubre de 1967. por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social.

calificación y, en su caso, a la entidad colaboradora de la Seguridad Social que asuma la protección de las contingencias profesionales⁶¹⁵.

En relación con el trabajador extranjero en situación irregular, este circuito es difícil que se complete. La situación de irregularidad no permite acceder a la entidad colaboradora, la Mutua de Accidentes y Enfermedades Profesionales, pero tampoco hoy existe un acceso fácil y ordinario al Sistema Nacional de Salud, a no ser que sea un caso de urgencia y por un período determinado, hasta el alta médica, lo que impide realizar un estudio pormenorizado sobre el origen laboral de la enfermedad, su reconocimiento, y su posterior protección por el sistema de Seguridad Social al tratarse de una contingencia profesional⁶¹⁶. Por tanto, la exclusión o limitación del derecho de asistencia sanitaria común a este colectivo de *trabajadores*, puede tener una proyección mayor que la inicialmente pensada, alcanzando al ámbito de la prestación sanitaria en contingencias profesionales, en concreto en supuestos de enfermedad profesional, contraviniendo normativa internacional de la OIT.

Otra razón de ceñirme al ámbito administrativo, es que la exigencia de responsabilidades ante incumplimientos normativos de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros, es frecuentemente canalizada a través del despliegue de la actividad sancionadora de la Administración laboral. El informe anual de la ITSS del año 2011⁶¹⁷ reseña que las actuaciones inspectoras en el ámbito de la prevención de

⁶¹⁵ Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro

⁶¹⁶ Pienso en un día de invierno muy frío en el que un trabajador sin autorización para trabajar que presta servicios en una granja de animales o un matadero acude de urgencia al centro sanitario con síntomas de malestar general, astenia, anorexia y fiebre acompañada de algias articulares y musculares, sudoración profusa, etc. síntomas asociados a una brucelosis en su forma septicémica (según Nota Técnica de Prevención núm. 224 del INSHT). Dada la fisonomía de los centros de urgencia y su forma de actuación dirigida a la detección de los objetivamente grave ¿este trabajador será realmente diagnosticado o sospechoso de padecer brucelosis?

⁶¹⁷ La DGITSS –Autoridad Central de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social- está obligada, por razones legales o exigencias de gestión, a elaborar tres memorias o informes; la regulada en los artículos 20 y 21 del Convenio 81 y artículos 26 y 27 del Convenio 129 de la OIT; la establecida en los acuerdos y programas del Comité de Altos Responsables de la Inspección (SLIC) de la Unión Europea, y la correspondiente al Plan Integrado de actuación aprobado por la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales. <http://www.empleo.gob.es/itss/web/index.html> (última consulta el 5 de octubre de 2011)

riesgos laborales han sido 374.727. Como resultado de esas actuaciones se han apreciado 19.900 infracciones que han sido incorporadas a expedientes sancionadores, 102.391 requerimientos de medidas preventivas y 246 paralizaciones de actividad. En la esfera de la protección social, han sido investigados 10.064 accidentes de trabajo y 908 enfermedades profesionales y se han propuesto 3.127 recargos en prestaciones de Seguridad Social conforme al art.123 de la LGSS.

En materia de extranjería las actuaciones han sido 58.836, si bien no se puede extraer el dato desglosado de cuántas de estas actuaciones han comportado actividad inspectora de comprobación de normativa de seguridad y salud laboral.

No es mi intención desdeñar la importante labor que desde la vertiente penal se realiza en la protección del bien jurídico de la vida e integridad de los trabajadores, todo lo contrario, mi opinión es que es el complemento perfecto para la erradicación de conductas atentatorias del derecho a la seguridad y salud en el trabajo. Con todo, de todos los preceptos penales específicos de la accidentalidad en el trabajo no se extrae elemento alguno que permita desde esta rama del Derecho abordar de forma sectorial la situación de riesgo para los trabajadores extranjeros⁶¹⁸.

Al respecto conviene exponer el interesante trabajo que se realiza desde la Fiscalía tanto en la especialidad de siniestralidad laboral, como en la de extranjería. Así lo pone de manifiesto la Memoria de la Fiscalía del año 2011⁶¹⁹, que destaca como late una preocupación y prioridad en la persecución de los delitos de riesgo tipificados en los artículos 316 y 317 CP, aunque en el año 2011 sólo se formularan 37 escritos de acusación por delito de riesgo sin resultado lesivo de modo exclusivo, dato que evidencia, según la propia memoria, que el artículo 316 CP ha dejado de ser un precepto sin aplicación práctica por los Tribunales⁶²⁰. Igualmente se denuncia en el documento

⁶¹⁸ RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ, L.R, GALLARDO GARCÍA, R.M.: «La siniestralidad laboral en la población extranjera» en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dtor), ACALES SÁNCHEZ, M (coord), *La siniestralidad laboral. Incidencia de ..., op. cit.*, p.120.

⁶¹⁹ Puede consultarse en www.fiscal.es

⁶²⁰ *Memoria de la Fiscalía 2011*, p.718

que la lucha contra las enfermedades profesionales es considerada como un campo inexplorado desde la óptica penal.

En cuanto al tipo delictivo del art. 312 CP, específico de los trabajadores extranjeros, la memoria del fiscal de sala coordinador de extranjería, en relación a la imposición de condiciones laborales ilegales a ciudadanos extranjeros que carecen de permiso de trabajo en España, la memoria cuantifica la incoación de 287 diligencias previas en que el empresario abusa de la situación de irregularidad del inmigrante extranjero que al no poder obtener el correspondiente permiso de trabajo debe aceptar condiciones muy lesivas y discriminatorias en relación con los trabajadores que cuentan con la correspondiente autorización. Pese a ello, se reconoce que muchas veces se produce el archivo de las actuaciones porque una vez constatada su situación –precisamente para eludir cualquier tipo de sanción administrativa de extranjería, especialmente por temor a ser expulsado– abandona la localidad donde reside y no comparece ante la autoridad judicial para prestar los debidos testimonios. Y en otros supuestos, siguiendo rigurosamente la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre el alcance y significación del artículo 312 CP, el propio Ministerio Fiscal interesa el sobreseimiento de la causa penal por quedar sólo acreditada la comisión de una falta administrativa de contratación ilegal de extranjeros sin el permiso oportuno.

Tampoco quiero hacer desmerecer la relevancia de la responsabilidad civil en el siniestro laboral, sumida todavía hoy en un amplio y rico debate teórico-jurídico acerca de la admisión de la compatibilidad o no entre protección social e indemnización civil⁶²¹, si bien el planteamiento del derecho a la seguridad y salud en el trabajo que se hace en el capítulo no sólo abarca el efecto resarcitorio.

⁶²¹ Como así se puso de manifiesto en el XXIII Congreso de la AEDTSS celebrado en Girona los días 16 y 17 de mayo de 2013, especialmente incide en este tema la ponencia de VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: «la responsabilidad por daños en la Seguridad Social por riesgos laborales», http://www.aedtss.com/index.php?option=com_content&view=article&id=57:xxiii-congreso-nacional-de-derecho-del-trabajo-y-de-la-seguridad-social&catid=1:noticias&Itemid=17.

Adentrándome ya en el contenido del capítulo, indicar que son dos partes fundamentales las que lo conforman. La primera donde describo las actuaciones de índole preventiva de la Administración laboral, las dirigidas a evitar la materialización del riesgo profesional una vez comprobada la realidad de tal riesgo. Ello conduce al estudio de la actividad de la ITSS en este campo y a los instrumentos que dispone para hacer efectivo esta protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo, destacando el requerimiento de medidas preventivas y el inicio del expediente sancionador. No incluyo la paralización, seguramente la de mayor eficacia preventiva, en tanto no es mi objetivo exponer las diferentes formas y modalidades de actuación de la ITSS, sino su incidencia en el derecho a la seguridad y salud del trabajador extranjero que carece de autorización para trabajar.

Tampoco puedo obviar las competencias de los funcionarios técnicos de las CC.AA que tienen encomendadas funciones en prevención de riesgos laborales, funcionarios, como es el caso de los «técnicos habilitados» en Cataluña, que se han insertado incluso en la organización autonómica de la Inspección de Trabajo, desarrollando funciones que pueden calificarse de «cuasi inspectoras», pero con importantes limitaciones.

El segundo bloque de estudio es la protección social que origina la actualización de los riesgos profesionales y su vinculación con el accidente de trabajo y la enfermedad profesional. En él considero de forma más extensa la situación irregular de los trabajadores extranjeros, ya que resulta obligada la diferenciación entre el estatuto del inmigrante legal, que en términos generales se equipara al del español, y el del inmigrante «ilegal»⁶²² al que se reconoce un estatuto jurídico más limitado⁶²³. En este sentido, debe indicarse que la titularidad y el ejercicio de los derechos socio-laborales

⁶²² La normativa de extranjería no utiliza el calificativo de ilegal e irregular para atribuírselo a la persona del inmigrante, sólo para el sustantivo inmigración. Se opta por la referencia a la situación, y siempre en términos de irregularidad y no de ilegalidad.

⁶²³ MONTOYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Civitas, 1ª edición (2007), p. 22.

están sometidos a la condición de que los extranjeros se encuentren en nuestro territorio en una determinada situación administrativa que se podría calificar de regularidad⁶²⁴.

Respecto de este colectivo va a ser muy significativo el papel de la normativa internacional, particularmente el Convenio núm. 19 de la OIT relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo.

Todo lo anterior rota sobre un protagonista, el trabajador extranjero inmigrante, que habría de ser considerado, en y por su condición de trabajador, igual al resto en virtud de los principios de igualdad, justicia y solidaridad social⁶²⁵.

2. EL PAPEL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LABORAL EN LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DEL ASESORAMIENTO Y LA ASISTENCIA TÉCNICA.

Como bien advierte la Exposición de Motivos de la LPRL, la política en materia de prevención de riesgos laborales, en cuanto conjunto de actuaciones de los poderes públicos dirigidas a la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, se articula en la Ley en base a los principios de eficacia, coordinación y participación, ordenando tanto la actuación de las diversas Administraciones públicas con competencias en materia preventiva, como la necesaria participación en dicha actuación de empresarios y trabajadores, a través de sus organizaciones representativas. Pero tratándose de una Ley que persigue ante todo la prevención, su articulación no puede descansar exclusivamente en la ordenación de las obligaciones y responsabilidades de los actores directamente relacionados con el hecho laboral. El propósito de fomentar una auténtica cultura preventiva, mediante la promoción de la mejora de la educación en dicha materia en todos los niveles educativos, involucra a la sociedad en su conjunto y

⁶²⁴ VALDUEZA BLANCO, M.D.: «Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 15 (2003), p. 1(a 34).

⁶²⁵ TRIGUERO MARTINEZ, L.A.: *El estatuto jurídico laboral del...*, p. 30.

constituye uno de los objetivos básicos y de efectos quizás más trascendentes para el futuro de los perseguidos por la presente Ley.

En la política de seguridad y salud laboral quedan implicados tanto las Administraciones Públicas como los empresarios y trabajadores. Respecto a las primeras, a las que dedicó ahora nuestra atención, es habitual que sea así por cuanto las diversas políticas emprendidas por los poderes públicos se corresponden con un aparato orgánico específico que encauce las actuaciones diseñadas⁶²⁶.

En lo que afecta a las Administraciones competentes en materia laboral, el art. 7 LPRL no las identifica, pero establece cuáles han de ser sus funciones explícitas, concretando así: la promoción de la prevención, el asesoramiento técnico, la vigilancia y el control. Parece fuera de toda duda considerar que las funciones indicadas tienen un marcado carácter ejecutivo que puede corresponder realizarlas tanto a la Administración Central como a los órganos laborales de las CC.AA competentes⁶²⁷.

2.1. Promoción de la prevención y asesoramiento técnico. La particularidad de los técnicos habilitados.

La promoción de la prevención por excelencia corre cargo del INSHT, el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas (art.8.1. LPRL).

Incluido en el organigrama del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, desarrolla múltiples funciones, no sólo de promoción, sino de realización de actividades de formación, información, investigación, estudio y divulgación, con la adecuada

⁶²⁶ RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Política en materia de Prevención de Riesgos para proteger la seguridad y la salud en el trabajo», VV.AA , SEMPERE NAVARRO, A.V. (Director), CARDENAL CARRO, M, ALZAGA RUÍZ, I (coords), *Comentarios a la Ley ...*, op. cit , p.123.

⁶²⁷ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La política de prevención de riesgos laborales», VV.AA, CASAS BAAMONDE, M.E; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RE, F. *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de ...*, op. cit, p. 30.

coordinación y colaboración con organismos técnicos de las CC.AA en el ejercicio de sus funciones en esta materia⁶²⁸.

Su estructura territorial, fuera de los cuatro Centros Nacionales⁶²⁹, ha desaparecido excepto en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, donde se siguen manteniendo los gabinetes provinciales. En el resto, la totalidad de CC.AA, han asumido la competencia de ejecución en legislación laboral y han creado sus propias instituciones científicas y sus órganos técnicos. Son precisamente éstos, en su vertiente práctica de actuación, los que promoverán y realizarán el asesoramiento preventivo en todos sus perfiles posibles⁶³⁰.

Como expresé en el capítulo anterior, muchas de las publicaciones informativas y de promoción preventiva que se elaboran por estos órganos van dirigidas también a trabajadores extranjeros, publicándose en los idiomas de países de mayor procedencia del sector o actividad concreta.

Sin embargo, para el contenido de este capítulo, y por las especificidades de su actuación, merece especial consideración la actividad de los «técnicos habilitados».

2.1.1. La actuación de los técnicos habilitados.

Como se señalaba en el apartado correspondiente al marco normativo de la prevención de riesgos laborales, éste se vio afectado profundamente por la promulgación de la ley 54/2003 de 12 de diciembre, cuyo título, precisamente, rezaba «Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales».

Objetivo cardinal de la Ley, suficientemente explícito en su Exposición de Motivos, es combatir de manera activa la siniestralidad laboral, con tres tipos de actuaciones:

⁶²⁸ RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Política en materia de Prevención de Riesgos ... », p. 133.

⁶²⁹ Situados en Barcelona, Madrid, Sevilla y Vizcaya

⁶³⁰ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La política de prevención de riesgos laborales», *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho*p. 30.

fomentando el concepto de cultura de la prevención; asegurando el cumplimiento real y efectivo de las obligaciones preventivas, prescribiendo los cumplimientos aparentes o meramente formales y documentales y, la que no interesa ahora, mejorando el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, mediante el reforzamiento de la función de vigilancia de la IT.

Como consecuencia de esta reforma y su desarrollo reglamentario, se modificaron diversas leyes y reglamentos. El art. 9 LPRL, uno de los afectados por esta reforma, mantiene el principio básico de que corresponde a la ITSS, la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, pero inmediatamente abre legalmente la posibilidad de que los funcionarios públicos de las administraciones de las CC.AA, que ejerzan labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales, puedan desempeñar además de funciones de asesoramiento, las de comprobación de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo, con la capacidad de requerimiento a que se refiere el artículo 43 de la propia LPRL.

Por tanto, se atribuye a estos funcionarios técnicos de (a partir de ahora técnicos habilitados), una función de comprobación de condiciones de seguridad y salud, típica función inspectora, que resulta difícil de enmarcar en las tradicionales tareas de colaboración pericial y asesoramiento técnico, en la que la LPRL sigue insistiendo, para convertirse en realidad en una competencia inspectora imperfecta y sui generis⁶³¹.

Esta decisión legal fue, en general, recibida con satisfacción por los diversos operadores jurídicos en la medida en que supone un incremento sustancial de los recursos personales y materiales destinados a las tareas de inspección y vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud⁶³². No obstante, la medida también fue criticada en su origen por las consecuencias derivadas de la

⁶³¹ FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Sobre la reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales», *Actualidad laboral*, núm. 13, quincena del 1 al 15 de julio de 2004, p.1572, tomo II.

⁶³² MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Nuevas fórmulas para la revitalización de la prevención de riesgos laborales (Segregación de los servicios de prevención ajenos de las mutuas y apoyo de los funcionarios técnicos a la labor de la inspección de trabajo)», *Relaciones laborales*, núm. 18 (2005), p. 1165, tomo 2, Editorial LA LEY.

diferencia de actuación de unos y otros funcionarios –los funcionarios de las Comunidades Autónomas siempre requerirán y no así los Inspectores de Trabajo– pudiendo provocar que las empresas y sujetos infractores en general, hagan votos para ser visitados por los funcionarios de las Comunidades Autónomas, que dan lógicamente un plazo para corregir las deficiencias, que en ocasiones será necesariamente muy amplio, rodeándose la Inspección de Trabajo de un halo de severidad y rigor, que no va a favorecer la creación de la llamada «cultura de seguridad» a la que se refería la Exposición de Motivos⁶³³.

El desarrollo reglamentario llegó por el Real Decreto 689/2005, de 10 de junio, el cual afectó necesariamente a los reglamentos que desarrollan la LOIT, es decir tanto al articulado del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por RD 138/2000, de 4 de febrero (ROFIT), como al Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998, de 14 de mayo (RPSOS).

2.1.2. Competencias y límites.

En primer lugar, manifestar que la capacitación requerida a los técnicos no se agota en la exigencia de titulación universitaria, título de técnico superior en prevención y poseer la condición de funcionario. Por añadidura, es requisito ineludible (arts. 59 y 60 del ROFIT), para ejecutar las actuaciones comprobatorias con capacidad de requerimiento, que estén habilitados (de ahí su propia denominación). Esta habilitación la otorga, conforme al artículo 149.1.7º de la Constitución, las Administraciones Autonómicas en su facultad de ejecución de las normas laborales y autoorganización de la propia Administración⁶³⁴. Sin embargo, la habilitación puede quedar sin efecto cuando lo determine la misma autoridad que la confirió y, en todo caso, cuando no concurran o se

⁶³³ VAZQUEZ MATEO, F.: «La inspección de trabajo «paralela» en materia de prevención de riesgos laborales, a la Ley 54/2003 de 12 de diciembre», *Aranzadi Social*, núm. 14/2004, p. 1 a 4.

⁶³⁴ PEDROSA ALQUEZAR, S.I. : « La nueva función de comprobación en prevención de riesgos laborales: hacia una subinspección especializada», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (2007), p. 1 a 16.

hayan alterado los requisitos y la aptitud para el desempeño de estas funciones o se incumplan las obligaciones de incompatibilidad⁶³⁵.

Un segundo elemento es que su competencia inspectora se halla reducida en su ámbito funcional. A diferencia de la ITSS, su capacidad de requerimiento e informe en relación con el incumplimiento de obligaciones preventivas no tiene la extensión que tiene el control de esa Inspección sobre la normativa de prevención de riesgos laborales⁶³⁶. Las funciones de comprobación y control en las empresas y centros de trabajo se limitan a las condiciones de trabajo materiales o técnicas de seguridad y salud, tales como: las características de los locales e instalaciones, así como las de los equipos, herramientas, productos o sustancias existentes en el centro de trabajo; la naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia; los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores; las características y utilización de los equipos de protección, tanto colectiva como individual; la realización de los reconocimientos médicos y su adecuación a los protocolos sanitarios específicos de vigilancia de la salud y la adaptación de los puestos de trabajo a las exigencias de naturaleza ergonómica (art. 61.1 ROFIT).

⁶³⁵ En la CC.AA de Cataluña, la habilitación se regula en el Decreto 12/2006, de 31 de enero, y está limitada a una duración temporal anual, prorrogable por períodos iguales de tiempo (art.6). Puede ser revocada si la persona habilitada no realiza las actividades para las cuales ha sido habilitada, o bien las ejecute de manera inadecuada o no ajustada a la programación aprobada, a las instrucciones o directrices fijadas (art.7.2.a).

Ese ajuste a la programación y a las directrices fijadas, la Dirección General de la ITC lo ha traducido en el establecimiento de unos niveles cuantitativos de actividad. En este sentido su Instrucción 2/2011 exige un mínimo de actividad al trimestre según un baremo de puntos que se atribuyen a las visitas en función de sus resultados (visita fallida, visita con detección de riesgos y posterior requerimiento, visita de comprobación del requerimiento y, por último, propuesta de acta por incumplimiento del requerimiento).

La exigencia de un mínimo de actividad no es en sí cuestionable ni criticable, pero no resulta fácil de entender que una condición habilitadora vaya vinculada casi de forma exclusiva al alcance del baremo productivo exigido por el órgano directivo.

⁶³⁶ PEDROSA ALQUEZAR, S.I. : « La nueva función de comprobación ... », *op.cit*, p..6

Se han incorporado, en redacción casi literal, tres de las condiciones de trabajo específicamente relacionadas en el art. 4.7 de la LPRL, pero no se ha acogido la cláusula de cierre (4.7.d) que permite considerar como factor de riesgo cualquier característica del trabajo que tenga una relevancia cuantitativa en la valoración del riesgo, dando entrada expresamente a las condiciones no materiales de trabajo, derivadas de la organización y ordenación del trabajo⁶³⁷.

Esta limitación competencial de la función inspectora de los técnicos, puede repercutir significadamente en la calidad de su actuación preventiva, y por tanto protectora de la seguridad y salud de los trabajadores, sobre todo en aquellos supuestos en que los puestos de trabajo son ocupados por trabajadores especialmente sensibles, conclusión a la que llegué en el capítulo anterior respecto de los trabajadores extranjeros en los que concurren ciertas circunstancias y características personales. Características que, precisamente, requieren que sean las que haya que atender⁶³⁸, y no solo las condiciones materiales. En definitiva, un recorte de control de condiciones que puede no sea muy acertado, pues la salud debe entenderse de forma integral y el control de normas preventivas debe hacerse, a su vez, también de forma integral si quiere resultar realmente eficaz⁶³⁹.

Otra característica a resaltar, es que la actuación de los técnicos habilitados gira bajo el principio de trabajo programado, es decir, conforme a los planes y programas comunes establecidos por la correspondiente comisión territorial de inspección o del grupo de trabajo específico que ésta establezca al efecto (art.61.2 ROFIT). Con ello se refuerza el objetivo de asegurar la coordinación entre la Administración general del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de prevención de riesgos y control de la seguridad y la salud en las empresas y centros de trabajo y la coherente distribución de

⁶³⁷ GONZALEZ LABRADA, M.: «Objeto, ámbito de aplicación y definiciones. Art. 4» en VV.AA., SEMPERE NAVARRO, A.V (Dtor) *Comentarios a la Ley ...*, op. cit, p. 99.

⁶³⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en *Seguridad y salud en el trabajo...op, cit*, p.37.

⁶³⁹ PEDROSA ALQUEZAR, S.I. : « La nueva función de comprobación ... », op.cit, p..6

tareas entre la Inspección y los técnicos habilitados⁶⁴⁰. Este sistema, sin embargo, no soluciona las dificultades de coordinación en la práctica cotidiana por la distinta dependencia orgánica de ambas clases de funcionarios⁶⁴¹. Hubiera sido deseable que, al igual que a los inspectores de trabajo y en aras del principio de seguridad jurídica, se les impusiera la obligación de actuación con sujeción a los criterios técnicos y directrices establecidos por la Autoridad Central de la ITSS, pero la no dependencia, tanto orgánica como funcional de estos técnicos, de esta Autoridad Central, por su no inclusión en el sistema de la ITSS, impide esta previsión.

No obstante, en la CC.AA de Cataluña el panorama descrito es diferente. Desde la asunción material de la competencia de la función pública inspectora de la ITSS por RD 206/2010, de 26 de febrero, y una vez regulada la estructura territorial relacionada con la ITC por Decreto 86/2010, de 29 de junio, los técnicos habilitados se adscriben a la estructura orgánica de la ITC bajo el mando de órganos de dirección únicos y actuando de acuerdo con las mismas reglas de organización y funcionamiento interno (DA 1ª). Ello evitará, sin dudas, solapamientos innecesarios en las actuaciones en empresas entre funcionarios pertenecientes a cuerpos diferentes pero todos con competencias inspectoras preventivas.

2.1.3. Las facultades de requerimiento.

El último aspecto que analizo es el de sus facultades de requerimiento y su conexión con la actividad sancionadora de la ITSS. Como ya manifesté, la reforma del art. 9 de la LPRL reconoció a los técnicos una capacidad de requerimiento cuyo incumplimiento conlleva la iniciación de un expediente sancionador por un inspector de trabajo.

⁶⁴⁰ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Nuevas fórmulas para la revitalización de ...», *op.cit*, p.1180.

⁶⁴¹ MARTÍN JIMENEZ, R.: «Responsabilidades y sanciones. Art. 43» en en VV.AA., SEMPERE NAVARRO,A.V (Dtor) *Comentarios a la Ley...op. cit*, p. 852.

El requerimiento debe observar idénticos requisitos a los formulados por la ITSS en esta materia, los del art. 43 de la LPRL (art. 63.1.a), y puede documentarse igualmente, mediante diligencia, en el Libro de Visitas de la Inspección (art.68).

Aquí tropiezo con el primer elemento de disfunción de competencias de actuación entre los funcionarios técnicos y los funcionarios inspectores, y que más reservas iniciales generó. Si la comprobación de la infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales la realiza un inspector de trabajo, según el art. 43.1. LPRL, éste ha de requerir al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas, sin perjuicio de la propuesta de sanción (43.2. LPRL). Esto supone que puede levantarse acta de infracción sin necesidad de esperar a que se incumpla el requerimiento⁶⁴². Por el contrario, cuando se trata de técnicos habilitados el requerimiento y el acta de infracción se presentan como recursos de utilización sucesiva de modo que sólo tras constatar el incumplimiento del requerimiento puede procederse, en su caso, a emitir acta de infracción. Además, el art. 9.3 LPRL sólo impone a los técnicos habilitados la obligación de informar a la Inspección cuando existe incumplimiento del previo requerimiento, pero no en otro caso. Todo ello supone que pueden quedar impunes infracciones graves y muy graves --así puede ocurrir cuando se cumple al requerimiento emitido por un técnico habilitado pues en estos casos no se asegura que la ITSS llegue a tener conocimiento de las infracciones cometidas--, a la vez que se genera para el administrado una importante diferencia de trato en función de quién curse la visita a la empresa o centro de trabajo, de modo que obtendrá un trato más ventajoso si se trata de un técnico habilitado, por cuanto éste le otorgará un plazo para corregir las deficiencias advertidas y, con ello, la posibilidad de evitar la sanción⁶⁴³.

⁶⁴²La actuación inspectora sancionadora es independiente y compatible con el requerimiento de subsanación correspondiente de las deficiencias observadas, siendo admisible que de forma simultánea se practique el requerimiento de subsanación y se levante el acta de infracción, al no estar subordinada a dicho requerimiento la comisión de la infracción (STSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, núm.632/2003 de 30 de junio de 2003).

⁶⁴³ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Nuevas fórmulas para la revitalización de ...», *op.cit*, p.1181.

La única consecuencia no es un mayor o menor perjuicio, dependiendo de la condición expuesta, del empresario inspeccionado, sino que también puede tener un importante alcance en la protección del trabajador y, desde nuestra perspectiva de estudio, en la protección del trabajador extranjero. Por ejemplo, las programaciones territoriales de actuaciones inspectoras en el ámbito de la prevención de riesgos laborales suelen incluir la investigación de los accidentes de trabajo leves⁶⁴⁴, y para su selección se incluyen diversas variables entre las cuales también figuran condiciones personales como la edad (menores de 18 años) o la nacionalidad, precisamente por considerarse sujetos o colectivos más vulnerables a la accidentalidad laboral. De aquí, que se programen campañas específicas para inspectores de trabajo de investigación de accidentes leves de trabajadores de nacionalidad extranjera⁶⁴⁵. Pero estas campañas, de indudable valor preventivo, también son asumidas en ocasiones por los órganos técnicos de las CC.AA, y en concreto por los técnicos habilitados. Si las ejecutan funcionarios técnicos no habilitados no supone alteración en la protección social del trabajador extranjero, la coordinación institucional habitual lleva a que las irregularidades o infracciones detectadas en la concreta investigación del siniestro se remitan a la ITSS para la apertura de una nueva investigación. Por el contrario, si son desarrolladas por los técnicos habilitados, la conclusión de existencia de irregularidades en la producción del accidente deriva en la formulación de un requerimiento, que de ser observado por la empresa hace que finalice el procedimiento.

Ello es así, en tanto los informes de los técnicos habilitados sólo dan lugar a la práctica de actas de infracción, que deben ser extendidas por inspectores de trabajo, reitero, cuando se constate el incumplimiento de un requerimiento previamente formulado por aquéllos (art. 65 ROFIT)⁶⁴⁶. Por tanto, para concluir este aspecto, en el procedimiento

⁶⁴⁴ El art. 9.1.d) LPRL ya exige la información obligatoria sobre los accidentes de trabajo mortales, muy graves, o graves.

⁶⁴⁵ El criterio de selección obedece a lo que vengo afirmando a lo largo del estudio, la mayor incidencia de accidentalidad de los trabajadores extranjeros o su mayor exposición a los riesgos profesionales. El plan integrado de actuaciones para 2013 de la ITSS, documentado por la DGITSS, contempla esta campaña específica en las CC.AA de Andalucía y Cataluña.

⁶⁴⁶ Y no siempre, ya que se puede recabar por la ITSS la subsanación de los informes que les remitan a efectos de levantar la oportuna acta, cuando considere que el relato de hechos contenido en dichos

de investigación de accidentes leves de trabajadores extranjeros por los técnicos habilitados, la existencia de irregularidades o infracciones en las circunstancias o causas directas del mismo que sean objeto de requerimiento y éste sea cumplido, no podrán dar lugar a la propuesta de recargo de prestaciones del art. 123 LGSS. El esquema procedimental legal de actuación de los técnicos no les otorga la posibilidad de iniciar esta propuesta, por lo que no se produce la mejora «de oficio» para el trabajador extranjero en lo relativo al incremento de sus prestaciones derivadas del accidente de trabajo. Lo planteado no es una mera hipótesis. La experiencia profesional directa mostró como dos accidentes leves de dos trabajadores extranjeros ocurridos en la misma empresa, en la misma máquina, en circunstancias casi idénticas y en un espacio temporal próximo, fueron investigados por un técnico habilitado y la propia investigadora. Este último acabó con un expediente sancionador y una propuesta de recargo en prestaciones, mientras que el otro en un requerimiento que fue debidamente observado. Ante esto resultados desiguales y con la intención de atenuarlos, la solución por la que optó la autoridad laboral (que detectó la anomalía derivadas de los procedimientos legales) fue remitir el informe elaborado por el técnico a la ITSS, para que se iniciará de nuevo la investigación y los resultados fueran idénticos, acta de infracción y propuesta de recargo, como así ocurrió. Ahora bien, ateniéndonos al procedimiento establecido, un letrado especializado en el procedimiento hubiera obtenido, en el correspondiente proceso impugnatorio, una resolución anulatoria de las actuaciones inspectoras posteriores a las de un procedimiento reglamentado ya finalizado, cual es el del técnico habilitado. Sin perjuicio, claro está, de la posibilidad directa del trabajador de iniciar el procedimiento del art. 123 LGSS, posibilidad remota si con antelación a las actuaciones administrativas no las había iniciado.

Informe es insuficiente a efectos sancionadores, «procediendo a su archivo si no se subsanase en término de 15 días y sin perjuicio de nuevas comprobaciones». Por lo tanto, CAMAS RODA, F.: «El proyecto de ley de reforma...», *op.cit*, p.10., la ITSS puede llegar a archivar las actuaciones de los técnicos si considera que el relato de hechos contenido es insuficiente a efectos sancionadores, con lo que la última palabra para decidir si se propone o no una sanción la sigue teniendo, en consecuencia, la propia Inspección. Dicho en otros términos, la competencia de iniciación del procedimiento sancionador por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales sigue correspondiendo a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que es, quien está autorizada a iniciar de oficio el procedimiento sancionador, en virtud de acta de infracción, previas las investigaciones y comprobaciones que permitan conocer los hechos o las circunstancias que la motiven.

Otra alteración en la actuación de estos funcionarios es el deber que les impone el art. 63.1. b) ROFIT cuando en el curso de la visita se aprecie la existencia de un riesgo grave e inminente. Su obligación es practicar el requerimiento pertinente para su cumplimiento inmediato por el empresario y, en el caso de que no se adopten o puedan adoptarse puntualmente por el empresario las medidas para su pronta subsanación a lo largo de la visita, deberá ponerse tal circunstancia urgentemente en conocimiento de la ITSS para que por ésta se adopten las medidas de paralización o cautelares correspondientes. Parece una limitación injustificada, ya que esa gravedad e inminencia del riesgo demanda que la norma hubiera permitido al técnico, al igual que al Inspector, adoptar medidas de paralización de la actividad para evitar dejar pasar más tiempo en una situación que puede tener consecuencias fatales si ese riesgo probable, inmediato y grave se materializa, teniendo en cuenta, además, la formación específica de los técnicos en prevención y la posibilidad de dar asesoramiento técnico a la Inspección para decidir las medidas de paralización o cautelares correspondientes⁶⁴⁷.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que esa prohibición por omisión de las órdenes de paralización y su posterior corrección a través de la introducción de un «forzado requerimiento» genera, además de perjuicios para el trabajador porque entre el requerimiento y la efectiva paralización puede materializarse el riesgo y atentar contra su salud, un trato diferente para un supuesto idéntico, el riesgo grave e inminente, en función de si las actividades comprobatorias en una empresa las realiza un técnico habilitado o un Inspector y, también, unas consecuencias distintas, al margen de la responsabilidad civil y penal, si se materializa el riesgo tras el requerimiento o tras la paralización⁶⁴⁸.

Un corolario más, los desajustes señalados inciden en otros muchos ámbitos y, lógicamente, también en el trabajo de extranjeros por un cuestión esencial: los técnicos habilitados, especializados y especialistas en seguridad y salud laboral, carecen de

⁶⁴⁷ PEDROSA ALQUEZAR, S.I. : « La nueva función de comprobación ... », *op.cit*, p.9.

⁶⁴⁸ *Idem*, p.10

competencias de vigilancia y fiscalización en otros ámbitos del orden social, como es el del control de empleo y en definitiva el control de economía irregular.

En otras palabras, en sus actuaciones ordinarias, no han de requerir la identificación de los trabajadores para, a posteriori, comprobar su situación regular o no. Por consiguiente, pueden comprobar situaciones de riesgo grave e inminente que afecten a trabajadores extranjeros en situación irregular respecto de las que no se adopte ninguna solución al respecto⁶⁴⁹, como la de ponerlo en conocimiento de la Fiscalía por si puede concurrir el tipo delictivo del art.312.2 del CP. Tipo que contempla el empleo de súbditos⁶⁵⁰ extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Precepto que es el referente necesario para abordar aquellos escenarios en los que el abuso laboral conlleva un contexto de riesgo para la vida o salud de los trabajadores⁶⁵¹.

No basta para la existencia de tal tipo penal que se contrate a un súbdito extranjero que carezca de permiso de trabajo. Esto por sí solo, constituye una infracción administrativa, que genera una sanción administrativa, no penal. Para que exista infracción criminal, se requiere un plus, esto es, que tal contratación se realice en las condiciones que cita el último inciso del núm. 2 del art. 312 del CP: que se le perjudique en sus derechos laborales mínimos, reconocidos en disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Ha de concurrir, como es lógico, el dolo del autor, que sabedor que el trabajador ilegal no suele reclamar ante los organismos administrativos competentes por su situación, se aprovecha de ello para incumplir las mínimas condiciones y garantías laborales, entre las cuales cabe citar, el salario, jornada de trabajo, condiciones

⁶⁴⁹ En el caso de que el requerimiento inmediato del técnico no pueda ser atendido y deba actuar la ITSS, tras la comunicación urgente de éste, es altamente probable (diría en un 100%) que en la actuación inspectora no se constata ya la existencia de trabajadores en situación irregular.

⁶⁵⁰ Expresión extraña que choca con el propio título XV donde se inserta el tipo delictivo, que no es otro que el de «Los delitos contra los derechos de los trabajadores»..

⁶⁵¹ RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ, L.R, GALLARDO GARCÍA, R.M.: «La siniestralidad laboral en la población extranjera» en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dtor), ACALES SÁNCHEZ, M (coord), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables...*, OP.CIT, p.121.

del mismo, higiene y seguridad, etc. Un salario por debajo del mínimo legal, un horario excesivo de trabajo, alojamiento o alimentación del trabajador en condiciones degradantes, condiciones del trabajo atentatorias contra su vida, integridad o dignidad, falta llamativa de medidas de seguridad e higiene, no abono del salario, etc...,constituyen un incumplimiento de tales mínimas condiciones y garantías laborales⁶⁵². La apreciación de riesgo grave e inminente presupone una situación de riesgo para la salud e integridad con fácil encaje en el tipo delictivo, cuando se trate de un trabajador extranjero en situación administrativa irregular.

En suma, las limitaciones competenciales en la actuación de los técnicos habilitados y la diferencia de funciones con la ITSS puede llegar a ocasionar menoscabo en la protección penal de la seguridad y salud de los trabajadores y disminuir las posibilidades de una mayor protección social, como la que otorga el recargo en prestaciones del art. 123 LGSS.

En el caso de que sean la ITSS la que efectúe la comprobación de un riesgo grave e inminente el resultado es totalmente diferente y no sólo por las facultades de paralización de la actividad, sino por la cooperación y coordinación institucional organizada entre la ITSS y la Fiscalía General del estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral. La materialización de esa coordinación, desde la vertiente de la ITSS, se ha reflejado en la Instrucción núm. 1/2007 de la DGITSS. En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.2 de la LISOS, en aquellos supuestos en los que la ITSS constata infracciones en materia de prevención de riesgos laborales que entrañen un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores, la Jefatura de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social remitirá al Fiscal Jefe correspondiente las actas de infracción extendidas y los correspondientes expedientes administrativos en diversos casos: uno de ellos son actas derivadas de incumplimientos que hayan supuesto la aplicación de una orden de paralización de

⁶⁵² PAZ RUBIO, J.M.: « Empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que restrinjan o supriman sus derechos laborales: Análisis de la STS 2.ª de 22 de noviembre de 2004» , *LA LEY PENAL*, núm. 19 (2005).

trabajos o tareas. También se remitirán las actuaciones relativas a todos los supuestos en que se produzca un incumplimiento de la orden de paralización de trabajos al haberse apreciado una situación de riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores. La comunicación al Ministerio Fiscal señalará quienes son los trabajadores afectados por la situación de riesgo laboral que ha motivado la orden de paralización de los trabajos por riesgo grave e inminente⁶⁵³.

2.2. La actividad de asistencia técnica de la ITSS.

El art. 3 de la LOIT al deslindar los cometidos de la actuación inspectora relaciona expresamente la función de asistencia técnica, consistente en facilitar información técnica a empresas y trabajadores, con ocasión del ejercicio de la función inspectora (art. 3.2.1). También el Convenio núm. 81 de la OIT sobre la Inspección de Trabajo⁶⁵⁴ (art.3) incluye la actividad de información y asesoramiento a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales.

No realizaré un recorrido histórico de las distintas normas que ya atribuían esta función a la Inspección⁶⁵⁵, basta anotar que las sucesivas normas reguladoras de la IT califican la vigilancia del cumplimiento de las normas laborales y la información a trabajadores y empresarios como las misiones principales encomendadas al órgano inspector. En el

⁶⁵³ Como excepción a lo expuesto, está el Convenio de Colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo e Inmigración, la Fiscalía General del Estado y la Comunidad Autónoma de Extremadura para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias (Diario Oficial de Extremadura de 13 de abril de 2011), que sí que prevé cierta colaboración de los técnicos habilitados con la Fiscalía, pero es una colaboración limitada a la posibilidad de que el Ministerio Fiscal solicite los requerimientos extendidos a las empresas infractoras por parte de estos técnicos.

⁶⁵⁴ Ratificado por España el 30 de mayo de 1960.

⁶⁵⁵ El art 21 del RD de 1 de marzo de 1906 de creación de la Inspección de Trabajo establecía: «la misión de los Inspectores debe tener un carácter preventivo como represivo...En sus visitas escucharán las quejas y reclamaciones que por todos se les hagan, haciéndoles comprender el espíritu de las leyes y reglamentos»

ejercicio de una y de otra, los inspectores cumplen una función de prevención de los conflictos laborales⁶⁵⁶.

Por todo, y en cuanto la importancia de la función, asumo enteramente lo reflejado por la OIT en su informe V sobre Administración del Trabajo e Inspección del Trabajo presentado en el orden del día de la 100.^a reunión (2011) de la Conferencia Internacional del Trabajo: «En esencia, la institución de la inspección del trabajo tiene una doble naturaleza. Por un lado, se encarga de supervisar el cumplimiento de las disposiciones legales, en especial en lo que respecta a los derechos de los trabajadores. Por otra parte, la inspección del trabajo proporciona información, asesoramiento y formación. Esta doble función que los sistemas de inspección del trabajo desempeñan los hace indispensables en el mundo del trabajo y debería permitirles solucionar eficazmente problemas laborales de muy diversa índole. Son una herramienta para el logro de condiciones de equidad en el lugar de trabajo y para una buena gobernanza, y resultan especialmente importantes cuando se producen perturbaciones en el mercado laboral, como sucede en tiempos de crisis económica»⁶⁵⁷.

La LOIT dedica escasa atención a esa labor de promoción de cumplimiento a cargo de la inspección, la ITSS ha de facilitar información técnica a empresas y trabajadores con ocasión del ejercicio de la función inspectora, o sea, a través de visitas y eventuales

⁶⁵⁶ VALDÉS DAL-RE, F.: «Inspección de Trabajo y solución de conflictos colectivos de trabajo», *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social* (publicación conmemorativa), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2006), p. 529.

⁶⁵⁷ <http://bit.ly/Zq24mb> (última consulta realizada el 16 de octubre de 2012). Igualmente en su Estudio General de 2006 sobre la Inspección de Trabajo (<http://bit.ly/Vi0b5e>), la Comisión de Expertos de la OIT ha reiterado que es esencial para la eficacia de las intervenciones de los inspectores de trabajo que los empleadores conozcan sus deberes y obligaciones y velen por su función, de ahí la importancia de la función de información a trabajadores y empleadores sobre el modo más eficaz de cumplir las disposiciones legales pertinentes, mediante informaciones, consejos y campañas de promoción, especialmente en materia de seguridad y salud laboral. Según la Comisión de Expertos, en la práctica las funciones de control y de asesoramiento de la inspección de trabajo son indisociables. La inspección debe facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores, lo que favorece la adhesión a las prescripciones legales, pero ello debe ir acompañado de un dispositivo de represión que permita imputar a los autores de infracciones comprobadas por los inspectores de trabajo. La credibilidad (y la viabilidad) de todo servicio de inspección depende, pues, de esa doble capacidad, la de asesoramiento sobre la mejor forma de aplicar las disposiciones legales cuyo cumplimiento le corresponde controlar y la de existencia y utilización efectiva de un sistema sancionador lo suficientemente disuasivo.

levantamientos de actas⁶⁵⁸. No existe un desarrollo legal, ni siquiera criterios técnicos de actuación, lo que puede dificultar el lograr un adecuado equilibrio entre, por un lado, el control de la aplicación y, por otro, el asesoramiento y la información⁶⁵⁹.

El Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo firmado el 9 de mayo de 2006, entre las Organizaciones Sindicales UGT y CC.OO y las Asociaciones empresariales CEOE y CEPYME, insistió sobre este aspecto, señalando que las actuaciones de la Inspección se desarrollarán, prioritariamente, a través de actuaciones y campañas planificadas y programadas. Y que las mismas tendrán también un carácter informativo así como de promoción y divulgación de la normativa laboral, y no solo un contenido estrictamente sancionador. Diferentes medidas del acuerdo fueron trasladadas a los ámbitos normativos correspondientes, pero no se articuló previsión alguna sobre esta medida informativa y de promoción.

De hecho, salvo las campañas europeas de prevención de riesgos laborales, cuyos ejes esenciales son la divulgación y la información entre las empresas⁶⁶⁰, en el resto de actuaciones y campañas programadas por las diferentes autoridades competentes prima de forma preferente, sino exclusiva, el aspecto fiscalizador.

En la actuación ordinaria de la ITSS, por decisión particular o unilateral del inspector de trabajo, es frecuente esta labor de orientación y asesoramiento, sobre todo respecto de la materia de seguridad y salud laboral o cuando se trata de nueva normativa del orden social. El único elemento limitador es que se desarrolle en ejercicio de la función inspectora, lo que no puede interpretarse es que bajo tal precisión puedan ampararse

⁶⁵⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La permanente actualidad de la Inspección de Trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 14, Quincena del 23 Jul. al 8 Ago. 2006.

