

LA ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN POR EL EMPRESARIO: LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA*

ÍNDICE

1. Introducción
2. El modelo organizativo de la prevención: un marco impuesto con fuertes dosis de flexibilidad
3. Capacitación y profesionalización de la actividad preventiva: una exigencia de intensidad variable según empresas
4. La independencia como garantía de la eficacia del sistema preventivo: manifestaciones institucionales y personales
5. El (escaso) control sindical (o de los representantes en general) en las decisiones organizativas de la prevención en la empresa como una forma de participación
6. La responsabilidad del servicio de prevención como garantía de la eficiencia preventiva y como reparación

1. INTRODUCCIÓN

Una de las aportaciones más destacables de la Directiva 89/391, de 12 de junio, o Directiva Marco, ha sido la creación de los que denomina como “*servicios de protección y prevención*” (art. 7). El mandato y los objetivos contenidos en este artículo de la Directiva han sido incorporados al ordenamiento interno por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995. LPRL), más concretamente por los arts. 30 a 32 (que constituyen el Capítulo IV de la Ley, titulado escuetamente como “*servicios de prevención*”) y desarrollados por el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) y por la Orden Ministerial de 27 de junio de 1997, que desarrolla a su vez algunos aspectos del Real Decreto anterior (OMSP).

La razón por la que se sostiene que la creación de los servicios de prevención es una de las aportaciones más destacables de la normativa comunitaria (y en inevitable seguimiento de ella, de la española) se aprecia, en mi opinión, con sólo tener presente, y compartir, la siguiente secuencia lógica.

* Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad Carlos III de Madrid

En primer lugar, tanto la Directiva Marco como la LPRL fijan, precisan y refuerzan las obligaciones fundamentalmente empresariales en el terreno de la salud laboral. Si ya antes, y ya de siempre, el empresario en cuanto titular de la organización productiva era el obligado principal, el sujeto al que se imputan (directa o indirectamente, por acción o por omisión) la casi totalidad de las obligaciones y responsabilidades en este campo, ahora lo es si cabe aún mucho más. No hay duda alguna de que, para que exista el respeto de la integridad del trabajador que las normas de salud laboral pretenden, el empresario debe ser el primer cumplidor de las innumerables obligaciones que se ciernen sobre él y que de él exigen un determinado comportamiento particularmente diligente y cuidadoso.

En segundo lugar, esa obligación de seguridad (o deuda, o garantía de seguridad, que de todas estas formas se la llama) tiene un contenido complejo y difícil de delimitar en cada caso. Tanto si se tiene en cuenta la diversidad de circunstancias que influyen en la seguridad (que pueden ser consideradas, en cuanto condiciones de trabajo, factores de riesgo, en los términos establecidos en el art. 4.7º de la LPRL); como si se considera la variedad de sectores, actividades, procedimientos y contextos productivos con incidencia en la salud laboral; como, en fin, si se juega con variables más jurídicas, y se tienen presentes los conceptos de obligación general de seguridad, objetivación de la diligencia exigible al empresario, cúmulo de obligaciones específicas o particulares que, por lo mismo, son absolutas; o los principios que deben manejarse para organizar la seguridad en un centro de trabajo tales como los de adecuación del puesto a las características subjetivas del trabajador, tener en cuenta la evolución de la técnica, primar los conceptos preventivos sobre los reparadores, eliminar el riesgo más que reparar el daño, etc.

Vinculando ambos datos (empresario como obligado principal y complejidad de las obligaciones de seguridad), el legislador no se detiene en la fijación, muy amplia y muy exigente que sea, de las obligaciones empresariales para acabar atendiendo sólo al resultado de un cumplimiento correcto de las mismas manifestado en la ausencia de riesgos y en la no producción de daños evitables. Da un paso más y, en la convicción de que establecer el camino es ya una manera de comenzar a andarlo, limita la propia libertad del deudor de seguridad en la elección de la forma, los instrumentos, o el procedimiento para lograr tal objetivo. En definitiva, el legislador, primero comunitario y luego nacional, entiende que la garantía del resultado (la protección real, la ausencia del riesgo, la evitación de los daños, el control del medio de trabajo y, en última instancia, un mayor nivel de bienestar en los centros y puestos de trabajo) se obtiene estableciendo cómo debe actuar el empresario, fijando los procedimientos, exigiendo unas formas y prohibiendo otras, en el convencimiento, podría decirse, de que *exigir una forma es una manera de asegurar un contenido o un resultado*. En consecuencia, el legislador acaba determinando las opciones del empresario-deudor de seguridad por la vía de detallar al máximo las obligaciones a cumplir y coartando su libertad en cuanto a los procedimientos técnicos u organizativos para garantizar ese cumplimiento.

Una de esas coerciones, seguramente la más importante, es la que impone al empresario la obligación de lo que genéricamente se denominan como servicios de prevención; los que, en ese mismo plano genérico, podemos calificar como “formas organizativas específicas, profesionalizadas, técnica y materialmente competentes para auxiliar al empresario en el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad”. O, por usar la definición legal, “*el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores*” (art. 31.2 de la LPRL).

A partir, pues, de la LPRL, *ni* el empresario (que nunca abandona su condición de deudor de seguridad aunque recurra a servicios que le asesoren técnicamente y le ayuden a cumplir sus obligaciones de forma correcta) es libre para organizar la actividad preventiva en su empresa (en el sentido de hacerlo o no ya que está en todo caso obligado a ello), *ni* tampoco es plenamente libre acerca de la forma cómo hacerlo (asumir él mismo esa tarea, contratar externamente el asesoramiento, fijar o exigir o no ciertos niveles de conocimiento y experiencia en las personas a las que acuda), *ni*, en fin, tampoco tiene libertad para determinar cómo estructurar en concreto el sistema preventivo (de qué medios materiales o personales dotarlo, en qué instalaciones, con qué servicios o prestaciones). Se trata de un abanico de opciones que, si no tajantemente excluidas, sí están fuertemente limitadas en beneficio de la operatividad y de la eficacia de las tareas preventivas.

Quizás pudieran suscitarse aquí dudas, incluso constitucionales, acerca de lo excesivo de esas limitaciones. En efecto, si se parte, lo que parece poco dudoso, de que el poder de organización interna forma parte de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución y de que es al empresario a quien compete dicho poder en razón de su condición de titular de la organización productiva igualmente habilitada por el art. 38 del texto fundamental, podría concluirse que es al empresario a quien corresponde hacer frente, con los medios y los procedimientos de su elección, a las exigencias de seguridad; mucho más si, como exige el art. 15.1, g) de la misma LPRL, la seguridad debe quedar incorporada al proceso productivo buscando un “conjunto coherente” que integre “la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y los factores ambientales”. En definitiva, combinar una rigurosa exigencia de resultados finales con una libertad plena de los medios para conseguirlos como el modo de garantizar la seguridad más respetuoso, a su vez, con el poder de organización del empresario. Pero se trata de un falso debate o de una confrontación incorrectamente planteada en la medida en que lo que se contraponen al poder de decisión y organización empresarial es el valor vida o integridad física del trabajador; oposición que, sin mayores argumentos dada la esencialidad y la superioridad del valor vital en juego, ha de resolverse en beneficio de la salud del trabajador a cuyo respeto incluso otros valores constitucionales como la libertad de empresa han de quedar sin duda sometidos.

Aceptando, pues, la imposición organizativa al empresario que se deriva del equilibrio de intereses establecido por las normas de prevención de riesgos, procede analizar los rasgos centrales de esa controlada obligación organizativa.

2. EL MODELO ORGANIZATIVO DE LA PREVENCIÓN: UN MARCO IMPUESTO CON FUERTES DOSIS DE FLEXIBILIDAD

Con carácter general puede decirse que el empresario está obligado a organizar un servicio de prevención, entendido en sentido amplio como algún tipo de estructura organizativa específica, más o menos acabada, que se ocupe de estos temas en la empresa concreta de manera profesional y con los medios adecuados. Pero esa obligación no funciona, sin embargo, en un sentido estricto, en la línea de exigir una concreta forma organizativa y sólo ella. Dicho de forma paradójica, la obligación de organizar *el* servicio de prevención (o lo preventivo como actividad) no significa que el empresario deba organizar necesariamente, o contar con *un* servicio de prevención (lo preventivo como estructura concreta).

Por el contrario, los arts. 30 y 31 de la LPRL (y, en su aplicación, la mayor parte del articulado del RSP) permiten que esa organización (que, se subraya, en todo caso debe existir) se articule: a) siendo el propio empresario quien asuma personalmente las funciones técnico-preventivas; b) designando el empresario a uno o varios trabajadores para ocuparse de tal actividad aunque de forma no particularmente estructurada ni exclusiva; c) constituyendo un servicio de prevención propio o interno, específico de la empresa; y, d) concertando las prestaciones técnicas con alguna entidad especializada ajena a la empresa o servicio de prevención externo. A estas cuatro alternativas hay que sumar la incorporada por el art. 21 del RSP, los denominados “servicios de prevención mancomunados” que pueden constituir, de forma conjunta, empresas que compartan actividad productiva o ubicación física o territorial; siendo considerados por el art. 21.3 del RSP, pese a los problemas aplicativos que de ello se derivan, como servicios propios de cada una de las empresas y, en consecuencia, reconducidos a la tercera de las alternativas antes mencionadas.

Sin duda, la Ley de Prevención considera a los servicios de prevención (en sentido estricto, ya sean propios o externos) como la forma más adecuada y eficaz de afrontar la organización de la seguridad. Esta valoración se basa en el hecho de que los servicios de prevención son una estructura organizativa unitaria y coordinada que suma medios materiales y humanos especializados y dedicados a esta tarea, que son polivalentes o interdisciplinarios, lo que garantiza un enfoque múltiple de los problemas de la salud laboral (psicológico, técnico, de gestión, organizacional, ergonómico, médico), y que, en fin, deben estar dotados de la capacidad objetiva necesaria para atender sus cometidos (todas estas exigencias se encuentran en el art. 31 de la Ley de Prevención y en los arts. 15 y 16 del RSP). Esta confianza en los servicios de prevención (seguramente más los internos o propios por el hecho de su dedicación exclusiva a una empresa —salvo los mancomunados— y su conocimiento más directo y específico de sus características relevantes a efectos de la salud laboral) los hace ser depositarios de funciones variadas, complejas y altamente especializadas: evaluación, planificación de la prevención, asesoramiento al empresario,

vigilancia de la salud, control y manejo de la información, difusión de la información de seguridad, organización de medidas de emergencia y primeros auxilios, formación de trabajadores y comunicación con los mismos, conexión con representantes y con organismos públicos, etc.

