

**Comisión de las Comunidades Europeas
(a la atención del Sr. Secretario General)
Rue de la Loi, 200
B-1049 Bruselas
BÉLGICA**

**DENUNCIA
ANTE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS POR
INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO**

Identidad del denunciante

1. La **UNIÓN PROGRESISTA DE INSPECTORES DE TRABAJO (U.P.I.T.)**, interpone la presente **DENUNCIA** por el incumplimiento por parte del Estado español de las disposiciones establecidas en la Directiva (Marco) 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (*Diario Oficial n° L 183 de 29/06/1989 p. 0001 – 0008*).
2. En la presente Denuncia, la U.P.I.T. actúa representada por un miembro de dicha asociación, **JAVIER Crespán Echegoyen**, por delegación expresa de su Secretariado Permanente, órgano directivo de dicha Asociación, que obra de acuerdo con el mandato de la resolución aprobada en el último Congreso de U.P.I.T.
3. La U.P.I.T. es una Asociación legalmente constituida conforme a la legislación española al amparo de la Ley Orgánica 10/1983 de Libertad Sindical en el año 1984 y cuyos miembros pertenecen al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social conforme a lo establecido en la vigente Ley 42/1997 de 14 de noviembre Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tienen nacionalidad española.
4. La dirección o sede social de UPIT se encuentra en la Calle Travesera de Gracia nº 303 – 311 de Barcelona E-08025. La dirección de la asociación a efectos de notificación en este proceso de denuncia es la de Javier Crespán Echegoyen
5. La dirección de correo electrónico es xaviercrespan@gmail.com
6. El ámbito de actividad de la Asociación abarca a todo el Estado español.

Objeto de la denuncia

7. La presente denuncia se dirige frente al Estado español por **la transposición indebida de las disposiciones contenidas en el Art. 6 apartado 3 y el Art. 7 apartado 3 de la DIRECTIVA MARCO 89/391/CEE** del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo que abajo se transcriben a través de las disposiciones reglamentarias que desarrollan la LEY 31/1995 DE 8 DE NOVIEMBRE DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES, y en particular por los **Art. 11.2, 12.2c) y 29. 2 y 3 del REAL DECRETO 39/1997 DE 31 DE ENERO QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE SERVICIOS DE PREVENCIÓN** posteriormente reformado por el **REAL DECRETO 604/2006**

Legislación comunitaria que entendemos que ha sido trasgredida

8. Las disposiciones de la Directiva Marco 89/391/CEE que ha nuestro juicio han sido violadas por la actual legislación española serían las siguientes:

El **Apartado 3 del Artículo 6 de la Directiva 89/391/CEE**, referido a las Obligaciones generales de los empresarios:

“Sin perjuicio de las demás disposiciones de la presente Directiva, el empresario deberá, habida cuenta el tipo de actividades de la empresa y/o del establecimiento:
a) evaluar los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, incluso en lo que se refiere a la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y en el acondicionamiento de los lugares de trabajo.

Tras dicha evaluación, y en tanto sea necesario, las actividades de prevención así como los métodos de trabajo y de producción aplicados por el empresario deberán:
- garantizar un mayor nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores
- **integrarse en el conjunto de actividades de la empresa y/o del establecimiento y en todos los niveles jerárquicos;”**

Y el **Artículo 7**, referido a los Servicios de protección y de prevención cuyo apartado 1 señala:

“Sin perjuicio de las obligaciones contempladas en los artículos 5 y 6, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de actividades de protección y de

actividades de prevención de los riesgos profesionales de la empresa y/o del establecimiento”.

Su apartado 2 establece:

“Los trabajadores designados no podrán sufrir un perjuicio derivado de sus actividades de protección y de sus actividades de prevención de los riesgos profesionales. Con el fin de que puedan cumplir las obligaciones resultantes de la presente Directiva, los trabajadores designados deberán disponer de un tiempo apropiado”.

Y su apartado 3 establece:

“Si las competencias en la empresa y/o establecimiento **son insuficientes** para organizar dichas actividades de protección y de prevención, el empresario deberá recurrir a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa y/o al establecimiento”.

9. Transcribimos a continuación las apreciaciones del **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas** (sala quinta) en la **Sentencia de 22 de mayo de 2003 (Asunto C-441/01)** en la que se declaró cuál era el contenido y alcance del Art. 7 apartado 3 de la Directiva Marco arriba mencionada.

Apreciación del Tribunal de Justicia sobre el tenor literal del artículo 7, apartado 3, de la Directiva

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

21. Por consiguiente, el artículo 7 establece una **jerarquía** entre las obligaciones que se imponen a los empresarios.

22. Esta interpretación se ve corroborada por el propio texto del **artículo 11, apartado 2**, de la Directiva, disposición que hace referencia, en su letra b), a la designación de los trabajadores prevista en el artículo 7, apartado 1, de la propia Directiva y, en su letra d), al recurso, previsto en el artículo 7, apartado 3, a competencias ajenas a la empresa, si bien añadiendo, sólo para esta última referencia, la mención «en su caso».

