



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de voz colectiva



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo:
desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de
voz colectiva

PATROCINADORES



AUSPICIADORES



Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social
PRIMERA EDICIÓN DIGITAL MARZO 2023
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N.º 822
<p>Autores: Alberto Pizzoferrato / Sergio Torres Teixeira / Wilfredo Sanguinetti Raymond / Kurt Paerli / Masahiko Iwamura / Helga Špadina / Petra Herzfeld Olsson / Pamhidzai Bamu / Roberto Fragale Filho / María Luisa Molero Marañón / Bernd Waas / Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón / Carlos De Fuentes García-Romero De Tejada / Marina Fernández Ramírez / Carmen Ferradans Caramés / Giovanni Gaudio / Francisca Moreno Romero / María Olaya Martín Rodríguez / Rodrigo Palomo Vélez / Adrián Pérez Pastrana / César Alfredo Puntriano Rosas / María Carmen Tatay Puchades / Mireia Llobera / Dulce María Cairós Barreto / Carlos García Gallego / María Katia García Landaburu / Luis Gordo González / Oscar Hernández Álvarez / José Eduardo López Ahumada / Priscila Martín Vales / Rosa María Morato García / Daniel Peres Díaz / Gastón López Argonz / Matthieu Chabannes / Leopoldo Gamarra Vilchez / Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca / Javier Paitán Martínez / Leiso Fasney Restrepo Aguirre / Gaye Burcu Yıldız / Francisca Bernal Santamaria / Karla Giamnina Cánova Talledo / Chiara Cristofolini/ Vincenzo Cangemi/ Roberto Pettinelli / Ljubinka Kovačević/ Boško Latković / Kwang-Taek Lee / Jovana Rajić-Čalić / Jovana Misailović / Carlos Eduardo Saco Chipana / Daniel Ulloa Millares / Christa Caro Palacios / Ángela Sofía Bilbao Pazmiño / Laura Sofía Pérez Pianda / Stefano Guadagno / Chiara Hassemer / Flávia Souza Máximo Pereira / Luis Mendoza Legoaas / Fiorella Peyrone Villacorta / Ivan Ramiro Campero Villalba / Lilli Carollo / Macarena Castro Conde / Emilio De Castro Marín / Viviana Mariel Dobarro / María Begoña García Gil / Luciana Guaglianone / María Laura Parisi / Balwinder Kaur / Diego Megino Fernández / Pedro Oliveira / Ccantu Stefany Osorio Velarde / Luz Pacheco Zerga / María Gema Quintero Lima / Carmen Grau Pineda / Concha Sanz Sáez / Sarai Rodríguez González / Fernando Varela Bohórquez / Juan Manuel Moreno Díaz.</p>
<p>Coordinadora: María Katia García Landaburú</p> <p>© Comisión Organizadora del Congreso: Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente), Guillermo Boza Pró, María Katia García Landaburu, Emilio Morgado Valenzuela, Mónica Pizarro Díaz, Michael Vidal Salazar</p>
<p>Copyright 2021 Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</p>
<p>Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Dirección: Av. Dos de Mayo 516, dpto. 201. Miraflores - Lima, Perú Telef.: 51(1) 7055586</p>
<p>ISBN: 978-9972-9422-4-2 Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-02736 Publicado en el mes de marzo de 2023 DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción parcial o total (D. Leg. 822)</p>

En su edición electrónica, el libro alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esta edición se encuentra alojada y disponible para descarga libre en la página web de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: www.spdts.org.pe

COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO

Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente)

Guillermo Boza Pró

María Katia García Landaburu

Emilio Morgado Valenzuela

Mónica Pizarro Díaz

Michael Vidal Salazar

COMISIÓN REVISORA DE PONENCIAS

Guillermo Boza Pró

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

María Katia García Landaburu

César Gonzales Hunt

Sandro Nuñez Paz

Estela Ospina Salinas

Luz Pacheco Zerga

Mónica Pizarro Díaz

César Puntriano Rosas

Germán Ramírez-Gastón Ballón

Michael Vidal Salazar

COMERCIO INTERNACIONAL Y TRABAJO

GLOBAL TRADE AND WORK

LA SUBCONTRATACIÓN COMO FACTOR DE RIESGO ESPECÍFICO PARA LA SALUD: EL CASO DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS PARA UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL *

CARLOS GARCÍA GALLEGO

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia. Doctor en Derecho por la Universidad Politécnica de Valencia. Mi actividad investigadora se ha centrado básicamente en temas relacionados con la seguridad y salud en el trabajo. Sobre esta materia he sido autor de varias publicaciones de investigación y ponente en diferentes congresos.

* Esta ponencia se enmarca en el proyecto de investigación DER2017-83040-C4-2-R, "El desplazamiento transnacional de Trabajadores", del Ministerio de Ciencia e Innovación de España.