Sucedee, sin embargo, que la Ley considera también excesivo exigir siempre a toda empresa y en todo caso la organización de un servicio de prevención propio o, alternativamente, la contratación externa de esa actividad o prestación. Existen, sin duda, factores que permiten clasificar a las empresas en función de la necesidad objetiva que tienen de contar con esa estructura técnica especializada y exclusiva. Factores como su tamaño (no siempre indicativo de menor peligrosidad pero sí de menor concentración de trabajadores, menor volumen de actividad, menor diversificación y menor capacidad técnica, personal o económica), su grado de peligrosidad (relacionado evidentemente con los procedimientos, sustancias, productos, medios y procedimientos productivos), frecuencia estadística de accidentes o enfermedades (el índice de siniestralidad, expresivo de una predisposición especial a la ocurrencia de accidentes o a la generación de enfermedades que, a la vez, pone de manifiesto o el riesgo intrínseco de la actividad o de la empresa o bien la ausencia generalizada de medidas de seguridad adecuadas), el tipo o sector de actividad (a veces, por su propia naturaleza particularmente proclive a generar situaciones de riesgo), etc.

Es en razón de estos factores que la LPRL introduce en la organización de la prevención un elemento de flexibilidad al no exigir siempre y en todo caso contar con un servicio de prevención propio o contratar uno ajeno, sino que acepta las otras dos alternativas, de evidente menor impacto y poder en cuanto a su capacidad garantizadora de seguridad, cuales son: la asunción de la tarea por el propio empresario o la designación de trabajadores de la empresa para cumplir estas funciones. La exigencia organizativa y estructural de la prevención se atenúa, pues, en razón de una teórica menor necesidad de la misma; lo que justifica que personas o medios menos capacitados o con menor dedicación y un inferior grado de profesionalidad (el empresario, los trabajadores designados) asuman las funciones preventivas proporcionando el mínimo de seguridad que la LPRL acepta y cumpliendo así (o pudiendo hacerlo) las exigencias legales de garantía de la salud laboral

2.1. Empezando por la *designación de trabajadores* (art. 30.1 de la LPRL y 12 y 13 del RSP), esta opción parece en todo caso posible para el empresario siempre que los trabajadores tengan la capacidad necesaria, dispongan del tiempo preciso y sean suficientes en número; todo ello en razón de los factores que se han señalado antes (tamaño de la empresa y tipo de riesgo). Esta opción empresarial sólo queda excluida si se cumple una condición que la LPRL (art.31) formula en sentido negativo: que esa designación “*fuera insuficiente* (hay que entender que en términos de eficacia) *para la realización de las actividades preventivas*”. Dicho de forma más sencilla, aunque sólo en apariencia: el empresario puede decidir nombrar o elegir a determinados trabajadores para realizar las tareas preventivas siempre que puedan desempeñarlas de manera

satisfactoria desde el punto de vista de la garantía de la salud de los trabajadores. Si no es así, la elección carece de base legal y debe quedar descartada. El criterio de medida, lógico por otra parte, es la suficiencia, la adecuación de la medida organizativa al fin tutelador propuesto.

Lógico pero impreciso. Si la LPRL nada añadiera, esa suficiencia sólo podría medirse a posteriori, a partir de los resultados producidos y constatar entonces si efectivamente la designación de trabajadores es una opción organizativa razonable (no se han producido daños ni situaciones de riesgo, la evaluación de los mismos es correcta, se han eliminado los susceptibles de serlo, se adoptan todas las medidas de protección requeridas, etc.) o no (se han producido siniestros, el índice de accidentes es alto, no se adoptan las medidas de evaluación y planificación de la seguridad exigibles). Pero como toda constatación a posteriori ha de cargar con el riesgo del fracaso; que, en el terreno de la salud laboral, se mide siempre en accidentes o enfermedades o probabilidad de que acontezcan. Por este motivo, la LPRL y el RSP anticipan situaciones en las que la designación de los trabajadores se va a considerar, a priori, insuficiente o inadecuada, y en las que se debe acudir, como dice el art. 31.1 de la LPRL, bien a un servicio de prevención propio, bien a un servicio de prevención ajeno o concertado. Resumiendo, las normas de prevención sólo permiten la elección de trabajadores por el empresario para ocuparse de la seguridad laboral cuando no es obligado acudir a un servicio de prevención propio o interno y cuando, no existiendo esta última obligación, no obstante la designación de trabajadores es suficiente o puede ser suficiente. De tal manera que el margen de imprecisión (el que aporta la suficiencia o insuficiencia) queda reducido a las situaciones de empresas en las que, no siendo obligatoria la constitución de un servicio de prevención propio, no recurren a un servicio de prevención externo sino a la designación de los trabajadores encargados de la seguridad.

2.2. La otra alternativa que se encuadra en el marco de la flexibilidad es la *asunción de las funciones técnico-preventivas de manera personal por parte del propio empresario* que viene a personificar así el servicio de prevención (entendido como actividad y no como órgano) de la empresa de la que es titular. En esta opción, la flexibilidad es plena; tanto que igualmente podría decirse que la LPRL exonera a ciertas empresas de cumplir esta obligación organizativa, encomendándosela al empresario mismo. Sin embargo, no es lo mismo decir que esas empresas no han de ocuparse técnicamente de los temas de prevención, respondiendo sólo por el resultado (lo que significaría un inaceptable desinteresamiento del legislador en cuanto a los temas de seguridad laboral respecto de estas empresas), que permitir que sea el empresario mismo quien asuma esas tareas que, en todo caso, han de desempeñarse. La flexibilidad se refiere al sujeto que desempeña las funciones y no a las funciones mismas que siempre deben ser cumplidas.

En cualquier caso, esta posibilidad organizativa es muy limitada. Tan es así que el art. 30.5 de la LPRL sólo la tolera en las denominadas "microempresas" (de menos de seis trabajadores, computados de forma amplia y abarcando todos los supuestos de contrato, incluso los temporales en forma semejante a la

prevista para la elección de delegados de prevención); las funciones a asumir pueden ser todas las preventivas, menos las referidas a la vigilancia de la salud (art. 11 del RSP); lo puede hacer el empresario siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo, como garantía de inmediatez, conocimiento directo de las características del medio de trabajo y control del mismo; en todo caso, finalmente, el empresario que decida asumir tales funciones preventivas deberá tener la capacidad necesaria en razón de las características del trabajo, del tipo de empresas y de sus riesgos específicos (de nuevo la suficiencia de la capacidad técnica como medida de la idoneidad organizativa, con iguales efectos habilitantes que el supuesto de la designación de los trabajadores). Como regla de cierre, el RSP recoge en su Anexo I una serie de actividades particularmente arriesgadas o peligrosas en sí mismas que desaconsejan que el empresario sea quien asuma las funciones preventivas, aunque tenga capacidad suficiente y la empresa sea de pequeñísima dimensión.

Es evidente que la LPRL considera la asunción por parte del empresario de las tareas preventivas como la fórmula organizativa menos garantizadora y segura ya que, entre otras cosas, no hay una externalización de las decisiones de seguridad al no crearse el triángulo (empresa, trabajadores, técnicos de prevención) que favorece la objetividad de la decisión generando una instancia profesional independiente, al menos técnicamente, del empresario (aunque esté sometida a él por vínculos laborales —servicio interno— o comerciales —servicio externo—). Cuando se identifica empresario y responsable técnico de la prevención esa disociación no tiene lugar y es, finalmente, el propio obligado y responsable de la seguridad quien se convierte en el creador de las estructuras preventivas de la empresa que permanecen bajo su exclusivo control. Pero, pese a todo, parece claro que la LPRL parte de la convicción de que las microempresas son una especie de mundo aparte donde imperan dos ideas (no tan evidentes, a mi juicio): que en las empresas de reducidísima dimensión no hay riesgos apreciables o dignos de atención particular y que el empresario está capacitado casi por definición para afrontarlos dada la escasez y la poca relevancia de los mismos. Una manifestación clara de estas convicciones es que el art. 29.3 del RSP exonera del control externo o auditoría del sistema de prevención aplicado a estas empresas en las que el empresario hubiera asumido personalmente las funciones de prevención y donde "la eficacia del sistema preventivo resulte evidente sin necesidad de recurrir a una auditoría por el limitado número de trabajadores y la escasa complejidad de las actividades preventivas".

2.3. Como balance de la oferta organizativa flexible de la prevención que LPRL y RSP hacen puede establecerse la siguiente gradación como una especie de termómetro tópic del nivel de riesgo y de las forma organizativas adecuadas a cada uno: a) grado mínimo: si el riesgo es escaso o irrelevante, si el sector no presenta índices de siniestralidad destacables, si las condiciones de trabajo y el medio no son particularmente agresivos y además, la empresa es de reducida dimensión, propiamente una *microempresa*, la fórmula es la asunción de las tareas preventivas por el propio empresario; lo que, en la práctica significa, se quiera o no, relegar las mismas a un plano secundario fuera de las preo-

cupaciones centrales de la empresa; b) grado medio: si, siendo también empresas que desarrollan actividades no particularmente arriesgadas o de sectores no especialmente peligrosos, no obstante, su volumen de personal supera los seis trabajadores pero *sin llegar a dimensiones especialmente amplias* (500 trabajadores como límite), el instrumento preventivo ya no puede ser el empresario, pero sí puede éste designar a trabajadores para que se ocupen de esas tareas; c) grado máximo: *empresas de grandes dimensiones o empresas de cierto tamaño* (más de 250 trabajadores) que desarrollen actividades particularmente peligrosas y que como tales están mencionadas en el RSP (Anexo I), para las que se prevé la constitución de un servicio de prevención propio o interno.