⁶⁵⁹ VON RITCHOFFEN, W.: *LA INSPECCIÓN DE TRABAJO, guía de la profesión*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p.61.

⁶⁶⁰ En el año 2012 se ha planificado la campaña europea de prevención de riesgos psicosociales en las empresas. La guía de actuación inspectora en esta campaña (<http://bit.ly/NRBPw1>), resalta la importancia de que el Inspector en su primera visita a la empresa realice una primera aproximación a los riesgos psicosociales en la empresa, orientando a la empresa y los trabajadores respecto a la verdadera significación de estos riesgos y así tratar de eliminar así los malentendidos y escasa información que existe sobre esta materia.

actividades de asesoramiento para precisamente «contrarrestar lo que les pedía la inspección», es decir, que se asesore, al amparo de la Ley, para hacer ineficaz la labor que la Ley encomienda precisamente a la Inspección de Trabajo⁶⁶¹.

En el objetivo del estudio, esta determinada función inspectora tiene poco protagonismo, en tanto existen instrumentos de mayor coerción para garantizar el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores extranjeros como es el requerimiento inspector o directamente el inicio de expedientes sancionadores, sobre todo cuando ya se ha producido el siniestro laboral. Ahora bien, partiendo de que la evolución del Derecho del Trabajo no ha supuesto una simplificación de la normativa laboral, sino antes al contrario una mayor complejidad, y ello ha generado la necesidad de una mayor información y ayuda técnica a trabajadores y empresarios para instar a cumplir «voluntariamente»⁶⁶², se debería potenciar e institucionalizar a través de los órganos directivos de la ITSS y no dejarla al arbitrio de la voluntad del funcionario actuante⁶⁶³.

Como el contenido de este capítulo detalla, la protección del trabajador en situación irregular desde la óptica de la función de asistencia técnica carece totalmente de virtualidad. Es en estos supuestos, cuando directamente, la Administración Pública, a través de sus órganos inspectores, manifiesta su potestad sancionadora.

⁶⁶¹ Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 11 Jul. 2008, rec. 2017/2007. Aquí se examina la conducta delictiva cometida por parte de un funcionario del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, que asesoraba a una empresa privada para que pudiera hacer frente a los expedientes tramitados por otros funcionarios de la misma Inspección Provincial de Trabajo. La sala entiende que se trata de una actuación ajena a su función, entorpecedora del servicio público y contraria a toda posible normativa legal.

⁶⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La permanente actualidad de la Inspección de ...», *op. cit.*

⁶⁶³ Como ya dije, gran parte de la actividad preventiva está «externalizada», lo que supone en la práctica que el empresario no tenga una actividad participativa en la prevención y deposite su absoluta confianza en estos órganos externos. En estos supuestos la intervención orientadora o de asistencia de la Inspección puede ser muy fructífera, haciendo implicar al empresario en la detección de sus necesidades preventivas, respecto del personal que con él presta servicios.

3. LA ACTIVIDAD DE CONTROL DE LA ITSS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA ¿GARANTÍA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD Y SALUD DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR?

Respecto de esta función hablo exclusivamente de la ITSS, aunque como se ha visto en apartados anteriores los denominados técnico habilitados ejercen funciones de vigilancia, no pueden completar todo el mecanismo reactivo ante el incumplimiento, por su imposibilidad de ejercer la potestad sancionadora a través del inicio o propuesta a la autoridad laboral competente de la sanción correspondiente, cuando se compruebe una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art.9.1.a. LPRL).

Es más, no la ITSS en general, sino siendo más precisos, son los funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, los que además de vigilar y exigir el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud laboral, se les atribuye el ámbito de fiscalización del trabajo de extranjeros, el marco normativo laboral y el del Sistema de Seguridad Social (art.3.1. LOIT). Ya desde 1939⁶⁶⁴, año en que la Inspección de Trabajo fue objeto de una importante reestructuración constituyéndose el Cuerpo Nacional de Inspección de Trabajo, es cuando la Inspección de Trabajo ha estado directamente implicada en la cuestión de emigración y extranjería.

En este sentido, la actividad inspectora en el campo de la seguridad y salud de un trabajador extranjero es fácil que no se ciña exclusivamente a este ámbito concreto, sino que origine además el despliegue de la vertiente de vigilancia del cumplimiento de la legislación de extranjería. Por añadidura, ambas actuaciones se amparan en prismas diferentes: la primera bajo el principio general de igualdad de derechos y no discriminación por razón de nacionalidad; la segunda bajo el punto de vista de la oportuna comprobación de la situación administrativa del trabajador, el cual dependiendo de la misma puede llegar a convertirse incluso en sujeto responsable del propio incumplimiento a la normativa de extranjería.

⁶⁶⁴ Ley de 15 de diciembre de 1939.

Siguiendo el hilo conductor que ofrece el objeto del capítulo, el análisis de la protección, eficacia y garantía del derecho a la seguridad y salud en el trabajo del trabajador extranjero en situación irregular, lleva no sólo a relacionar el instrumento sancionador por excelencia, el acta de infracción, sino también aquellos elementos represivos menos contundentes o ejemplarizantes, como es el requerimiento, y su factible aplicación en el caso de vulneración del derecho a la seguridad y salud de este colectivo de trabajadores en el que concurre la circunstancial irregularidad administrativa de no poseer autorización para trabajar.

3.1. Requerimiento inspector.

La tarea fiscalizadora del ordenamiento jurídico-laboral y el control de la existencia de unas condiciones de trabajo seguras no siempre exigen el ejercicio por el Estado de su potestad punitiva. La finalidad perseguida en lo concerniente a la efectividad del derecho y al logro de unas adecuadas condiciones de seguridad y salud en el trabajo puede alcanzarse mediante la invitación por el órgano especializado estatal a los sujetos obligados para que ajusten su conducta al mandato de la norma, u ordenando al empresario la adopción de una determinada medida que evite el riesgo existente para la vida, integridad física o salud de sus trabajadores⁶⁶⁵.

Tanto la normativa internacional como la interna reguladoras de la Inspección de Trabajo contemplan la posibilidad de requerir: el art. 17 del Convenio núm. 81 OIT regula directamente y de un modo genérico la facultad discrecional de advertir y de aconsejar, en vez de iniciar o recomendar un procedimiento sancionador, lo que sugiere el antecedente de un incumplimiento⁶⁶⁶, y el Convenio número 129 OIT se limita a repetir en los términos expuestos las previsiones del núm. 81, sin particularidad alguna reseñable.

⁶⁶⁵ GAMEZ OREA, M.: « Actas de advertencia-requerimientos y ordenes de la Inspeccion de Trabajo», *Actualidad Laboral*, 1993, p.787.

⁶⁶⁶ *Idem*.

El art. 7 de la LOIT contempla la utilización de tal medida, si bien, terminológicamente, alude tanto a la advertencia como al requerimiento. Al margen de diferencias nominales tanto las actas de advertencia como los requerimientos cumplen idéntica funcionalidad, la de exhorto e intimación al responsable de la falta para que ajuste su comportamiento al mandato de la norma quebrantada y sea cual sea la materia sobre la que verse la actividad inspectora, con independencia de que en la LOIT -no así tanto en la LISOS- parece reservarse la calificación de requerimientos a los que se practican en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo y la de actas de advertencia a las formuladas con idéntica finalidad conminatoria en los restantes campos a los que se extiende la competencia de la Inspección⁶⁶⁷.

En síntesis, se puede hablar de dos tipos de requerimiento, el requerimiento en prevención de riesgos laborales, con regulación específica en la LPRL (art. 43), y el requerimiento general (art. 7 LOIT), válido para el resto de las ramas del orden social y con presupuestos similares pero no idénticos al anterior.

En relación con este último, sus rasgos caracterizadores son tres: primero, que sustituye al procedimiento sancionador, segundo que procede cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen, y, finalmente se restringe a supuestos de los que no se deriven perjuicios directos a los trabajadores (art.7.1. LOIT).

Evitar inicialmente, al menos, la puesta en marcha del procedimiento sancionador mediante un requerimiento escrito puede ser una fórmula práctica y eficaz que acredita las actuaciones de la inspección, permite un conocimiento puntual por parte de la empresa y es, por razones obvias, una garantía jurídica para el sujeto inspeccionado⁶⁶⁸.

El que las circunstancias del caso lo aconsejen entra de lleno en la valoración y discrecionalidad del inspector de trabajo. Pero no parece que quede vinculado al tipo de

⁶⁶⁷ GAMEZ OREA, M.: « La fiscalización administrativa no sancionadora de las condiciones de seguridad y salud laborales», *Actualidad Laboral*, 1998, p. 239.

⁶⁶⁸ BENITA FERNÁNDEZ, F.: « Medidas derivadas de la actividad inspectora», *Información laboral*, núm 7(2010), p. 2-42.

infracción, es decir que la gravedad de ésta no constituirá una limitación para la emisión de aquélla, aunque lo normal será que se traten de incumplimientos de carácter leve⁶⁶⁹.

Ni la LOIT ni su reglamentación de desarrollo interpreta u orienta qué es la causación de perjuicio directo a los trabajadores. Cualquier deficiencia que afecte a la seguridad y salud de los trabajadores puede, en principio, constituir un perjuicio para los mismos. Al no recoger el precepto la tipología concreta, cabe pensar en cualquier daño que se les cause, ya sea de tipo económico o no. La ausencia de previsión específica para el caso de que se causen daños a sujetos distintos de los trabajadores (terceros, entes públicos), no impide que el Inspector pueda utilizar este recurso⁶⁷⁰. En la práctica inspectora se suele equiparar perjuicio directo y menoscabo de los derechos materiales de los trabajadores, de aquí que cuando de la actuación inspectora se pudiera derivar, concretar, iniciar o reconocer un derecho al trabajador (en su mayoría de contenido económico), la infracción al ordenamiento social siempre se materializa en un expediente sancionador.

En definitiva, la formulación legal permite un margen amplio de discrecionalidad y la opción entre requerir y advertir o sancionar, en un sistema democrático de relaciones laborales, puede contribuir a la corrección de situaciones y a la composición de conflictos en mayor grado que la propuesta inmediata de sanciones⁶⁷¹.

Es cierto que la facultad de adoptar medidas mediante los requerimientos esta atribuida a la ITSS respecto de todo el ordenamiento jurídico del orden social, pero es en materia de prevención donde adquiere mayor relevancia y donde consolida unos perfiles propios que se apartan de la tradicional visión del requerimiento, como alternativa al expediente sancionador. Me refiero al requerimiento del art. 43 de la LPRL.

⁶⁶⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, R.: «Art. 43» en *Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, *op.cit*, p. 846.

⁶⁷⁰ *Idem*.

⁶⁷¹ GAMEZ OREA, M.: «El procedimiento sancionador» en VAZQUEZ GONZÁLEZ, I. (coord.), *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, 1999, p.313.

La regulación es sencilla, el precepto parte de que cuando se compruebe la existencia de una infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, se requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas, salvo que por la gravedad e inminencia de los riesgos procediese acordar la paralización prevista en el artículo 44 de la propia ley. Y ello sin perjuicio de la propuesta de sanción correspondiente.

Respecto a la competencia para su adopción, y con las reservas ya aludidas, el conjunto del art. 43 de la LPRL da buena cuenta de que, en la actualidad, los requerimientos de subsanación pueden ser remitidos por los dos cuerpos funcionariales con labores de vigilancia en la materia⁶⁷².

Los términos de la ley no otorgan ninguna discrecionalidad ni a unos ni a otros, de forma imperativa se exige que ante una constatación de infracción siempre, de manera necesaria, excepto lógicamente en los supuestos que proceda una paralización de actividad, deba requerirse para lograr la subsanación de las deficiencias observadas y ello sin perjuicio de que se inicie un procedimiento sancionador por la posibilidad de simultanear ambos. Ello choca con la concepción anterior del requerimiento como capacidad para adoptar medidas de carácter no sancionador frente a la constatación de un incumplimiento a la normativa laboral⁶⁷³.

El requerimiento debe formularse al empresario siempre por escrito mediante diligencia en el Libro de Visitas de la ITSS⁶⁷⁴ o por cualquier otro medio. En él se contendrán las

⁶⁷² GARCIA RUBIO, M.A.:«Artículo 43. Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», en PEREZ DE LOS COBOS, F. (Director), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales ...*, op. cit., p. 892.

⁶⁷³ La Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 19 Jul. 2006, rec. 732/2001 expone que «hay que recordar la diferente naturaleza que legislador ha reconocido entre el tradicional requerimiento que potestativamente puede efectuar el Inspector de trabajo en el legítimo ejercicio de sus funciones, con el requerimiento previsto en el Art. 43 de la Ley de prevención de riesgos laborales entendido como actuación y documentos inexcusables para cualquier Inspector de trabajo cuando comprobase la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención».

⁶⁷⁴ La Resolución de 11 de abril de 2006, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, obliga a las empresas a tener en cada centro de trabajo, y a disposición de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de los

deficiencias constatadas en el transcurso de la investigación y fijará un plazo temporal para que se adopten las medidas necesarias para subsanar esas irregularidades. Es facultad discrecional del inspector de trabajo determinar el período temporal, si bien se acordará según criterios técnicos y profesionales y deberá considerar la circunstancia básica del riesgo existente para la salud y seguridad de los trabajadores. El funcionario debe tener en cuenta dos factores a la hora de concretar la duración de dicho plazo: por una parte, la entidad del incumplimiento en atención a la gravedad del riesgo que genera y, por otra, la complejidad o dificultad de la medida que por la empresa debe adoptarse. No obstante, es claro que debe exigirse un plazo inmediato para adoptar aquellas medidas que deben poner fin a situaciones de riesgo grave que no alcanzan, empero, la condición de grave e inminente que darían lugar a la paralización. De otra forma se desnaturalizaría la figura del requerimiento, desvirtuando su eficacia al permitir a la empresa responsable continuar -y hasta intensificar- la actividad durante un tiempo sin que la seguridad de los trabajadores quede garantizada⁶⁷⁵.

Si el centro de trabajo o la empresa tienen delegados de prevención se informará a los mismos sobre la existencia del requerimiento; previsión que posibilita la participación de los delegados de prevención y permite un mayor control sobre el cumplimiento de las medidas requeridas. No existe regla alguna en cuanto a la forma de cumplir con esta obligación que corresponde al inspector y dependerá de la manera en que se ha desarrollado la actuación inspectora (con la presencia o no de los propios delegados): la información puede ser verbal con la simple lectura ante el delegado de prevención del requerimiento plasmado en el libro de visitas, o bien de carácter más formal mediante la notificación por escrito de su existencia y la remisión de una copia para su conocimiento íntegro⁶⁷⁶.

funcionarios técnicos habilitados para el ejercicio de actuaciones comprobatorias en materia de prevención de riesgos laborales, un Libro de Visitas, con sujeción al modelo y requisitos que se establecen en la propia Resolución.

⁶⁷⁵ RODRÍGUEZ GARVAYO, J.: «El requerimiento de la Inspección de Trabajo en materia de prevención de riesgos laborales. El art. 43 LPRL», *Aranzadi Social*, núm. 17/2011, p. 97-124.

⁶⁷⁶ No es un tema pacífico, la discusión se centra en el término «asimismo» del art. 43. Para RODRÍGUEZ GARVAYO, *op. cit.*, debe darse traslado a estos representantes en los mismos términos que

El incumplimiento del requerimiento, tanto de fondo como de plazo, dará lugar, si persisten las irregularidades detectadas a que se extienda la correspondiente acta de infracción con la propuesta de sanción correspondiente, salvo que ésta ya se hubiera practicado anteriormente. Supuesto en que resultará problemático sancionar el posterior incumplimiento del requerimiento por la entrada en juego del principio *non bis in idem*, aunque deberán analizarse las circunstancias concretas por si procede la aplicación de reincidencia.

Por otro lado, los incumplimientos de requerimientos previos son circunstancias que pueden agravar la sanción conforme el artículo 39 de la LISOS, como así lo mantiene la DGITSS en su Criterio Técnico 59/2008, sobre graduación de las sanciones en materia de prevención de riesgos laborales, que sólo incluye como factor de agravación a estos requerimientos del artículo 43 LPRL.

No entro a analizar el persistente debate sobre la naturaleza jurídica del requerimiento y su carácter recurrible o impugnabile. Lo que interesa examinar es su eficacia protectora respecto del derecho de los trabajadores extranjeros en situación irregular, en relación a los cuales se originan incumplimientos normativos en esta materia. Pero sí anoto la particularidad diferenciadora de este acto preventivo respecto de los anteriores, y que es la probable o posible coexistencia del requerimiento y del expediente sancionador.

El art. 43.1.LPRL abre dos opciones a los Inspectores de Trabajo. Una primera es remitir exclusivamente el requerimiento de subsanación, sin iniciar, por tanto, el procedimiento sancionador frente al presunto infractor, con la posibilidad de que si éste no corrige las irregularidades en el plazo concedido, se proceda con posterioridad a la extensión de la correspondiente acta de infracción. La segunda opción del Inspector de

a la empresa, no resultando suficiente al respecto que se haga bien una mera indicación de haberlo realizado bien una versión resumida del mismo bien, en fin, una referencia verbal. Discrepo en cuanto la interpretación del adverbio, también puede entenderse en el sentido de que son receptores de la existencia del requerimiento.

Trabajo es la de acompañar desde el inicio la emisión del requerimiento -siempre preceptivo⁶⁷⁷- con la simultánea- y potestativa- extensión del acta de infracción, de forma que, sin perjuicio del deber del sujeto responsable de subsanar el incumplimiento, al mismo tiempo se inicie el correspondiente procedimiento sancionador por la infracción cometida⁶⁷⁸. Son alternativas que quedan a la discrecionalidad del funcionario actuante, sin que haya en el artículo 43 prelación alguna del requerimiento respecto del levantamiento del Acta⁶⁷⁹.

La litigiosidad relacionada con la simultaneidad de ambos actos administrativos proviene de la propia finalidad preventiva que persigue el requerimiento. Ello hace que se intente solucionar lo más rápidamente posible las situaciones de riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores, de aquí que en la práctica de la actividad inspectora sea normal que el requerimiento se redacte de manera inmediata en el centro de trabajo o en las propias oficinas de la inspección en comparecencia de la empresa en fechas próximas a la iniciación de la actuación, posponiéndose la iniciación del expediente sancionador a un momento posterior. Es más, es probable que en estas actuaciones inspectoras no se informe a la empresa, ya que no es exigido, sobre la intención de iniciar también un procedimiento sancionador por las deficiencias constatadas y dada la falta de correlación temporal entre el requerimiento y el

⁶⁷⁷ Si procede el requerimiento y éste no se efectúa, ello no significa que no haya habido infracción sancionable. La ausencia del requerimiento en tales circunstancias no tiene otra consecuencia que la de ser un vicio con el carácter de anulabilidad, que carece de trascendencia en la medida en que no se aprecia que produzca indefensión efectiva (STSJ de Madrid, sala Cont-Admvo, de 12 de diciembre de 2002, Rec 2426/1998)

⁶⁷⁸ GARCIA RUBIO, M.A.: «Artículo 43. Requerimientos de la Inspección de Trabajo ... », en PEREZ DE LOS COBOS, F. (Director), *op. cit.*, p. 896.

⁶⁷⁹ Sentencia TSJ de Madrid de 13 de octubre de 2006, rec 1996/2003. En igual sentido la sentencia del TSJ de las Islas Baleares de 9 de enero de 2004, rec 1473/2002: « el requerimiento no cierra el paso inmediato a la propuesta de sanción correspondiente, de modo que si bien el incumplimiento del requerimiento impone la obligación de levantar Acta de Infracción, al propio tiempo, el requerimiento de subsanación no impide que se sancione aún antes de verificar su cumplimiento, esto es, no se encuentra normativamente impedido que se simultanee el requerimiento y la sanción». En similares términos la sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de julio de 2006, rec 732/2001: « la Inspección de Trabajo advierte sobre las consecuencias que pueden derivarse del incumplimiento del requerimiento pero no obvia la apertura del posible expediente sancionador como efectivamente se produjo, actuación que se estima correcta y ajustada a derecho pues estimada la comisión de la conducta infractora es posible la propuesta de sanción».

expediente sancionador y la ignorancia de la empresa sobre el advenimiento de éste podría, incluso, con que la actuación sancionadora afectara al *principio de confianza legítima* recogido en el artículo 3 de la LRJAP.

Según RODRÍGUEZ OJEDA⁶⁸⁰, entre los requisitos para su apreciación se exige que existan actos concretos, reconocimientos de la Administración, signos externos o apariencia formal de legalidad, que induzcan a racional confusión del ciudadano y que directa o indirectamente se puedan producir en el patrimonio del beneficiado unos perjuicios que jurídicamente no tiene por qué soportar, derivados de gastos o inversiones efectuados llevados de la legítima confianza en el actuar de la Administración, que de otra manera no hubiera realizado.

Se me ocurre una situación, en nada hipotética, de actuación inspectora en una empresa en la que se constatan determinados riesgos en máquinas o equipos de trabajo de una ya considerable antigüedad, que carecen del certificado de conformidad que se exige a los mismos en función de las Directivas europeas de aplicación, y que no cumplen las condiciones establecidas en el reglamento de disposiciones mínimas de seguridad y salud en los equipos de trabajo a utilizar por los trabajadores. El inspector, ante esta constatación, procede conforme lo dispuesto en el artículo 43 de la LPRL y requiere, a la finalización de la visita, en el Libro de Visitas de la Inspección para que los equipos de trabajo se adapten a la norma reglamentaria otorgando un plazo máximo de 1 mes.

Podría ser que estos equipos fueran fundamentales para el desarrollo de la actividad empresarial y que el requerimiento formulado condicionará las decisiones de inversión de la empresa, valorándose por ésta la adquisición de nuevos equipos completamente seguros en vez de realizar su adaptación, ya que la misma exige, además de una valoración e identificación de los riesgos, unas modificaciones en las que probablemente deban intervenir terceras empresas y con ello se retrase no sólo la

⁶⁸⁰ RODRÍGUEZ OJEDA, J.J.: «El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social». *Actualidad Laboral*, 1997, Ref.º XXXI, pág. 585, Tomo 2.

operatividad de las máquinas sino incluso el cumplimiento del requerimiento más allá del término concedido.

Realizada la correspondiente inversión por la empresa en el plazo de un mes y entendiéndose que con esta medida se ha dado cumplimiento correcto al requerimiento emitido por la Inspección y así se lo ha notificado, podría ocurrir que recibiera en un futuro próximo (dentro de los plazos de actuación inspectora) la notificación de un expediente sancionador de elevada cuantía por las mismas circunstancias relatadas en el requerimiento. Jurídicamente es un supuesto en donde podría entrar en juego el principio de confianza legítima al que se hacía referencia, ya que la empresa ante un acto formal y legal como es la emisión de requerimiento, había llegado a la convicción de que su actuación era correcta en tanto había cumplido en su totalidad lo exigido por la Administración. Para evitar lo expuesto, que podría amparar un recurso legal de la empresa (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Tarragona de 10 de abril de 2002), sería conveniente y exigible al inspector que comunicara a la empresa durante el curso de la actuación inspectora la iniciación de acta de infracción por los hechos que han dado lugar al requerimiento y, sin duda, acortar el tiempo que media entre ambas actuaciones. El efecto perverso del riesgo de informar a la empresa sobre el inicio del expediente es que se retrase la subsanación de las deficiencias y se invierta el tiempo y el dinero únicamente en la preparación de la defensa jurídica contra el procedimiento sancionador

Y si bien este principio ha sido aplicado sucesivas veces por el TS en diferentes ámbitos, no suele invocarse y ser apreciado en la esfera sancionadora en prevención de riesgos laborales, dado el carácter rotundo del art. 43.1. LPRL⁶⁸¹.

⁶⁸¹ Sentencia de 1 de febrero de 1990, en el que se declaraba que el principio lo había implantado el TJCE, posteriormente en sentencias de 8 de junio de 1990; 29 de junio de 1990; 5 de octubre de 1990; 22 de marzo de 1991; 13 de febrero de 1992; 30 de noviembre de 1993 y 14 de abril de 1999, etc.

3.2. Limitación (o directamente exclusión) de la capacidad de requerimiento inspector ante la situación de riesgo para la seguridad y salud en el trabajo del trabajador extranjero en situación irregular.

En principio, las limitaciones a la facultad de requerir son las ya expresadas, si bien como los términos de las mismas son muy amplios, sobre todo el relativo a «cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen», puedes encontrar supuestos en que resultará difícil, o prácticamente imposible, acudir al recurso de advertir o requerir en sustitución del expediente sancionador.

Ilustrativa de lo anterior va a ser la situación expresada en el título del apartado. Ante una comprobación inspectora de una situación de riesgo (no grave e inminente donde procedería una paralización de trabajos) para la seguridad y salud de un trabajador extranjero que carece de la preceptiva autorización para trabajar, el resultado pasa irremediablemente por la iniciación de expediente sancionador, no sólo en prevención de riesgos laborales, si la situación de riesgo constituye infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales tipificada en la LISOS, sino también en materia de extranjería por contravención de dicha normativa.

3.2.1. Sobre la preponderancia en la actuación inspectora de la situación administrativa del trabajador extranjero sobre la de su situación de riesgo

La constatación del empleo o utilización empresarial de una prestación de servicios de un trabajador en situación irregular, comporta de forma inexorable una actuación inspectora de fiscalización, con resultado de actividad sancionadora. No cabe, y lo afirmo con rotundidad, la posibilidad de emitir un requerimiento o advertencia ante este incumplimiento por diferentes razones:

En primer lugar, por cuanto si bien la facultad de requerir o advertir es una facultad discrecional, ajustada a las escasas limitaciones antedichas, no por ello no debe estar razonada, basada en argumentos sólidos que justifiquen la decisión, en definitiva

motivada⁶⁸². Difícilmente se va poder motivar el no ejercicio de la facultad sancionadora en la contravención de una normativa como es la de extranjería, en que sus rasgos propios e inherentes son la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular⁶⁸³.

En segundo lugar, aunque no exista restricción en función de la calificación de la infracción, la contratación de trabajadores extranjeros sin autorización de residencia y trabajo es una infracción muy grave y, por tanto, se considera de las de mayor entidad, asociándose a ella multas que pueden alcanzar los 100.000 euros por trabajador extranjero contratado (art. 54.1.d), más la suma de la cuantía a determinar en aplicación del art. 48 de la Ley 63/2003 que posteriormente se verá.

Tampoco puedo obviar el efecto nulo del requerimiento en este caso. Una vez cometida la infracción nada puede modificarse. Con la normativa de extranjería en vigor, los cauces de acceso al mercado de trabajo son los allí diseñados, no hay procesos de regularización ni normalización abiertos, ni cabe acceder al procedimiento del régimen general a través de una situación de irregularidad, salvo la vía del arraigo laboral (art.31.3. LOEX).

En resumen, además de la difícil motivación de un acto de requerimiento ante esta conducta infractora, acto que podría incluso calificarse de arbitrario por el ahorro empresarial que supondría a la empresa la no imposición de la sanción (sumados a los costes de seguridad social omitidos y, casi con seguridad, a un ahorro en la cuantía abonada al trabajador en concepto de salario), y su nulo efecto disuasorio, ya que es probable que el empresario sólo viera bondades en este tipo de actuación de la inspección y reiterara estas conductas infractoras, esta actuación, como explico en el

⁶⁸² FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Las Actuaciones de advertencia y los requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 78, p.147.

⁶⁸³ MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «El nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTINEZ, L.A., (Dtor y Coord), *Los derechos de los extranjeros en ...*, *op.cit*, p. 41.Y así se ha puesto de manifiesto en cada una de las exposiciones de motivos de las diferentes leyes orgánicas de reforma de la LOEX.

siguiente apartado, en nada beneficia al trabajador extranjero. Ello es así, porque conforme al artículo 124.1. del RELOEX, la resolución administrativa confirmatoria de un acta de infracción de la ITSS que acredite una relación laboral del trabajador extranjero es documento válido para la solicitud de residencia temporal por arraigo laboral social, supuesto en que el papel de la ITSS es muy importante a la hora de evitar que el inmigrante no pueda cumplir con el requisito de aportar el contrato de trabajo⁶⁸⁴.

Por todo ello me ratifico en la afirmación de la imposibilidad, por inadecuación, de la emisión de requerimiento ante la comprobación de la infracción de emplear trabajadores extranjeros en situación irregular.

No obstante, no hay que olvidar que durante un período concreto y ante determinados supuestos y circunstancias, las actuaciones inspectoras se encaminaron a través de la formulación de requerimientos. Me estoy refiriendo al proceso extraordinario de normalización de trabajadores extranjeros⁶⁸⁵, proceso que se caracterizó por la exigencia de que existiera una relación laboral real y efectiva y por el establecimiento de facilidades para que se procediese por parte de los empleadores a llevar a cabo la «normalización» de los trabajadores extranjeros a su servicio.

En consonancia con las líneas del proceso, la Instrucción 104/2005, de 7 de junio de la DGITSS, que establece criterios técnicos y operativos en relación con el plan de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de economía irregular y del trabajo de extranjeros, determina en la instrucción sexta dedicada al referido proceso que « Si se encontrara a un extranjero prestando sus servicios, cuando se hubiera solicitado la autorización de residencia y trabajo, pero aún no se hubiera dictado resolución, y por tanto sin estar en alta en la Seguridad Social, no se levantará acta de infracción sino se le requerirá para que cese en la prestación de servicios hasta obtener la autorización y el alta». El requerimiento aseguraba la cesación de la

⁶⁸⁴ LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Art. 46. procedimiento», en AA.VV., RAMOS QUINTANA, M. (DIR.) y ROJAS RIVERO, G.P. (coord.): *Comentarios al Reglamento de...*, op. cit, p.315.

⁶⁸⁵ Como se expuso en el capítulo I, dicho proceso quedó establecido en la Disposición Transitoria Tercera del RD 2394/2004, de 30 de diciembre (BOE del 7 de enero).

prestación- la Administración no puede o no debe apoyar la persistencia de situaciones irregulares- , y su incumplimiento, es decir la no regularización del trabajador, daba pie a la extensión del acta de infracción. Dentro del período de normalización se llegó a extender la necesidad de requerir a todos aquellos casos en que se identificaban trabajadores extranjeros prestando servicios para la empresa sin contar con autorización de residencia y trabajo, y el empresario declaraba su intención de no solicitar la autorización.

Ilustrativo es también el supuesto de la Instrucción nº 9/2009 de la DGITSS, de 29 de julio de 2009, sobre efectos retroactivos de la finalización de la moratoria a la libre circulación en España de los trabajadores rumanos y búlgaros con fecha 1 de enero de 2009 y, en consecuencia, su entonces no necesidad de autorización para trabajar. En ella se decía que a partir del 1 de enero de 2009 no se iniciarían actuaciones inspectoras destinadas a comprobar si los trabajadores nacionales de Rumania y Bulgaria, disponen de autorización para trabajar por cuenta ajena en España. Pero para el supuesto de que estuvieran en curso actuaciones previas al procedimiento sancionador basadas en la constatación de que dichos trabajadores efectuaban trabajos por cuenta ajena durante el periodo transitorio, del 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2008, sin disponer de autorización para trabajar en España, se debía proceder al archivo de tales actuaciones⁶⁸⁶.

Considerando que el Consejo de Ministros acordó en su sesión de 22 de julio de 2011 (BOE del 23), la reactivación de restricciones y limitaciones al mercado de trabajo de los ciudadanos rumanos, exigiéndoles nuevamente autorización para trabajar a los que hubieran entrado en España después de esa fecha (el 22 de julio), o con anterioridad pero no figuraran de alta en Seguridad Social o inscritos en los servicios públicos de

⁶⁸⁶ La Instrucción se basó en el informe 7/2009, de 29 de junio, de la Abogacía del Estado, que acogiendo el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 12 y 13 de febrero y 6 de marzo de 2008, y por aplicación del principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras más favorables, no apreciaban fundamento jurídico suficiente para levantar acta de infracción a aquellos empresarios que hubiesen empleado a trabajadores por cuenta ajena, rumanos y búlgaros, sin autorización para trabajar en España durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2008.

empleo, e infiriéndose de la Instrucción n° 6/2011 de la DGITSS, sobre criterios a seguir por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el control del trabajo de los trabajadores rumanos por cuenta ajena, que ante situaciones de falta de autorización para trabajar se habría de iniciar expediente sancionador, podría darse nuevamente la circunstancia que finalizado el nuevo período transitorio⁶⁸⁷, las decisiones del órgano directivo en cuanto irretroactividad sean las mismas y se anulen o paraliquen los expedientes sancionadores en trámite a partir del 1 de enero de 2014.

3.2.2. *Sobre la situación de riesgo o peligro en que se halla el trabajador extranjero.*

Ya anuncié que la constatación de un incumplimiento en prevención de riesgos laborales, con infracción a su normativa, tratándose de un extranjero sin autorización para trabajar, pasará inexorablemente por la exigencia de responsabilidad al empresario mediante el inicio de un expediente sancionador, sin posibilidad de realizar un requerimiento, a no ser que el incumplimiento, la situación de riesgo, afecte a más trabajadores.

Inicialmente, esto choca con la concepción del requerimiento en prevención de riesgos laborales del art. 43 de la LPRL, con el carácter obligatorio de su emisión ante el incumplimiento a dicha normativa, y ello con independencia de que se simultaneé o no con el acta de infracción⁶⁸⁸.

Pero tampoco se debe olvidar el espíritu y alcance de la medida coercitiva, como medida preventiva básica cuya finalidad es lograr la subsanación de las deficiencias observadas con ocasión de una actuación inspectora⁶⁸⁹. Su proyección es de futuro, incluye necesariamente un plazo para su cumplimentación y eventualmente la

⁶⁸⁷ La Decisión de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2012 ha autorizado a España a ampliar la suspensión temporal de la aplicación de los artículos 1 a 6 del Reglamento (UE) número 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, con respecto a los trabajadores rumanos hasta el 31 de diciembre de 2013.

⁶⁸⁸ Y así se interpretó por la STSJ de Cataluña de 19 de julio de 2006.

⁶⁸⁹ BERNARDO JIMÉNEZ, I.: «La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención ... », *op. cit.*, p.453, Tomo 2.

obligación de justificar su cumplimiento ante el funcionario actuante (art. 7.2 y 3 LOIT)⁶⁹⁰. Por esta razón, el requerimiento carece de fundamento alguno cuando la propia acción inspectora provoca una extinción anticipada de la relación laboral existente que, en la mayoría de los casos (sin otros sujetos afectados), hace devenir imposible el cumplimiento del contenido requerido⁶⁹¹. No resulta viable otorgar protección futura a una relación que se desarrolla en contra de las previsiones del ordenamiento jurídico.

Aún tratándose de situaciones diferentes, quiero traer a colación, por advertir cierto paralelismo, la doctrina judicial existente- antes de la entrada en vigor de la LRJS- sobre la imposibilidad de readmisión por el empresario al trabajador extranjero sin autorización para trabajar.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJS, la extinción improcedente de la relación laboral de un trabajador extranjero carente de autorización para trabajar, podría dar lugar a que el empresario optara por la readmisión, eludiendo el pago de la indemnización correspondiente. Ante ello los tribunales se pronunciaron en el sentido de que si resulta imposible la readmisión, tal imposibilidad de readmitir lo es por obra de la empresa y en este caso debe aplicarse el art. 1134 del Código Civil, manteniéndose la obligación del empresario de cumplir con la otra alternativa, indemnización⁶⁹². Ello

⁶⁹⁰ VINUESA ALADRO,A.: «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: Ley 42/1997, de 14 de noviembre», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1998.

⁶⁹¹ Como reflexión se me ocurre el incumplimiento por parte del empresario de una obligación esencial preventiva como es impartir formación (art. 19 LPRL) al trabajador en el momento de la contratación. Incumplimiento muy elevado respecto de trabajadores en situación irregular, por la propia irregularidad subyacente a la relación ¿Qué finalidad tiene un requerimiento de formación específica para un puesto de trabajo que no va a ocupar eventualmente y en el que no puede seguir permaneciendo?

⁶⁹² Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sentencia de 11 Mayo. 2004, rec. 842/2004. El Tribunal razona que en ningún caso se deben aceptar perjuicios para el trabajador, exigiéndole para ser readmitido una determinada documentación, cuando fue contratado sin ella por quien lo alega, pues tal situación de ilegalidad no puede ser invocada ahora por quien, contraviniendo disposiciones administrativas y de policía, se procuró ventajas. En el mismo sentido, STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2005, AS 2006\2195, «Si bien ha de limitarse la condena al pago de la indemnización sin conceder a la empresa la posibilidad de optar por una readmisión que deviene jurídicamente inviable en el momento actual respecto a unos trabajadores que carecen de permiso de trabajo, y a salvo de que alguno de ellos pueda haberlo obtenido al hacerse efectiva una eventual readmisión»; STSJ de País Vasco de 10 de octubre de 2006, JUR 2007/95364, «Nadie cuestiona que la readmisión del demandante no hubiera

porque en nuestro ordenamiento laboral la indemnización es consecuencia del daño producido rigiendo el principio de indemnización tasada de los perjuicios causados por despido improcedente, perjuicios producidos por la extinción del contrato de trabajo sin causa con independencia de la naturaleza del contrato que deben ser indemnizados⁶⁹³.

Mayor dificultad podía haber respecto de un despido nulo como expone BALLESTER PASTOR⁶⁹⁴. En estas circunstancias el trabajador puede tener interés en que se produzca la readmisión como consecuencia de la declaración de nulidad del despido si, por cualquier circunstancia, no es susceptible de sanción de expulsión. En cambio, el empresario obligado a la readmisión por sentencia judicial sería a la vez susceptible de nueva sanción administrativa por infracción muy grave y, además, reincidente. Las posibilidades de dar solución a la situación planteada con la normativa de la LPL eran escasas porque ni se preveía la posibilidad de sustituir la obligatoria readmisión correspondiente al despido nulo; ni el empresario podía aplicar despido objetivo por ineptitud al trabajador carente de permiso en el momento en que pretende la readmisión.

La LRJS recoge en el art. 286 con el título «Imposibilidad de readmisión del trabajador», la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal – en la que cabría la situación expuesta- ordenando al juez que dicte auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281, que se remite al art.56.1 y 2. del ET.

En síntesis, tanto la situación de riesgo laboral constatada por la ITSS de un trabajador extranjero en situación irregular, al igual que la propia conducta infractora de la

lado posible por carecer del permiso de trabajo necesario, pero ante tal eventualidad la empresa debió de optar por la indemnización»; la STSJ de Castilla –La Mancha de 24 de octubre de 2006, JUR 2007/85118

⁶⁹³ Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 28 Abr. 1997, rec. 1076/1996

⁶⁹⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: « Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002», *Actualidad Laboral*, núm. 27, 2003, p. 491, Tomo 2, Editorial LA LEY.

contratación, deberá derivar en todo caso en expedientes sancionadores, sin posibilidad de uso de los instrumentos de advertencia o requerimiento.

Ciertamente, esta exclusión puede tener connotaciones negativas de cara a la protección del trabajador. Como señala MIRO LLINARES⁶⁹⁵, la política de persecución total de la inmigración ilegal, tanto por vía penal como administrativa, podría acabar revirtiendo contra el propio inmigrante clandestino que no sólo no es protegido por el Derecho al no serles reconocidos todos los derechos civiles, sino que ve cómo alrededor de él cualquier actividad, le perjudique o no como persona, afecte o no a sus derechos, puede acabar resultando delictiva.

Una forma de mitigar lo anterior sería acudiendo a las facultades de información y asistencia técnica que posee la Inspección. Función que se habría de desarrollar respecto del trabajador extranjero en el sentido de orientarle sobre la plena validez de su contrato de trabajo (art. 36.5 LOEX) y de los derechos que conforman su estatuto jurídico como trabajador, así como la posibilidad de hacerlos valer mediante demanda ante el juzgado de lo social para la determinación de su concreta relación laboral (período de prestación de servicios) y los efectos derivados de su extinción no causal motivada por la actuación de la Inspección de Trabajo. Haciéndole saber que tanto el expediente sancionador de extranjería, como una resolución judicial favorable, son documentos acreditativos que pueden modificar su situación administrativa a través de la solicitud de arraigo laboral, si se cumplen las prescripciones para la misma.

Esta función no es fácil ejercerla con el trabajador extranjero. Además de las dificultades idiomáticas que puede haber, y su propio desconocimiento de la normativa laboral, de sus derechos como trabajador y de la función tradicionalmente *protectora* de la ITSS, hace que no muestre una especial recepción para demandar o aclarar esta prestación de asistencia técnica. La percepción del trabajador extranjero respecto de la ITSS no deja de tener ciertas connotaciones de «policía laboral», no favoreciendo en

⁶⁹⁵ MIRÓ LLINARES, F.: «POLÍTICA COMUNITARIA DE INMIGRACIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL EN ESPAÑA: «¿Protección o «exclusión» penal del inmigrante?» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10 (2008), p. 22.

nada la reforma de la LOEX del año 2009, donde se atribuyó, como expongo a continuación, competencias a la ITSS para iniciar expedientes sancionadores a los trabajadores extranjeros.

3.3. La actuación puramente sancionadora.

La atribución a las Administraciones Públicas de una potestad sancionadora, entendida como poder jurídico de represión de ciertas conductas de los administrados y por consiguiente imposición de medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las normas que proscriben aquéllas, con fines de autoprotección del orden administrativo y también de tutela del orden social general, es un fenómeno característico de nuestro ordenamiento jurídico, en el que ha alcanzado unas dimensiones cuantitativas y cualitativas muy importantes.

En la actualidad, las sanciones administrativas constituyen una técnica de intervención social habitual y sólidamente asentada, que cuenta, incluso, con el refrendo constitucional (art. 25 CE) y que se proyecta a los más diversos sectores de la actividad, entre otros el ámbito de la normativa en materia de extranjería⁶⁹⁶.

Por otra parte, un poderoso instrumento con el que cuentan los poderes públicos para prevenir el incumplimiento de las obligaciones empresariales establecidas en la legislación de seguridad y salud laborales, tanto por su función aflictiva como preventiva general, lo constituye la exigencia de responsabilidad administrativa como consecuencia de la inobservancia de aquellas obligaciones⁶⁹⁷.

Sin embargo, desde la situación fáctica tan reiterada en la que baso este capítulo, trabajador extranjero en situación irregular amenazado de riesgos para su salud e integridad, la exigencia de responsabilidad administrativa discurrirá por cauces

⁶⁹⁶ TOLOSA TRIBIÑO, C.: «El procedimiento sancionador en el Reglamento de Extranjería», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 27 (2011), p.11.

⁶⁹⁷ COS EGEA, M., *La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*, LA LEY, 2010, p. 32.

procedimentales diferentes, cuyo elemento de unión será el órgano de iniciación, la ITSS.

Ello es así debido a que el legislador del año 2000 prefirió, al contrario que el que aprobó la LO 7/1985, no remitir algunas de las infracciones laborales a lo dispuesto por la normativa social, o regular alguna regla de preferencia para las Autoridades laborales en la imposición de sanciones, hacer suyas las infracciones en materia de trabajo de extranjeros, lo que ha comportado el establecimiento de un régimen sancionador en materia laboral separado de de la LISOS, rompiendo ya desde el propio nacimiento de esta última ley el espíritu de homogeneidad y sistematicidad que, en beneficio de la seguridad jurídica, han sido sus máximas tradicionales. Además de plantear el problema del trabajo de extranjeros no desde el punto de vista de sus condiciones de empleo y de trabajo, sino exclusivamente en términos de inmigración⁶⁹⁸.

Predomina, de forma absoluta, una lógica administrativista que tiene como consecuencia que las técnicas sancionadoras respecto al garantismo de los derechos integrantes del estatuto jurídico del extranjero se centró más en sancionar los incumplimientos respecto a las autorizaciones y permisos administrativos propios del régimen jurídico de extranjería. Sin embargo, la sanción por el incumplimiento de los derechos queda en un segundo plano al estar reguladas constitucional y legislativamente las garantías de los mismos⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸ CAMAS RODA, F: « La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros: análisis de la compatibilidad entre las sanciones derivadas de la comisión de las infracciones previstas en la Ley de infracciones y sanciones del orden social y en la Ley Orgánica de extranjería», *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 16 (2003), p. 120.