ABSTRACT: With the arrival of the third millennium, industrial society has given way to a new society of services and knowledge that emerged from an economic and technological revolution in which the outsourcing of activities is favored. From the point of view of the European Union, the outsourcing of services is considered a phenomenon that favors competitiveness, in whose regulation Directive 96/71/EC particularly stands out as a key instrument in the Community promotion of the mobility of workers under contract. This trend of Directive 96/71/CE therefore requires an analysis of the state guarantees aimed at protecting the health of workers in such contracts and subcontracts, which will be the object of particularized study in this work.

KEYWORDS: Posted work; occupational safety; outsourcing.

1. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL.

La protección de la seguridad y salud de los trabajadores, conecta directamente con el derecho fundamental a la vida y la integridad física de las personas y viene garantizada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFU) que en su artículo 31.1 establece que “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”.

Esta disposición encuentra, a su vez, fundamento en el artículo 3 de la Carta Social Europea¹, en el punto 19 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores² y en lo que respecta al derecho a la dignidad en el trabajo, en el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada³, sin olvidar las reglas comunes a los derechos nacionales que conforman principios generales del orden jurídico de la Unión⁴.

1 Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 mayo 1988, BOE 26 junio 1980, núm. 153, [pág. 14533] y Protocolo Adicional de 5 mayo 1988, ratificado por Instrumento de 7 enero 2000, BOE 25 abril 2000, núm. 99, [pág. 16074].

2 Resolución del Consejo sobre la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales, D.O. nº C 323 de 27/12/1989 [p. 44].

3 Aprobada en Estrasburgo por el Consejo de Europa de 3 de Mayo de 1996, habiendo entrado en vigor el 1 de julio de 1999.

4 Por todas, STJUE de Justicia de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra

Conviene recordar además, que el concepto de salud debe entenderse en un sentido amplio, tal y como lo define la Organización Mundial de la Salud, según la cual se trata de un “estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna, amparando como medidas de protección de la salud también las medidas dirigidas a la mejora general de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena y su protección general”⁵.

La aplicación y desarrollo de la protección de la salud de los trabajadores en los países miembros de la Unión Europea parte de la Directiva Marco 89/391/CEE, de la que derivan numerosas directivas de carácter específico⁶ en materia de prevención de riesgos laborales y otras relativas a determinados riesgos laborales⁷ o a ciertos colectivos mercedores de una protección específica⁸.

Dicha normativa, y su correspondiente transposición al ordenamiento jurídico español, mediante la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y sus disposiciones de desarrollo, configura una obligación

Consejo).

- 5 STJUE de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra Consejo) [párrafo 26].
- 6 Directiva 89/654/CEE, del 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo; Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del consejo, del 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE; Directiva 89/656/CEE del Consejo, del 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual.
- 7 Directiva 90/269/CEE, del 29 de mayo de 1990, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores; Directiva 98/24/CE del Consejo, del 7 de abril de 1998, relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo; Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; Directiva 90/679/CEE del Consejo, de 26 de noviembre de 1990, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; Directiva 2002/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de junio de 2002, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (vibraciones); Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido).
- 8 Directiva 94/33/CE del Consejo, del 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; 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.

empresarial en esta materia que reviste dos facetas: una de carácter público y otra de carácter privado.

La primera proviene de la posición de garante del empresario respecto a la vida, integridad y salud de su personal asalariado, cualquiera que sea su vínculo contractual (laboral, administrativo o estatutario), que se configura como el objeto mediato de la prestación a cargo del empresario⁹.

La segunda faceta de esta obligación reviste un carácter privado y está integrada por diversas obligaciones preventivas, de medios y de resultado, que delimitan el deber de protección empresarial. Teniendo en cuenta además, que esta obligación de protección eficaz y diligente del empresario presenta una serie de especificaciones legales, que la precisan pero que no agotan su contenido, dado el carácter dinámico, variable, mutable y adaptable a las vicisitudes del proceso productivo de aquella¹⁰.

En suma, como pone de relieve Fernández Marcos, “el trabajador que arrienda su trabajo no puede separarse del objeto arrendado; entra, al mismo tiempo, como sujeto y objeto de la relación arrendataria, por lo que la relación de trabajo [...] no se agota con las prestaciones patrimoniales básicas (salario y servicios) sino que se integra y enriquece con otras prestaciones [...]”¹¹.

Dicho esto, conviene tener en cuenta que esta obligación empresarial de proteger la seguridad y la salud de sus empleados debe ponerse, en el ámbito de la Unión Europea, y en el marco de una prestación de servicios transnacional, en relación con el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial¹² reconocido en el artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que establece que “los Estados miembros deberán abstenerse de imponer obligaciones a los operadores transnacionales que obstaculicen su acceso al mercado nacional, lo que incluye el derecho de tales empresas a determinar libremente su oferta de servicios”.