Para todas estas situaciones se oferta igualmente el servicio de prevención ajeno o concertado que tanto puede utilizarlo el pequeñísimo empresario (aunque él pudiera asumir esas funciones; mucho más u obligadamente si no puede por no reunir los requisitos legales); el empresario mediano (que ya no puede por sí desempeñar esas tareas pero no quiere designar trabajadores ni está obligado a constituir servicio de prevención propio); y las empresas de dimensiones más amplias que tampoco quieran constituir servicio de prevención propio no estando tampoco obligadas a ello. El único caso en que no hay flexibilidad y, en consecuencia, la fórmula organizativa viene impuesta por la LPRL y el RSP es el supuesto de las empresas obligadas a constituir servicios de prevención propios o internos. Que son (art. 14. del RSP): a) siempre, las empresas de más de 500 trabajadores; b) siempre, también, las empresas entre 250 y 500 trabajadores que desarrollen las actividades peligrosas listadas en el Anexo I del mismo RSP; c) las empresas para las que, al margen de su dimensión, así lo decida la autoridad laboral en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia y gravedad de la siniestralidad en la empresa. Pero, aún en este último caso, la empresa afectada podrá decidirse por contratar externamente las funciones técnico-preventivas de manera que la obligación de crear un servicio de prevención propio se reconvierte, a su criterio, en la concertación de un servicio ajeno o externo.

Esta gama de posibilidades que se han descrito en sus hipotéticas combinaciones no cubren, sin embargo, todo el espectro de situaciones pensables con medidas que sean razonables y adecuadas. Dejando al margen la relativa marginalidad en que se sitúa, en general, a todas las microempresas, y lo discutible que una serie de trabajadores se ocupen de la seguridad de empresas ya de ciertas dimensiones (como las que se acerquen a los 250 trabajadores) o las que, no perteneciendo a sectores peligrosos, tengan plantillas próximas a los 500 trabajadores, la más grave carencia de las previsiones legales se centra en las empresas de menos de 250 trabajadores y que desarrollen alguna de las actividades previstas en el Anexo I del RSP (esto es, las que hemos denominado como peligrosas), puesto que ni están obligadas a constituir servicios propios de prevención y ni siquiera, de forma general, a concertar tales servicios externamente, salvo que se ponga en práctica la previsión reglamentaria de que la autoridad laboral les obligue a ello.

En conclusión, la flexibilidad organizativa de la prevención en la empresa, dentro del marco obligatorio establecido, tiene sus fundamentos y pueda estar justificada pero presenta deficiencias o flancos no cubiertos. Básicamente en las microempresas (menos de 6 trabajadores); en las empresas pequeñas (más de 6 trabajadores) y medianas (hasta 500 trabajadores) sin servicio de prevención propio y que tampoco recurren a un servicio ajeno; y en las empresas peligrosas con menos de 250 trabajadores donde la obligatoriedad del servicio propio o, en su defecto, la concertación del ajeno, depende de la decisión, caso a caso, de la autoridad laboral que, de no producirse, podrán encomendar las tareas preventivas a trabajadores designados o, incluso sin ser microempresas, asumirlas el propio empresario. Deficiencias que se acentúan por hecho de que el art. 29.3 del RSP permite incluso eludir el control externo o auditoría de la eficacia y operatividad de las tareas preventivas (el filtro que el RSP prevé para dictaminar su suficiencia) al exonerar de ella a las empresas donde el empresario asuma tales funciones o designe trabajadores para ello.

3. CAPACITACIÓN Y PROFESIONALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PREVENTIVA: UNA EXIGENCIA DE INTENSIDAD VARIABLE SEGÚN EMPRESAS

Sea cual fuera la fórmula organizativa elegida dentro de los márgenes de flexibilidad que la norma permite, es insistente la referencia a la capacidad necesaria para el desempeño de las funciones preventivas. Esa capacidad se manifiesta en diversos elementos: a) por supuesto en la capacidad personal que remite a la formación, los conocimientos, las habilidades profesionales, la especialización y la experiencia de las personas que van a asumir dichas funciones; así lo expresan los arts. 30.2, 30.5 y 31.4, de la Ley de Prevención en relación con los trabajadores designados, el empresario o los servicios de prevención, respectivamente; b) también se manifiesta en la idoneidad y suficiencia de los medios personales (número de personas, dedicación, variedad de formaciones o conocimientos correspondientes a la naturaleza interdisciplinar de la salud laboral) y de los medios materiales (trabajadores con "los medios precisos y suficientes en número" establece la Ley -art.30.2- para los trabajadores designados, "suficientes y adecuados a las actividades preventivas a desarrollar", exige el art. 31.4 que sean la dedicación y el número de los componentes del servicio de prevención y los recursos técnicos a emplear en su tarea).

Estas exigencias legales se han visto desarrolladas ampliamente en el RSP que es una norma dedicada en su mayor parte a arbitrar, como ya se ha visto, las fórmulas organizativas de la prevención pero, sobre todo, a establecer las características funcionales de cada una de ellas que les permitan desempeñar correctamente su cometido. Lo que hace, de una parte, fijando esos requerimientos y explicándolos minuciosamente y, de otra, estableciendo controles que garanticen que efectivamente, las exigencias generales y particulares de capacidad se cumplen en la práctica.

3.1. Respecto de las *exigencias de formación y medios*, las referencias normativas se encuentran en los arts. 11.1, d) y 13.2 (respecto del empresario y de los trabajadores designados) y 15 y 18 (en relación con los servicios de prevención propios y ajenos). Se trata de dos bloques de exigencias muy distintas puesto que contrasta (no debería sorprender ya a luz de lo dicho en el epígrafe anterior) la generalidad de la referencia, que es además idéntica, a los dos primeros supuestos (tanto el empresario como los trabajadores designados simplemente “*deberán tener la capacidad correspondiente a las funciones a desempeñar, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VI*”), con la mucho más extensa y detallada relativa a los dos tipos de servicio de prevención, interno o externo.

En efecto, en estos dos últimos casos, el RSP fija lo que llama “*instalaciones y medios humanos y materiales mínimos*”. Para los servicios de prevención propios, se exige contar con dos de las cuatro especialidades (o formaciones o tipo de conocimientos) preventivas fijadas en el art. 34 del mismo RSP (Medicina del Trabajo, Seguridad en el Trabajo, Higiene Industrial y Ergonomía y Psicología Aplicada) que, además, han de proporcionarse por expertos con la formación más elevada prevista (la que el RSP llama superior y cuyo contenido de conocimientos, procedimientos para adquirirlos y control de las instituciones que pueden impartirlos se encuentra también en el RSP). Los servicios de prevención internos habrán de incorporar igualmente personal formado en los niveles medio e inferior, que también el RSP regula con detalle, y con personal especializado en el aspecto sanitario, caso de que el servicio de prevención interno cuente con él. Por lo que hace a los servicios de prevención ajenos o externos, las exigencias mínimas se refieren a una persona experta al máximo nivel en cada una de las especialidades, más la colaboración de expertos de nivel básico e intermedio, además de las instalaciones e instrumentación necesarias para la realización de todo tipo de actividades preventivas y pruebas (incluidas las sanitarias), reconocimientos, mediciones y análisis, así como para las actividades formativas y de divulgación (art. 18 del RSP); exigencia desarrolladas, sin particulares añadidos, por el art. 1 de la OMSP.

Por último, la Disposición Adicional Séptima del RSP remite a la negociación colectiva para que fije con mayor precisión (refiriéndolos a territorios o sectores, pero sobre todo a empresas) los medios personales y materiales con que deberán contar los servicios de prevención propios. Se trata de condiciones que son, sin duda alguna, obligatorias para las empresas incluidas en el ámbito del convenio y que pueden materializarse en exigencias particulares o de más nivel, siempre a partir del mínimo fijado en el Reglamento. La Disposición Adicional Séptima sólo se refiere a los servicios de prevención internos, pero nada impide una negociación colectiva que trate de fijar en un convenio las características de que deben estar dotados los servicios externos con los que la empresa quiera contratar; de tal manera que sólo pueda hacerlo con las entidades que cumplan esas exigencias mínimas consideradas por los negociadores colectivos como indispensables para garantizar la eficacia de la actividad de

prevención. Evidentemente, no se trata de que el convenio colectivo quiera imponer algo a entidades especializadas en la prevención que son ajenas al convenio mismo; el destinatario de la imposición convencional es el empresario negociador (o representado en la negociación) cuya facultad de contratación externa queda de esta forma limitada (más propiamente, autolimitada) a las entidades que ofrezcan tales garantías.

Ya se ha dicho que las exigencias en relación con los trabajadores designados o con el empresario son mucho más atenuadas, reforzando la impresión de que se trata de formas marginales y poco fiables de garantía de la seguridad (o de las que se exige y se espera poco, que tanto da). Un ejemplo de este desinteresamiento legal se encuentra en el hecho de que, cuando intenta precisar el nivel de formación y conocimientos exigible al empresario o a los trabajadores designados por él, el Reglamento se limita a remitirse a las capacidades correspondientes a las funciones a desempeñar según el Capítulo VI del mismo RSP. Remisión tan genérica que, por ejemplo, si se acude a tal Capítulo, podrá comprobarse que se habla allí de tres tipos de funciones que corresponden a niveles de cualificación muy diferentes y cuya competencia se adquiere también de manera muy diversa en cuanto a formas o procedimientos de aprendizaje y al control de las instituciones habilitadas a impartirlas.

La vaguedad de la remisión pone de manifiesto que lo que se está diciendo en realidad es que el empresario, o los trabajadores designados, podrán, según esas variables, tan socorridas como inconcretas, del tipo de empresa, la dimensión de la misma, el sector de actividad y la peligrosidad, tanto tener un nivel formativo mínimo como medio o superior; y que cualquiera de ellos bastará según qué circunstancias. Y no ayuda mucho a solucionar esta inconcreción (que se traduce obviamente en incertidumbre respecto de los niveles de garantía de la salud) el que la Disposición Adicional Séptima, ya citada, diga que la negociación colectiva podrá establecer el número preciso de trabajadores a designar (y hay que interpretar también, aunque la norma no lo diga, su grado de cualificación); ciertamente es una forma de solventar el problema de imprecisión; aunque no puede garantizarse que así se haga ya que depende de la dinámica de la negociación por lo que la fijación de un mínimo hubiera sido aconsejable. Y sorprende que esa misma Disposición Adicional no diga qué tipo de formación podría exigirse por convenio al empresario que quisiera asumir él mismo las funciones preventivas.