⁶⁹⁹ TRIGUERO MARTINEZ, L.A.: *El estatuto jurídico laboral del...*, p. 245

3.3.1. Particularidades de la responsabilidad administrativa ante la contratación irregular del extranjero.

Según García Murcia⁷⁰⁰, uno de los problemas arrastrados por la legislación de extranjería en relación con el régimen de faltas y sanciones procede, concretamente, de un singular fenómeno de entrecruzamiento y concurrencia de normas y de instancias competentes, tal vez nacido de la peculiar fisiología de la normativa de extranjeros (siempre a medio camino entre el control administrativo y la regulación del trabajo).

La LISOS 1988 dedicaba un capítulo específico-el V- a las «infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros»⁷⁰¹. Esta ley ya tipificaba en su artículo 35 como conducta constitutiva de infracción muy grave la de los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo o su renovación, precisando que se incurría en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado. Estas previsiones de la LISOS 1988 se sometían al régimen común de las infracciones en el orden social.

Más adelante, la aprobación del Texto Refundido de la LISOS conlleva la derogación de su antecesora, si bien en materia de infracciones de permisos de trabajo de extranjeros transpone literalmente el contenido de la LISOS 1988, exceptuando únicamente la numeración del capítulo y del precepto correspondiente (que pasa a ser el art. 37).

Ahora bien, si una de las finalidades que podrían atribuirse al Texto Refundido, cual es la de retomar una perspectiva unitaria respecto al Derecho administrativo sancionador en materia social, es decir, la de unificar en un único texto legal, ya consolidado, toda la materia de infracciones y sanciones en materia laboral y de Seguridad Social, para con ello solucionar la situación de dispersión que había afectado a la vigencia de la LISOS

⁷⁰⁰ GARCÍA MURCIA, J.: «El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros, ¿una duplicidad inevitable?», *Relaciones Laborales*, núm. 9 (2003).

⁷⁰¹ Artículos 31 a 35.

1988, una de sus primeras quiebras se encuentra justamente en las disposiciones sancionadoras relativas al trabajo de extranjeros en España⁷⁰².

Ni la LO 4/2000 ni la LO 8/2000 solucionaron el problema. La redacción inicial recogía en materia de infracciones una serie de conductas ya tradicionales en este ámbito sancionador, cual es la infracción muy grave de contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización para contratarlos⁷⁰³. Pero no hubo una derogación formal de la regulación contenida en esta materia en la LISOS, que todavía hoy continúa con su sección específica para infracciones en materia de extranjería. De esta situación se hizo eco la Asociación Española de Derecho del Trabajo que, en las Conclusiones de su XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tras indicar que «en la legislación vigente se aprecia una regulación confusa y descoordinada de las infracciones laborales, por el solapamiento de la ley de extranjería y de la ley de infracciones y sanciones en el orden social», finalizó afirmando que «estos graves problemas no se pueden resolver con criterios simples y contundentes como, por ejemplo, la derogación del art. 37 de la segunda de las leyes citadas» (Conclusión Cuarta)⁷⁰⁴.

La DGITSS en su Instrucción 101/2001, expresó que con la entrada en vigor de la Ley 8/2000, por aplicación de su disposición derogatoria única, quedaban derogados los tipos previstos en el art. 37 de la LISOS. La consecuencia directa derivada de la

⁷⁰² CAMAS RODA, F: « La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros...», *op. cit.*, p. 122.

⁷⁰³ Como señalaban MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C, en «Notas al nuevo Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social», *Relaciones Laborales*, núm. 23 (2000): Resulta significativo que determinadas conductas tipificadas por la LISOS, por ejemplo la discriminación laboral (art. 8.12) o la utilización de mano de obra extranjera sin haber obtenido con carácter previo el preceptivo permiso de trabajo (art. 37.1), resultan igualmente sancionadas por la L 4/2000; así el art. 50 d) sanciona como falta muy grave la conducta consistente en «la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el art. 21 de la presente Ley», y el ap. e) «la contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización para contratarlos».

⁷⁰⁴ *Idem*, p. 126.

instrucción es la necesaria observancia por la ITSS, en su función competencial en materia de extranjería, de las infracciones y sanciones contenidas en la LOEX. También la introducción del RD 306/2007, de 6 de marzo, por el que se actualizan las cuantías de las sanciones establecidas en la LISOS indica que aunque el artículo 40 de la LISOS menciona las infracciones en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, los tipos contenidos en el art. 37 quedaron derogados con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2000, de 20 de noviembre. En consecuencia, las cuantías sancionatorias que se modifican no pueden afectar a las establecidas en la mencionada legislación orgánica y sus normas complementarias.

Este aspecto no ha quedado cerrado, recientemente, en marzo de 2013, en una nota interna de la DGITSS dirigida a los funcionarios de la ITSS se comunicaba que, respecto de la infracción de contratación de trabajadores rumanos sin autorización para trabajar, que como expresé tienen limitado el libre acceso al mercado de trabajo hasta 31 de diciembre de 2013, dado que hay una falta de adaptación de la conducta al tipo infractor del art. 54.1.d) LOEX, deberá aplicarse el tipo infractor previsto en el art. 37.1. LISOS, cuya sanción económica es sensiblemente inferior.

Disiento de esta interpretación de resurrección del precepto de la LISOS, en primer lugar por cuanto en Instrucción anterior se afirmaba la derogación de los tipos infractores de la LISOS y esta Instrucción no ha sido sustituida por otra, sino por una simple nota comunicativa. En segundo lugar, la única variación de circunstancias es que la reactivación del período transitorio para los ciudadanos de nacionalidad rumana ha provocado que, dada su ciudadanía europea, la conducta infractora relativa a su contratación sin autorización, no se adecúe al tipo infractor de la LOEX. Cuando se adoptó la medida gubernamental en julio de 2011 ya expresé la atipicidad de la conducta, al hilo de los principios que deben informar la potestad sancionadora de la administración y a favor de una interpretación restrictiva en el ámbito sancionador⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ BLOG DE EDUARDO ROJO, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2011/07/sobre-la-suspension-de-la-libre-5469.html> (última consulta 10 de abril de 2013).

La última reforma trascendente de la normativa de extranjería (2009) no ha solucionado el problema, todo lo contrario. Mantiene la doble instancia sancionadora administrativa -la gubernativa y la laboral- pero amplía el ámbito competencial sancionador de la ITSS a las infracciones cometidas por los trabajadores extranjeros por cuenta ajena, en un intento, ha de imaginarse, unificador en cuanto a procedimiento, si bien con un efecto perverso sobre el propio sistema sancionador de orden laboral al ignorar el principio tácito de no considerar, salvo en materia de prestaciones, al trabajador como sujeto responsable y nunca como objeto de sanciones de cuantía económica (multa)⁷⁰⁶. Ciertamente, la reforma del 2009 de la LOEX faculta de forma inédita la posibilidad de que por parte de la ITSS se inicien expedientes sancionadores a los trabajadores extranjeros por infracciones cometidas en relación a su contratación por el empresario. Ello provoca una antinomia con el texto del LISOS, el cual en infracciones en materia de extranjería sólo contempla como sujetos responsables al empresario y al trabajador por cuenta propia (art. 2.5 LISOS).

3.3.1.1. La tipificación de la conducta empresarial.

El art. 54.1. d) de la LOEX tipifica como infracción muy grave la ya tradicional contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de residencia y trabajo. El precepto hace dos precisiones: la primera que se incurre en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados⁷⁰⁷, y la segunda que procederá la sanción siempre que el hecho no constituya delito. Esta última es, sin duda, una de las innovaciones de la LO 2/2009 en relación al tipo infractor. Justificada en el propio preámbulo por la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes

⁷⁰⁶ CAMAS RODA, F (coord.), *La atribución de competencias en materia de inmigración derivadas del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Instituto de Estudios Autonómicos (Generalidad de Cataluña), 2010, p. 113.

⁷⁰⁷ Como asevera PÉREZ CAPITAN, L. en «El régimen sancionador laboral en materia de extranjería», *Aranzadi Social*, vol. III (Estudio), 1993, las repercusiones de este inciso son trascendentales, con el mismo no se significa sino que por cada uno de los operarios extranjeros en situación ilegal, el empresario que utilice sus servicios será sancionado con una infracción calificada como muy grave.

de transposición o que no se han transpuesto plenamente⁷⁰⁸. Y una de estas Directivas es la Directiva 2009/52 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

El punto de partida de la Directiva es que la posibilidad de encontrar trabajo en la UE sin poseer el estatuto legal exigido constituye uno de los factores principales de atracción de la inmigración clandestina en el territorio comunitario; al propio tiempo que las expectativas de tal tipo de ocupación ilegal tan sólo se la pueden proporcionar aquellos empresarios dispuestos a contratar a extranjeros sin el correspondiente permiso de residencia y de trabajo. Por ello, la Directiva pretende atajar este tipo de conductas empresariales, que no sólo acaban abusando de las situaciones de debilidad contractual de este tipo de extranjeros irregulares, sino que por añadidura acaban provocando un efecto llamada de incremento de la inmigración clandestina. En consecuencia, tales medidas se centran en la prohibición general del empleo de nacionales de terceros países que no tengan derecho a residir en la Unión Europea y en la imposición de sanciones a los empresarios que no la respeten⁷⁰⁹.

La norma europea prevé que antes de contratar a nacionales de terceros países, los empresarios deben tener la obligación de comprobar que dichos nacionales disponen de un permiso de residencia válido u otra autorización de estancia equivalente, que pruebe que los nacionales de terceros países permanecen legalmente en el territorio del Estado miembro. Su objetivo consiste en garantizar que los Estados miembros implanten sanciones similares contra los empresarios que contraten a nacionales de terceros países y las apliquen de manera efectiva.

La directiva exige para los supuestos más graves de contratación de extranjeros en situación irregular la instauración de sanciones penales y que éstas sean efectivas,

⁷⁰⁸ Apartado IV del preámbulo de la ley.

⁷⁰⁹ CRUZ VILLALÓN, J.: «La política comunitaria de inmigración», *Relaciones Laborales*, núm. 15, 2009, p.133, tomo 2.

proporcionadas y disuasorias. Los casos que considera más graves que deben constituir delito son: la reincidencia; la contratación de un gran número de irregulares; las condiciones de trabajo especialmente abusivas; las situaciones en las que el empleador sepa que el trabajador es víctima de la trata de seres humanos; o si éste es menor. Todas ellas circunstancias que deberán ser analizadas bajo el prisma de los derechos nacionales.

Con la reforma del CP operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre se introduce un nuevo tipo delictivo diferente al del art. 312.2, el art. 311.2. que castiga a los que empleen simultáneamente a una pluralidad de *trabajadores* sin comunicar su alta en el régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo, siempre que el número de trabajadores afectados sea al menos de:

- a) el veinticinco por ciento, en los centros de trabajo que ocupen a más de cien trabajadores,
- b) el cincuenta por ciento, en los centros de trabajo que ocupen a más de diez trabajadores y no más de cien, o
- c) la totalidad de los mismos, en los centros de trabajo de más de cinco trabajadores.

Aunque fundamentalmente es el sistema de Seguridad Social, y no al extranjero, lo que trata de proteger este delito, desde un punto de vista individual el sujeto pasivo será el trabajador al que no se le da de alta en la Seguridad Social o que carece de permiso de trabajo⁷¹⁰.

La razón, según el preámbulo de la ley, es los perniciosos efectos que presenta para las relaciones económicas y empresariales el hecho de que haya quienes producen bienes y

⁷¹⁰ ARMENTEROS LEÓN, M.: « Respuesta penal a la contratación de extranjeros sin permiso de trabajo, tras la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 7/2012», *Diario la Ley*, núm. 8029, Sección Doctrina, 22 Feb. 2013, Año XXXIV, Ref. D-74.

servicios a unos costes laborales muy inferiores a los que han de soportar aquellos otros que lo hacen cumpliendo con sus obligaciones legales en la materia, lo que distorsiona la competitividad y desincentiva la iniciativa empresarial. Lo cierto es que aunque el umbral de trabajadores es elevado para la apreciación del delito, eso no significa que dé lugar a posibles solapes entre actuaciones administrativas y penales. Estas conductas, según mi parecer, no debieran tener otra consideración que la de ilícito administrativo, si bien su incriminación por el Derecho penal supone un complemento de los mecanismos existentes y va en la línea política actual de reforzamiento de la lucha contra la inmigración irregular⁷¹¹.

El tipo infractor lo que sanciona es la contratación de un trabajador extranjero sin autorización para trabajar, lo que, en principio, presupone la existencia de una relación laboral⁷¹². Sí que es cierto que la Administración no puede decidir sobre la existencia de

⁷¹¹ Para MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevas infracciones y sanciones en materia de inmigración y extranjería: sentido y alcance de la reforma», en *Los Derechos de los Extranjeros*, *op.cit.*, p. 743, esta reforma es de sentido común, en la medida en que es conocida la preferencia del tipo penal respecto del tipo administrativo. Además recuerda que es el tipo menos grave, la infracción administrativa, la que debe ceder a la más grave, la penal, aunque ésta sea más difícil de articular en el ámbito penal.

⁷¹² No se considerará relación laboral si se trata de un trabajo familiar excluido del ámbito del ET, salvo que se demostrase el carácter de asalariado (STSJ de Andalucía, Granada, de 14 de febrero de 2000, RJCA 2000\142). En ocasiones ha sido objeto de cierta litigiosidad, en relación a la consideración de relación laboral, la actividad de alterne combinada con el ejercicio de la prostitución. En principio (DESDENTADO BONETE, A.: «Contrato de trabajo y prostitución. Una reflexión sobre la sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009», *Diario La Ley*, núm. 7238, 10 Sep. 2009) la práctica de la prostitución por cuenta ajena no podría dar lugar a un contrato de trabajo, porque el segundo inciso del núm. 1 del art. 188 CP tipifica como delito el proxenetismo, lo que determina la nulidad, por ilicitud de la causa, del contrato de trabajo para el ejercicio de la prostitución, al menos para un empleador con ánimo de lucro.

Hasta cierto punto, en supuestos en que el alterne y la prostitución son actividades ligadas tanto en su ejercicio, como en el propio programa del contrato, la afirmación de relación laboral va vinculada al relato de hechos más o menos pormenorizados y constatados por la ITSS y, lógicamente, reflejados en el acta de infracción (de precariedad probatoria del acta tacha la STSJ de Castilla-la Mancha de 3 de abril de 2008, RJCA 2000\1125), por ejemplo existencia de cuadrantes horarios con el nombre de las trabajadoras, disfrute de descansos programados, retribución por servicios, etc (sentencia TSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 20 octubre de 2005, RJCA 2006\17). En todo caso, ha de admitirse la licitud de la actividad de alterne como actividad realizada, por cuenta ajena, en régimen de contrato de trabajo, a los efectos de la legislación de extranjería, y como bien resume la sentencia del TS, sala tercera, de 7 de abril de 2003, con cita y apoyo en las de 28 de mayo de 1996, 24 de febrero de 1997, 20 de noviembre de 2000 y 25 de octubre de 2002: la actividad de alterne constituye una actividad lícita y «ni aun en la hipótesis de que dicha actividad encubra el deliberado propósito del trato carnal con el cliente, mediante precio abonado por éste, pues con independencia de la valoración ético-social que tal actividad pueda merecer, es lo cierto que no puede ser tachada de ilegal salvo que se produjera bajo circunstancias configuradoras de los tipos penales descritos como delitos relativos a la prostitución. ».

relación laboral⁷¹³, ya que son los órganos jurisdiccionales del orden social a los que les corresponde la determinación de existencia o no de relación laboral, del contrato de trabajo (art. 2 LRJS), pero parece que con la nueva regulación de la Jurisdicción social, la jurisdicción competente para conocer de las impugnaciones de las resoluciones administrativas recaídas en los procedimientos sancionadores en materia de extranjería que versen sobre tal materia, según consideración conjunta de lo dispuesto por el artículo 2.n) y el resto de dicho artículo, junto con lo establecido a efectos de materias excluidas, singularmente el apartado f) del artículo 3, ha de ser la del orden contencioso-administrativo. Por otro lado, la sujeción al conocimiento previo de la jurisdicción social, en materias reservadas al orden contencioso-administrativo, que implicaba el procedimiento de oficio previsto para los supuestos de negación de la relación laboral por el sujeto responsable en los procedimientos sancionadores, ha resultado actualmente restringido en el artículo 148 d) de la nueva ley, el cual sólo lo conserva para las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social.

Por lo tanto, habrá que concluir que el procedimiento de oficio no resulta ya procedente en los supuestos de procedimientos sancionadores en materia de trabajo de extranjeros⁷¹⁴.

Ello puede suponer cierto perjuicio al trabajador extranjero en situación irregular debido a que ante una impugnación cuestionando la existencia de contrato de trabajo, la relación laboral, el órgano judicial encargado de dirimir la cuestión no será el juez especializado en el orden laboral. Insisto en lo beneficioso que puede resultar para el trabajador extranjero en situación irregular el reconocimiento de su condición de

⁷¹³ Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 9 Febrero de. 2011, rec. 483/2010.

⁷¹⁴ Así lo ha entendido la DGITSS en Consulta de 27 de diciembre de 2011, sobre posibilidad de iniciación de procedimiento de oficio respecto de los expedientes sancionadores en materia de trabajo de extranjeros, cuando por el sujeto responsable se formulan alegaciones argumentando la inexistencia de relación laboral.

trabajador. Cuando el art. 36.5.LOEX prescribe que la carencia de la autorización de residencia y trabajo no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, quiere destacar que tales derechos han de respetarse en su integridad con independencia de las consecuencias jurídicas que la irregular concertación de la relación laboral pudiere desplegar en otros ámbitos. Y ello en tanto los trabajadores asalariados poseen los derechos que el ET y el resto de legislación laboral les reconoce, con independencia de que exista o no contrato de trabajo⁷¹⁵

El último elemento del tipo infractor es que, además, carezca de autorización para trabajar⁷¹⁶, ya que el empresario tiene la obligación de saber que si pretende los servicios de un extranjero debe proveerse de forma previa de la correspondiente autorización⁷¹⁷.

Sujeto responsable de la infracción es el empresario en la medida que sólo puede contratar a los extranjeros de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica en la materia, esto es, tiene el deber de velar porque la contratación de los trabajadores extranjeros se ajuste a los cauces formales establecidos⁷¹⁸.

3.3.1.2. Extensión de la responsabilidad empresarial a otros sujetos.

En caso en que el sujeto infractor fuera un empresario subcontratista, la LOEX determina la responsabilidad solidaria de los empresarios principal y contratista que fueran concedores del hecho de la contratación de los trabajadores extranjeros sin autorización, salvo que hubieran empleado la «diligencia debida», en el cumplimiento

⁷¹⁵ GÓMEZ NUÑOZ, J.M.: «El trabajo de los extranjeros en España: inflación normativa y déficit de derechos», *Social MES A MES*, núm. 61, marzo 2001, p.23.

⁷¹⁶ O, como señalaba en el primer capítulo, la contratación sin comunicar el alta en la Seguridad Social, dado el condicionamiento de la validez de la autorización a la comunicación de este acto de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social.

⁷¹⁷ STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 10 Abr. 2007, rec. 191/2003.

⁷¹⁸ MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «La contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo como infracción administrativa», *Actualidad Laboral*, 2001, Ref. XXXIV, pág. 601, Tomo 3.

de sus obligaciones contractuales (art.55.7 LOEX)⁷¹⁹. Esta extensión de responsabilidad no hace más que transponer el artículo 8 de la Directiva 2009/52/CE ya expresada.

El tema de la responsabilidad solidaria en Derecho Administrativo Sancionador siempre ha sido objeto de debate y polémica, sin desconocer su admisión por el TC desde 1990⁷²⁰, en donde el Alto Tribunal declaró que «no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal —en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad— que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero...». Afirmando de forma reiterada en diversos pronunciamientos que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del Ordenamiento jurídico.

En un plano estrictamente legal —la responsabilidad solidaria— tiene un reconocimiento normativo en el artículo 130.3 de la LRJAP para cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, o cuando se incumplan obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros.

Por tanto, no es inusual, en el procedimiento administrativo sancionador del orden social, que la responsabilidad trascienda a otros sujetos que no son el empresario en el marco de la relación laboral.

Paradigma de este supuesto de responsabilidad es el art. 42.3 LISOS referido a las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, donde se estaría tipificando

⁷¹⁹ En este sentido, BURGOS GINER, M.A.: «Infracciones y sanciones laborales al régimen de extranjería» en *Régimen jurídico del ...*, op.cit, p. 197.

⁷²⁰ STC 76/1990, de 26 de abril,

una responsabilidad solidaria por una infracción cometida por el empresario subcontratado, pero que, paralelamente, ha supuesto el incumplimiento de *deber anejo* impuesto al empresario principal como garante del cumplimiento por los subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 24.3 LPRL)⁷²¹. Se trata de una responsabilidad solidaria dependiente de la existencia de una infracción a cargo de las empresas concurrentes en el centro de trabajo, y su fundamento está en la obligación que se impone al empresario principal el artículo 24.3 de la LPRL, de vigilar el cumplimiento por dichos contratistas o subcontratistas de la normativa aludida. Además es una responsabilidad ligada a que el servicio contratado sea referido a la propia actividad de la empresa, limitada al período de vigencia de la contrata, sólo respecto de los trabajadores que presten servicios en los centros de trabajo del empresario principal y cuando las infracciones se hayan cometido en un concreto espacio locativo, el centro de trabajo del empresario principal.

La responsabilidad solidaria que prevé la LOEX es amplísima. Se extiende al contratista principal y subcontratistas intermedios (sin definirlos), entendiéndose que lo que se quiere instaurar es una responsabilidad *en cascada* respecto de todos los empresarios que han participado en el proceso vertical de subcontratación hasta llegar a la contratación con la empresa infractora⁷²². Por otro lado, ni el objeto de la contrata, ni la actividad de la empresa que subcontrata es determinante para su apreciación, se prescinde de si se trata o no de propia actividad⁷²³, lo que conlleva que cualquier contratación de prestación de servicios puede ser causa de incursión de responsabilidad. Y por último, es

⁷²¹ NAVARRO NIETO, F.: «La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas», *Actualidad Laboral*, núm. 18 (2005), quincena del 16 al 31 de octubre de 2005.

⁷²² CAMAS RODA, F (Coordinador): *La atribución de competencias en materia de inmigración ...op. cit.*, p. 131.

⁷²³ Algo ya tradicional en el ámbito laboral para extender la responsabilidad solidaria de pago de cuotas a la Seguridad Social o impagos salariales de los trabajadores (artículo 42 del ET).

independiente del espacio, el centro o local de trabajo en donde se produce la infracción⁷²⁴.

El contratista o subcontratista intermedios quedaran exonerados si hubieran respetado la diligencia debida definida en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Este requisito resulta un tanto enigmático, en la medida que parece eximir de responsabilidad si han sido diligentes en sus propias obligaciones, lo que chocaría con el propósito de ampliación de la responsabilidad a quienes conozcan de la situación de contratación irregular de un integrante de la cadena de contratación en que participa⁷²⁵.

Para algunos esta diligencia debida se halla en el cumplimiento de las obligaciones contractuales del art. 42 ET⁷²⁶. Por el contrario, mi opinión es que hasta la promulgación del Real decreto ley 5/2011 de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas⁷²⁷, no existía en la normativa laboral obligaciones para las empresas contratistas de prevenir esta infracción, de vigilancia o de garantía del cumplimiento de la correcta y adecuada contratación de los trabajadores de la subcontratista, ni siquiera en el sector de la construcción que cuenta con su propia normativa sectorial⁷²⁸, y en donde el cumplimiento de sus prescripciones normativas específicas pueden presuponer determinada información sobre los trabajadores aportados por las diferentes empresas que intervienen en la obra, pero en ningún caso la regularidad o no de su relación laboral.

⁷²⁴ Se puede tener la condición de contratista sin la necesidad de estar presente en el centro de trabajo donde se desarrollen las actividades laborales de los extranjeros por cuenta ajena.

⁷²⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: «Nuevas infracciones y sanciones en materia de inmigración y extranjería: sentido y alcance de la reforma», en *Los Derechos de los Extranjeros*, *op.cit*, p. 746.

⁷²⁶ En este sentido, BURGOS GINER, M.A.: «Infracciones y sanciones laborales al régimen de extranjería» en *Régimen jurídico del ...*, *op.cit*, p. 197

⁷²⁷ BOE núm. 108 de 6 de mayo de 2011.

⁷²⁸ Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

A raíz de la entrada en vigor⁷²⁹ del art. 5 de la norma de urgencia⁷³⁰, la situación cambia, se obliga a los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos o que se presten de forma continuada en sus centros de trabajo, a comprobar, con carácter previo al inicio de la prestación de la actividad contratada o subcontratada, la afiliación y alta en la Seguridad Social de los trabajadores que estos ocupen en los mismos. Esta obligación de comprobación, cuyo incumplimiento es tipificado como infracción grave en el art.22.12 de la LISOS, puede llegar a detectar la presencia de trabajadores de la subcontratista en situación irregular.

No obstante, sobre la base de que la responsabilidad solidaria solamente puede estar referida a sujetos que efectivamente hayan realizado una actuación infractora o colaborado en su realización de forma culposa o dolosa⁷³¹, mantengo que el ámbito de la responsabilidad en materia de extranjería es superior al resto de áreas del orden social, al incluir a las contratistas con independencia de la actividad que desarrollen y la permanencia o no del vínculo contractual⁷³² y que, la introducción de esta responsabilidad solidaria, y por tratarse, sin olvidar, del ámbito sancionador, debería haberse efectuado con una técnica jurídica más precisa, delimitando las obligaciones materiales del contratista y las precisas condiciones de exoneración, sin recurrir a elementos de valoración subjetiva o de difícil prueba. Por desgracia, el RELOEX no tertia, como sería deseable, en este precepto. Lo cual mantiene el nivel de inseguridad

⁷²⁹ Que se pospuso al 1 de agosto de 2012.

⁷³⁰ Sistemáticamente hubiera sido más correcta su incardinación en el art. 42 ET relativo a contratas y subcontratas, y no quedar esta obligación de forma residual en uno de los tantos Reales Decreto Leyes elaborados en el período 2011- 2012.

⁷³¹ CAMAS RODA, F.: «Responsabilidad empresarial por siniestralidad laboral», AA.VV., PUMAR BELTRÁN, N (coord.), *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, 2006, 1ª edición, p. 146, 147.

⁷³² Un ejemplo sería la figura del promotor de construcción y su responsabilidad sobre todas las contratistas y subcontratistas que intervengan en la obra de que se trate.

jurídica, hubiera desaparecido con una intervención más diligente al respecto por dicha norma⁷³³.

3.3.1.3. Sanciones previstas en la ley.

Las diferentes leyes orgánicas de extranjería y la propia LISOS prevén sanciones económicas por la contratación de trabajadores extranjeros, sanciones consistentes en multa que se han ido incrementado con el tiempo. La LO 2009 elevó la cuantía y establece sanción de multa para las infracciones muy graves que van desde 10.001 hasta 100.000 euros (art. 55.1.b. LOEX).

Es más, el importe final de la sanción a abonar por el empresario se incrementará según el número de trabajadores extranjeros que tenga contratados sin autorización para trabajar, con lo que el límite máximo de la cuantía de las sanciones (100.000 euros) no se aplica respecto de todas las ocupaciones de extranjeros que realice un mismo empresario sino respecto de cada una de ellas⁷³⁴.

La responsabilidad a exigir se inicia con el acta de infracción de la ITSS (art.55.2. LOEX) y el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor (apartados 3 y 4 del art. 55).

La LOEX sólo establece las cuantías mínimas y máximas, siendo el RELOEX (art.253) el que permite la determinación de las sanciones en los grados de mínimo, medio y

⁷³³ CABEZA PEREIRO, J.: «Art. 55. Sanciones.» en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ (dirección y coordinación), *Comentario a la ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Editorial Comares, 2012 (2ª edición), p.895.

⁷³⁴ MARTÍNEZ LUCAS, J.A.:« La contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo...», *op. cit.* , pág. 601, Tomo 3.

máximo, atendiendo a los criterios expresados anteriormente y aplicando el principio de proporcionalidad.

No obstante, la sanción al empresario no acaba con la multa económica de la normativa de extranjería, ya que fuera de esta normativa se contempla que la multa se incremente según lo establecido en el artículo 48 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, modificado por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. En el texto aprobado, en primera lectura, por el Congreso de los Diputados, la regulación contenida en este artículo se configuraba como una disposición adicional en la LGSS. La enmienda núm. 2632, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, alteró dicha regulación estableciendo la modificación normativa como un precepto específico y no incluido formalmente dentro de la LGSS, con la finalidad de «no provocar equívocos, de modo que la sanción complementaria de abonar una cuantía determinada --equivalente a las cotizaciones dejadas de ingresar--, no se entienda que generara contraprestaciones de los órganos de Seguridad Social en forma de prestaciones para el extranjero ilegalmente contratado»⁷³⁵

El incremento se estima calculando la cuantía de lo que hubiera correspondido ingresar al empresario por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios. Aunque no se puede hablar en términos estrictos de cuotas a la Seguridad Social⁷³⁶ en tanto no pueden generar, a priori, prestaciones del sistema, asombra que a pesar de que el procedimiento

⁷³⁵ MERCADER UGUINA, R: «Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004», *Relaciones Laborales*, Núm. 6, Quincena del 23 Mar. al 8 Abr. 2004.

⁷³⁶ La consulta de 20 de febrero de 2004 de la DGITSS afirma la naturaleza jurídica sancionadora (y no liquidatoria) de dicho incremento de multa y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan: Por un lado, al no tratarse de deudas por cuotas de Seguridad Social, no procede aplicar los recargos derivados de éstas y, por otro lado, el período computado para calcular su importe abarca hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios (normalmente el día de la visita), ya que al no tratarse de cuotas a la Seguridad Social, no cabría excluir los días hipotéticamente comprendidos en el «plazo reglamentario de ingreso» de las mismas.

establece⁷³⁷ que el importe correspondiente al incremento de esta sanción se recaude conjuntamente con el de esta última, las cantidades recaudadas se transfieren periódicamente a la TGSS a instancias del Ministerio de Trabajo e Inmigración, a saber, al servicio común, que tiene a su cargo la custodia de los fondos, valores, créditos y de los Servicios de recaudación de derechos y ,pago de las obligaciones del Sistema de la Seguridad Social⁷³⁸. Incluso, con anterioridad a la nueva redacción, el importe del incremento debía hacerse efectivo en la propia TGSS, al que le correspondía también su recaudación.

Lo cierto es que la introducción de esta sanción accesoria puso fin a la controversia creada en el ámbito sancionador respecto de la actuación de la inspección de trabajo, si procedía o no iniciar expediente liquidatorio de cuotas a la Seguridad Social en los supuestos de constatación de contratación de trabajadores extranjeros en situación irregular⁷³⁹. Si bien no era pausable la afiliación del trabajador se planteaba la exigencia de la cotización debida, y las actuaciones realizadas en este ámbito de la Seguridad Social no dejaron de tener cierto apoyo judicial⁷⁴⁰.

Probablemente, la intención de la introducción de este art. 48 en la ley de acompañamiento consistía en que el extranjero irregular quedase claramente apartado del sistema de Seguridad Social, al margen de los compromisos internacionales que había asumido el Reino de España en cuanto a la protección de las contingencias profesionales. En otras palabras, que las responsabilidades en materia de Seguridad

⁷³⁷ Conforme la modificación operada por la Disposición final sexta de la LPGE para el año 2010, si bien con efectos desde enero 2010 y vigencia indefinida.

⁷³⁸ Disposición adicional 2ª del REAL DECRETO-LEY 38/1978, de 18 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

⁷³⁹ En consulta de 7 de junio de 2004, la DGITSS se pronunció en contra de efectuar liquidaciones por falta de cotización por trabajadores extranjeros que presten trabajo por cuenta ajena sin encontrarse debidamente documentados, antes de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Aunque no lo explícita, se ha de entender que no es posible la liquidación, con posterioridad a esta ley, de cuotas por contingencias profesionales.

⁷⁴⁰ sentencia del TS, sala 3ª sec. 4ª de 02-12-1998

Social fueran, exclusivamente, las previstas en el precepto, equiparadas a una cuestión meramente sancionadora para la empresa⁷⁴¹.

A la hora de determinar el incremento constitutivo de la multa, la mayor dificultad que se genera en las actuaciones promovidas por la ITSS es concretar el inicio de la prestación de servicios. En primer lugar por cuanto el empresario o bien niega relación laboral o la sitúa de forma excepcional coincidiendo con el día de la visita de inspección, en segundo lugar el trabajador ante su propia situación de irregularidad y por la concurrencia de diferentes circunstancias o su propia situación de necesidad no reconoce todo el período real de prestación de servicios o simplemente no manifiesta nada. Por ello, en la práctica, el incremento supone cuantificar los costes de Seguridad Social referidos a un día de prestación de servicios.

Cuestión diferente es que la actuación derive del conocimiento por parte de la ITSS del pronunciamiento jurisdiccional de extinción de relación laboral improcedente del trabajador extranjero irregular. Aquí debo preguntarme ¿Se deberían incluir en la sanción del art. 48 los costes de seguridad social de los salarios de tramitación o sólo los correspondientes a la prestación de servicios efectiva?⁷⁴² La respuesta no es fácil, la interpretación literal del propio art. 48 remite como fecha final del cálculo del coste de seguridad social a la constatación de la finalización de la prestación de servicios, lo que en principio reconduciría tal fecha a la del despido. Por otra parte, el espíritu del incremento es encarecer la sanción y evitar de cualquier forma que el empresario

⁷⁴¹ CABEZA PEREIRO, J.: «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *Actualidad Laboral*, núm 3, 2008, Quincena del 1 al 15 Feb. 2008, p.293.

⁷⁴² Una vez reconocido el derecho a estos salarios por STS de 21 Jun. 2011, rec. 3428/2010, sobre la base de la validez y consecuente eficacia del contrato del trabajador extranjero, no puede verse éste privado de la protección inherente a dicha contratación. Y como es evidente que, en la medida en que tales salarios forman parte de la protección legal, tiene derecho a percibirlos en igualdad de condiciones que cualquier otro trabajador, extranjero o no, que haya sido despedido contrariando la legalidad.

infractor obtenga ningún beneficio⁷⁴³, y los salarios de tramitación son objeto de cotización a la Seguridad Social⁷⁴⁴ por parte del empresario que contrata regularmente.

Me inclino por la posición de que no deben quedar incluidos en la sanción adicional a pesar de la ventaja que pueda suponer para el empresario, pero el pleno sometimiento al principio de legalidad y tipicidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración supone, en definitiva, la prohibición de efectuar una exégesis y aplicación de la norma más allá de los supuestos y de los límites normativamente predeterminados⁷⁴⁵. Además, el empresario difícilmente podría alguna vez aplicarse el descuento de estos salarios por la dificultad de probar que el trabajador extranjero haya estado simultáneamente empleado en cualquier otra ocupación remunerada, considerando su ausencia de autorización para trabajar.

Además de la sanción de multa, la autoridad gubernativa podrá adoptar la clausura del establecimiento o local desde seis meses a cinco años (art. 55.6 LOEX). Incluso, si el empresario infractor es extranjero, en lugar de la sanción de multa puede aplicarse la sanción de expulsión del territorio español (art.57 LOEX), pero siempre en atención al principio de proporcionalidad. Y en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

Nuestra conclusión es que la reacción del ordenamiento jurídico sancionador frente a la contratación del extranjero en situación irregular es enérgica y disuasoria para el empresario, sobre todo desde la perspectiva de no permitirle la obtención de ventaja alguna por la utilización de sus servicios como trabajador.

⁷⁴³ BLANCO MARTÍN, J. M.: «Novedades en materia laboral contenidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2004», *Información Laboral Legislación y Convenios*, 1/2004..

⁷⁴⁴ Art. 209.6. de la LGSS.

⁷⁴⁵ ÚBEDA TARANJANO, F.E.: «La aplicación de los principios rectores del derecho penal al ámbito administrativo sancionador», *Diario La Ley*, núm. 7014, Sección Doctrina, 17 Sep. 2008.

3.3.1.4. La insólita responsabilidad administrativa laboral del trabajador extranjero en su contratación irregular.

El art. 53.1.b) de la LOEX tipifica como infracción del trabajador extranjero que se encuentre trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. Tipo infractor que se mantiene en los mismos términos desde la reforma de la LOEX llevada a cabo por la Ley orgánica 8/2000.

El tipo exige que a la falta de autorización para trabajar se sume la carencia de autorización de residencia válida. A sensu contrario, el trabajador extranjero por cuenta ajena con autorización de residencia válida y sin haber obtenido autorización administrativa previa para trabajar no incurre en infracción alguna a la normativa de extranjería, con independencia de que la contratación de su prestación de servicios sí sea sancionable para el empresario. En fin, que no queda bien delimitado el alcance laboral del tipo, pero se infiere que en el trabajo por cuenta ajena el verdadero factor de tipificación es la ausencia de permiso de residencia, y no tanto de autorización para trabajar⁷⁴⁶.

Sí en cierto modo lo que sanciona realmente esta infracción es la estancia irregular y no la ausencia de autorización para trabajar, puedo concluir que esta situación ya se encuentra tipificada en el tipo anterior⁷⁴⁷, el del 53.1. a), donde se sanciona el encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. De hecho, el TS⁷⁴⁸ no

⁷⁴⁶ GARCÍA MURCIA, J.: «El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros, ¿una ...?» *op cit.*, p.8.

⁷⁴⁷ En este sentido, BURGOS GINER, M.A.: «Infracciones y sanciones laborales al régimen de extranjería» en *Régimen jurídico del ...*, *op.cit.*, p. 193.

⁷⁴⁸ Vid, entre otras, Sentencias del TS de 9 de marzo de 2007 (rec. 9887/2003); de 19 de julio de 2007 (rec. 1801/2004) y de 24 de junio de 2008 (rec. 1320/2005).

piensa que desempeñar una actividad profesional tenga una connotación desfavorable a la hora de graduar la sanción u optar entre expulsión y sanción por permanencia ilegal.

De cualquier manera, si el trabajador extranjero no cuenta con autorización de residencia no podrá contar con autorización para trabajar, ya que por regla general la autorización de trabajo se concede conjuntamente con la de residencia (art. 36.1. LOEX).

No entraré en la deficiente técnica legislativa de la normativa de extranjería y los problemas interpretativos y aplicativos que crea, ya que lo que realmente deseo destacar es como la reforma del año 2009 ha alterado- y a mi parecer directamente perturbado- la relación de sujetos responsables en la esfera sancionadora laboral. En síntesis, la modificación deriva de que en unos determinados tipos infractores de la LOEX, principalmente me refiero por su gravedad al del art. 53.1.b) señalado, se incluye al trabajador extranjero como sujeto responsable en el ámbito laboral por el hecho de su propia contratación, otorgando a la ITSS la facultad de iniciarle un expediente sancionador.

Ser sujeto responsable de una infracción, es una figura clave del procedimiento administrativo sancionador, puesto que en definitiva es quien resulta imputado en el mismo, quien es objeto de las correspondientes actuaciones administrativas en orden a sancionar su conducta, a quien corresponde rebatir los cargos que contra él se formulen, y quien resulta tutelado mediante la garantía efectiva de los derechos para su defensa en el seno del propio procedimiento sancionador⁷⁴⁹.

Dicho esto, y partiendo de que la LOEX no hace una delimitación concreta de los posibles sujetos responsables, únicamente la referencia genérica a los que sean autores o participen en cualquiera de las infracciones que la norma relaciona (art.51.1.), la actual redacción del artículo 55, dada por la reforma del año 2009, consigna que en los

⁷⁴⁹ MINONDO SANZ, J. *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, edita Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

supuestos calificados como infracción leve del artículo 52.c), d) y e), graves del artículo 53.1.b), y 53.2.a), y muy grave del artículo 54.1.d) y f), el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social.

La diferencia con la anterior redacción estriba en que el tipo del 53.1. b), el único antes de la reforma perteneciente al ámbito laboral en que podía incurrir el trabajador extranjero, llevaba la coletilla de «cuando se trate de trabajadores por cuenta propia», con clara exclusión del campo de la vigilancia laboral al trabajador extranjero por cuenta ajena. A partir de la reforma del 2009, la situación es totalmente diferente, el trabajador extranjero por cuenta ajena se convierte en sujeto responsable del procedimiento sancionador laboral a iniciar por la ITSS.

Desconozco el motivo, alcance y significado que se ha querido dar a la modificación, nada dice en su preámbulo la LO 2/2009, pero estoy en condiciones de afirmar que el cambio choca con uno de los tradicionales principios tácitos, y hasta ahora innegables, del ámbito sancionador del orden social, en los que el trabajador por cuenta ajena solamente figura como sujeto responsable de la infracción cuando es beneficiario o pretende serlo de una prestación pública, y además nunca las sanciones a ellos impuestas revisten el carácter de multa⁷⁵⁰.

Lo que sí es apreciable de forma objetiva es un cierto vaivén legislativo. Siguiendo al profesor ROJO TORRECILLA⁷⁵¹ y su repaso histórico, el borrador del actual Reglamento presentado en público el día 8 de febrero de 2011 recuperó el texto del RD 2393/2004 y volvía a añadir la coletilla de *cuando se trate de trabajadores por cuenta propia*, lo que acotaba la infracción a este tipo de trabajadores, y así se publicó el 30 de

⁷⁵⁰ Una especie de dogma en las normas sancionadoras del orden social, según GARCÍA MURCIA, J.: «El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros, ¿una duplicidad...?, *op.cit.*, p.6.

⁷⁵¹ ROJO TORRECILLA, E.: « La corrección de errores del Reglamento de extranjería..., y otras «correcciones» jurídicas ¿De forma o de fondo?» Texto publicado en el blog del autor: <http://eduardorjoblog.blogspot.com/> (última consulta, 6 de octubre de 2012)

abril de 2011⁷⁵² (art. 254). Pero con la corrección de errores publicada el 18 de junio de 2012, el cambio vuelve a ser sustancial: En la página 43988, en el artículo 254.1, donde dice: «... 53.1.b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y 53.2.a); y muy graves del...», debe decir: «... 53.1.b) y 53.2.a); y muy graves del...», lo que hace que vuelva a desaparecer la alusión al tipo de trabajadores por cuenta propia, incluyendo a todo tipo de trabajadores. Por cierto, la corrección de errores no ha alcanzado al artículo 254.5, su redacción no ha sufrido ninguna modificación, siendo así que el tercer párrafo dispone que: «En los casos de infracción prevista en los artículo 53.1 b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y del artículo 54.1.d) y f), cuando el empresario infractor sea extranjero, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en el acta de infracción se hará constar expresamente que en virtud de lo establecido en el artículo 57.1 de la referida Ley Orgánica el órgano competente para resolver podrá aplicar la expulsión de territorio español en lugar de la sanción de multa». Ello me lleva a entender, a sensu contrario, que cuando se trate de trabajador por cuenta ajena, en el acta de infracción no se hará constar la sanción alternativa, y a reafirmarme en la incoherencia legislativa del procedimiento de infracciones y sanciones, pero no sin más a excluir de la LOEX al trabajador extranjero por cuenta ajena del procedimiento inspector.

En resumen, el reglamento, una vez modificada su redacción, mantiene total coherencia y subordinación al cambio que supuso la reforma del 2009. Singular es alguna posición doctrinal que sigue manteniendo que en la infracción del art. 53.1.b), el sujeto infractor es únicamente el extranjero que se encuentra trabajando por cuenta propia⁷⁵³, o que la sanción será impuesta de acuerdo con el procedimiento para la imposición de infracciones del orden social sólo cuando la conducta la desarrolle un trabajador por cuenta propia⁷⁵⁴.

⁷⁵² BOE núm. 103 de 30 de abril de 2011 (p. 43988)

⁷⁵³ BURGOS GINER, M.A.: «Infracciones y sanciones laborales al régimen de extranjería» en *Régimen jurídico del ...*, op.cit, p. 193.

⁷⁵⁴ BOZA MARTÍNEZ, D.: «Régimen de infracciones y sanciones. La nueva regulación de la expulsión», en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F., MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la*

Ciertamente señalar que tampoco la infracción grave del art. 53.1.b) es la única infracción de orden laboral en que la reforma del 2009 de la LOEX determinó la exigencia de responsabilidad por parte de la ITSS al trabajador extranjero por cuenta ajena, también éste será sujeto responsable, si bien por infracción leve, cuando se encuentre trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por su autorización de residencia y trabajo de la que se es titular (art. 52.d), infracción que no existía con anterioridad a la ley orgánica 2/2009 y respecto de la cual el RELOEX nunca ha añadido la adición de la expresión «por cuenta propia». Parece, en consecuencia, que queda determinada la intención del legislador del 2009 de incluir al trabajador por cuenta ajena como sujeto responsable.