9 GONZÁLEZ ORTEGA S.; APARICIO TOVAR, J.: “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, Trotta, Madrid, 1996, págs. 28 y 107.

10 ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, en AA.VV.: La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995, Aranzadi, 1996, págs. 107-108

11 FERNÁNDEZ MARCOS, L., “La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público”, Madrid, Ministerio de Trabajo, 1975, págs. 77 y ss.

12 STC 225/1993 [fundamento jurídico 3º, B)] y STC 83/1984 [fundamento jurídico 3º in fine].

Este derecho a la libertad de empresa presenta como uno de sus aspectos destacados, la posibilidad de la descentralización de los servicios empresariales, que en el marco de la unión se considera un fenómeno favorecedor de la competitividad¹³.

En este sentido, la normativa europea en esta materia, promueve la movilidad de trabajadores para la prestación de servicios transnacionales mediante la Directiva 96/71/CE que se presenta como la norma clave en relación con la subcontratación intracomunitaria de personal de servicios.

Esta tendencia descentralizadora de la Directiva 96/71/CE, puede suponer en algunos casos, una relajación o, incluso, una seria dificultad para la puesta en marcha de eficaces medidas preventivas frente a los riesgos laborales. Es más, la propia subcontratación puede suponer en sí misma la generación de factores de riesgo que habrá que tenerse en cuenta en la evaluación y posterior planificación de la prevención.

2. LA SUBCONTRATACIÓN COMO FACTOR DE RIESGO ESPECÍFICO

En la Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, adoptada por la OIT¹⁴, se declara que “la salud laboral se ve afectada por las mismas fuerzas de cambio que prevalecen en el contexto socioeconómico nacional y mundial”, destacando las alteraciones “en el empleo y en la organización del trabajo [y en] el tamaño, la estructura y el ciclo de vida de las empresas”.

En esta misma línea argumental, López Gandía y Blasco Lahoz han analizado el modo en que estas formas de organización de la producción han originado nuevos factores de riesgo, cuya generalización merecen una particular atención¹⁵.

En el mismo sentido, Hortal Ibarra sostiene que del exceso de cadenas de subcontratación surgen determinados riesgos específicos, empezando por la acumulación de los riesgos laborales procedentes de la empresa principal a los

13 Comité Económico y Social Europeo (CESE), Dictamen de iniciativa, “Las interacciones entre los servicios y la industria manufacturera europea y su impacto en el empleo, la competitividad y la productividad”, de 13 de septiembre de 2006, CCMI/035, p. 18, párrafo II.6.

14 Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, adoptada por la OIT en 2003, Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91.ª reunión, págs.2-3.

15 LÓPEZ GANDÍA, J.; BLASCO LAHOZ, J., “Curso de prevención de riesgos laborales”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, págs. 17 y ss.

que provienen del resto de empresas que se desarrollan su actividad simultánea y conjuntamente.

Por otro lado, la subcontratación favorece que el empresario principal no se responsabilice de los trabajadores subcontratados puesto que carecen de un vínculo contractual común. Además, favorece la proliferación de empresas pequeñas que cuentan con menos recursos para dotarse de sistemas complejos de protección de los trabajadores.

Por último, el hecho de que las contratas tengan una duración temporal fomenta el recurso a la contratación de trabajadores temporales, siendo la temporalidad uno de los factores de riesgo que más incide en la siniestralidad¹⁶.

También reviste interés el Informe de la comisión de asuntos europeos del senado francés sobre las normas europeas en materia de prestación de servicios transnacional, pone de manifiesto la existencia de una importante variedad de fraude como consecuencia, en buena medida, de la ausencia de un procedimiento de control realmente eficaz debido a la falta de una cooperación ordenada entre los estados miembros contribuye al mismo tiempo a la banalización del fraude.

Por un lado habla de fraudes simples, que de hecho consisten en una violación de los principios de la directiva, y en particular de su núcleo duro, y se traduce en la falta de declaración del desplazamiento, falta de certificado de afiliación al sistema de seguridad social, impago de salarios y horas extraordinarias, excesos en la jornada máxima de trabajo.

Y por otro, trata de fraudes complejos, en los que suelen intervenir varias cadenas de subcontratación, que muchas veces terminan en trabajo ilegal, ausencia de declaración de accidentes de trabajo, abuso de la vulnerabilidad a través de condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana, esclavitud moderna, trata de personas.

En definitiva, el informe pone de manifiesto que esa falta de control afecta no solo a los derechos económicos de los trabajadores enviados sino también a los relativos a la protección de su seguridad y salud.

En general, sostiene el informe, cuanto más compleja es la situación del trabajador desplazado y de la empresa a la que está adscrito, menor es su coste

16 HORTAL IBARRA, J.C., "Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales", *Tribuna Social* n. 175/2005, págs.23 y 25.

y mayores son las dificultades para hacer cumplir la normativa social del país de acogida¹⁷.