3.2. El *control de la suficiencia*. La capacitación y la profesionalización de la actividad preventiva queda además certificada cuando existen procedimientos de comprobación a posteriori del nivel de formación y conocimientos y de los medios personales y materiales utilizados por las estructuras empresariales que se dedican a la prevención de riesgos. Para el legislador no basta con detallar (cuando lo hace) las exigencias de dotación de las fórmulas preventivas sino que ha introducido la necesidad de un control externo e independiente de la suficiencia de tales fórmulas. Ya la Ley de Prevención se refería a ello en su art. 31.5, en relación con los servicios externos, al exigir que estén *acreditados*

por la Autoridad Laboral; lo que, en el RSP, se ha desarrollado por los arts. 23 a 29; añadiendo otro mecanismo de control, ahora para los servicios de prevención internos, cual es el de las *auditorías o evaluaciones externas* (arts. 29 a 33 del RSP).

La acreditación persigue depurar y determinar cuáles son las entidades especializadas que pueden ofrecerse en el mercado como servicios de prevención externos; y lo consigue mediante un procedimiento autorizador en manos de la autoridad laboral, estatal o autonómica, en colaboración con otras autoridades públicas con competencias en la materia (sanitarias, por ejemplo). Procedimiento mediante el cual se comprueba que esas entidades están dotadas de los medios y la competencia técnica suficiente para desarrollar su tarea como servicios de prevención externos. Tras la acreditación-autorización definitiva, el art. 27 del RSP exige que las entidades acreditadas mantengan las condiciones que les permitieron obtener la acreditación y habilita a las autoridades laboral y sanitaria para que verifiquen “el cumplimiento de las condiciones exigibles para el desarrollo de las actividades del servicio”, poniendo de manifiesto las deficiencias que se detecten; lo que llevará a la posibilidad de “extinguir la acreditación otorgada” (art. 27 del RSP). Todo ello desarrollado por los arts. 2 y 3 de la OMSP.

Por su parte, las auditorías o evaluaciones externas tienen como finalidad el controlar que los sistemas internos de organización de la prevención (en concreto, los servicios de prevención internos o propios, cuando las empresas deban constituirlos o hayan optados por ellos aún no estando obligadas) responden a los parámetros de suficiencia, capacitación, operatividad y eficacia necesarios para garantizar, en concreto, la salud laboral en la empresa o empresas (si se trata de servicios mancomunados) correspondientes. La auditoría es periódica, cada cinco años (art. 29.2 del RSP), como una forma de garantizar el mantenimiento de la idoneidad del sistema preventivo; y, por supuesto, se exige una inicial (a ella se refiere el art. 30 del mismo RSP) que cumple el papel de filtro primero, semejante al de la acreditación para las entidades externas, que permite aceptar o no como adecuado el servicio de prevención organizado por la empresa. La norma no ha querido atribuir directamente a la autoridad pública la tarea de realizar dichas auditorías (previsiblemente muy numerosas si se cruzan los datos de tamaño de las empresas y sectores peligrosos del Anexo I del RSP); la harán las entidades que, previamente, hayan obtenido la autorización de la autoridad laboral para ello en términos semejantes a como se obtiene la acreditación antes mencionada para constituirse en servicio de prevención externo (arts. 32 y 33 del RSP). Con lo que, finalmente, también aquí aunque mediatamente, es la autoridad pública la que realiza la labor de control. Sobre las entidades habilitadas a desarrollar labores de auditoría se detienen ampliamente los arts. 4 a 6 de la OMSP.

Los rasgos, pues, que marcan los sistemas de control pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) depuración o filtro previo; b) control de idoneidad y de suficiencia en función del fin perseguido de propiciar estructuras de prevención

operativas y adaptadas a las características de las empresas; c) independencia que se manifiesta desde la entidad externa o servicio de prevención ajeno respecto de la empresa concreta y de la entidad auditora en relación con el servicio de prevención interno; d) control público tanto de la habilitación para actuar como servicio externo, cuanto de quienes actúan como auditoras, e indirectamente del propio servicio interno al que auditan.

No obstante, pueden detectarse algunas deficiencias que se manifiestan en un cumplimiento sólo parcial de los rasgos anteriores. Destaca sobre todo el menor control que la norma proyecta sobre la fórmula de un sistema de prevención empresarial organizado por un servicio externo o ajeno. En efecto, de una parte, el control público índice sólo sobre la entidad especializada que pretende prestar esos servicios de prevención (la acreditación) pero no sobre el concreto sistema preventivo establecido en cada una de las empresas a las que ese servicio auxilia; como si la capacidad objetiva del servicio de prevención externo para desempeñar correctamente sus tareas (que es lo que, en realidad, comprueba la autoridad laboral mediante la acreditación) fuera bastante para garantizar que todo asesoramiento que preste a las empresas y todo sistema de salud laboral que estructure en ellas será igualmente idóneo. Lo que, sin duda alguna, es mucho suponer. Se echa de menos en una norma, tan preocupada por la suficiencia del sistema preventivo, un control directo de la tarea desarrollada por esas entidades especializadas. Como tampoco hay en la norma la simple previsión de que tales entidades especializadas perderán la acreditación, no sólo porque dejen de mantener las condiciones que la justificaron inicialmente, sino porque los servicios que presten a las empresas se manifiesten inadecuados, técnicamente incorrectos, o preventivamente insuficientes. De otra parte, tampoco la independencia entre servicio externo y empresa está tan garantizada como entre auditora y empresa con servicio de prevención propio; sencillamente porque no se exige en términos semejantes a los que figuran en el art. 32.2: ausencia de “vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como auditoras”. La habilitación a las Mutuas como servicios de prevención externos de sus propias empresas asociadas (lo que no está dicho sino implícitamente en el art. 20.2 del RSP y ya expresamente en la OM de 23 de abril de 1997) se encuentra, posiblemente, tras esta falta de exigencia expresa de independencia.

Para acabar, y aún en el terreno del control de la suficiencia del sistema preventivo concreto, es preciso resaltar que todos estos mecanismos (acreditación y control del servicio de prevención externo, auditoría y control de la empresa auditora) afectan a aquellas empresas que, o bien han optado por un servicio de prevención externo, o bien han constituido uno interno o propio; pero no a las empresas en las que el sistema elegido ha sido el de designar trabajadores, o donde quien ha asumido las labores preventivas ha sido el propio empresario. En estos dos casos su condición de fórmulas marginales o deficitarias se acentúa ya que el art. 29 del RSP las excluye del control a realizar mediante auditorías, o mejor aún, “*considera que han cumplido la obligación*

de auditoría" sólo con el simple hecho de que remitan a la autoridad laboral una notificación de que concurren las circunstancias que la hacen innecesaria; juicio que hacen los propios posibles obligados a la misma con base en una alarmante pirueta autovalorativa que el Reglamento propicia.

Es verdad que esta auténtica legitimación para incumplir se limita de alguna forma (aunque no totalmente); porque sólo es posible hacerlo en empresas que no estén incluidas en el Anexo I del RSP (las que venimos calificando como de sectores o actividades peligrosas), que tengan un limitado número de trabajadores (concepto absolutamente impreciso que no ayuda a aclarar la hipótesis), en las que sus actividades preventivas sean poco complejas (lo que, de nuevo, será un juicio interesado que hará el propio obligado) y en las que "la eficacia del sistema preventivo resulte evidente sin necesidad de recurrir a una auditoría (lo que, finalmente, quiere decir, parafraseando la propia norma y aunque el resultado parezca algo estúpido, que la auditoría no será necesaria... cuando no sea necesaria). El único control real será el que, también se prevé en el art. 29.4 del RSP, de la autoridad laboral que resolverá a posteriori imponiendo, pese a todo, la obligatoriedad de la auditoría de prevención a las empresas que inicialmente se habían autoexcluido de ella. Resolución administrativa que se tomará " a la vista de los datos de siniestralidad de la empresa o del sector, de informaciones o de otras circunstancias que pongan de manifiesto la peligrosidad de las actividades desarrolladas o la inadecuación del sistema de prevención".

Lo dicho en este apartado permite concluir que las normas de prevención han asumido, a partir de la Directiva marco, la exigencia de profesionalidad, medios, competencia y dedicación a la materia preventiva como requisitos mínimos que garanticen su eficacia y el logro de sus objetivos. Dicho de otra forma, que no se trata de funciones subalternas que puedan ser desempeñadas con conocimientos escasos y una formación elemental no especializada, y que la garantía de la salud laboral no puede depender (las responsabilidades económicas o patrimoniales son otra cosa y se generan a partir del fracaso de las medidas preventivas y de la producción del daño, que es lo que se pretende evitar) de la buena voluntad del empresario o de un juicio de rentabilidad entre inversión y evitación de responsabilidades. Sólo que este propósito de profesionalización y de capacitación quiebra en alguna medida cuando se refiere a las formas más frágiles de estructurar las funciones preventivas, esto es, cuando es el empresario mismo o algunos trabajadores designados por él quienes asumen la tarea preventiva. Supuestos en los que la falta de exclusividad en la dedicación, la ambigüedad o indefinición respecto de los conocimientos y la formación que les son exigibles, así como la posibilidad de excluir el control público, hace que, como se ha dicho en el epígrafe anterior, se esté configurando un mundo aparte en el que la exigencia preventiva es mucho más atenuada y menos radical. Atenuación que pudiera estar justificada en alguna medida pero no hasta el extremo de propiciar una dualización de los niveles de tutela.