Disiento de esta ampliación de la competencia sancionadora de la ITSS por diferentes motivos, pero el principal es que se prima y potencia la estricta vigilancia de la regularidad del trabajo de extranjeros, en contradicción del enfoque y las premisas de la OIT, manifestadas a través de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), en el Estudio General de 2006, que señaló que la principal obligación de los inspectores del trabajo es proteger a los trabajadores y no velar por el cumplimiento de las leyes de inmigración.

Efectivamente, en el informe III de la Conferencia internacional OIT núm. 95⁷⁵⁵, esta Comisión revela que en algunos casos hay un volumen particularmente importante de actividades de inspección tendentes a controlar la regularidad de condición jurídica a la luz del derecho a la inmigración. Y a este respecto, la Comisión señala la necesidad de asegurar que, de conformidad con el artículo 3, párrafo 2, del Convenio núm. 81, y el artículo 6, párrafo 3, del Convenio núm. 129, no se encomiende a los inspectores del trabajo ninguna otra función que no tenga por finalidad la aplicación de las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores. Y concluye con la afirmación, de que la función de control de la legalidad del empleo

inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la ley 12/2009, tiranch lo blanch, 2010, p. 478.

⁷⁵⁵OIT, <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/> (última consulta 31 de octubre de 2012)

debe tener por corolario el restablecimiento de los derechos que la legislación garantiza a todos los trabajadores para ser compatible con el objetivo de protección de la inspección del trabajo, que sólo se puede alcanzar si los trabajadores amparados están convencidos de que la vocación principal de la inspección es velar por el respeto de la legislación relativa a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores.

Difícilmente los trabajadores extranjeros podrán alcanzar esa percepción si el órgano que ha de intentar custodiar sus derechos puede ejercer contra ellos su potestad sancionadora, lo que se traduce en dificultades de orden práctico como es la escasa o nula, generalmente insuficiente, colaboración de los trabajadores extranjeros para la detección de situaciones de abuso o explotación laboral. Resulta absurdo pensar que cooperarán con la Inspección de Trabajo, si como consecuencia del objeto de su denuncia pueden ser sancionados por el propio organismo al que acuden y sobre la base de los hechos que ellos mismos han revelado⁷⁵⁶.

Ello podría dejar sin operatividad alguna, ya de por sí de muy escasa aplicación, la posibilidad de obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales para las personas que colaboren con autoridades públicas tal y como recoge el art. 127 y ss del RELOEX.

En relación con esta posibilidad, la DGITSS en la instrucción 5/2006⁷⁵⁷, no derogada a pesar de la entrada en vigor del nuevo RELOEX, ha considerado que la Inspección de Trabajo es autoridad administrativa capaz de instar ante las autoridades competentes la autorización de residencia para los extranjeros que hayan colaborado con la Inspección.

⁷⁵⁶ Dilema similar se vive en otros países, BRIANTAIS, E.: «L'inspecteur n'est pas un flic», <http://www.gisti.org/spip.php?article2656>. El artículo expresa como los agentes de control de la inspección del trabajo francesa debe afrontar la difícil cuestión de compaginar su trabajo por los derechos del empleado en un marco más general de cierre del mercado de trabajo para el extranjero ¿Qué hacer cuando su control puede tener como resultado el despido de trabajadores o la expulsión de trabajadores indocumentados.

⁷⁵⁷ Instrucción núm. 5/2006 sobre la actuación a realizar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en relación con el arraigo laboral de los trabajadores extranjeros, colaboración con autoridades administrativas, cambio de actividad y ámbito geográfico de los trabajadores con autorizaciones de residencia y trabajo, y altas en la Seguridad Social de los que carecen de éstas.

Pero si al ya marcado carácter restrictivo de la Instrucción, principalmente en lo concerniente a los criterios de valoración como auténtica conducta de colaboración del extranjero para el inicio del procedimiento de autorización, se le suma la posibilidad de sancionar al extranjero colaborador, queda patente la inviabilidad del recurso a esta vía excepcional de autorización⁷⁵⁸.

Siguiendo con lo expuesto, y una vez reconocida mi discrepancia, opino que el cambio normativo entra en franca contradicción con el art. 2 de la LISOS, el cual al definir y delimitar los sujetos responsables de las infracciones, determina, de forma clara y sin riesgo de equivocación en la interpretación, que son *los empresarios y trabajadores por cuenta propia respecto de la normativa sobre trabajo de extranjeros* (2.5.).

Conforme se ha desarrollado la práctica administrativa ya expuesta de exigencia de responsabilidad en materia de extranjería, sostengo, a pesar de las notas informativas de la DGITSS, que el capítulo IV de la LISOS, a falta de una derogación expresa, ha quedado totalmente inactivo. Entiendo superadas ya las teorías doctrinales que sostenían que los fundamentos de una y otra normativa era diferente, y que el art. 37.1 LISOS, sobre utilización de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo está pensado para los casos en que los empresarios, al contratar a trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (y completar con ello el tipo del art. 54.1d) de la Ley de extranjería), incumplieran además sus obligaciones laborales mínimas con ellos⁷⁵⁹, hipótesis que encontraban cierto amparo en algunos pronunciamientos judiciales⁷⁶⁰. Hoy, las

⁷⁵⁸ Como señala PAJARES, M, en *Inmigración irregular en Cataluña: análisis y propuestas*, CERES, 2004, p.54: «La normativa de extranjería nunca ha facilitado la lucha contra el empleo sumergido de inmigrantes en situación irregular, ya que los más perjudicados de las actuaciones de la Inspección podían ser los trabajadores si eran expulsados de España. Eso ha provocado que los primeros en esconderse ante la presencia de la Inspección hayan sido esos trabajadores, y apenas se haya podido contar con su colaboración».

⁷⁵⁹ CAMAS RODA, F.: « La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjero... », *op. cit.*, p.19.

⁷⁶⁰ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 7 septiembre de 2001, rec. 57/2001J y del también Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de 18 de septiembre de. 2001, JUR 2001/293984, que estimaban que si la LO 4/2000 no había derogado la LISOS es, entre otras cosas, porque se trata de normas que tienen ámbitos materiales absolutamente distintos aunque en el tema de contratación de extranjeros ambas incidan. En contra la STSJ de Cantabria de 18 de junio de 2004, rec 70/2004, que da pleno valor a la Instrucción 101/2001, de la DGITSS que establece que a partir de la

sanciones administrativas en materia de trabajo de extranjeros se encauzan a través de la normas de extranjería y no de los tipos infractores de la LISOS, y así parece haber quedado confirmado por el RD 306/2007, de 2 de marzo señalado y por el que se actualizan las cuantías de las sanciones establecidas en la LISOS.

Sentado lo anterior, cabe preguntarse sobre la virtualidad del art. 2.5. LISOS en el procedimiento sancionador de extranjería y su prevalencia respecto de la LOEX. Pues bien, aún entendiendo que el texto refundido de la LISOS integró debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas las disposiciones legales relacionadas con las infracciones y sanciones en el orden social y, que en su tarea refundidora, efectuó una enumeración exhaustiva de los distintos sujetos responsables de las infracciones, determinación que se realizó en función de los distintos tipos sancionadores y esencialmente teniendo en cuenta el sector o ámbito material del ordenamiento laboral al que se refiere⁷⁶¹, postulándose claramente en el sentido de que la responsabilidad en las infracciones de trabajo de extranjeros no alcanzaría al trabajador extranjero por cuenta ajena⁷⁶², resulta extremadamente difícil y, porque no, algo desolador, dar valor interpretativo a un precepto que se enmarca exclusivamente en las infracciones contempladas en la propia ley.

Completa esta interpretación que el art. 55.2 de la LOEX cuando habla del procedimiento para la imposición de estas sanciones, se remite directamente a lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, y éste no es otro que el regulado en el RD 928/1998, de 14 de mayo, el cual no contiene ninguna especialidad procedimental en materia de extranjería. Para este reglamento procedimental, los sujetos responsables son varios (art.3): tanto quienes puedan resultar

entrada en vigor de la Ley 8/2000, las infracciones que se comprueben por la Inspección de Trabajo en materia de trabajo de extranjeros, serán perseguidas aplicando los tipos de los arts. 52 c) y 53 b) de dicha Ley, cuando se trata de trabajadores por cuenta propia y el 54.1.d) cuando se trate de empresarios que contraten trabajadores por cuenta ajena sin permiso de trabajo.

⁷⁶¹ MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C, en «Notas al nuevo Texto Refundido de la Ley de Infracciones ...I», *op. cit.*, p. 1059, Tomo 2.

⁷⁶² Ya la ley 8/1988, de 7 de abril, con vigencia hasta 1 de enero de 2001, identificaba como sujetos responsables sólo al empresario y al trabajador por cuenta propia.

imputados a tenor de lo establecido en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, como en la Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en cualesquiera otras leyes del orden social. En resumen se elude la técnica de listado⁷⁶³ y se realiza un reenvío global a lo establecido en la legislación sustantiva y a la sancionadora en el orden social⁷⁶⁴, entre las que hay incluir la LOEX en lo relativo a sus aspectos laborales.

En todo caso entiendo que el debate jurídico no está cerrado. La exigencia de responsabilidad del trabajador extranjero por su contratación no es acorde con la perspectiva de igualdad de derechos que debería regir en su condición de trabajador. Además, las diferencias entre la contratación regular y la irregular deben repercutir de un modo prácticamente *exclusivo* en la parte empleadora, de tal manera que la legislación vinculante y sancionadora constituya un elemento lo suficientemente coercitivo como para que desista de hipotéticos empeños de hacer dumping social a costa de las personas nacionales de Estados extracomunitarios⁷⁶⁵. No debe olvidarse que una de las bases sobre las que siempre se ha sustentado el Derecho del trabajo es la consciencia de que en la relación jurídico-laboral existe un desequilibrio entre sus titulares y, precisamente, la mayoría de sus prescripciones van dirigidas a su corrección. Una de las múltiples manifestaciones que se encuentran en torno a este carácter tuitivo es que el trabajador por cuenta ajena, a pesar de vulnerar con su conducta las normas del Derecho del Trabajo⁷⁶⁶, o bien directamente no es sujeto responsable o bien no es objeto de sanción económica consistente en multa. Con los trabajadores extranjeros este panorama cambia totalmente, desde el momento que se otorga la competencia de sancionar a la Inspección de Trabajo, el trabajador extranjero será sancionado no por su

⁷⁶³ Técnica a la que recurre la LISOS mediante la relación de los diferentes sujetos responsables según el ámbito de incumplimientos.

⁷⁶⁴ MINONDO SANZ, J. *Fundamentos de la ...*, op. cit, p. 337.

⁷⁶⁵ CABEZA PEREIRO, J., MENDOZA NAVAS, N., *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Bomarzo, 2008, p. 255.

⁷⁶⁶ Un trabajador que tiene un accidente de trabajo por no utilizar o utilizar incorrectamente un equipo de protección individual del que dispone, nunca será sancionado administrativamente a pesar de que incumple una obligación para él establecida en la LPRL.

condición de irregularidad en su estancia o residencia en el país, sino en su condición de trabajador.

Como reflexión final en torno a este aspecto, apuntar que cabe la posibilidad de que el embrollo sancionador no sea más que un olvido o despiste del legislador, aunque la corrección de errores del RELOEX parece dirigirse a una idea que ha sido objeto de cierta reflexión. Curiosamente, este importante cambio no ha tenido reflejo alguno en la actividad sancionadora de la ITSS, bien por falta de instrucciones en este sentido de la DGITSS⁷⁶⁷, lo que no debería paralizar el cumplimiento de la ley por parte de los funcionarios, bien por desconocimiento, inercia en la actividad, o bien por posicionamientos particulares contrarios a la reforma efectuada.

3.3.2. El inicio de expediente sancionador en materia de seguridad y salud laboral como instrumento o documento para una modificación de la situación irregular del trabajador.

Ya he expresado la improcedencia de utilizar los mecanismos preventivos de actuación inspectora ante el riesgo para la seguridad y salud en el trabajo del trabajador extranjero en situación irregular, básicamente, por la extinción inmediata o muy próxima en el tiempo de la relación laboral.

Tampoco hay especialidad alguna en la actividad sancionadora en seguridad y salud laboral por tratarse de un extranjero en situación irregular, ni debería haberla desde esta perspectiva de igualdad de derechos que rige en esta materia. La LISOS no discrimina en función de la naturaleza regular o irregular de la relación.

Lo que interesa aquí no es un análisis del procedimiento sancionador en prevención de riesgos laborales, sino si convendría adaptar la actuación inspectora ante la situación

⁷⁶⁷ Como hecho anecdótico señalar que el programa de aplicación informática de la ITSS, denominado INTEGRA, deslinda en sus claves de actuación inspectora si ésta es referida a autorización de trabajo por cuenta propia o cuenta ajena. En esta última, la descripción que hace de los tipos infractores son referidos exclusivamente a los tipos en los que el único sujeto responsable es el empresario, no incluye aquellos como el 52.d) o el 53.1.b) en los que el infractor es el trabajador extranjero por cuenta ajena.

irregular del trabajador, intentado obtener su declaración real, su testimonio, sobre su propia situación de riesgo o desprotección.

Es una cuestión de buenas prácticas inspectoras, no de modificaciones legales en el procedimiento inspector, pero de especial importancia si realmente quiere protegerse al trabajador antes estas situaciones, reducir la siniestralidad laboral del colectivo e, incluso, regularizar la situación del trabajador ante supuestos de desprecio absoluto a la salud, seguridad e integridad del trabajador.

Ello requiere, en primer lugar, un buen conocimiento por parte de la ITSS de la normativa de extranjería, no sólo de los aspectos de lucha contra la irregularidad a través del procedimiento sancionador, que ya se presupone, sino también de los dispositivos legales que permitan regularizar la situación del trabajador extranjero y qué intervención se puede tener en ello. Debe intentarse que, ante la ausencia de regulación de instrumentos jurídicos para los trabajadores extranjeros que sin haber cometido ningún delito, ni poseer las correspondientes autorizaciones administrativas para trabajar, sean explotados por el empleador en lo relativo al sufrimiento de condiciones de grave riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, sobre los que además puede recaer la sanción de expulsión⁷⁶⁸, el acta de infracción pueda tener un valor suficiente.

También ha de evitarse la rigidez en la actuación de la Inspección de Trabajo que raye en el automatismo directo de iniciar el expediente sancionador ante cada infracción advertida⁷⁶⁹. Cuando se inicia una actuación inspectora mediante visita, si bien no puedes asegurar en ese momento la situación de regularidad de los trabajadores, su comportamiento, sus manifestaciones o las del propio empresario, suelen ser suficientemente reveladoras de la realidad de la condición administrativa del trabajador. Es en esta fase en que la actividad inspectora entra en el campo de la investigación con

⁷⁶⁸ CAMAS RODA, F.: «Inmigración y seguridad y salud laboral», en *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo (2005), p. 179.

⁷⁶⁹ VÁZQUEZ MATEO, F.: «Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva», *Relaciones Laborales*, núm. 12, Quincena del 23 Jun. al 8 Jul. 2008.

elementos y características en parte similares a las de la instrucción penal⁷⁷⁰, donde debe recabarse el testimonio del trabajador extranjero en situación irregular, donde debe reconstruirse, aparte de la constatación directa de los hechos, su realidad en cuanto al respeto de su derecho a la seguridad y salud en el trabajo: si ha recibido algún tipo de formación, información, capacitación adiestramiento, puesta a disposición de equipos de protección individual, etc. Y ello aún siendo consciente de la posterior dificultad en mantener en fase posterior del procedimiento la certeza de los mismos, máxime si los propios trabajadores que hicieron tales manifestaciones las niegan después o documentan, los empresarios, una realidad diferente, como un documento de entrega de equipos de protección firmado por el propio trabajador y al que se le data de una fecha anterior a la visita inspectora. Aunque no deja de existir una línea judicial importante que da cierto valor probatorio a estas declaraciones espontáneas, incluso aunque se intenten desvirtuar vía documento notarial⁷⁷¹.

Es en esta fase del procedimiento inspector, de las actuaciones preparatorias previas, donde debería informarse al trabajador, sobre la base de la función de asistencia técnica, del valor de su testimonio, de sus declaraciones y la posibilidad de que las mismas fueran consideradas a los efectos de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades públicas (art. 127 RELOEX). Y en esta dirección va la Instrucción DGI/SGRJ/06/2006⁷⁷², sobre autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, por colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que especifica que la actividad de colaboración con las autoridades podrá consistir en la denuncia o en la prestación por el extranjero de testimonio relevante o datos o materiales indispensables para el curso del procedimiento administrativo sancionador en materia de trabajo y seguridad social.

⁷⁷⁰ PÁRAMO MONTERO, P.: «Prueba e instrucción de las actas de Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-208, tomo 4, Editorial LA LEY.

⁷⁷¹ Sirvan como ejemplo, las sentencias de TS de 6 y 20 de abril de 1995 (rec. 5256/1990, rec. 5262/1990 respectivamente) y sentencia TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 26 de Julio de 2006, rec. 1655/2005.

⁷⁷² Instrucción que continúa vigente de acuerdo con la Instrucción DGI/SGRJ/2/2011, sobre la vigencia de instrucciones, circulares y oficios elaborados por la Dirección General de Inmigración, a partir de la entrada en vigor del reglamento de la LOEX.

Más restrictiva es la Instrucción 5/2006, de 5 de junio, de la DGITSS que exige que la colaboración debe suponer un valor añadido a la actuación de la ITSS, de tal forma que posibilite no sólo la detección de situaciones de irregularidad en el cumplimiento de la normativa de extranjeros y del resto de la normativa laboral relacionada con ellos, sino que además las irregularidades detectadas han de tener especial trascendencia. Se exige, que el testimonio sea relevante o que los datos o materiales sean indispensables para el curso del procedimiento sancionador en materia de trabajo y seguridad social. El matiz entre la exigencia de la «esencialidad» de la norma legal y la «indispensabilidad» de la regulación administrativa es importante, exigiendo un alto nivel de esencialidad que no es otro que, prácticamente, convertirlo en el nudo gordiano de la investigación⁷⁷³.

En definitiva no deja de haber un amplio margen de discrecionalidad de la Administración para la decisión, al que se le une la presencia de conceptos jurídicos indeterminados como el de *datos esenciales*. La inseguridad jurídica puede acrecentar la reticencia de las personas extranjeras a cooperar, pues la colaboración con las autoridades competentes sin la posterior obtención de los beneficios previstos, supone un aumento de la vulnerabilidad de la víctima ya que puede ser objeto de futuras represalias⁷⁷⁴.

Sinceramente, no concibo que en el campo de la seguridad y salud laboral cualquier irregularidad no pueda tener especial trascendencia y constituir dato esencial su revelación si repercute de forma directa o indirecta en la vida e integridad del trabajador. Siguiendo un camino lógico, totalmente corroborado por la experiencia profesional, el empresario que contrata a un trabajador en situación irregular, no realiza actuación alguna que visibilice esa relación laboral, no comunica su incorporación al servicio de prevención para que éste desarrolle actividades preventivas, no acude a una

⁷⁷³ VICENTE PALACIO, A.: «Art. 59. Colaboración contra redes», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ (dirección y coordinación), *Comentario a la ley y al Reglamento de Extranjería*, ..., *op. cit.*, p.948 .

⁷⁷⁴ DÍAZ MORGADO, C.V.. «La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas», AA.VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F., MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, *op. cit.*, p. 347.

entidad formadora para impartirle formación, ni solicita la revisión de su estado de salud, ni, por supuesto, su contratación obedece a su cualificación o capacitación profesional. Por tanto, entiendo que el testimonio inicial es fundamental y así debe ser interesado por la ITSS al trabajador extranjero, a ser posible sin la presencia mediata del empresario.

El siguiente paso es que el acta de infracción que inicie el expediente sancionador incluya el relato minucioso del trabajador en lo relativo a sus condiciones de seguridad y salud, tanto a efectos de veracidad y validez ante una eventual impugnación, como a efectos de que el trabajador acredite documentalmente su aportación testimonial y colaboradora para el inicio del procedimiento de autorización de residencia.

Pero a veces, la actuación de la ITSS no acaba con la elaboración del acta de infracción, ya que ésta puede ser remitida al Ministerio Fiscal para que se inicie el procedimiento penal correspondiente en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral. El procedimiento se recoge en la citada Instrucción 1/2007, de 27 de febrero, sobre profundización en las relaciones entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Fiscalía General del Estado en materia de ilícitos penales contra la seguridad y salud laboral, y obliga al titular de la Jefatura de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social a remitir siempre al Fiscal Jefe, una serie de expedientes sancionadores, entre otros y principalmente los que incorporen infracciones muy graves, graves en las que se infiera una inobservancia, por el empresario, general y sistemática de la normativa de prevención de riesgos laborales, incumplimiento de órdenes de paralización, y también las extendidas como consecuencia de la vulneración de la normativa de prevención de riesgos laborales relativa a la protección de trabajadores especialmente sensibles. Circunstancia que concurrirá en un elevado número de supuestos de ocupación irregular, tal y como se exponía en el capítulo segundo, siempre que de ello se derive en un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los

trabajadores, determinando esta inminencia sobre criterios de experiencia, de lógica y puramente técnicos⁷⁷⁵.

En cualquier caso no son listas cerradas y cabe la remisión al Ministerio Fiscal de todas las actuaciones sancionadoras relacionadas con trabajadores extranjeros en situación irregular de las que se desprenda una posición de abuso por parte del empresario, por incumplimientos absolutos o relativos de sus obligaciones preventivas básicas con y para el trabajador. Por la vía del art. 3 de la LISOS cabe una colaboración con la fiscalía que vaya más allá de la persecución de los tipos específicos de seguridad y salud laboral, llegando a incluir al tipo del art. 312.2. del CP. No obstante, y pesar de estar ante un plano tan sensible como la salud y la integridad del trabajador, siempre será necesario para la concurrencia de este tipo el plus de incumplimiento, de inobservancia añadido⁷⁷⁶. En muy pocas ocasiones se ha considerado delito la existencia de una única infracción a las normas de prevención de riesgos laborales⁷⁷⁷, y cuando éste se aprecia, generalmente unido a la existencia de un accidente de trabajo, el delito contra los derechos de los trabajadores queda absorbido por otra figura delictiva⁷⁷⁸.

Comparto, como no podría ser de otra manera, la necesidad y la eficacia de la intervención penal en el ámbito de la prevención de riesgos laborales⁷⁷⁹, dada la importancia de los bienes jurídicos en juego- vida y salud de los trabajadores- y su relevancia social⁷⁸⁰, pero, verdaderamente, en cuanto garantía y protección del derecho a la seguridad y salud a los trabajadores extranjeros en situación irregular, el inicio de la vía penal no supone automáticamente ninguna mejora respecto de su situación

⁷⁷⁵ Sentencia TS de 12 de noviembre de 2001, (rec. 3173/1996)

⁷⁷⁶ No bastará poner de manifiesto deficiencias en cuanto a higiene en el trabajo, ya que no son suficientes para evidenciar condiciones de alojamiento en régimen gravemente denigrante, que es lo que el tipo penal requiere (sentencia AP de Huelva, de 28 Junio de 2006, rec. 115/2006)

⁷⁷⁷ Como por ejemplo, la falta de formación del trabajador extranjero (sentencia de la AP de Madrid, de 6 de Noviembre de 2006, rec. 1/2006).

⁷⁷⁸ Audiencia Provincial de La Rioja, Sentencia de 2 Feb. 2007, rec. 261/2006.

⁷⁷⁹ HORTAL IBARRA, J.C. *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, 2005, p.83

⁷⁸⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M, ALCALÉ SÁNCHEZ, M, GALLARDO GARCÍA, R.M. *Siniestralidad laboral. Un análisis criminológico y jurisprudencial*, UCA, 2005, p. 19.

administrativa. El art. 126 del RELOEX en cuanto autorizaciones por circunstancias excepcionales, si bien incluye el tipo del art. 312 CP, sólo contempla la autorización de residencia al extranjero por razones humanitarias cuando haya recaído resolución judicial finalizadora del procedimiento judicial en la que se establezca, precisamente, su condición de víctima.

4. LA PROTECCIÓN SOCIAL DEL EXTRANJERO EN SITUACIÓN IRREGULAR RESPECTO DEL ACCIDENTE DE TRABAJO Y ENFERMEDAD PROFESIONAL.

A lo largo de este apartado, nuestro estudio se centra en la protección dada al trabajador en un contexto de análisis en que ya se ha materializado el riesgo a la seguridad y salud en el trabajo, es decir una vez acaecido el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Indudablemente, he de hablar de protección social y de sus posibles limitaciones o exclusiones legales por el hecho de la situación irregular del trabajador, lo que conjuga el análisis tanto de la normativa de extranjería como del ordenamiento de la Seguridad Social. Pero no sólo desde el enfoque legal, sino también desde el real, dado que el conocimiento profesional y, a menudo, el mediático revelan intentos de ocultación de estas contingencias en un camino de elusión de responsabilidades empresariales.

Ello en un entorno que, como ya anoté anteriormente, ahora es más restrictivo por la limitación del acceso a la sanidad del colectivo y en el que todavía, tras más de dos décadas de inmigración, no se ha conseguido articular los medios necesarios para que los inmigrantes conozcan en toda su amplitud los derechos que les corresponden.

En relación con la LOEX, los preceptos básicos son el art. 10, 14 y el 36.5. Preceptos que no son precisamente paradigma de la claridad, habiendo dejado las sucesivas reformas de la normativa de extranjería la oportunidad de abordar con determinación y precisión esta cuestión, lo que abre la puerta a posibles interpretaciones excesivamente restrictivas del derecho a prestaciones de los extranjeros en caso de contingencias

comunes⁷⁸¹. Tampoco la interpretación sistemática de los preceptos de seguridad social relativos a prestaciones y extranjeros en situación irregular, determinan con exactitud las prestaciones de seguridad social a las que tiene derecho este colectivo, advirtiéndose incluso cierta contradicción en sus propias expresiones.

Todo ello lo pondré de manifiesto seguidamente, y como viene siendo habitual desde la vertiente legal aderezada con el planteamiento práctico, incluso real.

4.1. La Protección por contingencias profesionales del trabajador irregular.

El fundamento, en general, de la protección que otorga el Sistema de Seguridad Social a través de sus prestaciones se basa en la posibilidad que aparezca un riesgo o peligro que impida al trabajador el desempeño de su labor ordinaria de trabajo, o bien que suponga un aumento de los gastos, es decir encontrarse en una situación de necesidad⁷⁸².

En esta situación se encuentra el trabajador extranjero sin autorización de residencia y trabajo, al igual que el nacional, cuando el riesgo se concreta. Cabría pensar en buena lógica que las prestaciones a las que tiene derecho son todas las que deriven de la relación de trabajo efectuada (esto es, como si se tratará un extranjero en situación regular), si se parte de la premisa de que la falta de autorización no puede justificar tratos desiguales en la relación de trabajo⁷⁸³. Pero de lo que no cabe duda es que el Sistema de la Seguridad Social, en tanto servicio público, establece reglas de acceso al régimen de prestaciones diferenciando en razón o no de una estancia regular o irregular y de un trabajo declarado o no. Sin embargo, en actualización de contingencias

⁷⁸¹ MARTINEZ BARROSO, M.R, TASCÓN LÓPEZ.R.: «El extranjero “sin papeles” ante los riesgos profesionales (a propósito de una doctrina recientemente unificada por las sentencias del tribunal supremo de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la “ley de extranjería”)», *Información Laboral*, Jurisprudencia, núm. 14 (2003).

⁷⁸² FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. , *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2ª edición (2009), p. 66-67.

⁷⁸³ RAMOS QUINTANA, M.I.: «La aclaración legal del alcance de la protección social del trabajador extranjero irregular. Especial referencia a la protección por desempleo», en en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTINEZ, L.A., (Dtor y Coord), *Los derechos de...,op.cit*, p. 645.

profesionales, la circunstancia de la situación administrativa es irrelevante, y la condición de trabajador se superpone a la de regularidad o no.

4.1.1. *La indeterminación de la legislación de extranjería.*

Las condiciones de acceso a la acción protectora de la Seguridad Social para los extranjeros vienen configuradas en el art. 10.1. LOEX, limitada a los que reúnan los requisitos previstos en la propia ley y en las disposiciones que la desarrollen. Precepto que ha de relacionarse con el art. 14 de la misma ley, que reconoce a los extranjeros residentes el derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. Al hablar de residentes, el pronunciamiento de igualdad se acota a los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir (art. 30.1. bis), lo que excluye a los extranjeros sin autorización. No obstante, el apartado 3 del art.14 concede a los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. La noción de prestación básica no tiene reflejo en la Seguridad Social aunque hay coincidencia en que el legislador podría referirse esencialmente a los servicios sociales⁷⁸⁴ Aunque no se haga una relación exacta de cuáles son estos servicios y prestaciones sociales básicas, sin duda se trata de *asistencia social*⁷⁸⁵ que, como materia competencia de las CC.AA dictadas al amparo del art. 148.1.20 CE, quedan fuera, a extramuros y externa al sistema de la Seguridad Social⁷⁸⁶.

Por otro lado, fuera de la LOEX, está el art. 7 LGSS que, en su apartado 1, señala que estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España. La conclusión parece clara: en la LGSS, el acceso a las prestaciones propias de

⁷⁸⁴ PUMAR BELTRÁN, N.:« Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España», *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, 2010, p. 257.

⁷⁸⁵ La denominada por el TS «asistencia social externa» (sentencia de Sentencia de 26 mayo de 2004, rec. 351/2003)

⁷⁸⁶ ABARCA JUNCO, A.P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MARTÍN DÉGANO, I. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. *El extranjero en el Derecho Español*, Dykinson, 2012, p. 249.

Seguridad Social —máxime si son de carácter económico— se condiciona al requisito de contar con residencia legal en España, no hay en dicha Ley reserva o cláusula expresa que posibilite la dispensa de tal requisito⁷⁸⁷.

Pero hay más, si bien la autorización para residir es el elemento que equipara el acceso de los extranjeros a las prestaciones de seguridad social, respecto del extranjero trabajador no autorizado el art. 36.5. LOEX proclama una excepción, y al declarar la validez del contrato de trabajo de los que carecen de autorización de residencia y trabajo, asevera que esta circunstancia tampoco será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. Si bien, salvo que esté legalmente previsto, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero. Como inciso final, categóricamente, el artículo excluye la posibilidad de obtener la prestación por desempleo para el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo. Exclusión motivada por la doctrina judicial del TS expresada en sentencia de 18 de marzo de 2008⁷⁸⁸, objeto de reiterada alusión en este trabajo, que concluye que la prestación de desempleo, solo la puede obtener el extranjero residente que ha realizado servicios por cuenta ajena sin contar con la pertinente autorización para trabajar, pero no el que se encuentra en España en situación irregular (F.D. 10)⁷⁸⁹.

La redacción anterior a 2009, el art. 36.3, no hacía ninguna alusión a los convenios internacionales de protección a los trabajadores, sólo la genérica referencia a las prestaciones que le pudieran corresponder, sin señalarlas, al igual que ahora, y con independencia de la compatibilidad o no con la situación del trabajador. Sin embargo, el TS en la sentencia ya indicada de de 18 de marzo de 2008, ya llamaba la atención sobre la circunstancia de que cuando el art. 36.3 LOEX aludía, genéricamente, a «las

⁷⁸⁷ BORRAJO DACRUZ, E.: « Accidentes de trabajo y extranjería», *Actualidad Laboral*, núm.1 , 2009. Quincena del 1 al 15 Ene. 2009, pág. 12, Tomo 1.

⁷⁸⁸ Sentencia del TS, Sala Cuarta, de lo Social, de 18 Mar. 2008, rec. 800/2007.

⁷⁸⁹ En iguales términos la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 12 de noviembre de 2008, rec. 3177/2007.

prestaciones que pudieran corresponderle», sin limitarlas a las que enumera el art. 14.3 de la LOEX, se había de entender que el citado párrafo remitía al conjunto de la normativa legal aplicable, entre la que se encuentra los Convenios internacionales suscritos por España (F.D. 6).

Me encuentro ante un conjunto de preceptos con superposiciones y contradicciones nada fácil de resolver para el intérprete⁷⁹⁰.

Respecto de qué prestaciones pudieran corresponder al trabajador extranjero sin autorización de residencia y trabajo, incluyendo las derivadas de convenios internacionales a las que alude el art. 36.3. LOEX, parece pacífico⁷⁹¹ que son las prestaciones derivadas de la actualización de contingencias profesionales. Explicaré brevemente, dado los numerosos estudios y trabajos sobre este tema, el recorrido jurisprudencial y normativo que ha dado lugar a tal reconocimiento y cuál es la situación actual.

4.1.2. Configuración del derecho a las prestaciones por contingencias profesionales.

La legislación de Seguridad Social es clara al exigir que los trabajadores extranjeros, para recibir el mismo tratamiento que los trabajadores nacionales, en principio, han de encontrarse en situación de regularidad (es decir, han de estar provistos de sendas autorizaciones de residencia y de trabajo). De lo contrario no quedarían incluidos en el campo de aplicación del Sistema español de Seguridad Social (art. 7.1º LGSS). En puridad, la exclusión del campo de aplicación no posibilitaría el cumplimiento de los requisitos formales de afiliación y alta; así como tampoco el cumplimiento de la consiguiente obligación de cotizar. De este modo, el trabajador extranjero en situación

⁷⁹⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios... », *op. cit.*, p. 123.

⁷⁹¹ La apariencia de doctrina unívoca no impide que determinadas voces como la de BORRAJO DACRUZ, E.: «Extranjeros sin papeles y desempleo», *Actualidad Laboral*, núm. 13 (2009), insistan en que las mismas normas españolas e internacionales que posibilitan las conclusiones excluyentes en materia de protección por desempleo de la Seguridad Social (contributiva) sean trasladables, sin más, a la materia de las contingencias profesionales.

de irregularidad no podría nunca acceder a prestaciones contributivas de Seguridad Social, dado que no cumple los requisitos generales de acceso a las prestaciones (art. 124 LGSS)⁷⁹².

A pesar de ello, con mucha anterioridad a la declaración de validez del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular, ya se venía reconociendo tanto por la doctrina como por algunos tribunales, la protección de seguridad social ante accidentes de trabajo. Así el Tribunal Central de Trabajo ya declaraba que «la protección de accidente de trabajo y enfermedad, profesional comprende al extranjero sin condicionamiento alguno según resulta del art. 7.4 de la Ley General de Seguridad Social y art. 1.4. b) de la Orden de 28 diciembre 1966, lo que supone tanto como decir, que aunque el contrato fuese nulo, si hay accidente que pueda ser calificado de laboral, la legislación en este particular ampara al trabajador...»⁷⁹³.

Esta línea judicial que compatibilizaba la declaración de nulidad del contrato, con la atribución de efectos, no sólo remuneratorios desde el punto de vista estricto, sino también en relación a los derechos derivados en materia de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo se fue consolidando en la doctrina jurisprudencial⁷⁹⁴, incluso con anterioridad a la unificación de doctrina realizada por el TS. Diversos pronunciamientos en suplicación declaraban «que todo extranjero, aun sin residencia legal en España, queda protegido frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales»⁷⁹⁵.

⁷⁹²GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La protección social de los trabajadores extranjeros*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 134.

⁷⁹³ Sentencia del TCT de 26 diciembre de 1983 (RTCT 1983\8910)

⁷⁹⁴ DÍAZ AZNARTE, M.T.: «Acción protectora de la Seguridad Social en supuestos de accidentes de trabajo respecto de extranjeros no comunitarios que carecen de los preceptivos permisos administrativos para realizar en territorio español actividades lucrativas por cuenta ajena», *Actualidad Laboral*, núm. 43 (2001) Ref. XLV, Tomo 4.

⁷⁹⁵ Sentencia del TSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999, AS 1999/3206. Con anterioridad, Sentencias del TSJ de Madrid de 16 de abril de 1998, AS 1998/ 1392) ; del TSJ de Andalucía/Granada de 7 de enero de 1998, AS 1998/ 378); TSJ de Cataluña de 25 de abril de 1997, AS 1997/ 2430) y TSJ de Andalucía/Málaga, de 23 de febrero de 1996, AS 1996/ 296. En su mayoría hacían valer que la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales comprende al extranjero sin condicionamiento alguno, en virtud de lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Trabajo 28 diciembre 1966 y Resolución de la Dirección General de Previsión 15 abril 1968, que desarrollan el art. 7.5 de la

No obstante, lo Tribunales no mantenían una postura unánime y, en ocasiones, negaban tal protección ante la ausencia de autorización por cuanto no podía considerarse el trabajador en situación de alta de pleno derecho del artículo 125.3 de la LGSS, dado que el empleador no habría podido provocar aquélla, ni por ello existió el incumplimiento de tal obligación, sino la fundamental de haberse abstenido de emplear al accidentado, incumplimiento que excluye la protección por accidente de trabajo, al no darse el presupuesto fundamental de estar en alta o situación asimilada⁷⁹⁶.

El recorrido llega a las STS de 9 de junio de 2003 (rec. 4217/2002) y de 7 de octubre de 2003 (rec. 2153/2002). La STS de 9 de junio de 2003 resolvió un supuesto de un súbdito ecuatoriano que, sin permiso de trabajo, fue contratado por una empresa y conduciendo un vehículo propiedad de la empresa, sufrió un accidente de tráfico, por lo que solicitó recibir la asistencia sanitaria necesaria, así como las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo a cargo de la empresa. La sentencia declara que el TS se ha pronunciado reiteradamente sobre las responsabilidades derivadas de accidente de trabajo sufrido por trabajador que no se hallaba en situación de alta, y que partiendo del principio de automaticidad de las prestaciones, regulado en el art. 125.3 LGSS, declaran la responsabilidad directa de la empresa, obligación de adelanto de las prestaciones por parte de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y las correspondientes responsabilidades subsidiarias de INSS y de la TGSS.

El Tribunal se plantea si esta doctrina es aplicable también en los casos de trabajador extranjero sin autorización de trabajo ni residencia, o si alguna norma impide ese efecto del accidente de trabajo sufrido por quien presta servicios por cuenta ajena. La respuesta

LSS 21 abril 1966, pues respecto a extranjeros, la reciprocidad se entenderá reconocida en todo caso, en relación a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

⁷⁹⁶ Sentencia del TSJ de Castilla-León de 30 de abril de 2002, AS 2002/1593, que lleva a a revisar su propia doctrina mantenida en anterior sentencia de 4 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 254806), al estimar que la extensión de esta protección a los extranjeros conduciría al fomento de la inmigración ilegal, con la enorme consecuencia ante empleadores irresponsables insolventes, de hacer soportar al sistema Público de Seguridad Social el coste de prestaciones extrañas al mismo y a su soporte financiero. La sentencia fue casada y anulada por la Sentencia del TS de 7 de octubre de 2003.

surge de la aplicación de una doble fuente⁷⁹⁷: la primera, de acuerdo con las normas de extranjería, que requiere la autorización previa para trabajar; pero la carencia de esta autorización, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero; la segunda es que se establece la obligación de cotizar a la Seguridad Social por parte del empresario, según el art. 106.1 de la LGSS, que se inicia con la prestación de servicios por cuenta ajena. Este precepto ha sido interpretado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1998, en el sentido de declarar la obligatoriedad de cotizar por los extranjeros que presten servicios sin las correspondientes autorizaciones y permisos. Por lo tanto, concluye la sentencia, el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es un contrato nulo. Y siendo ello así, no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

Además, reseña el pronunciamiento judicial, no existe ningún precepto que excluya el efecto normal del accidente respecto a trabajadores que no se hallan en alta. Esta afirmación se corrobora ya que, según el art. 57 LOEX, la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo.

La STS de 7 de octubre de 2003 resolvió un supuesto de un súbdito colombiano que sin tener permiso de residencia ni de trabajo y, por tanto, no estar de alta en la Seguridad Social, sufrió un accidente y solicita se le conceda la prestación de incapacidad permanente derivada de estas lesiones. La sentencia determina que las personas incluidas en el campo de aplicación del régimen general de Seguridad Social, según el art. 124 LGSS, causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar

⁷⁹⁷ GARCÍA VIÑA, J.: «Efectividad de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores extranjeros en situación irregular», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 22 (2010).

afiliadas y en alta o en situación asimilada alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario y que no se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo. Además, recuerda como la anterior, que conforme el art. 125 LGSS, los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este régimen general se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones.

El pronunciamiento trae a colación dos normas internacionales: el Convenio de la Organización Internacional de Trabajo número 97⁷⁹⁸ sobre trabajadores migrantes, que fija los términos en que dichos trabajadores han de ser equiparados a los nacionales en materia de Seguridad Social, y el Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo, núm. 19 de la OIT⁷⁹⁹.

El primero establece en su artículo 6 que «Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes:... b) la Seguridad Social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes de trabajo, enfermedades profesionales...)». Precepto que ha de entenderse complementado por la Recomendación núm. 151 sobre los trabajadores migrantes, en cuanto dispone en su apartado 8.3, que «Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberán de disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, Seguridad Social...».

⁷⁹⁸ Ratificado por España mediante Instrumento de 23 de Febrero de 1967 (BOE de 7 Jun.).

⁷⁹⁹ Convenio que fue ratificado por Colombia (país de origen del accidentado), en 1993 y por España por Decreto Ley de 24 de marzo de 1928.

El segundo establece en su artículo 1.1 que «Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo».

La conjunción de todas estas normas, llevó al TS en esta sentencia, a determinar la reciprocidad a que se refiere el artículo 7 de la LGSS, para gozar de la protección de este sistema a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo.

Ya dentro del marco legal, la redacción del art 42 GIA, al que hacíamos alusión en el primer capítulo, dada por Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, y que, reitero, lleva por título «De la afiliación y alta de los extranjeros», lo que debiera indicar que su contenido es exclusivo sobre actos de encuadramiento de Seguridad Social, pero, como observaré, va más allá y se adentra en la compleja esfera de las prestaciones del colectivo de extranjeros en situación irregular.

El apartado primero se encuadra en lo que es una regulación correspondiente a una norma reglamentaria de desarrollo de los señalados actos de encuadramiento. Resalta la lógica equiparación, a efectos de la afiliación y el alta para su inclusión en el sistema y en el correspondiente régimen de Seguridad Social, de españoles y extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España y hayan obtenido una autorización administrativa previa para trabajar, en los casos en que ésta sea legal o reglamentariamente exigible (ya se vio que los menores de 16 años no requieren autorización para trabajar según las actuales previsiones normativas de extranjería). Para que se proceda a tal inclusión, las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, deberán acompañarse de la documentación acreditativa de su nacionalidad y de la correspondiente autorización para trabajar. En realidad, este precepto es lógica consecuencia del art. 7.1 LGSS, e implica, por lo tanto, que sólo las situaciones de ejercicio de actividades por cuenta propia o

ajena al amparo de las oportunas autorizaciones producen el alta y, en su caso, la afiliación, en el régimen que corresponda del sistema. Y se completa con la regla de que la afiliación y el alta requieren que se acredite documentalmente la titularidad de dichas autorizaciones⁸⁰⁰.

La Circular 5-004-2001 de 13 de febrero de 2001 de la TGSS, ya establecía que cuando se trate de trabajadores extranjeros que para ejercer su actividad en España deban proveerse de permiso de trabajo conforme a lo establecido en Ley Orgánica 4/2000, no podrá ser estimada solicitud alguna de afiliación y alta inicial de los mismos si no se les ha concedido previamente el respectivo permiso de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena regulados, no siendo suficiente a tal efecto el hecho de haberlo solicitado.

El párrafo primero del segundo apartado del art. 42 RGIA se mantiene en el contenido regulatorio del Decreto, continúa con los actos de encuadramiento al reconocer la inclusión en el sistema español de Seguridad Social y su consideración en alta (típico acto de encuadramiento) en el régimen que corresponda a los *solos* efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, a los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar. La misma protección se otorga sobre la base del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida.