23. Para garantizar la plena aplicación de la Directiva de forma clara y precisa, la adaptación del Derecho nacional neerlandés a ésta debía reflejar la jerarquía establecida en el artículo 7 de la Directiva.

24. No parece fundado el temor a una apreciación puramente subjetiva, por el empresario, del cumplimiento del requisito contemplado en el apartado 3 de la referida disposición. En efecto, el artículo 7, apartado 8, de la Directiva obliga a los Estados miembros a definir las capacidades y aptitudes que deben tener los trabajadores y permite a dichos Estados definir otros **criterios objetivos** destinados a orientar a los empresarios en su apreciación de las competencias existentes en su empresa.

25. Por lo que se refiere a las consecuencias negativas descritas por el Gobierno neerlandés e indicadas en el apartado 17 de la presente sentencia, procede destacar que no pueden ser tan graves como sugiere. Conforme al artículo 7, apartado 2, de la Directiva, los trabajadores designados no pueden sufrir un perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales. *Los servicios externos a los que haya podido recurrir un empresario están, sin duda, protegidos contra las resoluciones inmediatas de contratos.* En cualquier caso, debe pensarse que, en su calidad de servicios especializados, tienen conocimiento de la legislación comunitaria y pueden adoptar las medidas necesarias para adaptarse a la misma.

26. De lo anterior se deduce que la alegación del Gobierno neerlandés basada en el tenor literal del artículo 7, apartado 3, de la Directiva carece de fundamento.

Apreciación del Tribunal de Justicia Sobre la sistemática del artículo 7 de la Directiva

30. El examen de la estructura del artículo 7 de la Directiva y del orden de sus distintos apartados no permite extraer una conclusión distinta de la derivada del examen del tenor literal de su apartado 3. En particular, los apartados 4 y 6 del citado artículo no cuestionan en modo alguno la **jerarquía** establecida en los apartados 1 y 3 de esta disposición.

31. De ello se desprende que la alegación del Gobierno neerlandés basada en el sistema del artículo 7, apartado 3, de la Directiva carece de fundamento.

Apreciación del Tribunal de Justicia Sobre la finalidad de la Directiva

38. Según se desprende del propio título de la Directiva, ésta tiene por objeto la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Contrariamente a lo que afirma el Gobierno neerlandés, la

Directiva no tiene únicamente como finalidad incrementar la protección de los trabajadores contra los accidentes de trabajo y la prevención de los riesgos profesionales, sino que pretende también que se establezcan medidas concretas de organización de la protección y prevención. De esta forma, la Directiva especifica algunos medios que el legislador comunitario considera apropiados para alcanzar la finalidad señalada.

39. Los considerandos undécimo y duodécimo de la Directiva muestran que ésta incluye entre sus objetivos un diálogo y una **participación equilibrada de los empresarios y de los trabajadores** con vistas a adoptar las medidas necesarias para proteger a estos últimos contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

40. La opción, expresada en el artículo 7 de la Directiva, de dar **preferencia**, cuando las competencias internas de la empresa lo permitan, a la participación de los trabajadores en las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales, más que al recurso a competencias externas, **es una medida de organización que se ajusta al citado objetivo de participación de los trabajadores en su propia seguridad.**

41. De ello se desprende que la alegación del Gobierno neerlandés basada en la finalidad de la Directiva carece de fundamento.

Apreciación del Tribunal de Justicia Sobre el carácter de medida de armonización mínima de la Directiva

45. Como lo recuerda el Gobierno neerlandés, del artículo 1, apartado 3, de la Directiva se desprende que ésta no afecta a las disposiciones nacionales y comunitarias, existentes o futuras, que sean más favorables para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

46. Sin embargo, como señala el Abogado General en el punto 24 de sus conclusiones, la cuestión que se plantea en el presente asunto no es evaluar si la legislación neerlandesa garantiza a los trabajadores una protección superior a la que ofrece la Directiva, sino comprobar si dicha legislación infringe las disposiciones de la citada Directiva, incluida la prioridad establecida entre las dos posibilidades previstas en su artículo 7.

47. De ello se deduce que la alegación del Gobierno neerlandés basada en el carácter de medida de armonización mínima de la Directiva carece de fundamento.

Apreciación del Tribunal de Justicia sobre el efecto útil de la Directiva

53. Por un lado, procede recordar que **el artículo 7, apartados 1 y 3, de la Directiva establece claramente un orden de prioridad por lo que atañe a la organización de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales en el seno de la empresa.** Tan sólo cuando las competencias en la empresa sean insuficientes deberá recurrir el empresario a competencias ajenas a ésta.

54. Por otro lado, según se ha aclarado en los apartados 38 y 39 de la presente sentencia, la finalidad de la Directiva es favorecer la participación equilibrada de los empresarios y de los trabajadores en las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales. Por consiguiente, **la mejor forma de garantizar el efecto útil de la Directiva es dando preferencia a la organización de tales actividades en el seno de la empresa.**

55. A la vista de estas consideraciones, **permitir al empresario que opte entre organizar las citadas actividades en el seno de la empresa o recurrir a competencias externas a ésta no contribuye a garantizar el efecto útil de la Directiva, sino que constituye un incumplimiento de la obligación de asegurar la plena aplicación de la citada Directiva.**

56. De ello se desprende que la alegación del Gobierno neerlandés basada en el efecto útil de la Directiva carece de fundamento.