En este sentido, es particularmente elocuente el caso de Atlanco, seleccionado por el grupo Bouygues para ejecutar parte del reactor nuclear EPR en Flamanville. Esta empresa irlandesa de trabajo temporal, con sede en Chipre, contrató así a trabajadores polacos remunerados de acuerdo con las condiciones de su país, sin tener en cuenta el número de horas realizadas y sin notificar 38 accidentes laborales.

Por otro lado, en relación con el abuso de la subcontratación, el informe desvela la existencia de fraudes organizados que a menudo resultan en una cascada de subcontratistas y empresas “fantasma” dentro del país de envío. De modo que, cuanto más larga sea la cadena de subcontratación, mayor será la ventaja de complicar los controles mientras se libera de responsabilidad al cliente inicial.

Dicho fraude suele llevarse a cabo por empresas que no tienen una actividad real en el país donde están afiliadas (donde las cotizaciones sociales son bajas) y son utilizadas por una empresa de otro país donde las cotizaciones sociales son mayores¹⁸.

Paradigmático es el caso de EDF en el Reino Unido recogido por la Comisión Europea en su evaluación de la Directiva 96/71. Se trataba de la construcción de una planta de energía en Cottam en 2003 que dio lugar a una compleja cadena de subcontratación pasando por Alemania (la empresa RWE) y Portugal. Al final, resultó que a los trabajadores portugueses de la obra no se les pagó según los términos del convenio colectivo británico de aplicación.

En definitiva, citando a Pérez de los Cobos, la consideración de la contratación y subcontratación de servicios como una forma de ejercicio de este derecho fundamental [libertad de empresa], impide amparar bajo esta fórmula a aquellos que no asumen el riesgo inherente a la misma, ni ejercen el poder de dirección¹⁹.

17 Rapport d’information au nom de la comisión de affaires européennes du sénat sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs; pag. 20 (ponente: Senador Eric Boquet, registrado ante la presidencia del senado el 18 de abril de 2013).

18 Rapport d’information au nom de la comisión de affaires européennes du sénat sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs; pag. 20 (ponente: Senador Eric Boquet, registrado ante la presidencia del senado el 18 de abril de 2013).

19 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa”,

Ciertamente, el elemento transnacional sitúa a los trabajadores en contratas a nivel transnacional en una situación de mayor vulnerabilidad que los trabajadores subcontratados cuya prestación de servicios se desarrolla en el ámbito de un solo Estado²⁰.

Así, a los riesgos anteriores propios de la subcontratación hay que añadir los derivados de la movilidad transnacional del trabajador. A este respecto, conviene tener en cuenta que el trabajador se encuentra ante un contexto de trabajo diferente, que implica su exposición a diferentes riesgos derivados específicamente de dicho desplazamiento.

Así, por un lado, habría que contemplar los riesgos asociados al entorno donde se desarrolla la actividad que pueden estar relacionados con agentes biológicos, episodios de violencia o inseguridad, o los derivados de fenómenos meteorológicos extremos.

Por otro lado, habría que tener en cuenta los riesgos de carácter psicosocial que afectan a la salud y a la calidad de vida del trabajador como consecuencia directa de los cambios que implica el desplazamiento a otro país.

En este sentido, se consideran factores de riesgo de carácter psicosocial, los eventuales escenarios de discriminación o marginación por la condición de extranjero del trabajador. Igualmente, se considera un factor de riesgo, relacionado en ocasiones con trastornos ansiosos o depresivos, el alejamiento de la familia y seres queridos.

Y por supuesto la barrera idiomática que plantea un serio problema para la asimilación de la información y la formación, y de las órdenes e instrucciones empresariales en materia preventiva.

Por lo tanto, todos estos factores de riesgo deben tenerse en cuenta por el empresario que desplace temporalmente a sus trabajadores para la prestación de servicios en otro país (de la Unión Europea o no) tanto en el proceso de la evaluación de riesgos y su correspondiente planificación, como en la adopción de medidas preventivas, en particular en la obligación de información y formación

Revista del Instituto de Estudios Económicos, Madrid, nº 4 /2004, págs. 190-191.

20 TOSCANI GIMÉNEZ, D.; ALEGRE NUENO, M., "Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", *Aranzadi Social* n. 15/2007.

de los trabajadores, la vigilancia de su salud, la participación de estos en tareas preventivas, etc.

3. SUBCONTRATACIÓN Y DEBER DE SEGURIDAD

Frente a los riesgos específicos que supone la prestación de servicios en régimen de descentralización productiva, ya sea mediante el arrendamiento de servicios a otra empresa, por la descentralización de actividades hacia otra empresa del grupo empresarial en el país de destino o por la cesión de temporal de trabajadores a través de una empresa de trabajo temporal, la normativa preventiva ha configurado en el marco del deber general de protección frente a los riesgos laborales, un deber de colaboración o coordinación de actividades preventivas.