Se trata de un precepto reglamentario, interesante a efectos informativos, pero que carece de cualquier valor constitutivo de derechos, el derecho que se reconoce a los extranjeros deriva directamente del Convenio núm. 19 OIT, que tiene la naturaleza de

⁸⁰⁰ CABEZA PEREIRO, J. : «La protección de Seguridad Social de las ... », *op.cit.*, p.295.

tratado internacional a todos los efectos constitucionales (art. 96.1 CE) y legales (arts. 1.5 Cc., 7.5 LGSS, etc.)⁸⁰¹.

El Convenio núm. 19 OIT, como decía, viene a establecer (art.1.1.) un principio de igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo para todos los extranjeros que prestan servicios en nuestro país cuando sean nacionales de algún Estado Miembro de la OIT que haya ratificado también dicho Convenio, y ello con independencia de cuál sea su situación de residencia, o lo que es igual, tanto si se trata de extranjeros regulares como si se encuentran en nuestro país de forma irregular. Pero he de observar que el Convenio número 19 OIT no resulta de aplicación en todos los casos, quedando condicionada la puesta en práctica del mismo al cumplimiento de dos requisitos: en primer lugar, que el extranjero se encuentre en un país miembro de la OIT que haya ratificado dicho Convenio (como es el caso de España); y, en segundo término, que el extranjero sea nacional de algún Estado miembro de dicho Organismo Internacional que, asimismo, haya ratificado aquél. Por consiguiente, este segundo requisito va a limitar en cierto modo el derecho a la protección derivada de accidentes de trabajo, dado que únicamente tendrán acceso a la misma aquellos extranjeros pertenecientes a algún Estado que, como España, haya ratificado el Convenio número 19 OIT⁸⁰².

No es posible ignorar tampoco que la extensión del derecho a protección a trabajadores extranjeros en situación irregular puede venir de la mano de la suscripción de un Convenio internacional entre el Estado español y terceros países, como es el caso de Rumania⁸⁰³, país que no ha suscrito el Convenio núm. 19 de la OIT pero que sí ha firmado un Convenio de Seguridad Social con España el 24 de enero de 2006⁸⁰⁴. El

⁸⁰¹ DE LA VILLA GIL, L.E.: «La protección social de los extranjeros, especialmente en el sistema de seguridad social», *Revista General del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 10 (2006)

⁸⁰² SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: «La residencia legal como requisito de acceso a la protección de seguridad social de los extranjeros extracomunitarios», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 20 (2009).

⁸⁰³ Recordar que hasta el 1 de enero de 2014, los trabajadores rumanos, a pesar de su condición de ciudadanos comunitarios, requieren de autorización para trabajar. Sin olvidar que es la nacionalidad con mayor presencia de personas en nuestro territorio.

⁸⁰⁴ El Instrumento de ratificación se publicó en el BOE el 15 de agosto de 2008 (BOE núm.) y su entrada en vigor es de fecha 21 de agosto de 2008.

acuerdo bilateral incluye por parte de España, las prestaciones de asistencia sanitaria, en los casos de enfermedad común o profesional, accidente sea o no de trabajo y maternidad, y las prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional (art.2.1.a. y h.).

Por tanto, se reconoce al extranjero sin autorización de trabajo, la inclusión en el sistema español de Seguridad Social y su consideración en alta en el régimen que corresponda. De esta forma, se considerará al trabajador extranjero en situación de alta de pleno derecho o «alta presunta» del art. 125.3 de la LGSS, figura que como es sabido es aquella situación en la que el trabajador, pese a realizar una actividad determinante de su inclusión en un Régimen de la Seguridad Social, no ha sido dado de alta por el empresario, y para evitar que el trabajador vea menoscabado sus derechos se presume que está dado de alta de cara al reconocimiento de prestaciones por contingencias profesionales, desempleo, asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad, riesgo durante el embarazo, y la lactancia y accidente no laboral⁸⁰⁵. En el caso del extranjero irregular, la inclusión en el Sistema y el alta sólo se presume a efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Concluyo entonces, que hay un reconocimiento pleno de esta protección profesional para el trabajador extranjero irregular, protección ya reconocida judicialmente antes de la incorporación reglamentaria en el año 2005, bien por aplicación directa del Convenio núm. 19, bien por el principio de reciprocidad tácita de la OM de 28 de diciembre de 1966, que se instauró respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional (art.1.4.).

El último párrafo del art. 42 es menos comprensible desde el punto de vista interpretativo. En primer lugar, afirma que los extranjeros que precisen y carezcan de autorización administrativa previa para trabajar y desarrollen una actividad en España,

⁸⁰⁵ MALDONADO MOLINA, J.A.: «El Derecho a la Seguridad Social. Configuración Técnica-Jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros» en *Protección jurídico social de los trabajadores extranjeros*, VV.AA, MONEREO PEREZ, J.L. (Dirección), Comares (2010), p.273.

no están incluidos en el sistema español de la Seguridad Social, aunque el párrafo anterior los incluyera en la cobertura de las dos contingencias profesionales reseñadas. Seguidamente, suaviza esa no inclusión, posibilitando que puedan llegar a considerarse incluidos a efectos de la obtención de *determinadas* prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley. Este adjetivo indefinido indudablemente tiene el objetivo de restringir el abanico de subsidios, pensiones y otros derechos económicos a los que pueda accederse sin la autorización para trabajar por cuenta ajena o por cuenta propia⁸⁰⁶.

En todo caso, una interpretación sistemática del precepto deriva en que en ausencia de una modificación legal, la necesaria inclusión en el sistema exige afiliación y alta lo que imposibilitará que un extranjero en situación irregular que preste servicios pueda causar prestaciones por contingencia común, dificultad agudizada en caso de enfermedad común ante el incumplimiento además del período de carencia que en cada caso esté previsto para acceder a las diferentes prestaciones⁸⁰⁷. Afiliación y alta que intervienen como condición de acceso a las prestaciones (art. 124 LGSS), conformándose como obligaciones jurídico públicas sobre las que podría llegar a plantearse su carácter constitutivo y relevarlas a meros actos de encuadramiento moduladores del juego de responsabilidad en orden a prestaciones, entendiendo que en la relación de prestación lo que está en juego es una función del Estado⁸⁰⁸.

Admitida legalmente la posibilidad de protección por las contingencias profesionales de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la pregunta siguiente es ¿gozarán los trabajadores extranjeros sin autorización de idéntica protección ante todos los riesgos profesionales?

⁸⁰⁶ CABEZA PEREIRO, J.: «La protección de Seguridad Social de las personas ...», *op. cit.* p. 299.

⁸⁰⁷ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de seguridad social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Actualidad Laboral*, núm. 5 (2009).

⁸⁰⁸ OLARTE ENCABO, S.: «Imputación de responsabilidades en orden a prestaciones del empresario en supuesto de accidente de trabajo de extranjero sin permiso», *Temas Laborales*, núm. 67, 2002, p.227.

4.1.3. *La extensión de la protección al resto de contingencias profesionales: riesgo durante el embarazo, lactancia y períodos de observación profesional.*

Por acción protectora del Sistema de Seguridad Social ha de entenderse la delimitación de su ámbito objetivo, es decir, el alcance o contenido concreto de esta protección, o dicho de otra manera, el *quantum* y la calidad de las prestaciones a que tendrá derecho el sujeto incluido en el Sistema si se ve afectado por alguna de las «situaciones de necesidad» o «contingencias» previstas⁸⁰⁹.

La LGSS en su art. 38 delimita el alcance de la acción protectora, utilizando la técnica de la enumeración de las prestaciones que el sistema otorga. Y lo hace taxativamente y de forma cerrada en tanto limita su ámbito de extensión (art. 38.3. LGSS).

Las contingencias protegidas previstas en el sistema de Seguridad Social actúan como presupuesto cualitativo de protección al delimitar las situaciones de necesidad protegidas, es decir, las necesidades sociales prefijadas por la Ley como protegibles (de tal manera que si la contingencia da lugar a necesidades sociales no prefijadas, no es suficiente para constituir situaciones de necesidad protegidas, y viceversa, si se dan necesidades sociales no derivadas de contingencias protegidas, tampoco se constituyen en situaciones de necesidad protegidas)⁸¹⁰.

Es clásica la distinción legislativa y doctrinal entre contingencias profesionales y comunes, de acuerdo con su origen o cualidad profesional o no, pero no profundizaré en un análisis de las mismas, sino partiendo de lo anterior, del reconocimiento de la protección por las contingencias profesionales de accidente de trabajo y enfermedad profesional, entrar en la reflexión de si sólo son éstas o son la totalidad de contingencias profesionales las que deben amparar al trabajador irregular ante la materialización de la situación de necesidad.

⁸⁰⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: « La conformación de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social », *Relaciones Laborales*, núm. 2 (2010)

⁸¹⁰ *Idem.*

El capítulo III, sección primera, de la LGSS reza como título contingencias protegibles, relacionando cuatro contingencias, pero sin enmarcarlas en el género de comunes o profesionales: accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidentes no laborales y enfermedades comunes. Lo cierto es que en escasísimas ocasiones el articulado de la ley se refiere a contingencias profesionales⁸¹¹, ni tampoco hay una definición conjunta, aunque sí cierta unidad en el tratamiento. En la referencia a las tradicionales situaciones protegidas de estas contingencias, siempre las separa en sus dos conceptos básicos: contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Por otro lado, existe la fórmula abierta a la introducción de otras situaciones de necesidad del art 118 LGSS, que señala: «El concepto legal de las restantes contingencias será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas». Es decir, que la caracterización de la necesidad, común o profesional, vendrá determinada por los requisitos que se exijan para el reconocimiento de la prestación que se otorgue por la propia situación de necesidad, y de allí derivará la incorporación del resto de elementos o consecuencias particulares de cada contingencia.

En contingencias profesionales, las consecuencias más importantes son, según la doctrina⁸¹², entre otras: la no exigencia de período de carencia para tener acceso a la prestación; aplicación del mecanismo de alta presunta o de pleno derecho (art 125.3 LGSS) previsto para todas las prestaciones con origen en causas profesionales y la garantía adicional del principio de automaticidad en prestaciones (art.126.3), por el cual se obliga a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales a anticipar la prestación a los beneficiarios, subrogándose aquéllas en los

⁸¹¹ Por ejemplo: art. 73 sobre Mutuas de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales en cuanto a la gestión de las contingencias profesionales; art. 134 otorgando la naturaleza de contingencia profesional a la situación de riesgo durante el embarazo; Disposición Adicional 34 sobre extensión de cobertura a trabajadores por cuenta propia de las contingencias profesionales, etc.

⁸¹² SANZ MERINO, A.R., *Manual básico del sistema de la SEGURIDAD SOCIAL, LA LEY*, 2010, 1ª edición, p. 366 y ss.

derechos de estos, por lo que pueden repetir contra la empresa directamente responsable⁸¹³.

4.1.3.1. Riesgo durante el embarazo y lactancia.

La caracterización como profesional de la contingencia ha alcanzado a las dos *nuevas* contingencias profesionales: los riesgos durante el embarazo y la lactancia. La ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, crea la prestación de riesgo durante el embarazo, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, con la finalidad de proteger la salud de la mujer trabajadora embarazada. Cubre la laguna que existía respecto de la ausencia de protección social, durante la necesaria suspensión del contrato de trabajo, en los supuestos de maternidad en los que, por motivos de salud de la madre o del feto, se hace necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no sea posible ni técnica no objetivamente (art. 26 LPRL). En su regulación inicial la prestación de riesgo durante el embarazo no se configuraba como profesional, si bien surgieron voces críticas por considerarla materialmente como tal, dado que es la función o puesto de trabajo el que determina la situación de riesgo jurídicamente tutelada. De aquí que se postulaba que lo coherente sería considerar tales situaciones de origen profesional o, al menos, su inclusión entre las prestaciones en las que operaría el alta presunta⁸¹⁴.

La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo modificaciones importantes en la prestación de riesgo durante el embarazo, desde su configuración como contingencia profesional, hasta la mejora de su cuantía. Y

⁸¹³ STS, sala cuarta, de 25 de noviembre de 1993 (rec. 1117/1992), STS, 1 de febrero de 2000 (rec.694/1999, Sala General, con voto particular), a la que han seguido numerosas sentencias posteriores, entre otras, las de 27 de marzo de 2000 (rec. 2474/1999), 31 de marzo de 2000 (rec. 2271/1999), 18 de septiembre de 2000 (rec.3745/1999), 17 de noviembre de 2000 (rec. 4380/1999), 17 de septiembre de 2001 (rec.1824/2000), 18 de septiembre de 2001 (rec.1567/2000), 26 de septiembre de 2001 (rec. 3099/2000), 28 de junio de 2001 (rec. 3412/2000) o 27 de mayo de 2004 (rec. 2843/2003).

⁸¹⁴ OLARTE ENCABO, S.: «El riesgo durante el embarazo», AA.VV, MONEREO PÉREZ, J.L., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, estudio de su régimen jurídico (actualizado con las novedades introducidas por la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social*, Comares, Granada, 2008, p. 148.

también creó la prestación de riesgo durante la lactancia, donde se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación tampoco resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (art. 135 bis).

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural no fue calificada de modo expreso de contingencia profesional, pero ha de concederse a la mujer trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento previstos para la prestación por riesgo durante el embarazo⁸¹⁵ y, en consecuencia, tendrá tal naturaleza por aplicación de lo previsto en el citado art. 118 LGSS.

Ambas prestaciones se ofertan como una tutela económica pública que se justifica por la incompatibilidad, desde el punto de vista de la prevención de riesgos, entre las condiciones de trabajo y la salud de la trabajadora (embarazada o en situación de postparto) o del feto o del hijo, según qué casos. Se trata de dos prestaciones de naturaleza profesional, causadas por circunstancias directamente relacionadas con la seguridad y la salud en el trabajo, pese a no ser propiamente, en ninguno de los dos casos, un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, conforme al contenido de los arts. 115 y 116 LGSS. Sin embargo, su tratamiento en estos términos no es sino consecuencia directa de la comentada vinculación que estas prestaciones guardan con el trabajo⁸¹⁶.

Protegen la salud de la mujer trabajadora frente a aquellos riesgos a los que se encuentra expuesta específicamente por razón de su estado de maternidad, extendiéndose la protección a la salud del feto y del recién nacido⁸¹⁷. Son prestaciones directamente

⁸¹⁵ Art. 50 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁸¹⁶ BARCELÓN COBEDO, S.: «La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia. Comentario a la STS de 24 de abril de 2012», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012.

⁸¹⁷ MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo», *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 137, 2008, p.147.

vinculadas con la protección del derecho a la seguridad y salud de las trabajadoras, por consiguiente, si no hay duda, como he venido afirmando durante todo el estudio, de que la irregularidad del inmigrante carece de relevancia alguna en orden al cumplimiento por el empresario de las obligaciones que impone la normativa de prevención de riesgos laborales⁸¹⁸, estas prestaciones, que completan la protección del derecho, deben ser reconocidas a las trabajadoras extranjeras embarazadas o en situación de lactancia aunque carezcan de la preceptiva autorización de residencia y trabajo.

La necesidad laboral y social de la protección ante estas situaciones es incuestionable. Hay estudios que insinúan que en la contratación, «las mujeres sin papeles» tienen más oportunidades de ser contratadas que los hombres, lo que lleva a considerar la posible existencia de un mayor empleo informal entre ellas⁸¹⁹. Además, la mayor incidencia de accidentes de trabajo en jornada en extranjeros que en españoles está más acentuada en mujeres que en varones⁸²⁰. No obstante, la lectura de los preceptos de la LOEX y de la LGSS no me permite extraer la consecuencia directa de consideración como beneficiarias de la prestación a las trabajadoras extranjeras en situación irregular.

De inicio, nuevamente me encuentro con la barrera del art. 36.5 que no define el catálogo de derechos que corresponderían al extranjero en situación irregular, y en este punto la ambigüedad e inconcreción del legislador no parecen razonables, pues no puede descargarse esa responsabilidad en los Tribunales, ya que ni ésa es su función, ni pueden efectuar esa labor a corto plazo por las limitaciones que provoca su sujeción al

⁸¹⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios... », *op. cit.*, p. 113.

⁸¹⁹ Grupo de estudio sobre tendencias sociales (UNED/Fundación Sistema), TEZANOS TORTAJADA, J.F., *Condiciones Laborales de los Trabajadores Inmigrantes en España*, Investigación financiada mediante subvención de la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 83. El estudio también señala que hay sectores muy feminizados entre la población extranjera femenina como comercio, hostelería y servicio doméstico.

⁸²⁰ *Condiciones laborales y siniestralidad en el colectivo de trabajadores inmigrantes. 2008*, AA.VV., Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo, publica el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, p. 55.

caso concreto⁸²¹. Esta indefinición, con la reforma de 2009, ha alcanzado el punto de derivar en una remisión general a los supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores. Se da un pequeño paso para salvar parte de la ambigüedad tradicional de la norma, pero ese paso sin duda es hacia atrás, en tanto que no es otra cosa que una efectiva limitación de derechos⁸²².

La pregunta inmediata es cuáles son estos convenios. El único tratado internacional supranacional que se refiere a los trabajadores inmigrantes, no firmado ni ratificado por España⁸²³, es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. En él se establece la igualdad de trato para los trabajadores migrantes y sus familiares y los nacionales respecto a la seguridad social, en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables. A las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de empleo se les permite tomar en cualquier momento las disposiciones necesarias para determinar las modalidades de aplicación de esta norma (art. 27).

Dentro de la tarea legislativa de la OIT se dispone del Convenio núm. 97, ya aludido, sobre la protección de los trabajadores migrantes, que limita su protección a los trabajadores residentes de forma legal, y cuya recomendación 151 aunque amplía la igualdad de trato a los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya

⁸²¹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: « Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y ... », *op. cit.* p. 504.

⁸²² SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Comares, 2011, p. 24.

⁸²³ ABARCA JUNCO, A.P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MARTÍN DÉGANO, I. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. *El extranjero...*, *op. cit.*, p. 243.

podido regularizarse en lo que se refiere a seguridad social, no deja de ser una recomendación que constituye principios de acción, pero sin carácter vinculante⁸²⁴.

Avanzando en el tiempo está el Convenio núm. 102 relativo a la norma mínima de la seguridad social⁸²⁵. Constituye una referencia en esta materia y tiene como objetivo que los sistemas de Seguridad Social se pongan en práctica en todos los países, para lo cual relaciona el conjunto de riesgos sociales que generan estados de necesidad frente a los cuales deben dirigir su actuación los Estados⁸²⁶. Su parte VIII se dedica a las prestaciones de maternidad y obliga a que la contingencia cubierta comprenda el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias resultantes de los mismos, según la defina la legislación nacional (art. 47). Además de no establecer un expreso reconocimiento de las prestaciones que examino, la norma internacional parece referirse a la clásica prestación por maternidad, no obliga a los Estados a asumir todas las protecciones que incluye (art. 2). España lo ratificó el 29 de junio de 1988, pero sólo la parte II, IV y VI.

El Convenio núm. 143 de la OIT, sobre disposiciones complementarias de los trabajadores migrantes⁸²⁷, prevé en su artículo 10 que todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a formular y a aplicar una política nacional destinada a promover y a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio. Es decir, proyecta la igualdad de trato, pero siempre desde la residencia legal. Este Convenio no ha sido ratificado por España.

⁸²⁴ Los convenios son instrumentos que crean obligaciones jurídicas al ser ratificados. Las recomendaciones no se prestan a la ratificación, sino que señalan pautas para orientar la política, la legislación y la práctica de los Estados Miembros.

⁸²⁵ Adoptado en Ginebra en fecha 28 de junio de 1952

⁸²⁶ SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población...*, *op. cit.*, p. 35.

⁸²⁷ Adoptado en Ginebra el 24 de junio de 1975.

Más específico es el Convenio OIT N° 183 Sobre Protección de la Maternidad, que revisa el de 1952⁸²⁸, y cuyo art. 3 prescribe que todo Miembro adopte las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo. Este instrumento internacional se aplica a todas las mujeres empleadas, si bien los Estados que lo ratifiquen pueden excluir a categorías limitadas de trabajadoras, cuando su aplicación planteé problemas de particular importancia. Al igual que el anterior, este Convenio tampoco ha sido ratificado por España.

La actual labor de la OIT va en un sentido más general, en intentar una cobertura mínima de seguridad social para todas las personas. De aquí que en su 100.^a reunión (2011), la Conferencia Internacional del Trabajo adoptase una resolución sobre la protección social (seguridad social) que reafirma el papel de la seguridad social como derecho humano y como una necesidad social y económica para los países de todos los niveles de desarrollo. En esta resolución se expresa el compromiso de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores de los 183 Estados Miembros de la OIT de acelerar sus esfuerzos para establecer *un piso de protección social* nacional como parte de sus estrategias para elaborar sistemas de seguridad social integrales.

En junio de 2012 se publica la Recomendación relativa a los pisos nacionales de protección social (núm. 202). Esta Recomendación expresa el compromiso de los Estados Miembros en la construcción de sistemas de seguridad social completos y la

⁸²⁸ Adoptado en Ginebra el 15 de junio de 2000.

extensión de la cobertura de la seguridad social, dando prioridad al establecimiento de pisos nacionales de protección social.

Los pisos de protección social, según la Recomendación, constituyen conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidos a nivel nacional que aseguran una protección destinada a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social (art.2). Para ello, y entre otros, los Estados deberían aplicar principios, entre los que se encuentran la universalidad de la protección, basada en la solidaridad social y la inclusión social, en particular de las personas que trabajan en la economía informal (3.a y e).

Admito que en este tema la actividad normativa de la OIT es limitada, pero importante, sin que se pueda minusvalorar por el escaso número de ratificaciones. Es de recordar que los convenios de seguridad social sobre trabajadores migrantes han ofrecido pautas para la protección de los trabajadores en la UE⁸²⁹.

En el ámbito de la UE, se cuenta con la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE, la Directiva marco), de cuya transposición es reflejo el art. 26 LPRL y anexos VII y VIII del RSP⁸³⁰. Dicha directiva es de aplicación, al igual que se deriva de nuestro marco normativo preventivo, a toda mujer trabajadora, sin atención a su situación administrativa, regular o no.

En este mismo ámbito supranacional, también se hallan los elementos normativos en materia de coordinación de la Seguridad Social en Europa, que otorgan una protección social en la medida en que protegen derechos de seguridad social adquiridos y

⁸²⁹ GIL y GIL, J.L: «Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo», *Relaciones Laborales*, num. 2, 2009, p. 261.

⁸³⁰ Añadidos por RD 289/2009, de 6 de marzo.

garantizan los derechos de seguridad social a las personas que se desplazan a otros países. El Reglamento 859/2003, extendió el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 a los nacionales de terceros países que se desplacen dentro de la UE, si bien estableció la condición previa de residir legalmente en un Estado miembro.

No se aprecia, en definitiva, la existencia de un instrumento internacional directamente aplicable, lo que dificulta la extensión de esta cobertura a las trabajadoras extranjeras que presten servicios en circunstancias irregulares, de acuerdo con la actual redacción del art. 39.5 LOEX, pero no por ello se debe descartar sin más su aplicación, yendo más allá de un ejercicio puramente voluntarista.

En principio, el art. 36.5 LOEX habla de «otras prestaciones que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación», norma que introduce un elemento de imprecisión («otras») y de compatibilidad, sin mayores precisiones a cuáles con los parámetros de ésta⁸³¹. Ya el CES consideró (Dictamen 1/2009, p. 25), aunque no se siguieran después sus observaciones, que este apartado no aclaraba suficientemente cuáles son las prestaciones a las que tiene o no tiene derecho el trabajador extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y trabajo, por lo que sería adecuado que las mismas se enumeraran expresamente. La propia ambigüedad de la norma, de la que se desprende la validez parcial del contrato de trabajo celebrado por los inmigrantes irregulares en situación irregular, ofrece base jurídica para que pueda reconocerse el derecho a las prestaciones contributivas derivadas de la contingencia profesional⁸³².

Tampoco es obstáculo para su reconocimiento el art. 42 del RGIA. Dicho precepto, como he examinado, sólo hace referencia explícita a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, pero en su último apartado incorpora, con una

⁸³¹ FERNÁNDEZ AVILES. J.A.: «La protección de Seguridad Social del trabajador inmigrante extracomunitario (puntos críticos de la reforma)», en AA.VV, FERNÁNDEZ AVILES. J.A., MORENO VIDA, M (Dirección), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares (2011) p. 602.

⁸³² SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población...*, *op. cit.*, p. 84.

referencia sumamente indeterminada, la posibilidad de de obtención de determinadas prestaciones, de acuerdo con lo establecido en la ley, aunque no se especifica el alcance y procedimiento⁸³³. En el año 2005, cuando se dio la nueva redacción a este artículo, sólo existía la prestación de riesgo durante el embarazo y sin el carácter o la naturaleza profesional de hoy, por lo que podrían quedar incluidas al tratarse de unas nuevas contingencias creadas por ley.

Llegados a este punto, vuelvo a referirme a la STS de 18 de marzo de 2008, un pronunciamiento que, aún refiriéndose a la concreta problemática de las prestaciones por desempleo⁸³⁴, apunta cuál puede ser su posición general respecto del genérico acceso de los trabajadores en situación irregular a la protección del sistema de Seguridad Social⁸³⁵.

El pronunciamiento no realiza una afirmación rotunda sobre el derecho a la protección en contingencias profesionales en su fundamento jurídico sexto, únicamente aprecia que la redacción del entonces art. 36.3 LOEX, que aludía genéricamente a «las prestaciones que pudieran corresponderle», deriva a entender que el citado párrafo remite al conjunto de la normativa legal aplicable, entre la que se encuentra los Convenios internacionales suscritos por España (art. 96.1 de la Constitución). Y en función de ello ha reconocido a los extranjeros no residentes que prestan servicios sin contar además con la oportuna autorización para trabajar por cuenta ajena, el derecho a las prestaciones de Seguridad Social derivadas exclusivamente de *contingencias profesionales*, y a condición de que los afectados sean oriundos, bien de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia.

⁸³³ PUEBLA PINILLA, A, MORÓN PRIETO,R.: «La protección social de los trabajadores extracomunitarios en el ordenamiento español: .modificaciones legales y tratamiento jurisprudencial más reciente», *Relaciones Laborales*, nú. 2, 2009, p 366.

⁸³⁴ Doctrina ya consolidada por STS en su pronunciamiento de 12 de noviembre de 2008, y en doctrina de suplicación por STSJ de Cataluña de 6 de abril de 2011, rec.1531/2010 y de 17 de marzo de 2009, rec. 2691/2008, y del TSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de octubre de 2008, rec. 78/2008.

⁸³⁵ PUEBLA PINILLA, A, MORÓN PRIETO,R.: «La protección social de los trabajadores extracomunitarios ... », *op. cit.*, p. 368.

El Tribunal considera suficiente esa cobertura legislativa para conceder «una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo y así lo ha sido siempre desde la primitiva Ley de Accidentes de Trabajo de 1.900», hasta el punto de que la protección de la integridad física, que queda afectada en todo accidente de trabajo, constituye un derecho expresamente reconocido en el Estatuto de los Trabajadores (art. 4.2 .d).

Pero no puedo obviar que la protección se ha extendido también a la otra contingencia profesional por excelencia, la enfermedad profesional⁸³⁶, y que el respeto a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.2.d. ET) la tienen tanto los trabajadores como las trabajadoras en situación de maternidad o en período de lactancia. Situaciones que incluso son objeto de una mayor atención normativa, estatal y europea, desde la perspectiva del derecho a la seguridad y salud en el trabajo.

Denegar esta protección social a las trabajadoras cuestionaría el propio derecho a la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en todos los aspectos relativos al trabajo asalariado, ya que como ha declarado el TC, para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre.

⁸³⁶ Causa cierta sorpresa que ni la jurisprudencia, ni la normativa (por ejemplo, RGIA), hayan hecho alusión a los diferentes convenios existentes en materia de enfermedades profesionales. Con fecha 1º de junio de 1925 ya se aprobó el Convenio núm. 18 de la OIT que regula la indemnización derivada de enfermedades profesionales, ratificado por España en 1932, y que hoy se debe considerar superado por instrumentos técnicos específicos. En 1934 se aprueba el Convenio núm. 42, también ratificado por España y superado por los instrumentos técnicos específicos, que obligaba a garantizar a las víctimas, sin más apreciaciones, de enfermedades profesionales o a sus derechohabientes una indemnización basada en los principios generales de la legislación nacional sobre la indemnización por accidentes del trabajo. Por último está el Convenio núm. 121, de 8 de julio de 1964, sobre prestaciones de accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Su art. 4 determina que la legislación nacional sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales debe proteger a todos los asalariados, incluidos los aprendices, de los sectores público y privado, comprendidos aquellos de las cooperativas, y, en caso de fallecimiento del sostén de familia, a categorías prescritas de beneficiarios. Este Convenio no ha sido ratificado por España.

Analizamos situaciones de empleo irregular, en el que la conducta ya inicial del empresario en el momento de la contratación, contraviniendo la normativa de extranjería, insinúa que no dará fiel cumplimiento a todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva (art. 26 LPRL), esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de embarazo o lactancia natural, la adaptación de las condiciones del puesto específico y por último el cambio, si es posible, de la trabajadora a un puesto de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados⁸³⁷. Si añadido, en este entorno ucrónico, la imposibilidad de acceder a la suspensión del contrato de trabajo, con el derecho prestacional que la protege, se arroja directamente a la trabajadora a mantener y conservar un puesto de trabajo peligroso y de riesgo para su salud o la del bebé, ante la necesidad de seguridad de unos ingresos mínimos.

Que la maternidad es una situación a proteger es un hecho notorio. Hasta el desafortunado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que modificó el art. 12 LOEX y ha restringido y excluido a los extranjeros no registrados ni autorizados de la asistencia sanitaria general, ha mantenido la modalidad de asistencia al embarazo, parto y postparto para las mujeres embarazadas (actual art. 3.ter. de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud).

Esto lleva a pensar, que si bien la limitación de acceso a la sanidad para los extranjeros en situación irregular hace prácticamente indetectable una enfermedad profesional o la necesidad de un período de observación profesional para su ulterior diagnóstico, no será así respecto de la situación de embarazo y riesgo (en lactancia podría ocurrir una vez finalizada la asistencia por puerperio), en que el profesional del servicio público de salud podrá detectar estas situaciones de riesgo de embarazo únicamente profundizando en la historia laboral actual de la trabajadora. Apreciando, dada su cualificación profesional, un riesgo relevante para la salud de las personas protegidas

⁸³⁷ STS de 17 de marzo de 2011, sala de lo Social, rec. 1865/2010.

(madre/feto/bebe) que se presenta solo o con mayor intensidad en la concreta actividad desempeñada por la trabajadora o en el concreto medio de trabajo en que tal actividad se desenvuelve⁸³⁸.

Sí que podría considerar un impedimento para el reconocimiento de estas prestaciones la actual redacción del art. 36.5 LOEX, que supedita los eventuales reconocimientos de prestaciones que pudiera corresponderle a que sea compatible con su situación. Y es cierto, que un extranjero en situación irregular difícilmente puede invocar una causa de suspensión de un contrato de trabajo, puesto que no resulta jurídicamente admisible la reserva de un puesto de trabajo que formalmente el extranjero no puede ocupar; la suspensión del contrato exige y presupone un contrato válido, lo que no sucede en tales casos, y en modo alguno se disfruta de un derecho a la reincorporación⁸³⁹.

Por esta razón, esta línea de argumentación también debería extenderse a las prestaciones del resto de contingencias profesionales, y que conozca, hasta ahora, no se ha planteado ni en la doctrina ni en la jurisprudencia la imposibilidad de reconocer una incapacidad temporal por accidente de trabajo a un trabajador extranjero. Mantener lo contrario sería limitar el reconocimiento de las prestaciones, exclusivamente, a las que provoquen la extinción del contrato de trabajo y, además, impidan la expulsión del extranjero, como es la incapacidad permanente (art. 57.5.d)⁸⁴⁰. Concluyo entonces, que las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia se han concebido cómo de naturaleza profesional (no podía ser de otra forma dado su origen). Por ello, se han articulado como una prestación de seguridad social que goza de todos los privilegios y ventajas que rodean a las que son de origen profesional como es la mayor flexibilidad en el cumplimiento de los requisitos de acceso, no exigencia de carencia y alta presunta

⁸³⁸ Sentencias del TS de 18 de marzo de 2011, rec. 1863/2010, y de 25 de enero de 2012, rec. 4541/2010.

⁸³⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: « Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de seguridad social ... », *op. cit.*, p. 504.

⁸⁴⁰ El art. 57.6. LOEX no permite ejecutar la expulsión cuando afecte a mujeres embarazadas, o cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

o de pleno derecho⁸⁴¹, y la remisión de la base reguladora a la base de cotización por contingencias profesionales. Y ese analógico tratamiento ha de exportarse a la protección de las trabajadoras sin autorización de trabajo y residencia, igual que el de la tutela de los trabajadores respecto de los clásicos riesgos profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, hoy mayoritariamente no cuestionados ni en el ámbito doctrinal ni en el jurisprudencial.

4.1.3.2. El período de observación profesional.

El período de observación profesional es el período del tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo (art. 133.1. LGSS). No hay una regulación material de esta situación de necesidad, su consideración legal se realiza desde el régimen jurídico de la prestación que genera y se incardina como contenido propio de la prestación de incapacidad temporal. En definitiva, la LGSS integra en la incapacidad temporal situaciones que no constituyen propiamente un accidente o enfermedad en cuanto el daño a la salud impeditivo del trabajo aún no se ha materializado⁸⁴².

Solamente se considera situación determinante de incapacidad temporal cuando en estos períodos de observación por enfermedad profesional se prescriba la baja en el trabajo. La duración máxima de la prestación es de seis meses, con la posibilidad de prórroga de otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (art. 128.1.b.LGSS).

Vuelvo a observar, al igual que en el apartado anterior, la conexión entre prevención de riesgos y prestaciones de la Seguridad Social. En este caso, y al igual que sucede con los supuestos de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia, el esquema de

⁸⁴¹ BARCELÓN COBEDO, S.: «La contingencia protegida por la prestación de riesgo ...», *op. cit.* núm 5/2012

⁸⁴² NORES TORRES, L.E.: «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Actualidad Laboral*, 1998, Ref. XX, pág. 301, Tomo 1.

protección se reproduce tutelándose en el ámbito de la Seguridad Social el tiempo de suspensión del contrato, con la consiguiente pérdida de salarios, mediante el subsidio económico por incapacidad temporal; pero la suspensión de la relación laboral que se determina no obedece a una imposibilidad física de prestación del trabajo, sino a una finalidad esencialmente preventiva cual es la de apartar o separar a un trabajador del medio de trabajo (donde es posible que adquiriera una enfermedad profesional) con el objetivo de estudiar la situación del trabajador, analizar el posible impacto en su salud de la enfermedad profesional o diagnosticar si esa afectación se ha producido o no, en qué grado, o qué probabilidades existen de que esto suceda y con qué gravedad o intensidad. Y para el análisis de estas circunstancias, la norma permite la suspensión del contrato, con la consiguiente pérdida de los salarios del trabajador afectado y la protección frente a esta situación de necesidad mediante la prestación económica que sustituye al salario que se deja de percibir durante el tiempo de observación⁸⁴³.

El planteamiento que me hago nuevamente, como en las prestaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia, es si esta prestación económica podría extenderse al trabajador extranjero en situación irregular. Mi respuesta es afirmativa, en tanto entiendo que se incluye como prestación de la propia enfermedad profesional a la que se da cobertura legal y jurisprudencial.

De acuerdo que este período de incapacidad temporal, referido a un individuo que no presenta reducción de la capacidad pero del que se sospecha el padecimiento de una enfermedad profesional, tiene como finalidad, desde luego, el facilitar la averiguación sanitaria de aquella⁸⁴⁴. No obstante, si las dolencias que originaron el período de observación profesional no se encuadran en alguna de las enfermedades profesionales listadas, la contingencia ha de entenderse común y no profesional⁸⁴⁵, dado que es una

⁸⁴³ BARCELÓN COBEDO, S.: «La contingencia protegida por la prestación de riesgo ...», *op. cit.*, núm. 5/2012.

⁸⁴⁴ GOERLICH PESET, J.M.: « La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada», *Actualidad Laboral*, 1996, Ref. XXXIV, pág. 589, Tomo 3.

⁸⁴⁵ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 19 Oct. 2009, rec. 5171/2008.

manifestación específica de protección preventiva del riesgo de enfermedad profesional⁸⁴⁶, dirigida a impedir que la, todavía presunta, enfermedad profesional «siga progresando» o progrese con la rapidez con que avanzaría de continuar la incidencia del medio sobre el sujeto afectado.

Refuerza nuestro argumento que la Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social, incluye dentro del capítulo III «Normas específicas para determinadas contingencias», sección 2ª «En caso de enfermedad profesional», el concepto del período de observación profesional, junto con el de enfermedad profesional.

Por tanto, queda puesto de manifiesto que la protección social del trabajador extranjero en situación irregular comprende todas las prestaciones de naturaleza profesional. Otra cuestión, que inmediatamente paso a considerar, son las obvias dificultades prácticas que se encuentran para acceder a la cobertura de dichas contingencias.

4.2. Dificultades prácticas de acceso a la protección.

Al llegar a este punto, una vez realizado el análisis jurídico-teórico de la protección social ante los riesgos profesionales del trabajador extranjero en situación irregular, cabe poner de manifiesto los obstáculos prácticos reales y, por qué no, incluso los legales, para acceder a esta protección.

Las circunstancias que impiden o dificultan pueden ser de índole muy variada: algunas se encuentran en la propia contingencia que se materializa, considerando su forma de aparición, otras en la actitud de ocultamiento del empleador para eludir responsabilidades, también influye la información que sobre sus derechos tiene el propio trabajador o su familia y, en fin, la actuación más o menos diligente de la

⁸⁴⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: « La conformación de la acción protectora del ... », *op. cit.*

administración. Aquí me he querido mover en un relato fáctico disperso, pero que no por ello no ha de expresarse, más bien al contrario, ha de revelarse con la voluntad de intento de eliminación o allanamiento del camino, en ocasiones auténtico viacrucis para el trabajador.

4.2.1. El supuesto del accidente de trabajo o enfermedad profesional no declarado.

Tristemente, no es infrecuente encontrarse con titulares de prensa como estos: «Un empresario tira el brazo de un empleado 'sin papeles' a la basura después de sufrir un accidente laboral. Tras el accidente le trasladó al hospital pero lo dejó a 200 metros abandonado a su suerte, según CCOO»⁸⁴⁷, o «Juzgan mañana a los empresarios acusados de intentar ocultar un accidente laboral en 2005»⁸⁴⁸.

Y estos titulares, ciertamente, revelan conductas morales cuestionables, pero al menos han dado visibilidad a la situación del extranjero y abre la posibilidad de que obtenga una adecuada protección social, permitiendo depurar las responsabilidades correspondientes.

Ejemplo de ello es la sentencia de la AP de la Rioja de 2 de febrero de 2007, rec. 261(2006), que ratifica la condena de tres empresarios por un delito de contratación ilegal, previsto en el artículo 312 del Código Penal y, además, por un delito contra los derechos de los trabajadores, absorbido por el delito de imprudencia grave. Se contempla como un ciudadano ecuatoriano, en situación irregular en España, contratado en forma verbal, sin previa obtención de permiso de trabajo, sin ser dado de alta en la Seguridad Social, fue contratado en el mes de junio de 2003 por los empresarios condenados para desarrollar diversas tareas bajo el poder de dirección de los tres, de forma indistinta. El trabajador falleció por accidente de trabajo al quedar aplastado por

⁸⁴⁷ PÚBLICO.es, <http://www.publico.es/espana/231441/un-empresario-tira-el-brazo-de-un-empleado-sin-papeles-a-la-basura-despues-de-sufrir-un-accidente-laboral> (última consulta el 25 de noviembre de 2012).

⁸⁴⁸ EUROPAPRESS.es, <http://www.europapress.es/andalucia/noticia-tribunales-juzgan-manana-empresarios-acusados-intentar-ocultar-accidente-laboral-2005-20090517115223.html> (última consulta 17 de noviembre de 2012)

un montacargas que carecía de las oportunas medidas de seguridad. El cadáver -según los hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Logroño- fue hallado por uno de los condenados, quien, tras quitarle el buzo azul que llevaba y las botas de la empresa, negó ante la Guardia Civil conocer la identidad del accidentado e intentó hacer creer a los agentes que era un delincuente que había entrado a robar.

O la sentencia de la AP de Granada, Sección 1ª, de 28 Mayo de 2010, rec. 436/2009, en el que los condenados por accidente laboral de un trabajador boliviano en situación irregular no notificaron inmediatamente el hecho para alterar y ocultar las pruebas con antelación a la presencia en la obra de los Cuerpos de Seguridad, con la clara finalidad de evitar responsabilidades de todo tipo.

Sí que es cierto que cuando se trata de un accidente de trabajo en sentido estricto, lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior y con consecuencias graves para el trabajador, la ocultación resulta más difícil. El Protocolo Marco de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales y la Fiscalía General del Estado para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores y la ejecución de las sentencias condenatorias de 19 de septiembre de 2007, cuyo ámbito cubre los accidentes de trabajo mortales o con resultado de lesiones muy graves y graves (salvo «in itinere» o derivados de patologías no traumáticas), establece la necesidad de la participación de las administraciones competentes en materia sanitaria. Y considerando que las competencias en esta materia corresponden en la actualidad a las CC.AA, se han promovido Convenios de ámbito autonómico que garanticen que la autoridad sanitaria, o facultativa, que intervenga en un supuesto en el que se hayan producido lesiones o la muerte de una persona dé cuenta al Juzgado de Instrucción correspondiente (art. 262 LECr) y comuniqué esta circunstancia a la Policía Judicial. También se han determinado acuerdos con las CC.AA para la comunicación inmediata de los accidentes laborales por parte de los servicios de emergencia (teléfono 112 o similares) a la Inspección de Trabajo y a la Policía Judicial.

En los supuestos en que no trascienda públicamente el accidente, la iniciativa activa del accidentado es fundamental y sus vías de acción son variadas. A nuestro juicio, la más directa es la denuncia ante la ITSS⁸⁴⁹, que impulsa, una vez recibida aquélla, las correspondientes actuaciones de comprobación e investigación si concurren indicios suficientes de veracidad o exactitud en los hechos denunciados, permitiendo solicitar la comparecencia del denunciante para ratificar, ampliar o concretar el contenido del escrito de denuncia (art. 22.4 ROFIT). Una segunda opción es solicitar al INSS la determinación de que las lesiones ocasionadas por el accidente al trabajador han de reconocerse como contingencia profesional y, por tanto, beneficiario de las prestaciones derivadas de tal reconocimiento⁸⁵⁰. Aunque esta vía no tiene un encaje específico en el procedimiento del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, de medidas en materia de Seguridad Social en relación con la prestación de incapacidad temporal, ya que parte de un previo proceso de incapacidad temporal difícil de concurrir en estos supuestos que examino, el INSS actúa por procedimientos de gestión internos que siempre pasan por una solicitud de informe previo a la ITSS. En suma, son dos caminos que pueden ser utilizados de forma alternativa o complementaria, agilizando así todo el proceso en el que la última palabra la tendrá el orden jurisdiccional social (art.2.o. LRJS)⁸⁵¹.

Para ello facilitaría que el trabajador extranjero conociera su estatuto jurídico como tal trabajador y la protección social que le ampara, y con independencia de su situación administrativa, evitando la posibilidad de ser engatusado por promesas económicas del empresario que nunca alcanzarán las cuantías y extensión de la protección social del sistema. No debiendo condicionar el reconocimiento de sus derechos al conocimiento de su situación de irregularidad, en tanto las ventajas a obtener superan la desventaja inicial de afloramiento o conocimiento por la Administración de la situación.

⁸⁴⁹ Es una denuncia pública y, por tanto, puede ser interpuesta por cualquier persona, no necesariamente por el trabajador accidentado, puede ser un sindicato, familiar o compañero (art.13.2. LOIT).

⁸⁵⁰ Organismo al que le corresponde el reconocimiento y control del derecho a las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva (art. 1.1.a. de RD 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de las correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social)

⁸⁵¹ El cual, igualmente, se dirigirá a la ITSS para que emita un informe en los términos exigidos en el art. 142.2. de la LRJS.

En este sentido es elogiable la labor de las Organizaciones Sindicales que disponen de centros de asesoramiento e información de derechos para extranjeros, si bien habría que ir un paso más allá y proceder ya a definir legalmente en el marco de la normativa de extranjería o, incluso, en el marco jurídico laboral, la *totalidad* del conjunto de derechos de los que se benefician los trabajadores irregulares, tanto en su titularidad como en su ejecución efectiva, por la existencia de una relación de carácter jurídico-laboral⁸⁵².