4. LA INDEPENDENCIA COMO GARANTÍA DE LA EFICACIA DEL SISTEMA PREVENTIVO: MANIFESTACIONES INSTITUCIONALES Y PERSONALES

Las funciones a desempeñar por las estructuras preventivas de la empresa (trabajadores designados, servicios de prevención internos o externos) pueden entrar fácilmente en conflicto con intereses, proyectos o decisiones empresariales. Frecuentemente la seguridad laboral se afirma contra o a costa, en todo o en parte, de ese interés, es habitualmente costosa, exige inversiones, obliga a cambiar prácticas y procedimientos productivos y formas de trabajo, influye en el rendimiento laboral, fuerza desembolsos en formación, genera una cierta transparencia en la información interna de la empresa, debe soportar la intervención sindical o la de los delegados de prevención, etc. Por todo ello, quienes han de asumir la tarea de evaluar el riesgo, planificar la prevención y asesorar al empresario han de gozar de un cierto nivel de independencia (no sólo técnica que, desde luego tienen, sino también respecto de la confrontación de intereses que se produce en el terreno empresarial); independencia que es, a la vez, una garantía tanto personal como de efectividad de la acción preventiva.

Desde este punto de vista hay que diferenciar entre el servicio de prevención externo o ajeno y el caso de los trabajadores designados o del servicio de prevención interno. En el primer caso, la independencia institucional existe ya que se trata de una entidad distinta de la empresa, acreditada para realizar tareas de prevención y, en consecuencia, con una separación, al menos formal, evidente; en el segundo, esa separación institucional no se produce y los integrantes del servicio o los trabajadores están vinculados a la empresa a la que asisten y asesoran por un vínculo jurídico-laboral expresivo de subordinación. Son estos últimos los supuestos en los que la garantía de la independencia debe reforzarse, si bien no debe entenderse que la existencia de lo que llamamos independencia institucional la asegure en todo caso ya pueden existir lazos o vinculaciones de tipo comercial entre las entidades especializadas o servicios externos y la empresa asesorada (el caso de las mutuas es el más expresivo) que condicionen la independencia de juicio, o al menos, tenga la potencialidad de matizarla grandemente debido a la presencia de esos otros intereses.

Pues bien, centrándonos en el caso de los *trabajadores de los servicios de prevención internos y de los designados por el empresario para desarrollar las tareas de prevención*, (que, por comodidad, denominaremos *prevencionistas* o *técnicos de prevención*) diversos artículos, tanto de la Ley de Prevención como del RSP tienden a garantizar esa independencia y la calidad profesional de sus aportaciones que, seguramente, sólo la primera garantiza. En concreto se trata de las normas que exigen que esos trabajadores estén adecuadamente formados, tengan acceso a toda la información y documentación que se genere en la empresa en relación con la salud laboral y dispongan del tiempo y los recursos necesarios para sus tareas (art. 30, apdos. 2 y 3 y 31.4 de la Ley de Prevención). No obstante, respecto de la independencia y las garantías personales, la norma clave es más bien el apartado 4 del mismo art. 30 de la Ley cuando establece

textualmente que “los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa”; garantía que el mismo artículo extiende a “los trabajadores integrantes del servicio de prevención (...) “cuando la empresa decida (o deba) constituirlo”. El artículo incluso concreta esas garantías, remitiendo a las que el Estatuto de los Trabajadores prevé para los representantes del personal; esto es, lo establecido en el art. 68, letras a), b) y c), así como lo previsto, en materia de despido, en el art. 56.4 del mismo Estatuto.

No es mi intención analizar con detalle el alcance de estas garantías en el marco de un trabajo como éste que pretende ser sólo de tratamiento general de los rasgos del sistema organizativo de la prevención en la empresa. Sólo habría que señalar que la equiparación con los representantes de los trabajadores, amén de discutible por lo que se dirá, no es plena ya que hay garantías (o privilegios de actuación) del art. 68 del Estatuto que no se les reconocen a los prevencionistas. Es el caso de la garantía de la libertad de expresión y el crédito de horas retribuidas para el desempeño de sus tareas, recogidas en los apartados d) y e) del art. 68 del Estatuto. Ya que no se trata de representantes sino de trabajadores contratados por el empresario para el desempeño de las funciones preventivas es claro que, en primer lugar, no necesitan crédito alguno de horas puesto que todas (o las que se pacten, si se trata de un contrato a tiempo parcial, lo que puede suceder con los trabajadores designados) están dedicadas a las funciones preventivas. No es, como el caso del representante, de un trabajador que, además de realizar sus cometidos laborales, se ocupa de la salud laboral (de la representación de intereses, en el caso del representante), sino de un trabajador contratado específicamente para ello. La tarea que se quiere proteger es la misma que la que constituye su obligación laboral.

Por la misma razón, la información a que pueda acceder el prevencionista en razón de su tarea queda sometida al sigilo profesional que le impone el mismo art. 30.3 de la Ley de Prevención, mucho más rígido que el referido a los representantes. En este último caso, la comunicación con los representados constituye una de las exigencias y deriva de la naturaleza misma de las tareas representativas. Los responsables de la prevención, en cambio, son instrumentos del obligado principal en el terreno de la seguridad, el empresario, y a él deben transmitir las informaciones precisas para que éste pueda cumplir adecuadamente su deber de seguridad. En cambio, sólo podrán (y deberán) hacer circular la información en los casos en que la Ley de Prevención les habilite, les faculte para ello, o se lo exija: tutela de la vida en casos de emergencia, información a las autoridades públicas encargadas de la seguridad laboral, información a proporcionar a los representantes de los trabajadores en el terreno de la prevención, por citar un ejemplo de cada caso. Más que de libertad de expresión y de difusión de la información exigida por la función representativa, se trata de casos en los que esa difusión sólo está permitida cuando la ley así lo exija o permita; de no preverlo la norma, esa información (salvo la personal derivada de los reconocimientos médicos) pertenece al empleador y es él quien debe decidir acerca del destino que ha de dársele.

Volviendo a las garantías que la Ley de Prevención sí ofrece a los prevencionistas, en términos de equiparación con los representantes de los trabajadores, todas ellas se resumen en la idea de *estabilidad en el puesto de trabajo*, pretendiendo defender al trabajador, tanto formal, sustantiva, como procesalmente, frente a las acciones empresariales que intenten, sin fundamento adecuado (y, a lo peor, precisamente por ser particularmente exigente y cumplidor el trabajador en el terreno de la salud laboral) prescindir de él o, dicho más sencillamente, despedirlo o sancionarlo. Por este motivo, *la garantía de estabilidad se extiende tanto a la prioridad de permanencia en el puesto en los casos de suspensiones o extinciones del contrato por causas tecnológicas o económicas, como a la necesidad de apertura de expediente contradictorio en el supuesto de faltas graves o muy graves, como, en fin, a la prohibición de discriminación y a la oferta de una cierta inmunidad siempre que desarrolle sus tareas de forma competente*. Lo que no siempre quiere decir al gusto del empresario; de aquí las garantías frente a este último que tienen como fundamento, sin duda, la funcionalidad del trabajo de estas personas para la tutela de la vida y la integridad de los demás trabajadores de la empresa.

4.1. Respecto de las *suspensiones o extinciones del contrato* por causas tecnológicas o económicas, hay que señalar que las garantías se han extendido de forma un tanto mecánica desde las previstas para los representantes, sin tener en cuenta que los responsables de prevención no lo son sino que se trata de trabajadores cuya función laboral es precisamente la que se pretende proteger. No se encuentran, pues, en esa situación dual de los representantes quienes son, de una parte, trabajadores y, de otra, representantes, con funciones y tareas distintas y a veces encontradas. Esta dualidad lleva al legislador a proteger la función representativa para evitar que una lógica productiva o laboral (la que atañe a su otra dimensión en cuanto trabajador) acabe afectando a la eficacia de la acción representativa (al perder su puesto de trabajo, por ejemplo, lo que lleva aparejada la pérdida simultánea de la condición de representante).

La problemática del responsable de prevención es, sin embargo, distinta. La crisis, o la razón económica o tecnológica, no necesariamente han de afectar al mantenimiento de los trabajadores designados o a los miembros del servicio de prevención interno ya que la conservación de estos puestos de trabajo viene impuesta, con base en exigencias específicas, por la Ley de Prevención y el RSP en tanto subsista la actividad de la empresa. La causa económica, la crisis o la innovación tecnológica, que podrá exigir reducir o transformar puestos de trabajo directamente productivos, seguramente no atenúa sino que puede que incremente la necesidad de trabajadores dedicados a las tareas de prevención. No hay, pues, relación directa entre la incidencia de esas causas, expedientes de suspensión o de extinción de contratos (o despidos plurales sin más) y mantenimiento o no de los puestos de trabajo de los prevencionistas, que se rigen por un imperativo diferente.

Dicho de otra forma, la lógica del mantenimiento de estos puestos de trabajo es distinta de la que se aplica a los otros puestos de la empresa, en la

medida en que son los únicos cuya existencia viene exigida por ley. En consecuencia, lo más normal será que, en los casos de crisis o innovaciones tecnológicas, las razones que justifican la reestructuración de empleo no sean válidas para quienes se ocupan de la prevención. Sólo si esas circunstancias determinan un cambio a la baja en las necesidades de seguridad (que puede que, en cambio, sean incluso mayores, en cuyo caso no se suscitará siquiera la aplicación de la garantía) podrá incluirse a los mismos en el plan de reestructuración y podrá, entonces, alegarse la garantía o su prioridad para permanecer en el puesto de trabajo. Pero, si bien se piensa, la prioridad sólo podrá ejercerse respecto de otros trabajadores del servicio de prevención. Se trata de una prioridad interna ya que no entran nunca en conflicto con trabajadores de otras áreas de la empresa; lo que es lo mismo que decir que la prioridad no tiene sentido. En definitiva, se está tentado de decir que la garantía que se examina es algo absurda y constituye una manifestación palpable de la extensión mecánica e irreflexiva del art. 68 del Estatuto de que antes se hablaba.

Porque, que exista o no un servicio de prevención y que haya o no trabajadores que se ocupen, alternativamente, de estos temas, no tiene nada que ver con la posible crisis de la empresa, su situación económica, o los cambios tecnológicos. No es algo que se encuentre en la decisión del empresario, sino que le viene impuesto por la ley en razón de las exigencias de seguridad que no pueden ser moduladas como si se estuviera decidiendo acerca de aspectos más directamente productivos. Luego mantenerlos o no en activo no es una decisión libre del empresario. Si los cambios que se quieren introducir en la empresa en ese contexto de las causas económicas o tecnológicas determinan menos necesidades de seguridad (reducción de la actividad productiva, menor número de trabajadores, abandono de actividades peligrosas que obligaban a contar con un servicio de prevención propio, etc.) aquí sí que los trabajadores contratados para ello podrían ver afectada su estabilidad en el empleo. Pero la conservación o no de sus puestos vendría dada por las exigencias objetivas de seguridad; y si fuera necesario reducir la plantilla, su derecho a la estabilidad no tiene sentido que lo ejerzan respecto de otros trabajadores, digamos comunes.