En virtud de dicha obligación, cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta el tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos.

Dicho deber ha sido recogido en la normativa internacional en el Convenio nº 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo de 1981 (artículo 17)²¹ y en la normativa de la Unión Europea en el artículo 6,4 de la Directiva Marco 89/391/CEE.

No obstante, no faltan voces en la doctrina que consideran insuficiente²² este deber de coordinación y destacan, habida cuenta el abuso en el encadenamiento de subcontrataciones y en la situaciones fraudulentas relativas a la cesión ilegal y al desplazamiento de falsos autónomos a nivel comunitario, que los trabajadores afectados quedan fuera de toda protección²³.

21 “Siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio”.

22 LÓPEZ GANDÍA, J.; ROMERO RÓDENAS, M.J.; TOSCANI JIMÉNEZ, D., “La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia”, op. cit., pág. 25.

23 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*, Nº 45/2009, págs. 107-108.

Por todo ello, buena parte de la doctrina manifiesta la necesidad de actuar en “el factor previo de riesgo que es la propia subcontratación”²⁴. Se trata por tanto de actuar sobre los efectos de la subcontratación entendida como forma de inversión especulativa, en la que sucesivos intermediarios, sin organización productiva, asumen parte de la obra para su posterior venta a un tercero²⁵.

Teniendo en cuenta los riesgos específicos de la subcontratación para la seguridad y salud de los trabajadores, resultan necesarios instrumentos jurídicos internacionales que hagan efectivo el principio de coordinación de actividades empresariales en régimen de subcontratación estableciendo una regulación que la limite, como una medida de prevención de riesgos laborales, aunque también podría repercutir en otras condiciones de trabajo²⁶.

Junto con el citado deber genérico de coordinación de la actividad preventiva, interesa mencionar también el deber de vigilancia que pesa sobre el empresario principal en los supuestos de que concurran en el mismo centro de trabajo diferentes contratadas y subcontratadas.

Esta obligación viene establecida en el ordenamiento interno español por el artículo 24.3 de la Ley 1/1995 de prevención de riesgos laborales y su reglamento de desarrollo, el RD 171/2004.

Se trata en definitiva de un refuerzo a la obligación de la empresa principal de proteger a los trabajadores, en caso de concurrencia de empresas en un mismo

24 LÓPEZ GANDÍA, J.; ROMERO RÓDENAS, M.J.; TOSCANI JIMÉNEZ, D., “La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia”, Bomarzo, 2008, págs. 18-19; CALVO GALLEGU, F.J., “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas laborales* n. 87/ 2006, págs. 28 y ss.

25 Según la jurisprudencia del TJUE, puede admitirse “que una normativa nacional que incluye esta obligación, que persigue evitar la adquisición de terrenos agrícolas por razones puramente especulativas y que, de este modo, intenta facilitar la adquisición de estos terrenos con prioridad por parte de las personas que deseen cultivarlos, responde a un objetivo de interés general, en un Estado miembro en el que es un hecho indiscutido que los terrenos agrícolas constituyen un recurso natural limitado”, STJUE de 25 enero 2007, *Festersen*, C-370/05, [párrafo 33].

26 LÓPEZ GANDÍA, J.; BLASCO LAHOZ, J., “Curso de prevención de riesgos laborales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 17 y ss.; GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AAVV, MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 46, 50-52 y 60, realiza un análisis extenso de tales fines preventivos en su interpretación del artículo 4 y 2.a) de la Ley 32/2006. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B., “Un intento de freno a la siniestralidad y la precariedad laboral en las obras de construcción”, *Documentación Laboral* n. 80/2007, págs. 51-128].

lugar de trabajo, y que enlaza además con el papel de garante del empresario y de proporcionar una protección eficaz a sus empleados.

No obstante, para su aplicación se exige que las obras o servicios a que se refiere el artículo se correspondan con la propia actividad del empresario principal (si se tratara de distinta actividad serían de aplicación los apartados 1 y 2 del artículo 24 o el artículo 24.4).

Tratándose de un concepto indeterminado y, por ende controvertido, la expresión “propia actividad” ha sido objeto de distintas interpretaciones por parte de los tribunales del orden social:

Por una lado, se ha defendido una interpretación restrictiva del concepto, asimilando propia actividad a la misma actividad, es decir a las tareas de la contratista que coincidan con la actividad de la comitente.