Pero el concepto de accidente no es sólo el expresado, el concepto del art. 115 LGSS se ha venido conformando por parte de la jurisprudencia, en todos los elementos que lo integran, a partir de una abundante casuística⁸⁵³, que ha ido incluyendo también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo causadas por agentes patológicos internos o externos. Realizar otra interpretación sería basarla en un concepto en declive y superado que asimila el accidente con traumatismo o confunde el de lesión sin tener en cuenta que gramaticalmente se estima como lesión el daño corporal procedente de herida, golpe, o enfermedad y más ampliamente cualquier daño o perjuicio, comprendiéndose igualmente dentro de ese concepto de lesión no sólo el daño físico ocasionado en los tejidos sino también el trauma que produce impresiones duraderas en lo psíquico⁸⁵⁴.

Y es en esta clase de accidentes, en las enfermedades del trabajo⁸⁵⁵ y en las enfermedades profesionales donde el trabajador extranjero puede encontrar enormes dificultades para el acceso o reconocimiento de las prestaciones de contingencia profesional. El motivo, que no ostenta la condición de asegurado.

⁸⁵² TRIGUERO MARTINEZ, L.A.: *El estatuto jurídico laboral del...*, p.72.

⁸⁵³ CHACARTEGUI JÁVEA, C.: «La calificación del suicidio como accidente de trabajo», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 2, núm. 5 (Jun), 2009, págs. 29-37.

⁸⁵⁴ STS Sala de lo Social, Sección 1ª, de 27 febrero 2008, RJ 2008/1546. A mayor abundamiento (SSTS 27/10/92 [RJ 1992, 7844] -rcud 1901/91-; 27/12/95 [RJ 1995, 9846] -rcud 1213/95-, con cita de sus precedentes de 22/03/85 [RJ 1985, 1374] , 25/09/86 [RJ 1986, 5175] , 29/09/86 [RJ 1986, 5202] y 04/11/88 [RJ 1988, 8529] ; 23/01/98 [RJ 1998, 1008] -rcud 979/97-; y 18/03/99 [RJ 1999, 3006] -rcud 5194/97-).

⁸⁵⁵ Asimiladas al concepto de accidente de trabajo (art. 115 LGSS).

4.2.2. La no condición de «asegurado»: un grave inconveniente para el acceso a determinadas prestaciones por contingencias profesionales.

El ya mencionado RD Ley 16/2012 modificó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (art.1), regulando, por necesidad imprescindible y sin demora (parte introductoria), la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud (sic)⁸⁵⁶.

La modificación supone que la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado (art.3.1. ley 16/2003) y, respecto de los trabajadores, tendrán la condición de asegurado los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta, los incluidos en el sistema.

La norma de urgencia también modificó el art. 12 de la LOEX dándole una redacción más reducida que la anterior y remitiéndose sin más a los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria (Disposición final 3^a). En relación con el

⁸⁵⁶ Uno de los motivos que inspiraba la reforma, según los comunicados de prensa, era atajar el «turismo sanitario», la llegada a España en busca de tratamientos de salud. Sin embargo, respecto de los inmigrantes en situación irregular que llegaban a España tuvo oportunidad de pronunciarse el TSJ del País Vasco en sentencia de 25 de septiembre de 2007 (AS 2008/26), no apreciando fraude de Ley en que un extranjero con problemas de salud viniera a España, atraído por la posibilidad de darle solución (o, al menos mejorarla o evitar su agravamiento), dado el modo en que nuestro país otorgaba asistencia sanitaria, ya que no era una finalidad prohibida o contraria a nuestro ordenamiento jurídico sino un efecto inherente a una normativa que reconoce ese derecho al extranjero que esté en nuestro país empadronado, al margen de la regularidad de su presencia, en opción legislativa que ha querido primar la protección de la salud de esas personas. Cuestión distinta, se afirma, es que el extranjero venga a España únicamente para recibir un determinado tratamiento sanitario, al amparo de esa normativa, pues entonces sí se está ante la conducta en fraude de ley. Hay una diferencia capital entre que una persona venga a España, movida porque espera ser mejor atendida en su enfermedad pero con una finalidad de asentamiento (aunque lo haga pensando en regresar algún día a su país de origen, como suele ser propio del emigrante), de otra que se desplaza únicamente para ser tratada y volverse.

colectivo objeto del capítulo, extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, la asistencia sanitaria que se contempla es la del art. 3 ter de la ley 16/2003, a saber, asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica y de asistencia al embarazo, parto y postparto, exceptuando a los extranjeros menores de dieciocho años que reciben asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

La redacción anterior del art 12 reconocía el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, siempre que los extranjeros se encontrasen inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual. En el resto de los casos la protección se extendía a los supuestos actuales. Incluso había sido modificado el precepto por la LO 2009 suprimiendo el término «contracción» (de enfermedades graves o accidente), utilizado en la versión anterior de la LOEX, posibilitando de este modo que el extranjero irregular no inscrito en el Padrón municipal pudiera recibir asistencia sanitaria pública de urgencia, tanto si la enfermedad grave que le aquejaba había sido contraída en España como si no, lo que constituía una significativa ampliación del derecho⁸⁵⁷. La actual redacción de la ley 16/2003 dada por el RD ley 16/2012 ha mantenido la no inclusión del término contracción.

No entraré en la polémica sobre oportunidad de la medida política⁸⁵⁸ y en la reacción social provocada, así como el carácter o no de Derecho Universal y su posible oposición a Convenios Internacionales⁸⁵⁹, sino, en la medida de lo posible, como afecta al

⁸⁵⁷ RUEDA VALDIVIA, R: «El extranjero irregular y el derecho español de extranjería: mano de hierro, guante de seda», Trabajo realizado en el marco del proyecto de excelencia (P09-SEJ-4738) *Análisis transversal de la integración de mujeres y menores nacionales de terceros países en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar*, financiado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, p.8.

⁸⁵⁸ Según criterio de LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud*, LA LEY, enero 2010 (1ª edición), p. 349, corresponde al legislador ordinario la tarea de establecer las condiciones de acceso de asistencia sanitaria de los extranjeros al Sistema Nacional de Salud, respetando, en todo caso, el marco constitucional.

⁸⁵⁹ El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 16 julio 2012, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad n.º 4123/2012, contra el artículo 1. Uno y por conexión, 1. Dos; 2. Dos, Tres y Cinco; 4. Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones («B.O.E.» 24 julio).

trabajador extranjero irregular y su repercusión en la protección ante los riesgos profesionales.

Únicamente, dos consideraciones previas. La primera, que la aplicación del RDL es desigual en las diferentes CC.AA. Algunas, como Andalucía, País Vasco, Asturias y Cataluña rechazan la aplicación del RDL y han dispuesto las herramientas necesarias para asegurar la atención de las personas en situación irregular, más allá de la atención de emergencia, a menores y a embarazadas. Otras, aplican el RDL pero han articulado un procedimiento que permite atender a las personas migrantes en situación irregular más allá de los mínimos establecidos en la norma estatal (Aragón, Navarra, Galicia, Comunidad Valenciana y Canarias⁸⁶⁰). El resto ejerce la exclusión de las personas migrantes en situación irregular⁸⁶¹.

La segunda es la necesaria referencia al auto del TC (núm. de registro 4540-2012) por el que levanta la suspensión en parte de la aplicación del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la CC.AA de Euskadi. El TC aduce que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado. Además, el mantenimiento de la suspensión consagraría en el tiempo la limitación del

⁸⁶⁰ Esta última, ha publicado una ORDEN de 14 de diciembre de 2012, por la que se acuerda la puesta en marcha de las actuaciones en materia de promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, dirigidas a personas extranjeras no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes. El contenido es facilitar el acceso a la asistencia sanitaria básica a las personas sin recursos que no estén autorizadas ni registradas como residentes en el territorio español y que residen en la Comunidad, prestando la asistencia sanitaria necesaria, que incluirá los cuidados de urgencia y el tratamiento básico de las enfermedades. Asimismo, se proporcionará la atención sanitaria necesaria a aquellos con necesidades particulares o especiales. En ella se exige, entre otros requisitos, estar empadronado en un ayuntamiento de la Comunidad Autónoma de Canarias, con una antigüedad igual o mayor a un año o de varios ayuntamientos hasta totalizar el tiempo requerido de forma continuada.

⁸⁶¹ Fuente: <http://www.medicosdelmundo.org/derechoacurar/mapa-semaforo>, última consulta 5 de abril de 2013.

acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias.

Volviendo al tema de la repercusión en la protección profesional, destacar, en primer término, que la regulación normativa sobre asistencia sanitaria se encuentra en la actualidad fragmentada y desordenada. Las leyes de Seguridad Social la incluyen en el catálogo de su acción protectora (art. 38 LGSS), y todavía la regulan en parte (arts 98 a 125 LGSS)⁸⁶², pero también es cierto que la asistencia sanitaria es ya desde hace años una prestación no contributiva y así lo reconoce el art. 86.2.2.º.b) LGSS. Es una prestación que se paga por todos los ciudadanos a través de los impuestos y que, sin embargo, ha mantenido sus límites contributivos en lo que afecta al reconocimiento del derecho. De esta forma, la situación puede ser absurda e incluso contraria al principio de igualdad⁸⁶³. En cualquier caso la totalidad de las prestaciones derivadas de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluida la asistencia sanitaria, permanecen en el nivel contributivo (art. 86.2.2.a).

No obstante, los términos en que se expresan tanto el RD Ley 16/2012 como el RD 1192/2012, de 3 de agosto⁸⁶⁴, que lo desarrolla, no dejan dudas: el trabajador tiene la condición de asegurado y es beneficiario, si cumple la condición de afiliación y en situación de alta o asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social.

Esta posibilidad de afiliar al trabajador y comunicar el alta queda vedada por el RGIA (art. 42) que exige la autorización para trabajar. Por otro lado, no se puede prescindir, y vuelvo a ella, de la gran trascendencia que el pronunciamiento de la STS de 18 de

⁸⁶² SANZ MERINO, A.R., *Manual básico del sistema de la SEGURIDAD ...*, *op.cit.*, p. 631.

⁸⁶³ DESDENTADO BONETE.A.: «Un Derecho polémico: el derecho “universal” a la Asistencia Sanitaria», *Diario La Ley*, AÑO XXV. Número 6089. Lunes, 20 de septiembre de 2004

⁸⁶⁴ Dicho RD regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

marzo de 2008 ha tenido respecto de las prestaciones en general y también las derivadas de las contingencias comunes⁸⁶⁵, al limitarlas a las contingencias profesionales.

Por tanto, el trabajador extranjero en situación irregular no puede acceder a la prestación de asistencia sanitaria por contingencias comunes por carecer de la condición de asegurado. La solución legal que se le proporciona (art. 3.5. ley 16/2003) para todas aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo, es obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Este convenio se regulará mediante orden de la persona titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y en ella se determinarán los requisitos básicos de los citados convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria (disp. adicional 3ª del RD 1192/2012).

Esta orden todavía no ha sido publicada, aunque sí ha sido elaborado el informe preceptivo emitido por el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes⁸⁶⁶ al proyecto de Orden que establece los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria para personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud.

El diagnóstico que hace el Foro sobre el articulado del proyecto de orden es que no se trata de un convenio que se suscribe con la seguridad social, sino con los diferentes servicios públicos de salud autonómicos. Lo contrario resultaría sorprendente: que la Administración de la Seguridad Social rechazase el alta del trabajador no autorizado porque no puede amparar que una situación que la legislación califica de infracción muy grave persista en el tiempo⁸⁶⁷, y a su vez permitiera suscribir un convenio especial cuyo

⁸⁶⁵ PUEBLA PINILLA, A, MORÓN PRIETO,R.: «La protección social de los trabajadores extracomunitarios en el ordenamiento español... », *op. cit.*, p 373.

⁸⁶⁶ Es el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes. Se encuentra adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes.

⁸⁶⁷ ⁸⁶⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios... », *op. cit.*, p. 124.

alcance en materia de asistencia sanitaria incluye la totalidad de sus prestaciones⁸⁶⁸. El Foro manifiesta en su informe su preocupación por el hecho de que la suscripción de este tipo de convenios pueda no tener amparo en la normativa de extranjería y, en consecuencia, la inseguridad jurídica que podría conllevar para las personas en situación administrativa irregular y para las administraciones públicas que lo suscribieron. Además, la exigencia de un año de empadronamiento que establece el proyecto, podría dejar fuera del convenio especial y, por lo tanto, sin la prestación de asistencia sanitaria a personas en situación administrativa irregular.

La pregunta que ahora me formulo es si los trabajadores extranjeros en situación irregular tendrán que suscribir un convenio de estas características para acceder a la prestación sanitaria requerida de la contingencia profesional actualizada. La respuesta inmediata es negativa, el art. 38 de la LGSS incluye la asistencia sanitaria como acción protectora de accidente de trabajo, enfermedad profesional y maternidad. Además el art. 100.2 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS 1974 (que todavía sigue vigente en parte) establece que son beneficiarios de la asistencia sanitaria por accidente de trabajo o enfermedad profesional los trabajadores por cuenta ajena. Por tanto, al igual que el resto de prestaciones que puedan derivarse de la materialización de la contingencia profesional, el trabajador tendrá derecho a la prestación de asistencia sanitaria con el mismo contenido que los trabajadores en situación regular.

Podría cuestionar la afirmación anterior la derogación normativa de casi todo el articulado del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, por el RD 1192/2012 (disposición derogatoria única), y sobre todo de su art. 10 que expresamente determinaba que aunque la relación de empleo se hubiera celebrado en contra de una prohibición legal, como es la contratación de un trabajador sin autorización de trabajo y residencia, la víctima del

⁸⁶⁸ Como ocurre con los convenios especiales regulados por la Orden 2865/2003.

accidente de trabajo o enfermedad profesional tendría derecho a la asistencia sanitaria, aún en el caso de tratarse de un menor de catorce años,.

Más bien pienso, que a un afán ilimitado de condicionar el acceso a la prestación de asistencia sanitaria, la derogación intenta reordenar la asistemática regulación de esta prestación. No obstante, tampoco descarto completamente lo primero ya que la derogación del art. 11 del Decreto supone dejar sin contenido a la específica asistencia sanitaria a prestar cuando el origen sea profesional, asistencia que se realiza de manera más completa que cuando el origen fuera común. Hoy, como diferencia sólo permanece la gratuidad de la prestación farmacéutica derivada de los tratamientos de accidentes de trabajo y enfermedad profesional⁸⁶⁹.

Tratándose de una norma tan antigua, su derogación en nada puede afectar a la LOEX (art. 36.5), al RD 84/1996 (art. 42) y a la doctrina jurisprudencial a la que se ha hecho referencia. Por eso me reafirmo en el derecho a la prestación de asistencia sanitaria en todas las contingencias profesionales ¿pero cómo hacerlo efectivo?

Como expresé, el accidente no es sólo esa lesión provocada por de forma súbita y violenta por un agente externo, su concepto incluye enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que tenga por causa exclusiva la ejecución del mismo, e incluso aquellas enfermedades padecidas anteriormente por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva de un accidente (art.115.1.e y f). Tanto en estos casos como en el de la enfermedad profesional (aplicable a riesgo durante el embarazo y la lactancia), para sospechar su existencia, es preciso conocer con exactitud el puesto de trabajo y las tareas, así como las exposiciones o sobrecargas, que de manera específica hayan podido originar la enfermedad. En este caso la valoración se debe realizar en base a la anamnesis y la historia laboral del trabajador, existencia de la exposición al riesgo

⁸⁶⁹ De acuerdo con el apartado 3 del anexo V del RD1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

concreto⁸⁷⁰. Por otro lado, para valorar la prescripción de una posible incapacidad temporal, habrá que considerar no solo las limitaciones funcionales que puedan derivarse de un determinado proceso, sino que también habrá que tener en cuenta la actividad laboral que desarrolle el paciente, ya que un mismo proceso, con idénticas limitaciones funcionales, podrá ser causa o no de incapacidad temporal dependiendo de la actividad laboral que se desarrolle. Por ejemplo, hay múltiples patologías de origen respiratorio que pueden tener su origen en la actividad laboral y es importante su tipificación como patología ocupacional, no sólo por las repercusiones legales que pueda conllevar sino porque, generalmente, la primera acción terapéutica consiste en evitar la exposición al agente causal, lo que conlleva en muchas ocasiones una incapacidad permanente. Desde el punto de vista de atención primaria es básico el primer diagnóstico de sospecha, que permita derivar al paciente para su estudio bien a especialista, bien a su mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social⁸⁷¹.

Es muy importante que el médico de atención primaria o especializada registre la ocupación del trabajador y así pueda fundamentar su sospecha sobre el posible origen laboral del caso que está estudiando. Una información que desgraciadamente se cumplimenta poco en la historia clínica y que debería incorporarse sensibilizando a los médicos de atención primaria y especializada para que sean conscientes de la importancia de los antecedentes laborales de su paciente⁸⁷²

Sobre esta base, lo que realmente quiero resaltar aquí es que el colectivo de trabajadores en situación irregular no está cubierto, de inicio, por la prestación de asistencia sanitaria

⁸⁷⁰ AA.VV., *Guía de Valoración de Incapacidad Laboral para Médicos de Atención Primaria*, Escuela Nacional de Medicina del Trabajo (ENMT). Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Ciencia e Innovación. Madrid. 2009. Álvarez-Blázquez Fernández F, Director. Jardon Dato E, Carbajo Sotillo MD, Terradillos García MJ, Valero Muñoz MR, Robledo Muga F, Maqueda Blasco J, Cortés Barragán R, Veiga de Cabo J, coordinadores.

⁸⁷¹ Idem, p.221.

⁸⁷² BENAVIDES. F.F.; DELCLÒS CLANCHET,J.; SERRA PUJADES, C. ; CAMP CASALS, L.; DE PERAY BAIGES, J.L.; FERNÁNDEZ BARDÓN, R.: «Identificación y selección de enfermedad de posible origen laboral atendida por el sistema público de salud», *Atención Primaria*, núm. 43 (10), 2011, p.4.

que otorga la Mutua de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales, o Entidad Gestora en su caso, con las que el empresario tenga cubierta la protección de las contingencias profesionales por su condición de no afiliado y de no alta en el sistema, por lo que deberá ser atendido respecto de su accidente o sus síntomas de enfermedad laboral o profesional a través del Sistema Público de Salud.

Y si carece de convenio firmado con la Administración sanitaria, sólo podrá acceder de urgencia y cuando se trate de enfermedad grave o accidente. Y aquí son varios los problemas de interpretación y aplicación práctica de la ley en este punto. Especial importancia cobra la determinación del concepto de urgencia, que no debe limitarse a cuando se halle en peligro la propia existencia sino también cuando esa premura influya en algún daño irreparable a la integridad física⁸⁷³, dado que puede interpretarse como una situación de riesgo vital en la que está en peligro la vida o la pérdida de un miembro o sentido necesario para el desarrollo de la vida humana en condiciones de normalidad. Es decir que la alusión a los accidentes o enfermedades graves remite al concepto de urgencia vital en la que es necesaria la asistencia con objeto de impedir que se produzca una lesión o daño irreparable en la vida o en la salud del trabajador inmigrante. Este tipo de asistencia de urgencias se presta en los centros hospitalarios habitualmente. Ahora bien, también existen servicios de atención de urgencias en los centros de atención primaria que no se identifican necesariamente con la asistencia por enfermedades graves que comporten un riesgo vital, al menos en un primer momento. Y los inmigrantes también deben de tener derecho de acceso a esta asistencia sanitaria de urgencias. El hecho de que la ley se refiera a los accidentes junto con las enfermedades graves, no avala necesariamente un criterio de interpretación restrictivo, dado que un accidente no tiene porque ser necesariamente de gravedad ni poner en peligro la vida de la persona,

⁸⁷³ GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: « Análisis de la caracterización jurisprudencial de los supuestos de urgencia vital en el artículo 18 del Reglamento de Asistencia Sanitaria (Decreto 2766/1967 de 16 nov.)», *Relaciones Laborales*, 1989, p. 409, Tomo 1, Editorial LA LEY.

por tanto ante cualquier accidente que requiera asistencia urgente se genera la situación descrita por la Ley y generadora del derecho a la asistencia⁸⁷⁴.

El debate en este punto es que con independencia del centro de urgencias donde sea atendido, el concepto de urgencia no deja de ser un concepto subjetivo difícilmente delimitable para profesionales, por lo que la decisión del carácter urgente de la demanda quedará al arbitrio de cada profesional, lo que introduce una discrecionalidad potencialmente muy poco equitativa y proyecta sobre los profesionales una responsabilidad que no les corresponde: ser jueces sobre quién y hasta dónde un paciente tiene derecho a que se le atienda⁸⁷⁵.

El problema no es menor. Una protección a la que tienen derecho y les es reconocida quedaría anulada por la dinámica del propio funcionamiento de los servicios públicos de salud, y sometida al criterio individual del facultativo que le asiste⁸⁷⁶. Tener presente que la prestación de salud pública, como conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población, comprende el ámbito de actuación de la protección y promoción de la salud laboral (Art.11.2.h. de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud). Además, estas prestaciones de salud pública se ejercen (o debieran) con un carácter de integralidad, a partir de las estructuras de salud pública de las Administraciones y de la infraestructura de atención primaria del Sistema Nacional de Salud (Art. 11.3 ley 16/2003).

⁸⁷⁴ SAURA SÚCAR, M.: «La prestación de asistencia sanitaria de la seguridad social a los extranjeros», *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94, 2001.

⁸⁷⁵GRUPO DE TRABAJO DE BIOÉTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA DE FAMILIA Y COMUNITARIA: «Análisis ético ante la retirada de asistencia sanitaria a inmigrantes sin permiso de residencia»,

http://www.semfyec.es/pfw_files/cma/noticias/noticia/analisis_etico_retirada_asistencia_sanitaria.pdf

⁸⁷⁶ O, poniéndonos en una situación más desfavorable, al personal de admisión del centro no dotado de los conocimientos médicos o sanitarios precisos.

Las acciones en materia de salud laboral se hallan relacionadas en Ley General de Salud Pública, ley 33/2011, de 4 de octubre, cuyos objetivos en este campo es conseguir la mejor prevención de riesgos en el ámbito laboral, complementando la LPRL, facilitando la promoción y protección de la salud en ese mismo ámbito, así como la prevención de los factores de riesgo en este ámbito, y contemplándola en la cartera de servicios de la salud pública.

Para ello dedica los arts. 32, 33 y 34, destacando el segundo por la amplitud de contenidos que atribuye a la actuación sanitaria en este ámbito, entre los que me interesa resaltar los siguientes: la vigilancia de la salud de los trabajadores, individual y colectivamente, para detectar precozmente los efectos de los riesgos para la salud a los que están expuestas (33.1.b); desarrollar un sistema de información sanitaria en salud laboral que, integrado en el sistema de información de salud pública, dé soporte a la vigilancia de los riesgos sobre la salud relacionados con el trabajo (33.2.a.) o la promoción de la formación en salud laboral de los profesionales sanitarios de los sistemas sanitarios públicos (33.2.j.).

Estas acciones y objetivos en salud laboral se desarrollan por las CC.AA que son las que tienen las competencias de Salud Pública, Planificación Sanitaria y Autorización de Centros o Establecimientos Sanitarios. Para este objeto concreto las CC.AA desarrollan estructuras propias, por ejemplo las Unidades de Salud Laboral, normalmente descentralizadas territorialmente, o se asumen por la estructura general de las administraciones sanitarias de cada una.

Por ejemplo, en la CC.AA de Cataluña, el Departamento de Salud, a través del Área de Salud Laboral de la Dirección General de Salud Pública⁸⁷⁷, es el que vela por el cumplimiento de la citada normativa de salud laboral, desarrollando sus actuaciones territorialmente a través de una red de unidades de salud laboral, que actúan como unidades especializadas, de asesoramiento y apoyo a los profesionales sanitarios y de

⁸⁷⁷ Hasta que se cree la Agencia de Salud Pública de Cataluña contemplada en la ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública de Cataluña.

vigilancia y control de la calidad de las actuaciones sanitarias dentro del sistema de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de mejorar la salud de las personas que trabajan en Cataluña. Su distribución territorial coincide con la delimitación geográfica sectorial de las regiones sanitarias del Servicio Catalán de la Salud.

Expuesto el problema y su consecuencia, no cabe más que apelar a la actuación de las Administraciones sanitarias. La solución a la desasistencia pasa por el establecimiento de programas específicos, para los centros sanitarios de urgencia, de detección de riesgos profesionales en la población inmigrante que acude a ellos. Programas que adviertan e informen al personal sanitario sobre el mantenimiento de todos los derechos del trabajador irregular ante la exposición y aparición de riesgos profesionales, y que fomenten su formación en este aspecto, habida cuenta que en la mayoría de los casos su único contacto con un sistema de salud medianamente organizado va a ser el tratamiento y diagnóstico de urgencia. Por tanto, e independientemente de la asistencia urgente, estos trabajadores ante la más leve sospecha de que padecen lesiones o enfermedades derivadas de riesgos laborales deben ser informados de sus derechos y derivados a las unidades específicas o generales de la administración sanitaria de salud laboral, las cuales deberán hacer un estudio completo sobre la situación del trabajador y si procede remitirlo a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, pero en cualquier caso hacer efectiva la prestación de asistencia sanitaria a la que tienen derecho. Estas unidades, igualmente, deberían orientar al trabajador sobre las posibilidades de acción jurídica que dispone: denuncia a la ITSS, demanda judicial a los órganos jurisdiccionales del orden social e, incluso, reclamación administrativa ante el INSS para el reconocimiento de su condición de beneficiario de la cobertura sanitaria⁸⁷⁸.

La no realización de programas o acciones en la dirección indicada supone, además de un incumplimiento legal de las políticas sanitarias públicas de salud laboral, excluir

⁸⁷⁸ El RD 449/2012, de 5 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería General de la Seguridad Social, BOE de 6 de marzo) da nueva redacción al art.1.2.a) asignándole al INSS el reconocimiento y control de la condición de persona asegurada y beneficiaria, ya sea como titular, familiar o asimilado.

directamente a los trabajadores extranjeros en situación irregular de la escasa protección social que disponen, contribuyendo a hacer más insostenible su situación de riesgo laboral y deficientes condiciones sanitarias.

4.2.3. Breve referencia al recargo en prestaciones en materia de seguridad social.

El recargo en prestaciones, una de las instituciones más antiguas y singulares de nuestro sistema de protección social de la que ya hemos hablado, se mantiene hoy debido a que todavía vivimos en una sociedad con altos índices de siniestralidad laboral, y en la que sigue siendo necesario evitar los accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de prevención de riesgos laborales⁸⁷⁹. Respecto de los trabajadores extranjeros en situación irregular, está fuera de toda duda su derecho a un posible recargo, al contar con la protección social por accidentes de trabajo⁸⁸⁰.

Sin embargo, en esta mejora prestacional también advierto dificultades en cuanto al reconocimiento. En ocasiones y a pesar de las propuestas de recargo iniciadas por la ITSS, éstas nunca llegan a reconocerse por ausencia del propio reconocimiento a la prestación. Para mejor entender, en casos de fallecimiento de un trabajador extranjero en situación irregular, si las actuaciones inspectoras concluyen en la certeza de apreciación del recargo, se formulará la propuesta. Pero es posible que se dicte posteriormente una resolución de su no procedencia por el INSS ante la ausencia de prestación a la que unir el recargo. Y ello es, y vuelvo a reiterar, por el desconocimiento general de los extranjeros de sus derechos, o de sus beneficiarios respecto de las prestaciones de muerte y supervivencia, dificultad a la que se añade que a menudo se hallan en otro país- a miles de kilómetros de distancia- y no es fácil conocer su identidad por parte de la Administración.

⁸⁷⁹ STS de 8 de octubre de 2001 (RJ 2001, 1424).

⁸⁸⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios... », op. cit, p. 113.

De gran interés jurídico resulta la sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 26 de septiembre de 2007 (rec. 8177/2006). De acuerdo con el relato fáctico se trataba de trabajador marroquí que falleció, dictando el INSS resolución estimatoria de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador y la procedencia de que las prestaciones de Seguridad Social derivadas del accidente fueran incrementadas en el 30%. Se argumentó en el recurso, por el recurrente, que la resolución del INSS debiera ser nula de pleno derecho, por cuanto no existían beneficiarios que pudieran obtener resultado alguno del proceso, lo cual implicaría que la resolución carecía de objeto y causa.

El Tribunal, acertadamente, argumenta que no procede declarar la nulidad de la resolución del INSS por cuanto el hecho de que ahora no existan beneficiarios, en absoluto significa que no pueda haberlos en el futuro: dado el hecho de que sus familiares viven en el extranjero, puede ocurrir que existan y desconozcan su derecho; también puede darse la circunstancia de que los requisitos para ser beneficiarios estén mediatizados por cualquier norma de derecho internacional y sean distintos que para el caso de un nacional. En definitiva, el hecho de que en un momento no conste la existencia de beneficiarios no es equivalente a que los mismos no existan. Además, prosigue, que el derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, es imprescriptible, pero por el contrario es prescriptible la acción para la declaración de falta de medidas de seguridad. Por todo ello considera adecuado que se resuelva en ese proceso, cuando el derecho y la acción están vivos, sobre la existencia o no de falta de medidas de seguridad en aplicación del artículo 123 y, de resultar positiva tal declaración, la circunstancia de que no se solicite prestación alguna tendrá como consecuencia beneficiosa para el empresario que no tendrá que capitalizar, pero ello no implica que no esté sujeto por la condena citada.

No deja de ser lo expresado otra circunstancia en el que no queda completa la protección social por riesgos profesionales por la propia situación del trabajador extranjero irregular, y que coloca al empresario contratante en una situación

enormemente ventajosa, en tanto es una responsabilidad en materia de Seguridad Social que recae directamente sobre el mismo.

4.2.4. Un supuesto muy particular de exclusión: el accidente de trabajo del trabajador que proporciona identidad falsa.

Por último, aludo en este capítulo la protección frente al accidente de trabajo de un trabajador extranjero sin autorización de residencia y trabajo que sufre esta contingencia cuando, vigente un contrato de trabajo con una empresa, ha proporcionado una identidad falsa.

El supuesto es el que recoge la sentencia del Pleno de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, la STS de 21 de enero de 2010, Rec. 106/2009 sobre un accidente de trabajo de un inmigrante con *papeles falsos* o, más exactamente, con unos documentos de identidad y unas autorizaciones que no correspondían a la persona que los presentaba⁸⁸¹.

El relato fáctico describe a un ciudadano de Guinea que comenzó a trabajar en una empresa para la campaña de recolección de aceituna. Prestó servicios en ella y presentó para la comunicación de alta en seguridad social documentación de identidad con el nombre de otra persona por carecer de permiso de trabajo y de residencia en España, desconociendo la empresa tal circunstancia. En fecha 28 de diciembre de 2004, cuando el trabajador acudía a su trabajo sufrió un accidente de tráfico, y como consecuencia del mismo resultó herido grave, sufriendo lesiones en el miembro superior derecho.

El trabajador solicitó del INSS declaración de incapacidad permanente. La Entidad Gestora denegó la prestación de Incapacidad Permanente al actor por no estar incluido en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y no tener la condición de trabajador por cuenta ajena y encontrarse en situación ilegal en España. El Juez de lo Social dictó sentencia en la que declaró que se encuentra afecto de invalidez permanente

⁸⁸¹ DESDENTADO BONETE,A: «El accidente de trabajo del extranjero con «papeles falsos», *Diario La Ley*, núm. 7416, Sección Columna, 3 Jun. 2010.

en grado de incapacidad permanente total para su trabajo habitual derivada de accidente de trabajo, condenando a la Mutua a abonar una pensión equivalente al 55% de su base reguladora, con responsabilidad subsidiaria del INSS y TGSS y absolviendo de responsabilidad en el pago a la empresa.

Se presentó recurso de suplicación por la Entidad Colaboradora, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso «razonando que el error sobre la persona del trabajador provocado por la suplantación de la identidad de otra persona que sí tenía los correspondientes permisos de trabajo determina la nulidad del contrato de trabajo; nulidad que, a su vez, implica la del encuadramiento en la Seguridad Social y excluye la responsabilidad de la empresa y de la entidad que asumió la cobertura del accidente».

El TS, en su pronunciamiento, concluye que no hubo contrato de trabajo por cuanto faltó uno de los requisitos esenciales del mismo conforme a lo dispuesto en el art. 1261 del Código Civil. Al haberse producido el error provocado dolosamente, y recaer sobre un elemento sustancial, cual era no tanto la concreta persona del trabajador sino sobre su propia identidad, origen y situación jurídica en relación con las exigencias de la LOEX, el error sustancial invalida aquel consentimiento conforme a lo dispuesto al efecto por el art. 1266 del mismo CC. La consecuencia, expresa el Tribunal, es que al hallarnos en presencia de un contrato inexistente (o en su caso nulo) todo el régimen de protección social establecido para la cobertura de los daños derivados de un accidente laboral deviene inaplicable.

Respecto de esta sentencia se formulan dos votos particulares. El primero por el Magistrado Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete que comparte el fallo de la sentencia, pero apunta más allá de lo expresado en este capítulo afectando a lo que, al menos hasta ahora, se consideraba como aspecto «pacífico». El voto del Magistrado alerta que si el Convenio 19 de la OIT se interpretara en el sentido de que la exigencia de trato igual se aplica a los extranjeros ilegales, la regulación vigente en España sería contraria al Convenio 19 de la OIT, pues para garantizar la igualdad habría que permitir

el establecimiento de la cobertura para esos extranjeros, dándoles de alta en la Seguridad Social y cotizando por ellos, lo que no es posible. Además, no podría ampararse estas situaciones de protección por la Seguridad Social del extranjero sin residencia legal en España en el principio de reciprocidad del art.1.4. b) de la Orden de 28.12.1966, y en este sentido postula la necesidad de revisar la doctrina de la sentencia de 9 de junio de 2003. Todas sus afirmaciones llevan a concluir en el sentido de afirmar que lo dispuesto en el art.42.2 RGIA, es regla contraria a norma legal, por ir contra el artículo 7.1 LGSS.

Se enfrenta al criterio general el voto particular que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano. Este voto discrepa, principalmente, porque entiende que debe ser aplicado el principio de automaticidad de las prestaciones propio de la protección de las contingencias profesionales, al margen de la conducta dolosa del empleado a la hora de concertar su relación de servicios y en la medida en que el trabajo se ha prestado. Y ello porque el trabajador extranjero irregular, aunque el contrato sea nulo, tiene derecho a determinadas prestaciones de la Seguridad social, según el art. 36 de la Ley de Extranjería, cuya reciente reforma, introducida por la LO 2009, justifica esa interpretación al haber restringido los derechos⁸⁸².

Para ello valora qué acontecería si la nulidad del contrato de trabajo derivara del hecho de que un menor de dieciséis años, de nacionalidad española, aportara para ser contratado un DNI de una persona mayor de dicha edad y en esas condiciones de ocultación de personalidad fuera contratado laboralmente, de sufrir este trabajador realmente menor de edad laboral un accidente, por estar trabajando en condiciones vulneradoras de las normas básicas de prevención de riesgos laborales, ¿se le privaría también de la protección de la Seguridad Social pública?

Desde la perspectiva expuesta la nulidad contractual por suplantación no es ni mucho menos clara. En principio habría que cuestionarse si el trabajador es elegido por simular

⁸⁸² GARCÍA PAREDES, M.L.: «Accidente de trabajo: suplantación de la personalidad del trabajador extranjero irregular», *Actualidad Laboral*, núm.13, Quincena del 1 al 15 Jul. 2010, Ref. 479, pág. 1577, Tomo 2.

su documentación y su situación administrativa (y esta circunstancia constituye una condición sin la cual el empleador no le contrataría); o, por el contrario, si obtiene una colocación en el mercado de trabajo por las características del desarrollo de su labor, independientemente de su situación administrativa, o si las contrataciones en masa en determinadas franjas de la actividad, necesitadas en momentos álgidos de producción de empleados, han desvanecido cualquier referencia a las cualidades de los trabajadores, incluida su situación administrativa⁸⁸³.

En la doctrina de suplicación hay pronunciamientos diferentes. En un sentido diverso al del pronunciamiento del TS, está la sentencia del TSJ de Madrid 27 Octubre de 2008⁸⁸⁴, que plantea un supuesto similar: el objeto del litigio consiste en determinar si la muerte de un trabajador en accidente de trabajo no es susceptible de causar las pensiones de viudedad y de orfandad a favor de su esposa e hijos porque en el contrato de trabajo que formalizó con la empresa para la que prestaba sus servicios no se hizo constar su verdadera identidad personal, al haber suplantado la de otro extranjero del que utilizó sus permisos de residencia y de trabajo en España después de haberlos falsificado. La diferencia es que el accidente laboral produjo el fallecimiento y con el mismo, en aplicación del principio de derecho *mors omnia solvit*, las responsabilidades penales y administrativas en que había incurrido el trabajador fallecido por su conducta han desaparecido.

Afirma el Tribunal que la prestación de servicios del trabajador no es nula, disfrutando el trabajador de todos los derechos derivados de un contrato de trabajo válido, entre ellos los relativos a la Seguridad Social, incluyendo la protección por accidente de trabajo. La alteración en el nombre no alteró ni cambió la persona del trabajador, que es quien con su fallecimiento ha suscitado el derecho que debe reconocérsele a su viuda y huérfanos. Y esos derechos deben ser hechos efectivos por quien asumió los riesgos del trabajo de una persona que, de otro modo, estaría en un supuesto, probablemente, de

⁸⁸³ SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población...*, *op. cit.*, p. 79.

⁸⁸⁴ Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, Sección 3ª, Sentencia de 27 Oct. 2008, rec. 2242/2008.

incumplimiento material de las obligaciones derivadas del pacto de aseguramiento de las contingencias laborales.

Esta resolución fue recurrida y el TS inadmitió el recurso de casación alegando falta de contradicción.

También el TSJ de Aragón en sentencia de 9 Julio 2008⁸⁸⁵, ante otro supuesto de identidad falsa, se pronuncia sobre que una vez producido el accidente laboral en el que falleció el trabajador prestador de sus servicios, la realidad de esta prestación y la realidad también del aseguramiento y pago de cotizaciones, genera las prestaciones de seguridad social derivadas del accidente y fallecimiento, aunque se trate de un trabajador en situación ilegal en España. Pone el acento en la prestación de servicios por cuenta ajena, que genera una determinada protección social, y no en la suscripción de un contrato de trabajo, cuya nulidad produce, como regla general, efectos «ex nunc», no «ex tunc», cuando se trata del reconocimiento de derechos derivados de un accidente de trabajo.

Por el contrario, el TSJ de la Región de Murcia en sentencia de 22 Febrero de 2010⁸⁸⁶ no reconoce la prestación al propugnar que la protección que en materia de prestaciones derivadas de accidente de trabajo se concede, en el sistema Español de Seguridad Social, a favor de extranjeros que carecen de autorización para trabajar o residir en España, y se articula a partir de la infracción por parte del empresario de la prohibición de contratar a aquellas personas que carecen de autorización para trabajar, lo cual determina, en la práctica, la ausencia de contrato escrito, la ausencia de alta y de cotización, situación que conviene al empresario al lucrarse, cuando menos, de la falta de cotización y al poder aprovecharse de la precariedad de los extranjeros que se encuentran en situación irregular; tal protección supone, además, que la responsabilidad del pago de las prestaciones recae, fundamentalmente, sobre el empresario infractor.

⁸⁸⁵ Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, Sentencia de 9 Julio de 2008, rec. 512/2008.

⁸⁸⁶ Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Social, Sentencia de 22 Febrero de 2010, rec. 1002/2009.

Me alíneo con las argumentaciones expuestas en el voto particular contrario de la sentencia del TS. En efecto, la nulidad del contrato de trabajo no acarrea la consecuencia de que el trabajador quede desprovisto de la protección dispensada por el Sistema de Seguridad Social a las contingencias profesionales, pues no hay que olvidar que se ha producido una real prestación de servicios⁸⁸⁷. Además, en el hipotético caso contrario, en el que el empresario fuera una empresa ficticia, no se propugnaría la nulidad del contrato, bastaría con que el INSS, que cuenta con competencia para acordar la extensión de responsabilidad en el pago de una prestación de Seguridad Social, responsabilizara a la empresa real aunque formalmente fuera independiente de la otra, sin ni siquiera necesidad de impugnar previamente en vía judicial la existencia de esa empresa ficticia que consta formalmente dada de alta en Seguridad Social⁸⁸⁸.

Por último, no es del todo cierta la tesis del TS expuesta en la sentencia de 21 de enero de 2010 que considera que desde la primera Ley protectora de los accidentes de trabajo de 1900 hasta el momento actual todo el andamiaje protector de aquél se halla sustentado sobre la existencia de un previo contrato de trabajo del que resulte responsable un empleador. El ejemplo claro está en los trabajos de colaboración social.

Estos trabajos se regulan en los artículos 38 y 39 del RD 1445/1982, de 25 de junio, sobre Medidas de Fomento del Empleo, y son aquéllos celebrados entre la administración pública y los perceptores de prestación o subsidio de desempleo que tienen como característica ser de utilidad social y redundar en beneficio de la Comunidad. La aceptación del contrato es obligatoria para el desempleado, teniendo derecho a percibir con cargo al antiguo INEM (actual Servicio Público de Empleo) la correspondiente prestación o subsidio por desempleo, completando las Administraciones Públicas, mientras realicen tales trabajos, la prestación o subsidio

⁸⁸⁷ ROJO TORRECILLA, E.: «La nueva realidad jurídica y social de la inmigración. Una aproximación al marco normativo y su impacto sobre la protección social de las personas inmigradas» en AA.VV., FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., MORENO VIDA, M (Directores), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, p. 591.

⁸⁸⁸ Sentencia del TSJ Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sentencia de 6 Noviembre de 2002, rec. 2157/2002.

hasta el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviere percibiendo o que hubiera agotado antes de percibir el subsidio. Las Administraciones Públicas que realicen trabajos de colaboración social mediante los servicios prestados por trabajadores desempleados deberán ingresar en la TGSS las cuotas correspondientes por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Estos trabajos, a pesar de la cotización por contingencias profesionales, no implican la existencia de relación laboral entre el desempleado y la entidad en la que se presten dichos trabajos (art. 213.3 LGSS)⁸⁸⁹.

Dicho lo anterior, si durante la realización de estos trabajos el *perceptor colaborador* sufre un accidente de trabajo (aunque no concurra el elemento objetivo como en el caso de la sentencia de suplantación de identidad, que es la propia condición de trabajador al no existir relación laboral) pasará durante la vigencia acordada del contrato de colaboración social, a mantener igualmente el subsidio o prestación por desempleo que percibía y el complemento será la percepción salarial, el subsidio que por contingencia profesional abona el organismo colaborador (Mutua de accidentes que recibe la cotización de las contingencias profesionales) dado que el trabajador ha caído en incapacidad temporal por dicha contingencia⁸⁹⁰.

No se puede cuestionar la indudable interrelación entre el ordenamiento laboral y el de seguridad social, pero también debo advertir la autonomía y especificidad que siempre ha caracterizado a este último, y estas características también cabe predicarlas del concepto de accidente de trabajo de la LGSS. Accidente de trabajo, para los diferentes

⁸⁸⁹ La jurisprudencia reciente es constante en el sentido de no reconocer la existencia de relación laboral. Baste por todas la STS de 19 de abril de 2012, rec. 2039/2011, en la que reitera que como la sala sostiene que el precepto de la LGSS excluye de «forma clara y tajante toda posibilidad de existencia de relación laboral entre la Administración Pública destinataria de los trabajos de colaboración social y el desempleado que preste dichos trabajos y la falta de tal carácter laboral, impide que el cese sea calificado de despido».

⁸⁹⁰ Sentencia del TSJ de Galicia, Sala de lo Social, Sentencia de 21 Diciembre de 1999, rec. 5185/1996. La sentencia estima que los trabajos de colaboración social, por su especial naturaleza, permiten simultáneamente la percepción de la prestación o subsidio por desempleo con la percepción de una cantidad a abonar por la entidad colaboradora equivalente a lo que reste para completar la base de cotización que tenía el desempleado antes de acceder a las prestaciones de desempleo.