Todo se resume en la idea de que la verdadera garantía de estabilidad en el empleo de los prevencionistas se encuentra en la exigencia objetiva, de origen legal, de cumplir los estándares mínimos de seguridad, incluyendo en estos estándares los aspectos organizativos que aquí se están tratando. Una vez estos estándares se cumplan (constituir el servicio de prevención interno si se está obligado a ello, dotarlo del personal adecuado según los criterios legales, reglamentarios o convencionales, superar la auditoría externa, nombrar en número suficiente los trabajadores que han de ocuparse de la prevención en defecto de servicio interno, etc.) los trabajadores que sean necesarios para mantenerlos han de ser respetados en sus puestos de trabajo (al menos numéricamente, otra cosa es que un prevencionista concreto pueda ser despedido y ocupar una persona distinta su lugar; pero aquí entraría a jugar si acaso la otra garantía denominada de inmunidad relativa). En cambio, si los estándares legales se cumplen con menos prevencionistas, entonces sí podrán ser despedidos algunos dada la

amortización de los puestos de trabajo (igual que si se decide suprimir el servicio interno, o no contar con trabajadores designados, para contratar la prevención externamente con un servicio ajeno); despidos que lo serán por las razones particulares que afectan a ese grupo de puestos de trabajo, nunca las económicas ni las tecnológicas que, tanto la Ley de Prevención como la lógica de todas las normas de salud laboral, excluyen como criterio para crear o eliminar los puestos de trabajo de las personas dedicadas a estas materias. La estabilidad se encuentra, así, en la propia exigencia de seguridad (y en sus manifestaciones de tipo organizativo) y no en la extensión de esa garantía de prioridad de permanencia, teórica y prácticamente inaplicable.

4.2. Excluida la anterior, y dejando al margen la garantía formal del expediente contradictorio en los casos de sanciones por faltas graves o muy graves, sólo resta la garantía, más individual, que antes de ha denominado como *inmunidad relativa del prevencionista*, recogida en el apartado c) del art. 68 del Estatuto de los Trabajadores. Puesto que se trata de una garantía pensada para los representantes de los trabajadores (que se encuentran, hay que recordarlo, en una situación distinta de la del prevencionista) es necesario, en primer lugar, reconstruir la formulación de esa garantía. De tal manera que los prevencionistas "no podrán ser despedidos ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones (hay que leer: no podrán ser despedidos ni sancionados durante la duración de su contrato; o lo que es lo mismo que decir más simplemente, dejando la frase incompleta: no podrán ser despidos ni sancionados...) ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato (inciso sin sentido para los prevencionistas porque si ya no existe contrato, la sanción o el despido son imposibles; si todavía existe, seguirán desempeñando sus tareas como tales prevencionistas) siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación (hay que traducir continuando la frase dejada incompleta antes: con base en la acción del trabajador en el ejercicio de su tarea de prevención, es decir, en la acción en que consiste, precisamente, su trabajo) sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54 (el referido al despido disciplinario)" (hay que concluir: salvo que el desempeño de ese trabajo no sea adecuado). Sintetizando, la aplicación del art. 68, c) del Estatuto a los prevencionistas significa que: *no podrán ser despedidos ni sancionados por razones relacionadas con el desempeño de su trabajo, salvo que ese desempeño sea inadecuado y constituya un incumplimiento contractual en los términos del art. 54 del Estatuto*". En definitiva, nada que no pueda decirse de cualquier trabajador

Si lo anterior es cierto y es verdad que se trata de una afirmación que puede sostenerse respecto de cualquier trabajador; la seguridad de que el despido o la sanción sólo pueden tener lugar si existe un incumplimiento contractual no constituye en sí misma ninguna garantía. Que se llegue a esta conclusión un tanto absurda (haber afirmado una garantía especial para luego ver desaparecer su virtualidad al intentar aplicarla) es debido, de nuevo, a no haber tenido en cuenta que en el prevencionista no se da esa confluencia entre dos actividades con fundamentos y razón de ser diversa: el cumplimiento del contrato en cuanto

trabajador y el desarrollo de la función representativa. El responsable de la prevención es un trabajador contratado para desempeñar, precisamente, esa tarea; luego no hay dualidad en su comportamiento porque es prevencionista puesto que es trabajador de la empresa y llega a la condición de trabajador precisamente porque ha sido contratado como prevencionista. No es posible aquí, como en cambio sucede en otro lugar, lesionar una función (la representativa) con una medida que juega su papel en otro ámbito (el laboral). Cada vez que el empresario toma una decisión de sanción o de despido disciplinario del responsable de la prevención, sólo puede refugiarse causalmente en el desarrollo de su tarea, que el empresario considera inadecuada. Con ello, de ser cierto, se está incluso preservando los valores a los que sirve la labor del prevencionista (aquí defectuosamente cumplida); y, de no serlo, se estaría atacando simultáneamente tanto el interés personal del prevencionista por conservar el puesto, como el más general de los demás trabajadores de que se tutele adecuadamente su salud. Por lo que la mejor garantía para todos es la exigencia de una causa suficiente para proceder al despido o a la sanción; causa que ha de estar relacionada con un incumplimiento grave de su cometido como prevencionista.

Que esta segunda garantía tienda a reducirse a casi nada (y, desde luego, a mucho menos de lo que parece) no ha de impedir encontrarle algún sentido, aunque sea menor. Ciertamente, el prevencionista carece de inmunidad (ni siquiera relativa, como se la ha llamado antes): podrá ser sancionado y despedido por circunstancias relacionadas con su trabajo, siempre que esté mal desempeñado. Pero no pueden olvidarse dos ideas que se han ido repitiendo a lo largo del texto.

Una, que la actividad del prevencionista, precisamente la más cuidadosa y exigente con el tema de la salud, puede entrar en conflicto con decisiones empresariales, poniendo en evidencia el incumplimiento o menosprecio de la empresa por los temas de seguridad (lo que constituye la que podíamos llamar la condición incómoda -para el empresario- del responsable de la prevención). La tentación empresarial de eliminar y acallar al prevencionista puede ser en algunos casos muy fuerte y articularse como una alegación de cumplimiento defectuoso de sus obligaciones laborales (un supuesto típico de simulación o pretexto aparente). Dicho de otra forma, que el empresario puede estar tentado de discriminar (en la promoción profesional o económica, en el cambio de las condiciones de trabajo o en el propio mantenimiento del empleo) al responsable de prevención incómodo para sus intereses en la medida en que éste haya puesto por delante de los intereses empresariales (como la ley le exige) los del logro de las condiciones de trabajo más sanas, seguras y exentas de riesgo. La segunda idea se formula mucho más sintéticamente y consiste en que la tarea del responsable de la prevención en la empresa está funcionalizada a la tutela de un derecho de otro: que no es otro que el fundamental de los trabajadores a la vida y a la integridad. Y en el conflicto de intereses al que el prevencionista puede tener que enfrentarse (los económicos, productivos, de imagen de la empresa tal y como los interpreta el empresario y los de los trabajadores, titu-

lares de esos derechos fundamentales) está claro que deben primarse estos últimos y que se ha de proteger al prevencionista como instrumento fundamental para ese fin.

4.3. Finalmente y como conclusión, la protección o las garantías del responsable de prevención puede apoyarse en tres pilares: a) el formal de la obligatoriedad del *expediente contradictorio*; b) el sustantivo de la *prohibición de discriminación* con la consecuencia procesal de la inversión de la carga de la prueba; y, c) finalmente, el también procesal del derecho del prevencionista injustamente despedido a optar por la *readmisión* en el puesto de trabajo. Un análisis breve de estas tres afirmaciones, cerrará este epígrafe.

La garantía del *expediente* permite depurar las razones empresariales para la sanción o el despido, le obliga a formularlas de manera precisa antes de decidir, favorece la intervención de los representantes, permite al trabajador hacer públicas las justificaciones de su conducta, retrasa y enfría la decisión final; en definitiva, objetiva la decisión sancionadora al procedimentarla. En cuanto a lo segundo, *la inversión o el desplazamiento de la carga de la prueba* que se propone significa tomar en préstamo la regla procesal prevista para las sanciones y despidos discriminatorios y para los casos de lesión de derechos fundamentales. Es cierto que aquí no hay una lesión directa de ese tipo de derecho puesto que la discriminación, de existir, tiene como fundamento un comportamiento, laboral y preventivamente correcto, pero inaceptable para el empresario; el despido o la sanción se mueven, en consecuencia, en el terreno laboral de lo injustificado. Pero el hecho de ser la tarea del prevencionista instrumento indirecto de tutela de la salud de los trabajadores justifica esa inversión que protege, más que al prevencionista mismo, a los trabajadores a quienes sirve con su trabajo. De manera que, en principio y a partir de una prueba elemental de los indicios de discriminación (paradójicamente, por el desarrollo correcto de su trabajo) hecha por el trabajador, tendría lugar tal desplazamiento y habría de ser el empresario el que probara de forma convincente que el despido o la sanción se produce por un cumplimiento defectuoso (desde el punto de vista de la preservación de los valores fundamentales, no desde la perspectiva de la empresa) de las obligaciones laborales del prevencionista. A lo que ayudaría seguramente una presunción iuris tantum de corrección del comportamiento laboral del prevencionista como forma de tutela de la función desempeñada y de los intereses fundamentales a los que atiende.