Junto con esta interpretación, se ha sostenido otra más amplia, basada en el criterio de la indispensabilidad de las funciones o servicios. Esta interpretación incluye actividades que sean secundarias complementarias o accesorias, pues son necesarias para la organización del trabajo, bastando con que exista cierta conexión con el proceso productivo de la comitente²⁷. Como criterio general, se excluirían de este ámbito aquellas actividades no integradas en el proceso productivo²⁸ (por ejemplo, respecto de una actividad industrial, las de limpieza, seguridad o cafetería).

Parece más razonable sostener esta interpretación amplia de la norma por resultar más favorable para el trabajador, más aún teniendo en cuenta que de lo que se trata, en definitiva es de garantizar la vida y la salud de las personas.

No obstante el Tribunal Supremo ha mantenido un criterio “casuístico”, conectando más con la posición amplia que con la restrictiva. Así, ha argumentado la STS, Sala de lo Social, 18.1.1995 (Ar. 415) que la actividad propia del empresario es aquella actividad principal, esencial o complementaria pero absolutamente indispensable de la empresa. Este planteamiento aboca a la necesidad de un análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

27 SSTSJ País Vasco 26.11.1996 (AS 3772) y 24.6.1997 (AS 1890); STSJ Asturias 24.1.1997 (AS 759).

28 SALA FRANCO, T-ARNAU NAVARRO, F.: “Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 181-183; MONTROYA MELGAR, A.; PIZÁ GRANADOS, J., “Curso de seguridad y salud en el trabajo”, McGraw Hill, Madrid, 1996, pág. 308

Se exige además, para el ejercicio del deber de vigilancia del empresario principal que la actividad contratada o subcontratada se lleve a cabo en el propio centro de trabajo de aquél.

El término centro de trabajo debe entenderse en sentido amplio²⁹ como mero lugar de trabajo (no la derivada del art. 1.5 del TRET como unidad productiva con organización específica que hubiera so dada de alta como tal ante la autoridad laboral).

Así se desprende del art 3..c) Convenio nº 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo de 1981 según el cual la expresión lugar de trabajo abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o a donde deben acudir por razón de su trabajo y en el que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador donde desarrollan actividades.

Esto encuentra refrendo en el artículo art. 2 de la Directiva 89/564, de 30 de noviembre, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo que los define como “lugares destinados a albergar puestos de trabajo, situados en los edificios de la empresa y/o del establecimiento, incluido cualquier otro lugar dentro del área de la empresa y/o del establecimiento al que el trabajador tenga acceso en el marco de su trabajo”. Y en el art. 2 del RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, según el cual son lugares de trabajo: “áreas del centro de trabajo, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder por razón de su trabajo”, incluidos los “servicios higiénicos”, los “locales de descanso, los comedores, los locales de primeros auxilios” y “las instalaciones de servicio o protección anejas a los lugares de trabajo”.

En definitiva, el deber de vigilancia que recae en el empresario principal en los supuestos de que en su lugar de trabajo concurren trabajadores por cuenta ajena o autónomos, supone un refuerzo al deber genérico de coordinación de actividades preventivas. Sin embargo, este refuerzo está condicionado por el hecho de que ha de tratarse de la propia actividad del empresario principal, con las dificultades interpretativas que se derivan de dicho concepto y además ha de darse en el mismo lugar de trabajo.

29 ALFONSO MELLADO, C.L., “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág.56.

4. LIMITES A LA SUBCONTRATACIÓN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

En relación con el sector de la construcción, cuyas particularidades a nivel trasnacional ha descrito la doctrina³⁰; se producen buena parte de los conflictos en materia de desplazamiento de trabajadores que han llegado hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³¹, destacando especialmente las medidas estatales dirigidas a asegurar su seguridad y salud laboral.

Conviene recalcar que el Tribunal de Justicia ha admitido de forma expresa que la protección social de los trabajadores del sector de la construcción constituye una de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a la libre prestación de servicios, así como las medidas de control necesarias para garantizar su observancia.

En este sentido, resulta relevante el tratamiento que de esta cuestión se realiza en la normativa española mediante la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción y el RD 1109/2007 por el que se desarrolla la citada Ley.

Dicha ley ya adelanta en su Exposición de Motivos que los “...excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud en el trabajo.”

De modo que, para evitar tales excesos establece 3 tipos de medidas:

En primer lugar “...que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas, con el fin de prevenir prácticas que pudieran derivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo.

Por otro lado, exige una “...serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector, y reforzando estas garantías en relación con la acreditación de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos...”

30 CREMERS, J., “Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction”, *Transfer* n. 2/2006, págs. 172 y ss. sobre las particularidades normativas de este sector.

31 STJUE de 3 de febrero 1982 (asuntos 62 y 63/81, *Seco y Desquenne*) STJUE de 27 de marzo de 1990, (asunto *Rush Portuguesa*, C-113/89) en ambos casos referidos a la Construcción infraestructuras de ferrocarril; STJUE de 9 agosto 1994 (asunto *Vander Elst*, C-43/93) en relación a la construcción y la demolición especializada; y STJUE de 28 marzo 1996 (asunto *Guiot*, C-272/94), STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) relativos al sector de la construcción en general.