ámbitos normativos, es lo que dice el art. 115.1. LGSS⁸⁹¹: toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. Y el concepto trabajador es simplemente el del que trabaja y presta servicios por cuenta ajena, bien haya suplantado la personalidad de otro trabajador, bien sea ficticia la empresa para la que ejecuta el trabajo por cuenta ajena o bien preste su trabajo en el marco de una colaboración social.

⁸⁹¹ Sirva como ejemplo la Disposición Adicional 1ª de la LPRL que dispone que «sin perjuicio de la utilización de las definiciones contenidas en esta Ley en el ámbito de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, tanto la definición de los conceptos de accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común, como el régimen jurídico establecido para estas contingencias en la normativa de Seguridad Social, continuarán siendo de aplicación en los términos y con los efectos previstos en dicho ámbito normativo»

CONCLUSIONES.

1. El tema central del estudio ha tratado de profundizar en el derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros, en un intento de aproximarme a su garantía y efectividad. Parto de un hecho más que constatado, indiciado, por la ausencia de estudios e informes estadísticos permanentes y globales que valoren esta condición, de que el colectivo estudiado tiene una mayor propensión a la siniestralidad laboral por múltiples y variadas circunstancias. Algunas de índole subjetiva: desconocimiento del idioma, de las prácticas de trabajo, inferior percepción del riesgo, etc. Otras totalmente objetivas, los extranjeros han venido ocupando empleos de riesgo y para los que no se les exigía gran cualificación.

Por otro lado, como elemento valorativo del estudio, he considerado que la inmigración no es un fenómeno coyuntural de nuestro país, sino que ya se ha instalado en la sociedad española y que, por tanto, debe ser objeto de atención (en la vertiente jurídica, política, social, etc.) y análisis en todos aquellos aspectos que han sido poco o nada investigados.

2. Eje central de la investigación es que los trabajadores extranjeros, en su condición particular de trabajadores, de sujetos de una relación jurídico-laboral, tienen reconocido el derecho a la seguridad y salud en el trabajo en las mismas condiciones, términos y amplitud que el trabajador nacional o de origen comunitario. Esta afirmación, que podría coartar el propio ámbito del estudio, es básicamente la que constituye su hilo conductor y la que hace concluir que una cuestión es el reconocimiento formal del derecho y otra, fundamental, los términos de desigualdad material en que éste se desenvuelve.

La desigualdad opera desde el inicio del acceso al trabajo. El trabajador extranjero mayor de 16 años, salvo reducidas excepciones, está sujeto al cumplimiento de requisitos administrativos, a la obtención de una autorización administrativa de trabajo y residencia. El procedimiento previsto se dirige a la constatación de que el

trabajador extranjero cumple con todos los requisitos que legal y reglamentariamente se establecen. Dada la firmeza con que se expresa la ley, entiendo que los menores de 16 años no precisan autorización administrativa, situación justificada en parte por la excepcionalidad de los trabajos de los menores y por la sujeción a otro procedimiento administrativo de autorización, si bien éste laboral y no gubernativo.

3. El marco normativo actual, preferentemente a partir de la reforma de 2009, se dirige de forma central a la vinculación de la inmigración a las necesidades reales del mercado de trabajo, lo que ha llevado a adoptar una serie de cautelas en el procedimiento de autorización que evita, o al menos lo intenta, la simulación de relaciones laborales con el objetivo de obtener la autorización administrativa y, en consecuencia, la regularidad en el país.

La primera de ellas es que junto a la solicitud, el empresario ha de presentar una copia del contrato de trabajo, no meramente una oferta, propuesta o precontrato. Además, el contrato debe garantizar una actividad continuada durante todo el período de vigencia de la autorización. La única forma de constatación inicial de esta garantía para el extranjero la ofrece la duración del contrato, por ello concluyo que determinadas modalidades contractuales, cuya previsión legal y convencional sea inferior al año, no podrán amparar esta contratación, con independencia de la existencia de la causa, de la necesidad temporal empresarial. Como no puede ser de otra manera, las condiciones fijadas en el contrato de trabajo se ajustarán a las establecidas por la normativa vigente y el convenio colectivo aplicable para la misma actividad, categoría profesional y localidad. Y en el caso de que la contratación sea a tiempo parcial, novedad introducida por el reglamento, la retribución deberá ser igual o superior al salario mínimo interprofesional para jornada completa y en cómputo anual. Resulta un acierto la introducción de esta garantía, no obstante auguro que serán pocos los contratos formalizados en esta modalidad por cuanto uno de los *atractivos* del contrato a tiempo parcial es, precisamente, abonar el salario y el pago del resto de costes laborales en proporción

a la jornada pactada, con independencia de si ésta es o no realizada. En definitiva, son garantías que endurecen y dan mayor severidad a los requisitos de acceso al trabajo de los extranjeros.

4. Una reserva también introducida en 2009 es someter la validez de autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena a que los trabajadores hayan sido dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social dentro del plazo de tres meses desde su entrada legal en España. La comunicación del alta se formula por el empresario, y parece que no hay resquicio a que sea el propio trabajador extranjero el que la inste. Mantengo que debería haberse contemplado esta posibilidad para el supuesto de hecho en que se inicia la relación laboral y el empresario incumple su obligación de comunicar el alta en tiempo y en forma. Posibilidad que sí se contempla en el art. 29.2 del RGIA. En estos casos, la actuación de la ITSS, a solicitud de las Direcciones Provinciales de la TGSS o sus Administraciones, se dirige a efectuar las comprobaciones sobre la real prestación de servicios de los trabajadores solicitantes. Es evidente que en nada alteraba el régimen legal contemplar este eventual incumplimiento empresarial y dotarlo de las acciones y consecuencias de la normativa de seguridad social. De ser comprobada la prestación de servicios del trabajador extranjero, con independencia de los expedientes sancionadores que procedieran, la ITSS comunicaría de oficio el alta en Seguridad Social y adquiriría toda su eficacia la autorización siempre que no hubieran transcurrido 3 meses desde su entrada en España.

Desde la prudencia pretendida por la reforma parece acertado subordinar la eficacia de la autorización al cumplimiento por el empresario de sus obligaciones con la Seguridad Social. En cambio, desde la perspectiva de protección al extranjero que ha entrado en España con la creencia y la buena fe de trabajar, la normativa debería haber sido más generosa. Lo más razonable hubiera sido facilitar la posibilidad de búsqueda de un nuevo empleador a los extranjeros con independencia de si el empresario ha comunicado o no las razones del desistimiento de la relación laboral

e, incluso, permitirles por el período de 3 meses hacer uso del servicio de intermediación de los servicios públicos de empleo.

5. La protección del derecho a la seguridad y salud en el trabajo debe mantenerse durante todo el período de relación laboral con el empresario, por lo que es un aspecto a considerar en el momento de la contratación si realmente se quiere dar valor a lo dispuesto en el art. 15.2. LPRL que, como un principio de acción preventiva, dispone que el empresario debe tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas.

Por otro lado, respecto del colectivo de estudio, para el acceso a la autorización de trabajo se ha de tener la capacitación y cualificación profesional exigida para el ejercicio de la profesión (art.64.3.f. RELOEX), sin perjuicio de que si el trabajador se propone ejercer una profesión para la que se exija una titulación especial, la concesión de la autorización se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente y, si las leyes así lo exigiesen, a la colegiación (36.3. LOEX). Y en esa capacitación profesional a acreditar es donde tendrían que valorarse los conocimientos y prácticas de la profesión u oficio en todos sus aspectos, incluyendo los de seguridad y salud en el trabajo.

Sin embargo, no es un requisito determinante y decisivo en el proceso de autorización. Las razones son variadas, desde que el marco jurídico no da instrumentos adecuados para valorar la cualificación del trabajador extranjero, se carece de mecanismos directos de reconocimiento de oficios o de experiencia laboral previa a la entrada en el mercado de trabajo español, hasta que no ha sido un problema importante en el periodo de la gran expansión económica, puesto que la mayoría de los puestos de trabajo demandados eran de baja cualificación. Unido a que las actividades laborales de los diversos sectores económicos no exigen al trabajador, por regla general, facultades y competencias para desarrollar una tarea concreta. No se puede desconocer la pretensión de título habilitante que tenía la

Tarjeta Profesional de la Construcción regulada en la DT 4ª del IV Convenio Colectivo General del Sector, que fue anulada por STS de 27 de octubre de 2010.

El RELOEX permite la denegación de la autorización por carencia de capacitación o cualificación del trabajador, debiendo ser motivada tal resolución. No obstante, la efectividad de tal requisito carece de una adecuada virtualidad en todo el entramado del procedimiento de autorización. Por ejemplo, la información que otorga en su página web la Generalidad de Cataluña en torno a la lista de documentación a presentar para solicitar la autorización de residencia y trabajo temporal por cuenta ajena no relaciona la acreditación documental de la capacitación o cualificación, sólo la aportación de titulación académica y colegiación. En cambio, la información que transmite vía internet el Ministerio de Empleo y Seguridad Social sí que exige, entre la documentación a presentar por el trabajador, copia de la documentación que acredite poseer la capacitación y, en su caso, la cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de la profesión. Es verdad que ni modelos, ni formularios, ni informaciones virtuales forman parte del ordenamiento jurídico, ni constituyen fuente del derecho, pero no cabe restarles importancia en la incidencia diaria de la práctica administrativa

Es cierto que este aspecto calificador puede ser más o menos considerado por el empleador según cuál sea el proceso de contratación, bien se tramite a través de un procedimiento individual de autorización, o bien a través de la gestión colectiva de contratación en origen. En este último supuesto la selección o preselección por parte de los empresarios puede consistir en la realización de pruebas prácticas a los trabajadores e, incluso, la impartición de una formación previa genérica, señaladamente para informarles sobre el nuevo contexto en el que realizarán su actividad.

En cualquier caso, la necesaria interrelación entre la LPRL, que obliga al empresario a considerar la capacitación preventiva del trabajador, y la LOEX que también requiere cierta idoneidad profesional, lleva a deducir que la constancia o ausencia de

conocimientos preventivos a los trabajadores seleccionados en origen debería atenderse con más rigurosidad y solidez, al objeto de prever las necesidades formativas que se aplicarán en el momento de la incorporación a su puesto de trabajo.

6. Ya producido el hecho de la contratación, tanto siguiendo los cauces legales como los márgenes irregulares, el trabajador extranjero queda de lleno incluido, como tal trabajador, en el ámbito de aplicación de la LPRL y su normativa de desarrollo, siendo titular de todos los derechos que allí se reconocen.

Pero lo que me importa advertir es que el derecho a la seguridad y salud no tiene en el trabajador extranjero una realización material idéntica a la del trabajador nacional. Las características de la población inmigrante demandan necesidades específicas en el ámbito de la seguridad y salud laboral. Los diversos factores sociales, laborales, culturales e idiomáticos, entre otros, que concurren bien de forma permanente o bien sólo durante un período de tiempo en la persona y entorno del trabajador exigen una orientación y definición de buenas prácticas preventivas.

La diferente normativa preventiva, tanto en su ámbito internacional, como nacional, e incluso autonómico, no hace alusión a estas características de los trabajadores inmigrantes. Ni siquiera las políticas de prevención y protección de la seguridad y salud en el trabajo han tenido como objetivo preferente este colectivo. La propia EESST 2007-2012 reconoce que las Administraciones deben contemplar de manera permanente en sus planes anuales de actuación, el desarrollo de campañas de concienciación y sensibilización para la reducción de la siniestralidad laboral y la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Y estas campañas han de incluir, como reconoce la estrategia, a grupos de riesgo como el de los trabajadores inmigrantes. Sí que es cierto que las diferentes CC.AA elaboran programas informativos, comunicaciones, o publican folletos divulgativos en diferentes lenguas dirigidos a este colectivo de población con el objetivo de promocionar entre los mismos la denominada «cultura preventiva». Pero en

general, ninguna de ellas establece políticas más concretas dirigidas a las empresas, organismos y agentes que intervienen en la seguridad y salud en el trabajo cuyo objeto sea determinar instrumentos y mecanismos que permitan conocer e identificar los riesgos más allá del entorno de trabajo, observando las condiciones particulares de quién desarrolla las tareas de dicho puesto.

Tampoco desde la vertiente del control o vigilancia hay unos objetivos concretos en este aspecto. Son típicas las campañas programadas de actuación de la ITSS en siniestralidad laboral de los trabajadores extranjeros por su consideración de grupo con mayor tendencia a la siniestralidad, pero sin la búsqueda de resultados definidos fuera de los derivados de la respuesta inspectora sancionadora ante la detección de incumplimientos. Es decir, se ordena la investigación de los accidentes seleccionados siguiendo los parámetros habituales de investigación inspectora del accidente: entorno de trabajo, equipo o máquina utilizada, condiciones ambientales, etc., sin apreciación de otras circunstancias concurrentes o diferenciadoras que exigieran una valoración inspectora sobre las necesidades preventivas del accidentado y un requerimiento a la empresa para la elaboración de propuestas precisas de actuación.

Desde el año 2011 se programa una campaña inspectora con origen en el 2º Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2011-2014 (PECI), para controlar y perseguir todas aquellas situaciones en las empresas que puedan ser constitutivas de discriminaciones de carácter racial o xenófobo. Y dado que los indicios de situaciones discriminatorias entre los trabajadores españoles y los trabajadores inmigrantes se pueden encontrar en la gran mayoría de los ámbitos de actuación de la ITSS, se decidió que las actuaciones inspectoras tuvieran un carácter integral, que englobase la totalidad de condiciones de trabajo y, por tanto, también las de seguridad y salud.

Sin embargo considero que sería de mayor utilidad la planificación de campañas inspectoras con un cariz más investigador y evaluador, que interrelacionasen los

aspectos concurrentes en el binomio siniestralidad-trabajador extranjero, con las organizaciones, instrumentos y agentes que operan en el campo de la prevención. Podrían ser tanto campañas específicas como ordinarias, si bien en estas últimas se incluirían estos elementos de investigación. Por ejemplo, en las campañas habituales de inspección dirigidas al seguimiento de la actuación de las entidades que actúan como servicios de prevención sería deseable que si en su ámbito de cobertura preventiva se encuentra personal extranjero se evaluara su actuación sobre el mismo, si ésta es igual que para el resto de trabajadores o es individualizada, estimando la existencia o suficiencia de los medios humanos y materiales de que disponen para esta particular atención de ser necesaria, etc. A partir de allí, si se detecta la insuficiencia de medios o la ausencia de previsión al respecto, poder adoptar las medidas oportunas de corrección o incluso de propuesta de de retirada de acreditación. También es cierto que estas actuaciones exigen una profundidad y un tiempo de intervención que no casa bien, ni con el efectivo numérico de Inspectores de Trabajo ni con la cantidad de programaciones diversas a realizar en los diferentes aspectos del ámbito competencial inspector.

7. Un elemento básico del deber preventivo empresarial es la organización preventiva que libremente adopta o debe adoptar el empresario. Es una decisión inicial que, sin embargo, condiciona la actuación preventiva futura en la empresa en tanto se mantenga la misma organización. Su elección obedece a criterios legales, bien porque sea así impuesto como por ejemplo en las empresas de más de 500 trabajadores, o bien a criterios discrecionales del empresario en los que seguramente tendrán un peso importante los factores de índole económico.

La asunción personal por el empresario, completada con la contratación de un servicio de prevención ajeno, puede ser la más adecuada en empresas cuyo titular es extranjero y el personal contratado es de la misma nacionalidad, como ocurre en la actividad de comercio minorista de distribución independiente no organizada.

La designación de trabajadores, modalidad prioritaria de la DM a pesar de que la legislación interna no le otorgue esa primacía, supone un modelo abierto y flexible cuyo mayor inconveniente para su elección es el sometimiento al control de auditorías cuando el número de trabajadores de la empresa sea superior a 50. Desde la vertiente jurídica, el obstáculo es la ambigüedad e indeterminación de su regulación en cuanto los medios humanos, materiales y el tiempo que se debería invertir en la función preventiva por los trabajadores designados. Sin dudar, es la modalidad por la que me decanto y pienso que muy eficaz en pequeñas empresas, con empleo estable, en las que el empresario ha formado a los trabajadores para ejercer su acción preventiva. Y ello por cuanto el hecho de estar integrados en la plantilla de la empresa les hace conocedores de la organización empresarial, de los medios, de las cualidades objetivas y subjetivas de los trabajadores y de sus prácticas preventivas. Su integración en la base social de la empresa y, por tanto, su proximidad, tanto en tiempo como en lugar, al resto de trabajadores crea un clima de cercana confianza a los que difícilmente pueden llegar los integrantes de recursos externos. La generalización de esta modalidad abriría más posibilidades a que el propio trabajador extranjero se insertara en ella y participase en las actividades de la organización preventiva.

Aunque desde una mejor gestión de la prevención se deposite mi confianza en las organizaciones internas, lo cierto es que las empresas mayoritariamente han apostado por el recurso a un servicio de prevención ajeno. Cierto es que son entidades que deben pasar un control, al ser necesariamente objeto de acreditación por la Administración, pero en ese proceso los elementos a considerar son más de carácter cuantitativo que cualitativo, es decir se fija el número de técnicos en función de la cobertura de trabajadores a atender pero no al tipo de trabajadores de los que hay que ocuparse.

8. La incidencia de la elección correcta de la modalidad organizativa es significativa. Pero considerando la libertad legal que se otorga al empresario, he de evaluar otras obligaciones preventivas en las que sus perfiles normativos permitan insistir en las

garantías del derecho a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros. Me refiero a la evaluación de riesgos, la formación preventiva y la vigilancia de la salud.

La evaluación de riesgos es pieza clave en el contenido del derecho a la seguridad y salud del trabajador. A través de ella se identifican los riesgos, se valora su gravedad, es termómetro del éxito de las medidas preventivas y sobre ella el empresario ha de asentar la planificación de su política de seguridad laboral. Además de la regulación general de la misma contenida en la LPRL, la propia ley insiste en ella en tres artículos: el relativo a los trabajadores especialmente sensibles (art. 25 LPRL), a las situaciones relacionadas con la protección por maternidad (art. 26 LPRL) y a los trabajadores menores de edad (art. 27 LPRL).

Con respecto a los trabajadores especialmente sensibles, que son los que aquí interesan, se asigna al empresario la obligación de tener en cuenta todas sus circunstancias personales en las evaluaciones de los riesgos, adoptando las medidas preventivas y de protección específicas. A saber, una manifestación particular de la exigencia general de la «adaptación del trabajo a la persona» del art. 15, 1.d) LPRL. Pues bien, esta es la obligación empresarial que se ha de desarrollar respecto del personal extranjero que reúna todas o algunas de las características personales que incidan o puedan repercutir en su mayor siniestralidad, y a las que ya aludí. Ello se infiere, en primer lugar, del propio precepto que no relaciona una lista cerrada de sujetos protegidos. En segundo lugar, los riesgos a los que se refiere la especial sensibilidad no son especiales, sino, en general, los riesgos que se derivan de cualquier tipo de trabajo o actividad laboral concreta. Por último, porque la protección prevista en el precepto es para situaciones transitorias o provisionales, no permanentes, como es la situación del colectivo de estudio hasta que llega a su plena adaptación al entorno laboral y social.

En consecuencia, el empresario en el cumplimiento de su obligación evaluadora habrá de identificar si existen circunstancias de especial sensibilidad en el trabajador

extranjero. Reconocer características tales como el grado de conocimiento del idioma, su nivel de cultura preventiva, los condicionamientos de conocimientos profesionales que pueda requerir el puesto, los aspectos psicosociales derivados del proceso migratorio e, incluso, valorar los factores del medio ambiente de trabajo como problemas de aceptación del inmigrante en la organización de la empresa.

Una vez realizada la evaluación se definirán las medidas o acciones a aplicar para eliminar o reducir los riesgos concretos derivados de esta especial sensibilidad. Algunas consistirán en la adopción de simples medidas de tipo organizativo y otras de acentuación o intensificación de algunas obligaciones preventivas, como la formación e información y la vigilancia de la salud.

Tanto la formación como la información preventiva son dos obligaciones empresariales, objeto de regulación independiente pero que han de ir firmemente unidas para que puedan cumplir su función de facilitar la instrucción adecuada a los trabajadores antes de que comience a desempeñar cualquier puesto de trabajo, acerca de los riesgos y peligros que en él puedan afectarle.

Los problemas de estas obligaciones, sobre todo de la formación, es la amplitud de su formulación y, sin embargo, el escaso desarrollo normativo, además de cierta tendencia a una observancia más formal que material. Ello se ve agravado cuando se trata de trabajadores inmigrantes que no entienden el idioma en el que se les da las instrucciones o se imparte la sesión formativa, lo que dificulta la comprensión del mensaje formativo o informativo que les dirigen. En el caso de la formación, ésta es impartida por los servicios de prevención ajenos, que disponen de técnicos acreditados en cuanto a conocimientos para impartirla pero pueden desconocer el idioma de los trabajadores a los que se dirige. Las soluciones que se adoptan son diversas, desde la traducción de folletos con instrucciones y pequeñas reglas, a la utilización de medios audiovisuales. Ello puede justificar la obligación de información, pero no sustituir la obligación formativa en puestos de trabajo con alto riesgo o peligro. Para esto se acude a intérpretes o compañeros que puedan

transmitir la exposición del técnico, con lo que realmente es el intérprete el que asume la condición de formador sin la aptitud acreditada para ello. La solución para estos casos pasa por un plan específico de formación, integrado en la planificación preventiva que atienda todas estas dificultades.

El empresario también ha de garantizar a los trabajadores la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Pero, condicionando la misma a que el trabajador objeto de esta vigilancia preste su consentimiento y respetando siempre su derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador, manteniendo la confidencialidad de toda la información relacionada con el estado de salud.

Los problemas planteados respecto del efectivo cumplimiento de esta obligación con los trabajadores extranjeros no difieren de lo relacionado con las otras obligaciones. Lo único que a las dificultades idiomáticas se puede añadir los problemas éticos que pueden suponer el recurrir a una tercera persona que facilite la labor de traducción, debido a la necesidad de mantener la confidencialidad de los datos. El desconocimiento de la lengua dificulta y condiciona la obtención de información sobre aspectos relativos a los antecedentes personales y laborales o para poder determinar la aptitud para un puesto de trabajo determinado, y pueden converger con ellos aspectos culturales que provoquen miedo o rechazo al realizar determinadas pruebas médicas. De nuevo las herramientas preventivas por excelencia, la evaluación de riesgos y la planificación preventiva, son las que han de anticipar la problemática y comunicarla a la organización encargada de la vigilancia de la salud, la cual deberá adoptar los protocolos y procedimientos necesarios para hacerla efectiva: desde la sistemática habitual de traducción de los consentimientos informados a las lenguas utilizadas por los trabajadores, la realización de manuales con explicaciones visuales sobre el objeto y las pruebas de los protocolos médicos e incluso, acorde con la actual era tecnológica, software de reconocimiento de voz e interpretación.

En fin, entiendo que, desde el ámbito de la empresa, el soporte preventivo de estas obligaciones de formación, información y vigilancia de la salud actuaría como un coadyuvante esencial para la reducción de siniestralidad del colectivo, para el aumento de su cultura preventiva, y porque no, para una mayor reivindicación de sus derechos laborales por poseer un conocimiento suficiente de los mismos.

9. El sector del empleo doméstico es objeto del estudio por ser un sector representativo de mano de obra extranjera, no siempre regular, y en el que las normas preventivas no se aplican por haberse así decidido en la LPRL (art.3.4.), que lo excluye de su ámbito de aplicación. La única obligación del titular del hogar familiar es cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, adoptando medidas eficaces y considerando las características específicas del trabajo doméstico.

Ante tal indeterminación, la concreción de las obligaciones del empleador no es tarea fácil. Partiendo de la encomienda constitucional a los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40 CE), y continuando con la consideración de la LPRL como marco legal general que desarrolla el principio rector, el punto de partida de integración del contenido del derecho se encuentra en esta norma, en su esencia, que a mi juicio se halla en la filosofía y espíritu reunido en los «principios de la acción preventiva» del art. 15 LPRL. Por tanto, el empleador deberá, en cumplimiento de su obligación de cuidado, aplicar las medidas y principios del precepto tales como evitar los riesgos y combatirlos en su origen; sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; tener en cuenta la evolución de la técnica y adoptar medidas que antepongan la protección colectiva o individual. Incluso la realización de los propios principios que se formulan como puras obligaciones, a saber, la evaluación de riesgos, la adaptación del trabajo a la persona, la planificación de la prevención y la instrucción a los trabajadores. Lo anterior no obsta a que el carácter de titular del hogar familiar pueda condicionar la exigencia de estos derechos con la intensidad que se exige al empresario en sentido

económico, es decir al empresario que tiene un objetivo lucrativo, de obtención de un beneficio económico.

Este razonamiento concuerda con la consideración que hacia este colectivo mantiene la OIT, plasmada recientemente en el Convenio núm. 189, no ratificado por España, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, donde se reconoce el derecho de todo trabajador doméstico a un entorno de trabajo seguro y saludable.

Junto al vacío legal del contenido de la obligación de cuidado, la otra vertiente conflictiva en la protección del derecho de los trabajadores de este sector es la dificultad de ser exigido coactivamente por el Estado, fundamentalmente por el clásico obstáculo de la vigilancia y fiscalización, al desarrollarse la relación laboral en un domicilio particular. Ante el incumplimiento del empleador, la única reacción que contempla la norma laboral de la relación especial es que será justa causa de dimisión del empleado.

Desde la óptica reparadora, señalar que desde el 2011 los empleados de hogar tienen reconocidas las contingencias profesionales como tales, aunque el empleador está excluido del régimen de responsabilidades en prestaciones del art. 126 LGSS. Sobre la figura del recargo en prestaciones del art. 123 LGSS no hay exclusión expresa, como la hubo durante el período de reconocimiento de contingencias profesionales en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, por lo que cabe la posibilidad de su imposición, posibilidad muy limitada por la indefinición expuesta de las obligaciones preventivas del empleador, que limitan la apreciación de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, y ésta siempre actúa como presupuesto necesario para el reconocimiento de esta responsabilidad empresarial.

En fin, que todavía queda un largo camino para la completa y total equiparación de los trabajadores domésticos a los trabajadores en general.

10. El desplazamiento de trabajadores ha superado en creces la movilidad geográfica que debía suponer la libre circulación de trabajadores en la UE. Durante los años del «boom inmobiliario», España fue receptora de empresas que desplazaban a sus trabajadores, en su mayoría empresas establecidas en Portugal. Ante la crisis del sector, son las empresas españolas las que buscan mercado en otros países, apreciándose ya importantes movimientos de trabajadores desplazados a países fronterizos como Francia.

El análisis de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional supone un reto jurídico. El motivo es que aún tratándose de una normativa armonizada, como es la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito europeo, las particularidades nacionales tienden a imponerse por los Estados lo que provoca cierta incertidumbre sobre cual son las obligaciones empresariales a respetar en esta materia.

Dentro de las condiciones de trabajo que constituyen el núcleo mínimo indisponible que, en todo caso, debe respetarse por las empresas que desplazan a sus trabajadores, está la seguridad y salud en el trabajo. Pero como se ha ocupado de indicar el TJUE, bastará con una protección equivalente entre el trabajador desplazado y el nacional, no necesariamente ha de ser en condiciones de igualdad. De aquí, que incluso en ámbitos tan armonizados como éste, se introduzcan elementos de competencia que debilitan la protección del trabajador. La dimensión del problema de los trabajadores desplazados se extiende desde la dificultad de controlar las situaciones de fraude en desplazamientos simulados, hasta la fiscalización del cumplimiento de la normativa preventiva en el colectivo, pasando por las reglas de imputación de responsabilidad. Un ejemplo significativo lo constituye la responsabilidad ante el acaecimiento de un accidente de trabajo. La empresa que desplaza a sus trabajadores nunca podrá incurrir en la responsabilidad del art. 123 LGSS, dado que el recargo en prestaciones es una figura particular de responsabilidad de nuestro ordenamiento de Seguridad Social no contemplada en otros, y los trabajadores desplazados, durante el período de desplazamiento siguen

manteniendo el régimen de seguridad social del país de donde habitualmente prestan servicios.

No comparto que la solución a los conflictos derivados del desplazamiento transnacional se resuelva con la aprobación de la Directiva de garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, su contenido regulador se sigue mostrando parcial e insuficiente.

11. Respecto de los trabajadores extranjeros en situación irregular, los mecanismos y garantías de protección de su derecho a la seguridad y salud en el trabajo actúan de forma diferente.

Principalmente, en la esfera administrativa porque prima la actuación tendente a la detección y represión de su irregularidad administrativa, que a la efectiva preservación de su derecho a la seguridad y salud, incluso cuando éste ya se ha vulnerado.

La propia situación irregular del trabajador condiciona las consecuencias de la actividad inspectora. Ante la constatación de una situación de riesgo para la seguridad del trabajador, no es procedente la formulación del requerimiento preventivo del art. 43 LPRL, directamente debe iniciarse el expediente sancionador por contravención a la normativa preventiva. La razón, fácil, el requerimiento en un acto de futuro, de modificación de una situación de riesgo por una situación de seguridad, y no resulta viable otorgar protección futura a una relación que se desarrolla en contra de las previsiones del ordenamiento jurídico, salvo supuestos en que, lógicamente, el incumplimiento afecte a más trabajadores o es posible que afecte en un futuro.

Tampoco la propia situación de irregularidad administrativa del trabajador podrá originar una advertencia o requerimiento del art. 7 de la LOIT. El hecho de que la conducta del empresario al contratar a un trabajador en esta situación sea tipificada

como infracción muy grave, y que se trate de normas de extranjería cuyo fundamento se encuentra en la lucha contra la inmigración irregular, inexorablemente lleva a la apertura del expediente sancionador.

Pero ello no ha de suponer nada negativo para el trabajador debido a que la resolución administrativa confirmatoria de un acta de infracción de la ITSS que acredite una relación laboral del trabajador extranjero es documento válido para la solicitud de residencia temporal por arraigo laboral, cuando se cumpla el resto de prescripciones reglamentarias para acceder a esta regularidad por circunstancias excepcionales. De aquí, que una buena práctica inspectora a incorporar sería hacer uso de las facultades de información y asistencia técnica que posee la ITSS, orientando al trabajador extranjero sobre la plena validez de su contrato de trabajo (art. 36.5 LOEX) y de sus derechos como trabajador, incluso la posibilidad de hacerlos valer mediante demanda ante el juzgado de lo social para la determinación y reconocimiento de su relación laboral y los efectos derivados de su extinción no causal motivada por la actuación de la Inspección de Trabajo. Se le ha de hacer saber que tanto el expediente sancionador de extranjería, como una resolución judicial favorable, son documentos acreditativos que podrían llegar a modificar su situación administrativa a través de la solicitud de arraigo laboral.

12. La actitud del trabajador extranjero no se perfila, en general, por su intensa colaboración con la ITSS. No identifica a sus funcionarios como agentes encargados de velar por las condiciones de trabajo de los trabajadores con independencia de su nacionalidad, sino como autoridades a las que les corresponde fiscalizar la normativa de extranjería y detectar situaciones de irregularidad.

Esta actitud es difícil que sea modificada desde la entrada en vigor de la LO 2009, reforma por la que se faculta de forma inédita la posibilidad de que por parte de la ITSS se inicien expedientes sancionadores a los trabajadores extranjeros por infracciones cometidas en relación a su contratación por el empresario. Concretamente, respecto del trabajador extranjero que se encuentre trabajando en

España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, y siempre que no cuente con autorización de residencia válida. Con anterioridad a esta reforma, el inicio de actuaciones por la ITSS se limitaba a cuando el sujeto infractor era trabajador por cuenta propia dada su asimilación a empresario. Se desconoce el fundamento de esta modificación que, además, choca frontalmente con el espíritu y la naturaleza de la competencia sancionadora de la ITSS, que se dirige a empresarios en todo lo concerniente a la relación laboral, al contrato de trabajo, o a trabajadores en su única condición de perceptores o solicitantes de prestaciones públicas y a los que jamás se les impone sanción de multa. Este choque moral se extiende a la esfera legal, en tanto la LISOS sólo contempla como sujetos responsables de las infracciones en materia de extranjería al empresario y al trabajador por cuenta propia (art. 2.5 LISOS), si bien debo entender que todo lo relacionado con el aspecto sancionador en materia de extranjería, desde sujetos responsables hasta la determinación de la cuantía de las sanciones, es ocupado por la propia normativa de extranjería y no por otras normas del orden social sobre las que no hay remisión expresa y considero tácitamente derogadas.

Diverjo de esta extensión competencial de la ITSS, vía ampliación sujetos responsables, abiertamente contradictoria con el enfoque y las premisas de la OIT que sitúan como principal obligación de los inspectores del trabajo la de proteger a los trabajadores y no velar por el cumplimiento de las leyes de inmigración.

13. Hablar de protección a la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores extranjeros requiere hablar de protección social cuando el lado preventivo ha fallado y el riesgo se ha materializado. Y analizar la protección social de los trabajadores extranjeros ante los riesgos profesionales precisa examinar la protección social ante estos riesgos de los trabajadores en situación irregular.

La protección social de los extranjeros en situación irregular es un entorno en el que se eleva a categoría la técnica de la ambigüedad legal. El Sistema de la Seguridad Social establece reglas de acceso al régimen de prestaciones diferenciando en razón

o no de una estancia regular o irregular y de un trabajo declarado o no. Sin embargo, en actualización de contingencias profesionales, la circunstancia de la situación administrativa parece irrelevante, y la condición de trabajador se superpone a la de su regularidad.

La autorización para residir es el elemento que equipara el acceso de los extranjeros a las prestaciones de seguridad social, pero respecto del extranjero trabajador no autorizado el art. 36.5. LOEX introduce la confusión. Tras proclamar la validez del contrato de trabajo de los que carecen de autorización de residencia y trabajo, asevera que esta circunstancia tampoco será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación, y excluyendo expresamente la prestación por desempleo.

Es un tema pacífico, derivado tanto de la jurisprudencia del TS (STS de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y 18 de marzo de 2008) como de la normativa de Seguridad Social (art. 42 del RGIA), la protección del trabajador extranjero en situación irregular frente a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Contingencias profesionales clásicas pero no únicas debido a que en los últimos 15 años la protección se ha ampliado a situaciones de necesidad cuyo origen es también profesional, me refiero al riesgo durante el embarazo y la lactancia. Son prestaciones directamente vinculadas con la protección del derecho a la seguridad y salud de las trabajadoras, por consiguiente la irregularidad del inmigrante debería carecer de relevancia alguna. No obstante, de la lectura de los preceptos de la LOEX y de la LGSS no se me permite extraer esta consecuencia directa. A la misma conclusión llego observando los diferentes instrumentos internacionales, los cuales o bien se refieren sólo a extranjeros residentes o bien directamente son convenios que no han sido ratificados por España. Pero más allá de un voluntarismo particular, puedo considerar cubiertas a las trabajadoras en situación irregular delante de estas situaciones de necesidad dado que ni el art. 36.5. LOEX ni el art. 42 del RD 84/96

cierran las puertas a otras prestaciones que pudieran corresponder al trabajador extranjero. Y si bien la sentencia del TS de 18 de marzo de 2008 extiende la protección al accidente de trabajo sobre la base legal del Convenio núm. 19 de la OIT, esta protección también se ha extendido a la enfermedad profesional sin alusión a normativa internacional alguna. Además, denegar esta protección social a las trabajadoras cuestionaría el propio derecho a la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en todos los aspectos relativos al trabajo asalariado, dada la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de las trabajadoras tiene el hecho de la maternidad y la lactancia.

14. Ahora bien, las dificultades de la protección social en contingencias profesionales no vienen tanto de su reconocimiento sino del acceso a sus prestaciones. Las situaciones de irregularidad intentan mantenerse ocultas, de ahí que ante el acaecimiento o materialización de la contingencia profesional, ésta tienda a negarse o a disfrazar la verdad. Ante esto, sobre todo si se trata de un accidente de trabajo con lesiones físicas en el que la prueba de su existencia puede resultar más sencilla, es necesaria y fundamental la colaboración del trabajador denunciando los hechos ante la ITSS para que pueda llegar a reconocerse como tal y generar las prestaciones correspondientes.

Es en el caso de enfermedades del trabajo y en las propias enfermedades profesionales donde el trabajador extranjero puede encontrar enormes dificultades para el reconocimiento de las prestaciones por no ostentar la condición de asegurado. Los síntomas de estas enfermedades no se presenta siempre de forma clara y apreciablemente profesional, sus manifestaciones pueden ser idénticas a otros procesos patológicos, de ahí que la mayoría de las veces el primer tratamiento sanitario que se busca es a través del sistema público de salud. El obstáculo radica en que el RD Ley 16/2012 denegó la condición de asegurado a los extranjeros en situación irregular y limitó su derecho a la asistencia sanitaria a asistencia de urgencia por enfermedad grave o accidente, asistencia al embarazo, parto y postparto, exceptuando a los extranjeros menores de dieciocho años que

reciben asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Ante lo expuesto, la solución es la modificación legal que supondría el pronunciamiento de inconstitucionalidad del TC. Entre tanto lo único que cabe es apelar a la actuación de las Administraciones sanitarias y al personal que presta servicio en ellas. El panorama idílico pasaría por el establecimiento de programas específicos para los centros sanitarios de urgencia de detección de riesgos profesionales en la población inmigrante que acude a ellos. Programas que adviertan e informen al personal sanitario sobre el mantenimiento de todos los derechos del trabajador irregular ante la exposición y aparición de riesgos profesionales, y que fomenten su formación, habida cuenta que en la mayoría de los casos su único contacto con un sistema de salud medianamente organizado va a ser el tratamiento y diagnóstico de urgencia.

Igualmente contribuiría que el trabajador extranjero tuviera conocimiento de su estatuto jurídico, de la totalidad del conjunto de derechos de los que se benefician los trabajadores irregulares. Lo que precisa no sólo una labor de promoción, sino de definición legal.

15. Respecto de la responsabilidad del art. 123 LGSS no existen dudas sobre la plena aplicación del recargo en prestaciones a los trabajadores en situación irregular. Sin embargo, esta responsabilidad no siempre es exigida al empresario, particularmente cuando el trabajador ha fallecido, por circunstancias relacionadas con el desconocimiento de quien son los beneficiarios de las prestaciones de seguridad social, comportando esta ignorancia resoluciones administrativas del INSS desestimando la propuesta de recargo iniciada por la ITSS.
16. Para concluir, manifiesto mi total desacuerdo con la línea judicial iniciada por el TS en sentencia de 21 de enero de 2010 sobre un accidente de trabajo de un inmigrante con unos documentos de identidad y unas autorizaciones que no se correspondían con su persona. El tribunal estima que el contrato es inexistente (o en su caso nulo) y, por tanto, todo el régimen de protección social establecido para la cobertura de los daños derivados de un accidente laboral deviene inaplicable.

Entiendo que la nulidad del contrato de trabajo no acarrea la consecuencia de que el trabajador quede desprovisto de la protección dispensada por el Sistema de Seguridad Social a las contingencias profesionales, pues no hay que olvidar que se ha producido una real prestación de servicios. Y, por otro lado, accidente de trabajo es lo que dice el art. 115.1. LGSS, toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, con independencia de que haya suplantado la personalidad de otro trabajador.

BIBLIOGRAFÍA.

- AA.VV., *Condiciones laborales y siniestralidad en el colectivo de trabajadores inmigrantes*. 2008, Observatorio Estatal de Condiciones de Trabajo, publica el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.
- AA.VV., GOERLICH, J.M (Director), GUAMAN, A. (Coordinadora), *Libertades Económicas, Mercado de Trabajo y Derecho de la Competencia*, CES.
- AA.VV., *Guía de Valoración de Incapacidad Laboral para Médicos de Atención Primaria*, Escuela Nacional de Medicina del Trabajo (ENMT). Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Ciencia e Innovación. Madrid. 2009. Álvarez-Blázquez Fernández F, Director. Jardón Dato E, Carbajo Sotillo MD, Terradillos García MJ, Valero Muñoz MR, Robledo Muga F, Maqueda Blasco J, Cortés Barragán R, Veiga de Cabo J, coordinadores.
- AA.VV., *Lucha contra el trabajo doméstico no declarado*, Servicio de Empleo de Cataluña- Generalidad de Cataluña, junio de 2012.
- ABARCA JUNCO, A.P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MARTÍN DÉGANO, I. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. *El extranjero en el Derecho Español*, Dykinson, 2012.
- ACHOTEGUI, J.: «Estrés límite y salud mental: el síndrome del inmigrante con estrés crónico y múltiple (Síndrome de Ulises)», *Revista Norte de salud mental de la Sociedad Española de Neuropsiquiatría*, 2005 Volumen V, Nº 21.
- AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: « Diversidad de los trabajadores y evaluación de riesgos: garantizar la cobertura para todos Resumen de un informe de la Agencia», <http://www.beswic.be/es/publications/factsheets/87/view>.
- ALBESA VILALTA, A.: «La importancia de la formación en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales». Comunicación presentada al III Congreso de la Inspección de Trabajo (Santander, octubre 2003), mat. inédito.
- ALVAREZ DE LA ROSA, M.: «El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales», en AA.VV, CASAS BAAMONDE M.E.,

- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., VALDÉS DAL-RÉ, F (coords), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, LA LEY-ACTUALIDAD, MADRID, 1997.
- APARICIO TOVAR, J.: «La Ley de Prevención de Riesgos laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 3 (1995).
 - ARAGÓN BOMBIN, R.: «La España de los 90 ante el reto de la inmigración», *Papeles del Psicólogo*, núm. 54 (1992).
 - ARGÜELLES BLANCO, A.R.: «Legislación autonómica sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres: medidas de promoción de la igualdad en las empresas y en la negociación colectiva», AA.VV., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías : XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Tiranch lo Blannch, 2011.
 - BALLESTER PASTOR, M.A.:
 - « Las consecuencias del despido de trabajadores extracomunitarios sin permiso de trabajo: SSTSJ Cataluña 14 y 30 de mayo de 2002», *Actualidad Laboral*, núm. 27, 2003.
 - «Los derechos sociales en la Carta Comunitaria de derechos fundamental y en el Tratado de Lisboa», *Actualidad Laboral*, núm. 15, septiembre. 2009.
 - BARBERO MARCOS, J., MATEOS BEATO, A., *Aspectos prácticos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Lex Nova, Valladolid, 1997.
 - BARCELO FERNÁNDEZ, J.: «Comentarios al nuevo reglamento de extranjería, Real Decreto 557/2011, de 20 de abril», *Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 27 (2011).
 - BARCELÓN COBEDO, S.:«La contingencia protegida por la prestación de riesgo durante la lactancia. Comentario a la STS de 24 de abril de 2012», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012.
 - BENAVIDES F.G., BOIX, P., RODRIGO, F., GIL, J.M. (coords), *Informe de salud laboral España, 2001-2010*, Barcelona: CISAL-UPF, 2013.

- BENAVIDES, F., AHONEN, E., BOSCH, C.: «Riesgo por lesión por accidente laboral en trabajadores extranjeros (España 2003 y 2004)», *Gaceta Sanitaria*, 2008, 22.
- BENAVIDES. F., DELCLÒS CLANCHET, J., SERRA PUJADES, C. , CAMP CASALS, L., DE PERAY BAIGES, J.L., FERNÁNDEZ BARDÓN, R.: «Identificación y selección de enfermedad de posible origen laboral atendida por el sistema público de salud», *Atención Primaria*, núm. 43 (10), 2011.
- BENITA FERNÁNDEZ, F.: « Medidas derivadas de la actividad inspectora», *Información laboral*, núm. 7(2010).
- BENJAMIN O. ALLI: *Principios fundamentales de salud y seguridad en el trabajo*, Informes OIT (2ª edición), Ministerio de Trabajo e Inmigración (2009).
- BERNARDO JIMENEZ, I.:
 - «La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales», *Actualidad Laboral*, 1996, Ref. XXV.
 - «Actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales», AA.VV., VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I. (coord.), *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Aranzadi, 1999.
 - Vigilancia de la salud de los trabajadores: Los reconocimientos médicos», *Aranzadi Social* num. 20/2002.
 - «La salud y seguridad en el trabajo y la estrategia europea para el crecimiento y el empleo. La estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)», *Revista Alcor*, núm. 111, 2008.
- BLANCO MARTÍN, J. M.: «Novedades en materia laboral contenidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el año 2004», *Información Laboral Legislación y Convenios*, 1/2004.
- BLASCO MAYOR, A.:
 - «La externalización de las actividades de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 13 (2001).