La tercera de las garantías está prevista en el art. 30 de la Ley de Prevención y se refiere a la aplicación del art. 56.4 del Estatuto en el punto en que establece que, en el caso de despido improcedente, la opción entre extinguir el contrato o la *readmisión* corresponderá al prevencionista al igual que sucede con el representante de los trabajadores. No es, como se sabe, una garantía que opere en los casos de despido nulo (por lesión de derechos fundamentales) porque aquí la *readmisión* es siempre obligada (salvo renuncia del discriminado o lesionado). Esto último podría sostenerse como culminación de la propuesta hecha en el párrafo anterior. Si, desplazada la carga de la prueba y contando con la presunción de un comportamiento laboralmente correcto del prevencionista,

el empresario no consigue probar el fundamento del despido en cuanto estrictamente basado en el incumplimiento contractual del prevencionista (valorado en razón de lo que la Ley de Prevención y sus principios imponen), el despido podría ser declarado nulo por discriminatorio y atentatorio, indirectamente, de los derechos fundamentales de los trabajadores. En cambio, si la inversión de la carga de la prueba no prospera porque el trabajador no consigue probar los indicios de discriminación y, posteriormente, el despido se considera injustificado (hay incumplimiento pero no de la gravedad que el empresario pretende; la valoración que se ha hecho por parte del empresario de la actitud o de las actividades del prevencionista se ha considerado a juicio del tribunal excesivamente negativa, aún habiendo alguna razón de menor calibre como para considerar la iniciativa de despido razonable como tal iniciativa), el despido, pese a ser improcedente, abre no obstante la posibilidad del reintegro al puesto a decisión no del empresario sino del propio prevencionista.

Nada que añadir a un privilegio que la Ley de Prevención ha introducido expresamente. Salvo si, como puede suceder igualmente en el supuesto del despido nulo (de aceptarse) con derecho a la readmisión automática, el empresario se resistiera a readmitir al trabajador, optando por abonar el salario y negándose a recibir la prestación laboral. Ya se sabe que se trata de una situación incómoda para el trabajador que, habitualmente, desemboca en una extinción voluntaria e indemnizada del contrato. Pero, a diferencia del representante de los trabajadores en la misma situación quien, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1982, tiene derecho a seguir desempeñando sus tareas representativas, esta posibilidad queda cerrada para el prevencionista porque, de no ser así, garantizar la continuación en el cumplimiento de sus funciones equivaldría (por esa falta de dualidad tantas veces subrayada) a imponer al empresario una readmisión en plenitud (una auténtica restitutio in integrum) que no se prevé ni para los casos más extremos y directos de lesión de derechos fundamentales en el contexto de una relación laboral. Pero lo cierto es también que esas funciones preventivas han de seguir siendo desempeñadas. En consecuencia, o el empresario readmite en plenitud al prevencionista, o estará obligado a contratar a una persona para que desempeñe su tarea, impedida por el propio empresario. Lo que puede suscitar innumerables conflictos, no resueltos, acerca de la naturaleza de la contratación, el tipo de persona que ocupa el lugar del prevencionista aún trabajador de la empresa pero no readmitido prácticamente, el contenido de sus tareas, la identidad real entre una y otra, la identificación de las maniobras elusivas del empresario (descarga del trabajo en otros prevencionistas, contrato de persona peor retribuido para desempeñar otras funciones de menor entidad o categoría, contratación puramente simbólica como forma de cerrar el paso a la readmisión del trabajador, posibles acciones en el caso de ausencia de esa contratación sustitutiva, etc.). Problemas, todos ellos, una vez más ejemplo de esa extensión a los trabajadores responsables de la prevención en la empresa de unas garantías pensadas para otra figura muy diferente como es la de los representantes de los trabajadores.

5. EL (ESCASO) CONTROL SINDICAL (O DE LOS REPRESENTANTES EN GENERAL) EN LAS DECISIONES ORGANIZATIVAS DE LA PREVENCIÓN EN LA EMPRESA COMO UNA FORMA DE PARTICIPACIÓN

Tanto la Ley de Prevención como el RSP están plagados de referencias y requerimientos a la participación de los trabajadores, ya sea directa, ya sea más normalmente a través de sus representantes; basten como botón de muestra los artículos 14 de la Ley y 1 del RSP. Esa participación también afecta al ámbito de las decisiones organizativas de la prevención en la empresa y su expresión legal se encuentra, en primer lugar, en el art. 18 de la Ley en el que la participación se articula a través del derecho de información tanto activa como pasiva. En efecto, el apartado 1 obliga a la empresa a informar a los trabajadores o a sus representantes (de haberlos) acerca de toda una amplia gama de cuestiones entre las cuales se cita "*las medidas y actividades de protección y prevención aplicables*"; que, sin duda, comprenden las opciones organizativas de la prevención, su tipo, número de personas, medios adscritos a las mismas, formación, etc. Pero también el art. 18, en su apartado 2 recoge la obligación, ya no de mera información de una decisión tomada, sino de consulta a los trabajadores (lo que significa que antes de ese momento decisorio) "*en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo*"; referencia global que igualmente puede incluir lo referente a los aspectos organizativos de la prevención.

Esta indefinición legal (respecto de lo relativo a lo estrictamente organizativo, en concreto; la fórmula elegida entre las posibles y la dotación, personal y material, de la misma) entre dos opciones expresivas de diferente intensidad de control se resuelve en el art. 33 de la LPRL (curiosamente, no en ninguno de los artículos dedicados a los servicios de prevención que, como se sabe, son los números 30 a 32 de la Ley) a favor de la alternativa más incisiva, la de la consulta previa (así lo reitera el art. 36.1, c) de la misma Ley al hablar de las competencias de los delegados de prevención). Consulta que ha de hacerse por el empresario a los representantes de los trabajadores respecto de, expresamente, "*la organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa*", añadiendo más precisamente, "*incluida la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo*". Consulta por cierto que el art. 16 del RSP hace necesario sólo en los casos en que el empresario opta por contratar con un servicio ajeno, sin que se pronuncie en las demás hipótesis.

La carencia de mención o su irregularidad no debe llevar a conclusiones equivocadas. La idea de la norma es la de que los representantes de los trabajadores tengan conocimiento previo del propósito concreto del empresario o de su idea acerca de cómo organizar la prevención en la empresa; de manera que puedan tener la posibilidad de emitir su opinión e intentar influir en la decisión finalmente adoptada. Es cierto que, en los casos en que la Ley y el RSP obligan

al empresario a constituir un servicio de prevención interno o propio, la consulta a los representantes acerca de la fórmula a utilizar es superflua: en todo caso, la opción está ya tomada previamente por el legislador. Pero no poder consultar el modelo o tipo no quiere decir que no sea susceptible de consulta el cómo concreto de dicho servicio (composición, especialidades, distribución territorial, número de componentes, formación, medios personales y materiales, etc.). Aquí hay un amplio campo para la consulta y el derecho a la misma abarca, sin duda, estas características del tipo, a veces más relevantes que el modelo mismo.

Algo similar sucede con la opción empresarial de asumir el empresario mismo las tareas preventivas. Aquí la norma ahorra toda mención por suponer que, al ser sólo posible en pequeñísimas empresas (menos de seis trabajadores) no habrá representantes a quienes consultar. Esto es incierto; sin duda no habrá representante unitario ni delegado de prevención; pero puede existir un representante sindical, por no hablar de representaciones supraempresariales específicas en materia de salud laboral que es posible crear mediante la negociación colectiva según permite la propia LPRL. Luego y en conclusión, el empresario también habrá de consultar previamente su decisión de asumir él mismo la tarea preventiva siempre que exista un interlocutor para ello (al final pueden serlo los propios trabajadores como colectivo). Que esto es así lo evidencia el que esa consulta se prevé siempre en el caso de que se opte por un servicio de prevención ajeno, siendo esta opción posible, y seguramente muy frecuente, en los titulares de microempresas que la prefieren así a la más insegura y gravosa personalmente de asumir la tarea preventiva.

Desde luego, la consulta es obligada, porque así lo establece la Ley, si el empresario elige nombrar trabajadores para que se ocupen de la prevención en la empresa (una de las opciones organizativas frágiles y seguramente por ello, necesitada de una consulta que la legitime), o si opta por externalizar la prestación contratando con un servicio de prevención ajeno. En este último caso, que como se ha dicho es el único en el que el RSP establece esa obligación de consulta, pesa la idea de que la exteriorización del servicio, al encomendarse a una entidad ajena aunque especializada, es una opción más arriesgada por lo que significa de pérdida de control interno. No tanto del empresario, que habrá suscrito un contrato de prestación con ese servicio y habrá podido establecer en el mismo cuantas exigencias haya pactado, sino para los representantes de los trabajadores que habrán de bregar con una entidad externa, sin duda más inaccesible en lo que hace al contacto, la información y las propuestas, de lo que son cualesquiera de las otras opciones que siguen siendo propiamente empresariales (no extraempresariales), en cuanto pertenecientes a la empresa donde los representantes se encuentran, actúan y trabajan. Aunque aquí, la consulta empresarial no puede abarcar sino la decisión en sí de acudir al servicio externo, esa consulta no estará correctamente planteada si no se la acompaña de una información completa y minuciosa de todos los extremos en que consistirá la prestación del servicio externo de prevención. Dicho sintéticamente, con el total y el detalle de la oferta de servicios y los términos del contrato.

Como consulta que es en todos los casos, es claro que la opinión de los representantes (que, como se dijo antes, ha de tener la virtualidad de influir en la decisión empresarial y para ello están los plazos que se recogen en el art. 36 de la Ley de Prevención.) no puede imponerse a la voluntad final del empresario. El cual, dentro de los márgenes de flexibilidad que las normas le permiten, decidirá finalmente cuál es el modelo organizativo a implantar en la empresa. Pero la opinión de los representantes, si desoída, puede tener algún peso en su momento, a la hora de configurar el alcance de la responsabilidad empresarial caso de manifestarse la opción elegida como inadecuada o insuficiente. Responsabilidad distinta de la prevista en el apartado 11 del art. 47 de la Ley, referido a la responsabilidad administrativa por infracción del deber de consulta, considerada infracción grave siempre que ello no dé lugar a un riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud de los trabajadores, circunstancia (algo improbable, pese a todo) que convertirá la infracción en muy grave.