Y finalmente se articulan ciertos “...mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra..”.

A la vista de tales medidas resulta obligado cuestionarse si tales medidas contravienen el artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea al suponer una restricción a la libre prestación de servicios. O si por el contrario, las limitaciones establecidas en esta normativa pueden tolerarse en beneficio de la seguridad y salud de los trabajadores.

En relación con la prohibición de subcontratar y de los requisitos de calidad y solvencia de las subcontratas, conviene señalar que el Artículo 5.1. de esta ley establece: “La subcontratación, como forma de organización productiva, no podrá ser limitada, salvo en las condiciones y en los supuestos previstos en esta Ley”.

Esto concuerda con lo establecido en la exposición de motivos de la ley que sostiene que “hay que tener en cuenta que la contratación y subcontratación de obras o servicios es una expresión de la libertad de empresa que reconoce la Constitución Española en su artículo 38...” Y además reconoce que “la subcontratación permite en muchos casos un mayor grado de especialización, de cualificación de los trabajadores y una más frecuente utilización de los medios técnicos que se emplean, lo que influye positivamente en la inversión en nueva tecnología. Además, esta forma de organización facilita la participación de las pequeñas y medianas empresas en la actividad de la construcción, lo que contribuye a la creación de empleo. Estos aspectos determinan una mayor eficiencia empresarial”.

“Sin embargo, el exceso en las cadenas de subcontratación,... además de no aportar ninguno de los elementos positivos... ocasiona, en no pocos casos, la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita ... hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores”

A partir de aquí el art. 5.2 d), e) y f) establece que, sólo se podrá subcontratar trabajos de construcción, con carácter general hasta un tercer nivel. Asimismo, los trabajadores autónomos que hayan sido contratados para realizar un trabajo, no podrán subcontratar dicho trabajo.

Además no podrán subcontratar los subcontratistas, cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra” salvo “en casos fortuitos debidamente justificados, por exigencias de especialización de los trabajos, complicaciones técnicas de la producción o circunstancias de fuerza mayor”.

En principio, puede sostenerse que la prohibición de subcontratar en el sector de la construcción contenida en este artículo resulta compatible con el artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

Por un lado, porque hay que tener en cuenta que la subcontratación en términos generales se mantiene vigente e incluso su existencia (y correcto uso) se justifica en la exposición de motivos. En segundo lugar, porque la prohibición de subcontratar se aplica con carácter general a partir del tercer nivel. Y además porque la prohibición afecta a empresas (o autónomos) cuya estructura organizativa permite pensar que carecen de una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores”.

En lo que respecta a los sistemas documentales introducidos por la ley y en particular la obligación de inscripción en el Registro de empresas acreditadas.

La clave está en determinar si la inscripción en dicho registro constituye una autorización para prestar los servicios o se trata de una declaración sobre el desplazamiento de trabajadores antes de que comiencen los trabajos³².

Según se desprende del art. 4.2 de la ley 32/2006 la inscripción es necesaria para contratar o subcontratar en obras de construcción.

De ahí, que sea de aplicación la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas según la cual “el artículo 49 CE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción, aunque a se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador de servicios de otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos.”

32 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, Nº 45/2009, pág. 121.

“El Estado miembro de acogida sólo tiene derecho a exigir una autorización previa para el ejercicio de determinadas actividades, con independencia de la situación del desplazamiento, siempre que dicha autorización esté justificada por razones imperativas de interés general y sea proporcionada y compatible con las disposiciones pertinentes del Tratado sobre la libertad de prestación de servicios. Este requisito deberá tener en cuenta los controles y las comprobaciones ya efectuados en el Estado miembro de origen”³³. De todo lo anterior se deduce que la citada inscripción en el registro podría contravenir el artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

5. CONCLUSIÓN: LA PROTECCIÓN EUROPEA DE LA SALUD, SEGURIDAD Y DIGNIDAD EN EL TRABAJO

La normativa europea en materia de prestación de servicios transnacional, promueve la movilidad de trabajadores para la prestación de servicios mediante la Directiva 96/71/CE que se presenta como la norma clave en relación con la subcontratación intracomunitaria de personal de servicios. Esta tendencia descentralizadora de la Directiva 96/71/CE, puede suponer en algunos casos, una relajación o, incluso, una seria dificultad para la puesta en marcha de eficaces medidas preventivas frente a los riesgos laborales.

De la subcontratación se derivan riesgos específicos para la seguridad y salud de los trabajadores puesto que en los supuestos en que intervienen varias cadenas de subcontratación, muchas veces terminan en trabajo ilegal, ausencia de declaración de accidentes de trabajo y abuso de la vulnerabilidad a través de condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana. Se hace así necesaria una regulación que tenga en cuenta los efectos de la subcontratación como forma de inversión especulativa, en la que sucesivos intermediarios, sin organización productiva, asumen parte de la obra para su posterior venta a un tercero.