- *Concepto, fuentes y alcance del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Obra editada por el Gobierno de Cantabria, Consejería de Industria, Turismo, Trabajo y Comunicaciones, Santander, 2008.
- BORRAJO DACRUZ, E.:
- «Accidentes de trabajo y extranjería», *Actualidad Laboral*, núm.1, enero 2009.
- «Extranjeros sin papeles y desempleo», *Actualidad Laboral*, núm. 13, 2009.
- BOZA MARTÍNEZ, D.: «Régimen de infracciones y sanciones. La nueva regulación de la expulsión», en AA.VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F., MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la ley 12/2009*, tiranch lo blanch, 2010.
- BRIANTAIS,E.: «L'inspecteur n'est pas un flic», <http://www.gisti.org/spip.php?article2656>.
- BURGOS GINER, M.A.: «Infracciones y sanciones laborales al régimen de extranjería» en AA.VV., *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España (Estudio tras el Real decreto 557/2011, de 20 de abril)*, Atelier LIBROS JURÍDICOS (2012).
- CABEZA PEREIRO, J., MENDOZA NAVAS, N., *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Bomarzo, 2008.
- CABEZA PEREIRO, J.:
- «Art. 55. Sanciones.» en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ (dirección y coordinación), *Comentario a la ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Editorial Comares, 2012 (2ª edición),
- «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2008.
- CAMAS RODA, F (coord.):
- «El marco competencial en materia de inmigración que se deriva de la reforma del Estatuto de Autonomía y del proceso de reformas de la normativa de extranjería», *La atribución de competencias en materia de inmigración*

- derivadas del Estatuto de Autonomía*, Generalidad de Cataluña, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona (2010).
- *La normativa Internacional y Comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia (2003).
 - *Las obligaciones del empresario en la normativa de prevención de riesgos laborales*, LA LEY, 2002.
 - «Ciudadanía y empresariado transnacional», *Ciudadanía y participación en tiempos de cambio. IX Seminario Inmigración y Europa*, Fundación ACSAR, noviembre 2012.
 - «El proyecto de ley de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales (la seguridad y salud en el trabajo como cuestión prioritaria)», *Aranzadi Social*, núm. 12, 2003.
 - «Inmigración y seguridad y salud laboral», en *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo (2005).
 - «Responsabilidad empresarial por siniestralidad laboral», AA.VV., PUMAR BELTRÁN, N (coord.), *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, Bomarzo, 2006, 1ª edición.
 - «La dispersión de las infracciones laborales relativas al trabajo de extranjeros: análisis de la compatibilidad entre las sanciones derivadas de la comisión de las infracciones previstas en la Ley de infracciones y sanciones del orden social y en la Ley Orgánica de extranjería», *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 16 (2003).
 - CARDONA ALONSO, I.: «La Ley 4/2000: La dimensión jurídica», *Revista La Factoría*, Nº 11, febrero-mayo (2000).
 - CARNEIRO CANEDA, M.: «Aplicación de la responsabilidad social empresarial como modelo de gestión a la inmigración. La «Caixa» como una experiencia de éxito en la gestión de la integración inmigrante», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 307, 2008.
 - CARRASCO CARPIO, C. GARCIA SERRANO, C. , *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, 2012.

- CASAS BAAMONDE M.E. en «Derecho Público y Salud Laboral: el régimen jurídico sancionador» en AA.VV., CASAS BAAMONDE, M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., VALDÉS DAL-RÉ, F., *Seguridad y Salud en el Trabajo: El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, LA LEY-ACTUALIDAD, 1997.
- CASAS BAAMONDE, M.E., DEL REY GUANTER, S., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Colección Estudios., CES, octubre 2000.
- CHACARTEGUI JÁVEA, C.: «La calificación del suicidio como accidente de trabajo», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Vol. 2, núm. 5 (Jun), 2009.
- CHARRO BAENA, P, RUIZ DE HUIDROBO, J. M.: «La mal llamada *Ley de Extranjería*: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes?» *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2000, Ref. D-122, tomo 4, Editorial LA LEY.
- CHARRO BAENA, P.: «El trabajo de los extranjeros en España: una lectura desde el Ordenamiento Laboral», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63 /2006.
- COMISIÓN EUROPEA, *El empleo en Europa 2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2011.
- CONSEJERIA DE ECONOMIA Y EMPLEO DE LA JUNTA DE CASTILLA Y LEON, *La calidad de los Servicios de Prevención*, 2009, p. 19.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La inmigración y el mercado de trabajo en España*, colección CES/informes, informe 2/2004.
- CORDERO GONZÁLEZ,J.: «La protección frente al despido disciplinario de los trabajadores integrantes del servicio de prevención propio», *Actualidad Laboral*, 1998, Ref. V, Tomo 1, Editorial LA LEY.
- COS EGEA, M.:
- «*La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales*», LA LEY, 2010.
- «Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial», *Aranzadi Social*, núm. 12/2010.

- CRISTÓBAL RONCERO, R.: «La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 53, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «La política comunitaria de inmigración», *Relaciones Laborales*, núm. 15, 2009.
- DE CABO, G, GONZÁLEZ. A, ROCES. P., *La presencia de las mujeres en el empleo irregular*, Instituto de la Mujer, Madrid (2005).
- DE LA VILLA GIL, L.E.: «La protección social de los extranjeros, especialmente en el sistema de seguridad social», *Revista General del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 10, 2006.
- DE SALAS NESTARES, C, MANZANO SANZ, F.: «Desarrollo práctico de las auditorías de sistemas de prevención de riesgos laborales», *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, BIB 2004/956, Aranzadi.
- DESDENTADO BONETE, A.:
- «Contrato de trabajo y prostitución. Una reflexión sobre la sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2009», *Diario La Ley*, núm. 7238, 10 Sep. 2009.
- «El accidente de trabajo del extranjero con «papeles falsos», *Diario La Ley*, núm. 7416, Sección Columna, 3 Jun. 2010.
- «Un Derecho polémico: el derecho “universal” a la Asistencia Sanitaria», *Diario La Ley*, núm. 6089.
- DÍAZ AZNARTE, M.T.: «Acción protectora de la Seguridad Social en supuestos de accidentes de trabajo respecto de extranjeros no comunitarios que carecen de los preceptivos permisos administrativos para realizar en territorio español actividades lucrativas por cuenta ajena», *Actualidad Laboral*, núm. 43 (2001) Ref. XLV, Tomo 4.
- DÍAZ MORGADO, C.V.. «La residencia de víctimas de trata de personas y la residencia por colaboración contra redes organizadas», AA.VV., BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F., MOYA MALAPEIRA, D., *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España. Régimen jurídico tras*

- la LO 2/2009, el Real Decreto 557/2011 y la ley 12/2009, tiranch lo blanch, 2010
- DURÁN LÓPEZ, F., BENAVIDES, F., *Informe de salud laboral. Los riesgos laborales y su prevención. España 2004*, ed. Zurich España y Atelier, 2004.
 - ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.(coord.):
 - *Inmigración y movilidad de los trabajadores*, La Ley (mayo 2010).
 - «Claves legislativas en materia de inmigración y problemática de las vías de acceso al mercado de trabajo por cuenta ajena», *Relaciones laborales*, núm. 15 (2009).
 - ESTEVE SEGARRA, M.A.: «El despido objetivo por causas organizativas en supuestos de descentralización organizativa (A propósito de las SSTS 3 y 4 de octubre de 2000, recursos 651/2000 y 4098/1999)», *Relaciones laborales*, núm. 21 (2001).
 - FALGUERA BARO, M: RIVAS VALLEJO, P y MORENO CALIZ, S: *La regulació de la prevenció i la salut laboral a la negociació col·lectiva de Catalunya*, edita Departament de Treball, 2008.
 - FARGAS FERNÁNDEZ, J.:« La prestación por Incapacidad Temporal de los Empleados de Hogar: ni legal ni constitucional», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1998.
 - FERNÁNDEZ AVILES, J.A.:
 - «Permiso de residencia y autorización inicial de trabajo. La nueva vinculación con el alta del trabajador en la seguridad social y las consecuencias derivadas de la falta de alta del trabajador», AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTINEZ, L.A., (Dtor y Coord), *Los derechos de los extranjeros en España*, Editorial La LEY, Madrid (junio 2010).
 - «La protección de Seguridad Social del trabajador inmigrante extracomunitario (puntos críticos de la reforma)», AA.VV., FERNÁNDEZ AVILES. J.A., MORENO VIDA, M (Dirección), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares (2011).
 - FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: «La organización de la prevención en la empresa», *Revista Alcor de MGO*, núm. 10 (octubre 2007).

- FERNÁNDEZ GARCÍA, R.: «Cualquier tiempo pasado no fue mejor», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm 100, Enero 2013, Editorial WOLTERS KLUWER ESPAÑA.
- FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, F.A.: «La aptitud psico-física como requisito obligatorio para acceder al empleo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm 276, 2006.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L.:
- «El ámbito natural de la evaluación de riesgos en la normativa preventiva», *Aranzadi Social*, núm. 8, 2000.
- «El contenido de la Ley de prevención de riesgos laborales: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, 1995, núm. 48.
- «La aplicación de la normativa técnica no laboral en materia de prevención de riesgos laborales », *Actualidad Laboral*, 2001, Ref. XI, p.195, Tomo 1, Editorial LA LEY.
- «Sobre la reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales», *Actualidad laboral*, núm. 13, julio de 2004.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.:
- «Las Actuaciones de advertencia y los requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 78.
- *Las prestaciones de la Seguridad Social: teoría y práctica*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2ª edición (2009).
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M.: «Propuestas para la reforma del marco normativo sobre los servicios de prevención», *Aranzadi Social*, núm. 4/2012.
- GABINETE DE ESTUDIOS DE CC.OO de Navarra, Taller de Sociología, SL, Vidal Díaz de Rada (UPNA), *Trabajo no declarado en Navarra (2008)*, Observatorio Navarro de Empleo.
- GALLEGOS LOSADA, R.: «La inmigración marroquí y su retorno en el contexto de la crisis económica», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 29.
- GAMEZ OREA, M.:

- «Actas de advertencia-requerimientos y ordenes de la Inspección de Trabajo», *Actualidad Laboral*, 1993.
- «El procedimiento sancionador» en AA.VV, *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Editorial Aranzadi, 1999.
- «La fiscalización administrativa no sancionadora de las condiciones de seguridad y salud laborales», *Actualidad Laboral*, 1998.
- GARCIA GIL, F.J.: «La residencia temporal y su renovación en el nuevo reglamento de extranjería», *Diario La Ley*, núm. 7708, 4 Oct. 2011.
- GARCÍA MURCIA, J., CEINOS SUÁREZ, A.: «art. 50», en AA.VV. RAMOS QUINTANA, M (Dtor), ROJAS RIVERO, G (coord) y otros.: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova (2007).
- GARCÍA MURCIA, J.: «El régimen de infracciones y sanciones en el trabajo de extranjeros, ¿una duplicidad inevitable?», *Relaciones Laborales*, núm. 9 (2003).
- GARCIA NINET, J.I., *Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, <http://bit.ly/UVgsyz>.
- GARCÍA PAREDES, M.L.: «Accidente de trabajo: suplantación de la personalidad del trabajador extranjero irregular», *Actualidad Laboral*, núm.13, Jul. 2010, Tomo 2.
- GARCÍA REDONDO, F.E., *Aptitudes y actitudes de la población inmigrante ante la prevención de riesgos laborales*, León septiembre 2008-febrero 2009.
- GARCIA RUBIO, M.A.:«Artículo 43. Requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», en PEREZ DE LOS COBOS, F. (Dtor), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2008.
- GARCIA VALVERDE, M.: «Una exclusión particular de la Ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar», en AA.VV, *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral: XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, edita Universidad de Granada, 1996.

- GARCÍA VALVERDE, M.D., GARCÍA VALVERDE F.: «La seguridad y salud laboral en el servicio del hogar familiar. El juego de la normativa civil y penal», *Revista de Derecho Privado*, núm. 11/2005.
- GARCÍA VIÑA, J.:
 - «Efectividad de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores extranjeros en situación irregular», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 22 (2010).
 - «Primeras aproximaciones a la ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, núm.19, 2003.
- GARCIA, A.M., LÓPEZ-JACOB, M.J., AGUDELO-SUAREZ. A.A., RUIZ-FRUTOS, C., AHONEN, E., PORTHE, V., PROYECTO ITSA: «Condiciones de trabajo y salud en inmigrantes (Proyecto ITSAL): entrevistas a informantes clave», *Gaceta Sanitaria*, 2009; 23(2).
- GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I.: «Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos», en AA.VV, CASAS BAAMONDE M.E., PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., VALDÉS DAL-RÉ, F (coords), *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, LA LEY-ACTUALIDAD, 1997.
- GARRIGUES 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», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-224, tomo 4, Editorial LA LEY.
- GETE CASTRILLO, P.: «Extranjeros contratados para el servicio doméstico: algunas cuestiones contractuales de carácter laboral y de Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, núm. 15, 2002.
- GIL y GIL, J.L: «Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009.
- GIMÉNEZ-SALINAS, F, SUSAJ GENTIANA, A; REQUENA ESPADA, L: «La dimensión laboral de la trata de personas en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 11-04, 2009.

- GOERLICH PESET, J.M.:
- «La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada», *Actualidad Laboral*, 1996, Ref. XXXIV, Tomo 3.
- «Art. 39. Gestión colectiva de contrataciones en origen», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *Comentario a la Ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012 (2ª edición).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: «Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 63 (2006).
- GÓMEZ ETXEBARRIA, G.: «Desarrollo del Reglamento de los Servicios de Prevención», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 76, noviembre 2010, Editorial WOLTERS KLUWER ESPAÑA.
- GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: «25 años de jurisprudencia laboral del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, núm. 23, año XXVI, Tomo 2.
- GÓMEZ MUÑOZ, J.M.: «Análisis de la caracterización jurisprudencial de los supuestos de urgencia vital en el artículo 18 del Reglamento de Asistencia Sanitaria (Decreto 2766/1967 de 16 nov.)», *Relaciones Laborales*, 1989, Tomo 1, Editorial LA LEY.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: «Sobre el nuevo reglamento de extranjería de 2011», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 95, 2011.
- GONZÁLEZ DE LENA ALVAREZ, F.:
- «La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas comunitarias Balance y perspectivas a comienzos de 1989», *Relaciones Laborales* (1989), p. 1296, tomo I.
- «Las técnicas de regulación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales y sus efectos en la aplicación del deber de prevención», *Relaciones Laborales*, núm. 12, Quincena del 16 al 30 Junio 2000, p. 727, Tomo 1.

- GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., COS EGEA, M.: «Capítulo III: derechos y obligaciones» en AA.VV, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2011.
- GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., *Los sindicatos ante la inmigración*, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008.
- GONZALEZ LABRADA, M.:
- «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», *Actualidad Laboral*, 1996, Ref. VIII, p.173, Tomo 1.
- «Objeto, ámbito de aplicación y definiciones. Art. 4» en AA.VV, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2010
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., *La protección social de los trabajadores extranjeros*, Tirant lo Blanch, 2010.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., MORENO MÁRQUEZ, A. M. Y FERNÁNDEZ PERDIDO, F., *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E.:
- «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE», *Actualidad Laboral*, 1991, Ref. XXXV, pág. 393, Tomo 3.
- «La política de prevención de riesgos laborales», AA.VV., CASAS BAAMONDE, M.E; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (coords), *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, LA LEY-ACTUALIDAD, 1997.
- GOÑI SEIN, J.L.: «Vigilancia de la salud versus protección de la intimidad del trabajador», en AA.VV., HOTAL IBARRA, J.C. (coord.), *Protección penal de los derechos de los trabajadores*, Edisofer, Argentina, 2009.

- GRUPO DE ESTUDIO SOBRE INMIGRACIÓN Y SALUD. FACULTAD DE MEDICINA. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, *Mortalidad y principales causas de muerte en la población inmigrante residente en España, 2001-2005*. Observatorio permanente de la Inmigración (2009).
- GRUPO DE TRABAJO DE BIOÉTICA DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA DE FAMILIA Y COMUNITARIA: «Análisis ético ante la retirada de asistencia sanitaria a inmigrantes sin permiso de residencia», http://www.semfyec.es/pfw_files/cma/noticias/noticia/analisis_etico_retirada_asistencia_sanitaria.pdf.
- HORTAL IBARRA, J.C. *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Atelier, 2005.
- HUETE PÉREZ, L.: «Vida y Salud de los trabajadores extranjeros y Ministerio Fiscal», AA.VV., TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dtor), ACALES SÁNCHEZ, M (coord), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables «género», «inmigración» y «edad»*, Editorial Bomarzo (2009).
- HUNTER, W.: «Análisis de coste-beneficio en el proceso decisorio: hacia una mejor legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo», en *Magazine, Revista de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm.1.
- HURTADO GONZÁLEZ, L.: *Artistas en espectáculos públicos. Régimen laboral, propiedad intelectual y Seguridad Social*, La Ley, 2006.
- IGARTUA MIRÓ, M. T.:
 - «Organización de la prevención en la empresa: de los excesos de la externalización al tímido fomento del uso de recursos propios: Reflexiones críticas al hilo de dos disposiciones recientes (RD 337/2010 y RD 404/2010)», *Documentación laboral*, núm. 88, 2010.
 - «Gestión colectiva de las contrataciones en origen» en SANCHEZ- RODAS NAVARRO, C (Directora), *El novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum (2011).
 - «Capítulo III Derechos y obligaciones: art. 22», en AA.VV, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dtor), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I,

- (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 1ª edición (2010).
- INSHT (2003): «Orientaciones para facilitar la integración de la prevención de los riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa», <http://bit.ly/XmsWhg>.
 - INSHT, *Análisis cualitativo de la mortalidad por accidente de trabajo en España*, Edita INSHT, Madrid, 2006.
 - INSHT, *Análisis de la mortalidad por accidente de trabajo en España. 2008-2009-2010*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2013.
 - INSHT, Nota Técnica de Prevención núm. 825: «La prevención de accidentes en trabajadores inmigrantes: aspectos a considerar y pautas de intervención».
 - KREIENBRINK, A.: *España, país de inmigración. Evolución política entre europeización e intereses nacionales*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (2008).
 - LLOBERA VILA, M.: «La liberalización de los servicios en el mercado interior: "Directiva Bolkestein", subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores», *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006.
 - LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales, protección jurídico-laboral*, MARCIAL PONS, 2010.
 - LÓPEZ GANDIA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Editorial Bomarzo, 1ª edición, 2012.
 - LÓPEZ GANDIA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D., *Los trabajadores al servicio del hogar familiar, Aspectos laborales y de Seguridad Social, Propuestas de reforma*, Editorial Bomarzo, 1ª edición, 2006.
 - LÓPEZ GANDIA, J.: «El acceso al empleo de los extranjeros en España», *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo 2.
 - LÓPEZ GÓMEZ, J.M.: «Análisis jurídico laboral del Reglamento de extranjería, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril», *Relaciones Laborales*, núm. 22, Nov. 2011, LA LEY.

- LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Art. 46. Procedimiento», en AA.VV., RAMOS QUINTANA, M. (DIR.) y ROJAS RIVERO, G.P. (coord.): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Valladolid, Ed. Lex Nova, 2007.
- LÓPEZ PARADA, R.: Ponencia sobre «Los trabajadores extranjeros en España en la legislación sobre accidentes de trabajo» presentada en el *I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* organizado por el Consejo General de Colegios de Graduados Sociales de España en León los días 10 a 12 de septiembre de 2008, material inédito).
- LOPEZ-ROMERO GONZALEZ, M.P.: «La organización de la prevención en la empresa: los servicios de prevención», *Actualidad Laboral*, 1997, Ref. L, pág. 903, Tomo 3, Editorial LA LEY.
- LUQUE PARRA, M.:
 - «Recursos preventivos: una conceptualización compleja a la luz de las últimas reformas normativas», *IUSlabor*, 2/2007.
 - «El servicio de prevención ajeno como modalidad principal de organizar la prevención en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 103 (2001):
- MALDONADO MOLINA, J.A.: «El Derecho a la Seguridad Social. Configuración Técnica-Jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjeros» en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L. (Dtor), *Protección jurídico social de los trabajadores extranjeros*, Comares (2010).
- MARÍN ARCE, J.A.: «El derecho de información de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y los derechos lingüísticos», *Revista de Llengua i Dret*, núm. 53, 2010.
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L.: «El derecho de las mujeres trabajadoras a la seguridad y salud en el trabajo», *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 137, 2008.¹
- MARTÍN JIMENEZ, R.: «Responsabilidades y sanciones. Art. 43» en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V (Dtor) *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos laborales*, Aranzadi, 2010.

- MARTÍN VALVERDE, A., GARCÍA MURCIA, J.: «El nuevo reglamento sobre derechos y libertades de los extranjeros en España», *Derecho de los Negocios*, Nº 250, Sección Relaciones Laborales, Julio-Agosto 2011, Editorial LA LEY.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «La edad mínima de acceso al trabajo autónomo. Implicaciones jurídico-sociales», *Diario La Ley*, Nº 6836, Sección Doctrina, 7 Dic. 2007, Año XXVIII, Ref. D-264, Editorial LA LEY.
- MARTINEZ BARROSO. M.R, TASCÓN LÓPEZ.R.: «El extranjero “sin papeles” ante los riesgos profesionales (a propósito de una doctrina recientemente unificada por las sentencias del tribunal supremo de 9 de junio y 7 de octubre de 2003 y algunas cuestiones todavía en el aire tras la última reforma de la “ley de extranjería”», *Información Laboral*, Jurisprudencia, núm. 14 (2003).
- MARTÍNEZ FONTS, D.: «La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones», *Aranzadi Social*, 2005.
- MARTINEZ GIRON, J.: «Federalismo y distribución de competencias normativas en materia de Prevención de Riesgos Laborales: los modelos Norteamericano, Alemán y Español», *Aranzadi Social* núm. 21/2010 (Estudio).
- MARTÍNEZ LUCAS, J.A.:
 - «La contratación de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo como infracción administrativa», *Actualidad Laboral*, 2001, Ref. XXXIV, Tomo 3.
 - «La modificación del Reglamento de los Servicios de Prevención», *Diario la Ley*, núm. 6511, 23 de junio de 2006.
- MARTÍNEZ MENDOZA, J.M.: «El proceso de armonización de la seguridad e higiene en el trabajo en los Tratados de la Comunidad Económica Europea», *Relaciones Laborales*, núm.14 (1996).
- MATEOS BEATO, A., *Diccionario temático de seguridad y salud laboral. Conceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.*, Lex Nova, 4ª edición (2006).

- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., PÉREZ CAMPOS, A.I., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva: un estudio comparado de los años 2000-2010*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2012.
- MELLA MENDEZ, L.; «Las causas del despido económico en España tras la reforma del 2010: algunas reflexiones críticas», *Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, núm. 23 (2011).
- MERCADER UGUINA, J.R., DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Nuevas fórmulas para la revitalización de la prevención de riesgos laborales (Segregación de los servicios de prevención ajenos de las mutuas y apoyo de los funcionarios técnicos a la labor de la inspección de trabajo)», *Relaciones Laborales*, núm. 18 (2005).¹
- MERCADER UGUINA, J.R., MORENO SOLANA, A.: «Calidad del trabajo y reformas legislativas en materia de seguridad y salud», *Relaciones laborales*, Quincena del 23 Jun. al 8 Jul. 2010, Año XXVI, pág. 1145, Tomo 1, Editorial LA LEY.
- MERCADER UGUINA, J.R., TOLOSA TRIBIÑO, C, en «Notas al nuevo Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social», *Relaciones Laborales*, núm. 23 (2000).
- MERCADER UGUINA, R: «Avalanchas normativas y legislación al por mayor. Algunas reflexiones sobre la Ley de Acompañamiento para el 2004», *Relaciones Laborales*, Núm. 6, 2004.
- MERCADER UGUINA, J.: «El Reglamento de los Servicios de Prevención: crónica de una norma largamente esperada», *Relaciones Laborales*, núm. 8 (1997), Abr. 1997, pág. 1117, Tomo 1, Editorial LA LEY.
- MIGUÉLEZ, F., MOLINA, O., *Satisfacción de la Demanda Laboral a través de la Inmigración en España*. Informe elaborado por el Punto de Contacto Nacional de España en la Red Europea de Migraciones y los investigadores. Disponible en <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/>
- MINONDO SANZ, J. *Fundamentos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, edita Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000.

- MIRÓ LLINARES, F.: «POLÍTICA COMUNITARIA DE INMIGRACIÓN Y POLÍTICA CRIMINAL EN ESPAÑA: ¿Protección o «exclusión» penal del inmigrante? », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10 (2008).
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores informales», *Relaciones Laborales*, núm.11, Quincena del 8 al 23 Junio 2009.
- MOLINA GARCIA, M . «art. 53» en AA.VV, RAMOS QUINTANA,M (Dtora), ROJAS RIVERO, G (coordinadora), *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007.
- MOLINA NAVARRETE, C.:
 - «El régimen "cuasi-profesional" de cuidados de las personas dependientes», *RTSS* (2007), núm. 297.
 - «Nuevas infracciones y sanciones en materia de inmigración y extranjería: sentido y alcance de la reforma», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTINEZ, L.A., (Dtor y Coord), *Los derechos de los extranjeros en España*, Editorial La LEY, Madrid (junio 2010).
- MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «El nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTINEZ, L.A., (Dtor y Coord), *Los derechos de los extranjeros en España*, Editorial La LEY, Madrid (junio 2010).
- MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: « La conformación de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social », *Relaciones Laborales*, núm. 2 (2010).
- MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.:«La gestión de la prevención de los riesgos laborales. Los Servicios de Prevención de los Riesgos laborales», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, M.P. (Dtores), GARCÍA VALVERDE, M.D. (coord.), *Tratado de Salud Laboral, Tomo I, Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2012 (1ª edición).

- MONEREO PEREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «El modelo de protección jurídico-legal del trabajador. Análisis a la luz de la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre» en MONEREO PEREZ, J.L. (Dtor), TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (Coordinadores), *Protección jurídico social de los trabajadores extranjeros*, Comares, 2010.
- MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: «Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del TC 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre», *Relaciones laborales*, 2008/1.
- MONTOYA MELGAR, A., PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Madrid (Editorial McGrawHill), 2ª edición.
- MONTOYA MELGAR, A., *El empleo ilegal de inmigrantes*, Thomson Civitas, 1ª edición (2007).
- MORENO CÁLIZ. S. MARTÍN ALBA. S.: «Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares», *Aranzadi Social*, núm. 10/2004.
- MORENO MÁRQUEZ, A.:
- «Capítulo IV: servicios de prevención», en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos laborales*, Aranzadi, 1ª edición, 2010.
- «Modificaciones en materia de prevención de riesgos laborales introducidas por el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo», *Relaciones Laborales*, núm. 18, septiembre 2006.
- MORENO VIDA, M.N.: «Art. 36. Autorización de residencia y trabajo», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., *Comentario a la Ley y al reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, Granada, 2012 (2ª edición).

- MS. CONSULTORES: *La inmigración en la PRL. Elaboración de un Modelo que sea sensible al fenómeno de la inmigración*, Junta de Castilla y León, Consejería de Economía y Empleo, octubre 2005.
- MUT GONZÁLEZ, F: «La organización del servicio de prevención de riesgos laborales. Obligaciones y responsabilidades. Competencias y facultades de la empresa y los trabajadores», *Relaciones Laborales*, núm. 20 (1997).
- NAVARRO NIETO, F.:
 - «Las políticas y normas en materia de seguridad y salud en la UE», *Curso sobre Derecho Social Comunitario*, Universidad de Córdoba, curso 2010-2011.
 - «La responsabilidad administrativa en materia de riesgos laborales en los supuestos de contratas y subcontratas», *Actualidad Laboral*, núm. 18 (2005).
- NIEVES NIETO, N.: «Artículo 30. Protección y prevención de riesgos profesionales», en AA.VV, PEREZ DE LOS COBOS, F. (Dtor), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con Jurisprudencia*, LA LEY, Madrid, 2008.
- NOGAREDA, C.: «La prevención de accidentes en trabajadores inmigrantes: aspectos a considerar y pautas de intervención», Nota Técnica de Prevención, núm. 825, edita INSHT.
- NORES TORRES, L.E.:
 - «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Actualidad Laboral*, 1998, Ref. XX, Tomo 1.
 - «La asunción de la organización preventiva directamente por el empresario», *Revista Alcor de Mgo*, núm. 4 (2005).
- OBSERVATORIO ESTATAL DE CONDICIONES DE TRABAJO: «Condiciones de trabajo y siniestralidad en el colectivo de trabajadores inmigrante, 2008»
<http://www.insht.es/Observatorio/Contenidos/InformesPropios/Desarrollados/Ficheros/Informe%20siniestralidad%20inmigrantes.pdf>
- OIT: *Trabajo decente para los trabajadores domésticos*. Informe IV (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 99.^a reunión, Ginebra, 2010.

- OLARTE ENCABO, S.:
- «El riesgo durante el embarazo», AA.VV, MONEREO PÉREZ, J.L., *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, estudio de su régimen jurídico (actualizado con las novedades introducidas por la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social*, Comares, Granada, 2008, p. 148.
- OLARTE ENCABO, S.: «Imputación de responsabilidades en orden a prestaciones del empresario en supuesto de accidente de trabajo de extranjero sin permiso», *Temas Laborales*, núm. 67, 2002.
- ORELLANA CANO, A.M.: «Régimen jurídico de los permisos de trabajo de extranjeros», *Actualidad Laboral*, núm. 1, enero 2003.
- ORTEGA GIMÉNEZ, A.: «La nueva reforma de la Ley de Extranjería: ¿Hacia una política migratoria integral, integrada y sostenible?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 801/2010.
- ORTEGA MARTÍN, E., *Manual práctico de DERECHO DE EXTRANJERÍA*, LA LEY, marzo 2010 (4ª edición).
- PAJARES, M.:
- *Inmigración irregular en Cataluña: análisis y propuestas*, CERES, 2004.
- *Inmigración y mercado de trabajo .Informe 2009*, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2009.
- *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2010*, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010.
- PÁRAMO MONTERO, P.: «Prueba e instrucción de las actas de Inspección de Trabajo y Seguridad Social», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-208, tomo 4.
- PASCUAL LIZANA, C.: «La Estrategia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extraordinario dedicado a la Presidencia Española del Consejo de la UE, 2010.
- PAULA MACIEL, J., RÓDENES ADAM, M, TORRALBA MARTÍNEZ, J.M.:«Planteamiento sistemático de formación e información en PRL para

- trabajadores extranjeros», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 22, 2005.
- PAZ RUBIO, J.M.: « Empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que restrinjan o supriman sus derechos laborales: Análisis de la STS de 22 de noviembre de 2004», *LA LEY PENAL*, núm. 19 (2005).
 - PEDROSA ALQUEZAR, S.I.: «La nueva función de comprobación en prevención de riesgos laborales: hacia una subinspección especializada», *Actualidad Laboral*, núm. 2 (2007).
 - PÉREZ CAMPOS, A.:
 - «Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: sujetos protegidos» *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004.
 - «Ámbito aplicativo *subjetivo* de la legislación de prevención de riesgos laborales. Colectivos incluidos y excluidos», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., RIVAS VALLEJO, M.P. (Dtores), GARCÍA VALVERDE, M.D. (coord.), *Tratado de Salud Laboral, Tomo I, Aspectos Jurídicos de la Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 2012 (1ª edición).
 - PÉREZ CAPITAN, L.: «El régimen sancionador laboral en materia de extranjería», *Aranzadi Social*, vol. III (Estudio), 1993.
 - PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español» *Relaciones Laborales* (1991), Tomo 1.
 - PIETERS, D.: «¿Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?», *Tribuna Social* (CISS), núm. 207 (2008).
 - PORTHE, V, AMABKE, B, BENACH, J.: «La precariedad laboral y la salud de los inmigrantes en España:¿qué sabemos y qué deberíamos saber?» , *Archivo Prevención Riesgos Laborales*,10, 2007.
 - PORTHE, V., *La Precariedad laboral en inmigrantes en España y su relación con la salud: una aproximación cualitativa* (tesis doctoral) Universitat Pompeu Fabra, 2009.

- PREVALIA, CGP, *La incidencia de la inmigración en el sector de la construcción en materia de prevención de riesgos laborales*, edita Foment del Treball Nacional, 2007.
- PUEBLA PINILLA, A, MORÓN PRIETO, R.: «La protección social de los trabajadores extracomunitarios en el ordenamiento español: .modificaciones legales y tratamiento jurisprudencial más reciente», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009.
- PUMAR BELTRÁN, N.:« Protección social y familiares de las personas trabajadoras extranjeras en España», *El futuro europeo de la protección social*, Laborum, 2010.
- PURCALLA BONILLA, M.A., ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La formación de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral», *Actualidad Laboral*, 1998, Ref. LIV, Tomo 3.
- PURCALLA BONILLA, M.A.: «Vigilancia de la salud de los trabajadores: claves interpretativas de su régimen jurídico», *Aranzadi Social* vol. V (Estudio, 1997).
- QUESADA SEGURA, R.:
- «Aspectos laborales de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar», *Tribuna Social* (CISS), núm. 207 (2008).
- «La dignificación del trabajo doméstico. el convenio nº 189 OIT, 2011», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 27(diciembre 2011).
- RAMON AZCONA,J.: «Inmigración y Medicina del Trabajo. El proceso migratorio y salud laboral; de la práctica diaria a las bases de procedimientos futuros». Ponencia presentada en las VIII Jornadas de la Sociedad de Medicina, Higiene y Seguridad del Trabajo de Aragón y La Rioja, Zaragoza 17 y 18 de febrero de 2006 .
- RAMÓN RUIZ RODRÍGUEZ, L.R, GALLARDO GARCÍA, R.M.: «La siniestralidad laboral en la población extranjera» en AA.VV., TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dtor), ACALES SÁNCHEZ, M (coord), *La siniestralidad laboral. Incidencia de las variables «género», «inmigración» y «edad»*, Editorial Bomarzo, 2009.

- RAMOS QUINTANA, M.: «El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida mediante la Ley 54/2003, de 12 de diciembre», *Relaciones Laborales*, núm. 2 (2005).
- RAMOS QUINTANA, M.I.: «La aclaración legal del alcance de la protección social del trabajador extranjero irregular. Especial referencia a la protección por desempleo», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTINEZ, L.A., (Dtor y Coord), *Los derechos de los extranjeros en España*, Editorial La LEY, Madrid (junio 2010).
- RELAÑO PASTOR E.: «¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: un análisis crítico de la ley de extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la UE (I)», *Diario La Ley nº 601*.
- RICHÁ SÁNCHEZ, F., *El trabajo no declarado en España*, Fundación 1 de mayo, Estudios, núm. 45.
- RIVAS VALLEJO, P.: «Factores de riesgo laboral derivados de la emigración», *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 63 (2009).
- RIVERO LAMAS, J.: «Deber empresarial de vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador», *La Revista* (zurichprevencion.com), núm. 2 (2002).
- ROCA MATEU, A, MANZANO SANZ, F.: «La información y la formación como claves de la prevención de Riesgos Laborales», *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, tomo I (Estudio).Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004.
- RODRIGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: «La nueva legislación de extranjería e inmigración», *Relaciones Laborales*, núm. 8 (2010).
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: « Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de seguridad social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Actualidad Laboral*, núm. 5 (2009).
- RODRÍGUEZ GARVAYO, J.:«El requerimiento de la Inspección de Trabajo en materia de prevención de riesgos laborales. El art. 43 LPRL», *Aranzadi Social*, núm. 17/2011.
- RODRIGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, R.M: «Convenio OIT, núm. 187/2006, sobre el Marco Promocional para la Seguridad y Salud en el Trabajo:

- razones de su previsible ratificación por España», *Actualidad Laboral*, núm. 5, Marzo 2009.
- RODRÍGUEZ OJEDA, J.J.: «El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social». *Actualidad Laboral*, 1997, Tomo 2.
 - RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «La designación de uno o varios trabajadores de la empresa», *Alcor de Mgo*, núm. 4 (2005).
 - RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Nuevos enfoques de la prevención de los riesgos laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2005).
 - RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La permanente actualidad de la Inspección de Trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2006.
 - ROJAS MARIN, J.C.: «Modificaciones introducidas por la Ley 25/2009 en materia de Prevención de Riesgos Laborales», *Aranzadi Social*, núm. 14 (2010).
 - ROJO TORRECILLA, E, CAMAS RODA, F.:
 - «Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación políticas», *Temas Laborales*, núm. 104/2010.
 - «El contenido laboral del nuevo Reglamento», <http://eduardorjoblog.blogspot.com/> (23 de abril de 2011).
 - «Gestión colectiva de contratación de trabajadores extranjeros en origen. Contingente cero para trabajadores estables y visados de búsqueda de empleo», <http://eduardorjoblog.blogspot.com.es> (6 de enero de 2012).
 - «La corrección de errores del Reglamento de extranjería..., y otras «correcciones» jurídicas ¿De forma o de fondo?» Texto publicado en el blog del autor: <http://eduardorjoblog.blogspot.com/>
 - «La nueva realidad jurídica y social de la inmigración. Una aproximación al marco normativo y su impacto sobre la protección social de las personas inmigradas» en AA.VV, FERNÁNDEZ AVILÉS J.A., MORENO VIDA, M (Directores), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011.

- «artículo 77» en AA.VV., RAMOS QUINTANA, M (Dtor), ROJAS RIVERO, G.P(coord.): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, , Lex Nova (Valladolid), 2007.
- ROMAN VACA, E.: «Los Servicios de Prevención 10 años después: pronunciamientos judiciales al respecto», *Aranzadi Social*, núm. 17(2005).
- RUANO ALBERTOS, S.:
- «Situaciones administrativas de los extranjeros en España» en *Régimen jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, GARCIA NINET, J.I. (director), Atelier LIBROS JURÍDICOS (2012).
- *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid (2001).
- RUBIO RUIZ, A.: «La estrategia española de seguridad y salud en el trabajo: un programa de estado consensuado (2007-2012)», *Revista Alcor*, núm. 111, abril 2008.
- RUBIO SÁNCHEZ, F.: «Política en materia de Prevención de Riesgos para proteger la seguridad y la salud en el trabajo» en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir), CARDENAL CARRO, M, y ALZAGA RUIZ, I, (coords): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, 1ª edición (2010).
- RUEDA VALDIVIA, R: «El extranjero irregular y el derecho español de extranjería: mano de hierro, guante de seda», Trabajo realizado en el marco del proyecto de excelencia (P09-SEJ-4738) *Análisis transversal de la integración de mujeres y menores nacionales de terceros países en la sociedad andaluza: problemas en el ámbito familiar*, financiado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía.
- SALA FRANCO, T., ARNAU NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico», *Relaciones Laborales*, 1986.
- SÁNCHEZ PÉREZ, J., *La protección otorgada a la población inmigrante frente a los riesgos profesionales*, Comares, 2011.

- SÁNCHEZ RIBAS, J., FRANCO PANTOJA, F., *El Reglamento de Extranjería 2011*, Lex Nova, 1ª edición, mayo 2011.
- SANCHEZ- RODAS NAVARRO, C (Directora), *El novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, 2011.
- SANCHEZ TRIGUEROS, C y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., TRIGUERO MARTINEZ, L.A, *Los derechos de los extranjeros en España*, Editorial La LEY, Madrid, junio 2010.
- SANCHEZ TRIGUEROS, C y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: «La nueva gestión colectiva de contrataciones en origen a propósito de la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010», *Aranzadi Social*, núm. 22/2010.
- SANCHO CUESTA, J.: *La Seguridad e Higiene Laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*, p. 27, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid (1991).
- SANZ MERINO, A.R., *Manual básico del sistema de la SEGURIDAD SOCIAL*, LA LEY, 2010, 1ª edición.
- SAURA SÚCAR, M.: «La prestación de asistencia sanitaria de la seguridad social a los extranjeros», *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94, 2001, <http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-99.htm>.
- SEGALES FIDALGO, J.: «¿Tutela o autotutela de la intimidad dentro de la relación obligatoria laboral? El alcance del consentimiento dado a los exámenes médicos. Notas acerca de la STC 196/2004 de 15 de noviembre», *Relaciones Laborales*, núm. 21 (noviembre 2005).
- SELMAS PENALVA, A.: «Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas», *Actualidad Laboral*, núm. 2, Enero 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A. MARTÍN JIMÉNEZ, R: «El recargo de prestaciones: puntos críticos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53, 2004.

- SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Aspectos laborales de las leyes sobre libre acceso a los servicios», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2 (2010).
- SEMPERE NAVARRO, A.V.GARCIA BLASCO, J.GONZALEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, Civitas, Madrid, 1996.
- SERVICIO DE PREVENCIÓN FREMAP ZARAGOZA: «Inmigración y Vigilancia de la Salud: actuación desde un servicio de prevención», *Revista de la Sociedad Española de Medicina y Seguridad del Trabajo*.
- SIERRA HERRAIZ, E.: «La designación de los representantes de los trabajadores en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2007.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: «La residencia legal como requisito de acceso a la protección de seguridad social de los extranjeros extracomunitarios», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 20, 2009.
- SOLANES, A.: «Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 90, 2010.
- SOLÉ I PUIG, C.: «Inmigración irregular y mercado de trabajo», en AA.VV. *Implicaciones de la economía sumergida en España*, XXVI Edición del Libro Marrón, Circulo de Empresarios, septiembre 2010.
- TEZANOS TORTAJADA. J.F y grupo de estudio sobre tendencias sociales (UNED/Fundación Sistema), *Condiciones Laborales de los Trabajadores Inmigrantes en España*, Investigación financiada mediante subvención de la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo, del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- THIBAUT-ARANDA, J.: «art.1 LPRL», en PEREZ DE LOS COBOS, F. (Director), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales, comentada y con jurisprudencia*, LA LEY (2008).
- TOLOSA TRIBIÑO, C.:
- «El procedimiento sancionador en el Reglamento de Extranjería», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 27 (2011).

- «El secreto profesional de los médicos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1997, tomo II.
- TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: «art. 32 bis. Presencia de los recursos preventivos», en AA.VV., PEREZ DE LOS COBOS, F. (Director), *Ley de Prevención de Riesgos Laborales, comentada y con jurisprudencia*, LA LEY (2008).
- TRIGUERO MARTINEZ, L.A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Editorial Bomarzo, Albacete (2008).
- TUDELA CAMBRONERO, G., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Ley de prevención de riesgos laborales y normativa de desarrollo: comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*, Colex, Madrid, 2002.
- TUDELA CAMBRONERO, G., VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La Seguridad y la Salud Laboral en la Negociación Colectiva*, Colección Informes y Estudios, serie Relaciones laborales. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Madrid 2009.
- ÚBEDA TARANJANO, F.E.: «La aplicación de los principios rectores del derecho penal al ámbito administrativo sancionador», *Diario La Ley*, núm. 7014, 17 Sep. 2008.
- VALDÉS DAL-RE, F.: «Inspección de Trabajo y solución de conflictos colectivos de trabajo», *Primer Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social* (publicación conmemorativa), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2006).
- VALDUEZA BLANCO, M.D.: «Las situaciones administrativas de los extranjeros en España como condicionantes de los derechos socio-laborales», *Relaciones Laborales*, núm. 15 (2003).
- VAZQUEZ MATEO, F.:
- «Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva», *Relaciones Laborales*, núm. 12, Julio 2008.
- «La inspección de trabajo «paralela» en materia de prevención de riesgos laborales, a la Ley 54/2003 de 12 de diciembre», *Aranzadi Social*, núm. 14/2004.

- VELA DIEZ, R.: «La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de Extranjería: puntos críticos desde el prisma laboral», *Revista del Centro de Estudios Financieros* núm. 326 (2010).
- VICENTE PALACIO, A.: «Art. 59. Colaboración contra redes», en AA.VV., MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., TRIGUERO MARTÍNEZ (dirección y coordinación), Comentario a la ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011), Editorial Comares, 2012 (2ª edición).
- VIDA SORIA, J.: «La situación jurídica y la responsabilidad de los Servicios de Prevención Ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad», *Actualidad Laboral*, núm. 15, 2004.
- VINUESA ALADRO, A.: «La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: Ley 42/1997, de 14 de noviembre», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1998.
- VON RITCHOFFEN, W.: *LA INSPECCIÓN DE TRABAJO, guía de la profesión*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.