El terreno del control, de la información y de la consulta respecto de la organización preventiva es un ámbito particularmente dúctil para ser tratado por medio de la negociación colectiva. De tal forma que los convenios podrán, como ya se dijo en el segundo epígrafe, imponer formas organizativas excluyendo otras a disposición del empresario: prohibir la asunción por el empresario no obstante se trate de una empresa pequeña, forzando la contratación externa; obligar a constituir un servicio propio en empresas de una cierta dimensión aunque no estén en el listado de las peligrosas ya obligadas legalmente a ello; impedir la designación de trabajadores forzando la opción del servicio de prevención ya interno ya externo. También determinar con mayor precisión y detalle las características (medios personales y materiales, estructura) exigibles a las fórmulas por las que se opte. Y, finalmente, establecer, en lo que aquí interesa, procedimientos de consulta más intensos y eficaces, más permanentes e incisivos hasta incluso configurarlos como verdaderos derechos de veto de opciones organizativas y de ofertas de contratación externa, de entidades especializadas dispensadora del servicio, imponiendo una verdadera codecisión en este tema. Ninguna de estas alternativas está prohibida por la ley, dependiendo sólo de la capacidad y del dinamismo de la negociación el incorporarlas.

6. LA RESPONSABILIDAD DEL SERVICIO DE PREVENCIÓN COMO GARANTÍA DE LA EFICIENCIA PREVENTIVA Y COMO REPARACIÓN

Sólo un leve esbozo del cuadro de responsabilidades relacionadas con los sistemas organizativos de la prevención en la empresa; tema que por sí mismo ya justificaría un estudio detenido. Como se sabe, las responsabilidades en materia de prevención de riesgos tanto pueden ser administrativas como civiles o penales, pueden darse frente a casi todos los intervinientes en este ámbito con los más variados cruzamientos o parejas (empresario-trabajador, empresario-

administración, trabajadores del servicio interno-empresario, servicio externo-trabajadores de la empresa, servicio externo-empresario, etc.) y pueden ser tanto simples como plurales (solidarias o subsidiarias), exigirse la culpa o la negligencia o tender a la casi objetivación, ser susceptibles de repetición o no, por citar sólo algunas de las dimensiones en que la responsabilidad puede ser considerada. Aquí me limitaré a esquematizar cuáles son las posibles responsabilidades en que pueden incurrir: a) el empresario en conexión con la organización del servicio de prevención en la modalidad que sea, respecto de la administración o respecto de los trabajadores afectados; b) los trabajadores designados o los miembros del servicio de prevención interno en relación con los trabajadores afectados o con el empresario que los ha contratado; y, c) el servicio de prevención externo en relación con el empresario con el que ha contratado la prestación del servicio o con los trabajadores destinatarios finales de esa prestación.

Se parte siempre de un principio esencial cual es el de no delegación de obligaciones o cargas, o mejor, de la intransmisibilidad de la obligación según lo dispone expresamente el art. 14. 4 de la Ley de Prevención, a tenor del cual la atribución de funciones, la contratación de trabajadores, o el concierto externo sólo *"complementarán las acciones del empresario, sin que por ello lo eximan del cumplimiento de su deber en esta materia"*. Según la Ley, pues, el deudor de seguridad es, sin duda alguna, el empresario y sobre él recae directamente la obligación de organizar la prevención ateniéndose a las exigencias y respetando los límites legales. El que el empresario eluda la asunción directa de la tarea preventiva (circunstancia ésta en la que la delegación es imposible y la responsabilidad es directa y sin intermediario) nombrando trabajadores, contratando otros para el servicio de prevención interno que debe o quiere organizar, o concertando con un servicio de prevención externo o ajeno, no le exime de su obligación ni le desresponsabiliza en forma alguna. De tal manera que siempre será responsable frente al acreedor de seguridad, esto es el trabajador, aunque la tarea organizativa concreta haya sido desarrollada por trabajadores propios o por un servicio ajeno. Lo que quiere decir que, sobre todo en el supuesto de responsabilidad civil, el trabajador que haya sufrido un daño derivado de un defecto en la organización preventiva podrá siempre dirigirse al empresario reclamando su responsabilidad; al margen de que también pueda hacerlo contra los agentes directos del daño y de que el empresario pueda repartir esa responsabilidad contra estos últimos.

La reclamación podrá hacerla el trabajador en virtud de responsabilidad preferentemente contractual (o extracontractual que, a la postre, puede haber pocas diferencias sustantivas) en todos los casos. En uno, claramente y sin duda, porque es el empresario quien ha asumido esa tarea. En otros, como el supuesto de los trabajadores contratados por el empresario para realizar las tareas de prevención (trabajadores designados y servicio de prevención interno) porque el obligado contractualmente es el empresario, pero en virtud del art. 1903 del Código Civil ha de hacerse responsable de los actos y omisiones tanto propias como de las personas por quien se debe responder como es el caso de

los dependientes o trabajadores propios, que es lo que son los prevencionistas internos.

El fundamento aquí es el de la culpa tanto in contrahendo como in vigilando; de tal forma que el empresario será responsable frente al trabajador si hay una actuación culposa del prevencionista interno, si hay una relación de causalidad entre ese comportamiento y los daños ocasionados, si el agente del daño se encuentra en una relación subordinada o de jerarquía respecto del empresario, si ha actuado en el ámbito de su funciones como prevencionista interno y si, finalmente, ha operado, o debiera haberlo hecho, bajo el control del empresario a quien se imputa la responsabilidad (requisitos los mencionados exigidos por el Tribunal Supremo, pudiendo citarse como ejemplos las Sentencias de 26 de febrero 1996 y de 4 de abril de 1997). El trabajador podrá, no obstante, dirigirse sólo contra el empresario o también contra el causante real del daño, actuando entonces éste y el empresario en una relación de solidaridad frente al trabajador. Y si la acción se ha ejercitado contra el empresario es claro que éste podrá repetir, si ha existido culpa o negligencia, contra el trabajador-prevencionista que ha provocado el incumplimiento, el daño a la salud y el surgimiento de la responsabilidad empresarial.

Si se trata de un servicio externo, aún así responderá el empresario (y será una responsabilidad contractual frente al trabajador) al tratarse el servicio externo de un auxiliar contractual del que se sirve el deudor, el empresario, para cumplir su obligación. La responsabilidad empresarial está fuertemente objetivada de manera que el empresario responderá por sí mismo (si ha intervenido directamente en el incumplimiento), por defecto de vigilancia y de control de la actividad del servicio externo, o por haber realizado una elección defectuosa encomendado la tarea a un servicio inadecuado o incompetente. En todos los casos opera esa cierta objetivación debido a la tesis de la responsabilidad por riesgo y a la confianza en el cumplimiento correcto que la contratación del servicio externo genera en el trabajador, confianza que no debe quedar defraudada. Sólo podrá exonerarse el empresario por las mismas razones que podría hacerlo si hubiera ejecutado el mismo, en el lugar del servicio externo o ajeno, la prestación preventiva. Ciertamente que, declarada al responsabilidad del empresario derivada de la actuación del servicio externo, siempre podrá repetir contra éste conforme a los términos previstos en las correspondientes estipulaciones contractuales suscritas a la hora de concertarlo. Y el trabajador también podrá dirigirse directamente al servicio externo, por la vía extracontractual ya sea de forma alternativa al empresario, ya sea de forma conjunta dando origen a un supuesto de responsabilidad impropriamente solidaria.

Para finalizar y por lo que hace a las otras dos responsabilidades: la administrativa y la penal. A tenor de la primera, pueden ser responsables por incumplimiento de las medidas de seguridad y de las normas de prevención en los temas referidos a la organización de la prevención tanto el empresario como los servicios externos. No así los trabajadores designados y los servicios de prevención internos que, cuando existen, desplazan la responsabilidad administrativa hacia el empresario en cuyo nombre actúan ya que son delegados por los que el

empresario debe responder administrativamente como si fuera de su propio comportamiento. Al margen de que luego pueda, no tanto repetir la sanción administrativa sino reaccionar en términos de sanción contractual laboral por el comportamiento inadecuado o incumplidor de sus dependientes que ha generado esa responsabilidad administrativa (ya podía hacer lo mismo en el caso de responsabilidad civil). La responsabilidad penal, en fin, está abierta a cualquiera de los sujetos (empresario, trabajadores y prevencionistas internos, servicios de prevención externos), ya que el tenor del art. 316 del Código Penal considera responsables penalmente a "los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas". Ese "los" abarca tanto al empresario (directamente obligado por la ley y el contrato), a los responsables internos de la prevención de riesgos (obligados a ello por el contrato suscrito con el empresario y por sus obligaciones laborales), y el servicio de prevención externo (por lo pactado en el contrato de prestación de servicios suscrito con el empresario). Todos ellos pueden ser responsables penalmente, naturalmente siempre que se den las circunstancias de culpabilidad y tipicidad. Lo que hace no particularmente fácil el surgimiento de esa responsabilidad a diferencia de la civil o la administrativa, mucho más objetivas, como se ha visto, sobre todo la primera merced a una corriente objetivadora de la noción de culpa en razón de la exigencia de unos estándares, también altamente objetivos, de la diligencia exigible.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

BLASCO LAHOZ, J.F. "La actuación de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social en el desarrollo de las actividades de prevención de los riesgos laborales", *Actualidad Laboral* 2/1997, págs. 751 y ss.

CORDERO GONZÁLEZ, J. "La protección frente al despido disciplinario de los trabajadores integrantes del servicio de prevención propio". *Actualidad Laboral*, 5/1998, págs. 69 y ss.

HERRERO GARCÍA, M.J. "Responsabilidad civil de los servicios de prevención". *Actualidad Laboral*, 1/1998, págs. 181 y ss.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J. *Comentarios a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*, Edit. Trotta, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ ORTEGA, S, FERNÁNDEZ PERDIDO, F y MORENO MÁRQUEZ, A., *Comentarios al Reglamento de Servicios de Prevención*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M.P. "La organización de la prevención en la empresa". *Actualidad Laboral*, 37/13-19 de octubre de 1997, págs. 912 y ss.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. "Apuntes sobre algunos interrogantes que suscita el nuevo Reglamento de Servicio de Prevención de Riesgos Laborales". *Actualidad Laboral*, 3/1997, págs. 897 y ss.

MORENO MÁRQUEZ, A. *Los servicios de prevención*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.