A los riesgos anteriores propios de la subcontratación hay que añadir los derivados de la movilidad transnacional del trabajador. A este respecto, conviene tener en cuenta que el trabajador se encuentra ante un contexto de trabajo diferente, que implica su exposición a diferentes riesgos derivados específicamente de dicho desplazamiento. En otras palabras, el elemento transnacional sitúa a

33 Comisión en el documento redactado en abril de 2006 “orientaciones para el desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios”

los trabajadores en contratos a nivel transnacional en una situación de mayor vulnerabilidad que los trabajadores subcontratados cuya prestación de servicios se desarrolla en el ámbito de un solo Estado.

En relación con el deber de coordinación una parte de la doctrina considera insuficiente este deber de coordinación y destaca, habida cuenta el abuso en el encadenamiento de subcontrataciones y en las situaciones fraudulentas relativas a la cesión ilegal y al desplazamiento de falsos autónomos a nivel comunitario, que los trabajadores afectados quedan fuera de toda protección. Por todo ello, reclaman la necesidad de actuar en “el factor previo de riesgo que es la propia subcontratación”. En particular, se ha reclamado la regulación de unos estándares laborales internacionales mínimos dirigidos a la subcontratación que tengan en cuenta estos nuevos factores de riesgo pero tal regulación sigue pendiente de realizarse.

Especialmente elocuente resulta en este sentido, el Estudio del Consejo General del Poder Judicial en materia de siniestralidad laboral en los procesos de subcontratación, en el que se señala que: [...] “el hecho de que hasta hoy la OIT no se haya podido adoptar un convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación pone de manifiesto los grandes intereses que concluyen en el mantenimiento de este modelo de producción, al que únicamente son de aplicación las normas internas de cada país”³⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores”, en AA.VV.: “La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995”, Aranzadi, 1996
- ALFONSO MELLADO, C.L., “Responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud laboral”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998
- CALVO GALLEGO, F.J., “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas laborales* n. 87/ 2006, págs. 28 y ss.
- 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

34 Consejo General del Poder Judicial, Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial, Siniestralidad Laboral: Análisis de la Respuesta Jurisdiccional. Estudio del Consejo General del Poder Judicial, elevado al Pleno el 17/01/07, pág.38.

- una prestación de servicios transnacional”, *Revista de derecho social*, Nº 45/2009, págs. 105-132
- CREMERS, J., “Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction”, *Transfer* n. 2/2006, págs. 172 y ss.
- FERNÁNDEZ URRUTIA, A. B., “Un intento de freno a la siniestralidad y la precariedad laboral en las obras de construcción”, *Documentación Laboral* n. 80/2007, págs. 51-128.
- GARDEÑES SANTIAGO, M.; VILÁ COSTA B., “La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional”, Eurolex Editorial, Madrid, 1999
- GONZÁLEZ ORTEGA S., APARICIO TOVAR, J.: “Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales”, Trotta, Madrid, 1996
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AAVV, MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.) “La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción”, Lex Nova, Valladolid, 2009
- HORTAL IBARRA, J.C., “Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales”, *Tribuna Social* n. 175 / 2005
- LLOBERA VILA, M., “Evolución normativa de la regulación comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores”, en AA.VV., Fotinopoulou Basurko, O. (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Atelier, Barcelona, 2017, págs. 39-66.
- LLOBERA VILA, M., “La respuesta europea a las “empresas buzón”: Normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 10 (2), 2018, págs. 536-566.
- LLOBERA VILA, M., *El desplazamiento transnacional de trabajadores. Libre prestación de servicios, Constitución económica y principio de proporcionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LÓPEZ ESCUDERO, M., “La aplicación del principio del reconocimiento mutuo en el derecho comunitario”, *GAC. Jurid. Un. Europ. Comp.*, Madrid, 1993, pág. 139.
- LÓPEZ GANDÍA, J.; BLASCO LAHOZ, J., “Curso de prevención de riesgos laborales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- LÓPEZ GANDÍA, J.; ROMERO RÓDENAS, M.J.; TOSCANI JIMÉNEZ, D., “La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia”, Bomarzo, Albacete, 2008

MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J., “Curso de seguridad y salud en el trabajo”, McGraw Hill, Madrid, 1996

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa”, Revista del Instituto de Estudios Económicos, Madrid, nº 4 /2004, págs. 159-198

SALA FRANCO, T.; ARNAU NAVARRO, F.: “Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996,

TOSCANI GIMÉNEZ, D.; ALEGRE NUENO, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, Aranzadi Social n. 15/2007.