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

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta) decidió: **1) Declarar que el Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE y del artículo 7, apartado 3, de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, al no haber recogido, en su legislación nacional, el carácter subsidiario del recurso a competencias ajenas a la empresa para garantizar las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales en ésta.**

La transposición del Art. 7 de la Directiva 89/391/CEE en la legislación española

10. La transposición a la legislación española de estas disposiciones se ha realizado del siguiente modo en la **Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales**, modificada por la Ley 54/2003.

En el apartado 1 del Artículo 30 de la Ley, referido a la “Protección y prevención de riesgos profesionales” se establece:

“En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa”.

En su apartado 2 se dispone:

“Los trabajadores designados deberán tener la capacidad necesaria, disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficientes en número, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, así como los riesgos a que están expuestos los trabajadores y su distribución en la misma, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere la letra e) del apartado 1 del Artículo 6 de la presente Ley.

Los trabajadores a que se refiere el párrafo anterior colaborarán entre sí y, en su caso, con los servicios de prevención”.

En su apartado 3 se dispone:

“Para la realización de la actividad de prevención, el empresario deberá facilitar a los trabajadores designados el acceso a la información y documentación a que se refieren los artículos 18 y 23 de la presente Ley”.

En su apartado 4 se dispone:

“Los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa. En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Esta garantía alcanzará también a los trabajadores integrantes del servicio de prevención, cuando la empresa decida constituirlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo siguiente.

Los trabajadores a que se refieren los párrafos anteriores deberán guardar sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa a la que tuvieron acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones.

En su apartado 5 se dispone:

En las empresas de menos de seis trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente las funciones señaladas en el apartado 1, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades, con el alcance que se determine en las disposiciones a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo 6 de la presente Ley.

Y en su apartado 6 se dispone:

El empresario que no hubiere concertado el Servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa deberá someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa, en los términos que reglamentariamente se determinen.

El Artículo 31 de la Ley, referido a los Servicios de prevención, en su apartado 1 dispone:

“Si la designación de uno o varios trabajadores **fuera insuficiente** para la realización de las actividades de prevención, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o de la peligrosidad de las actividades desarrolladas, con el alcance que se establezca en las disposiciones a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo 6 de la presente Ley, el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa, que colaborarán cuando sea necesario.

Para el establecimiento de estos servicios en las Administraciones públicas se tendrá en cuenta su estructura organizativa y la existencia, en su caso, de ámbitos sectoriales y descentralizados”.

11. En desarrollo de la Ley 31/1995 se dictó el **Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que fue aprobado el Reglamento de los Servicios de Prevención** que en su Capítulo III reguló la “Organización de recursos para las actividades preventivas”. Transcribimos los preceptos de este Reglamento que son relevantes para esta denuncia:

El Art. 10.1 establece las siguientes “**Modalidades**”:

“La organización de los recursos necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas se realizará por el empresario con arreglo a alguna de las modalidades siguientes:

- a) Asumiendo personalmente tal actividad
- b) Designando a uno o varios trabajadores para llevarla a cabo
- c) Constituyendo un servicio de prevención propio

d) Recurriendo a un servicio de prevención ajeno

El Artículo 11 regula la “**Asunción personal por el empresario de la actividad preventiva**” del siguiente modo.

“1. El empresario podrá desarrollar personalmente la actividad de prevención, con excepción de las actividades relativas a la vigilancia de la salud de los trabajadores, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a. Que se trate de empresa de menos de seis trabajadores.
- b. Que las actividades desarrolladas en la empresa no estén incluidas en el anexo I.
- c. Que desarrolle de forma habitual su actividad profesional en el centro de trabajo.
- d. Que tenga la capacidad correspondiente a las funciones preventivas que va a desarrollar, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VI”.

“2. La vigilancia de la salud de los trabajadores, así como aquellas otras actividades preventivas no asumidas personalmente por el empresario, deberán cubrirse mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva previstas en este capítulo”.

El Art. 12 regula la “**Designación de trabajadores**” del siguiente modo:

“1. El empresario designará a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva en la empresa. Las actividades preventivas para cuya realización no resulte suficiente la designación de uno o varios trabajadores deberán ser desarrolladas a través de uno o más servicios de prevención propios o ajenos”.

“2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no será obligatoria la designación de trabajadores cuando el empresario:

- a. Haya asumido personalmente la actividad preventiva de acuerdo con lo señalado en el Art. 11.
- b. Haya recurrido a un servicio de prevención propio.
- c. Haya recurrido a un servicio de prevención ajeno”.

El Art. 14 regula la obligación de que las empresas constituyan un “**Servicio de prevención propio**” del siguiente modo:

“El empresario deberá constituir un servicio de prevención propio cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

- a. Que se trate de empresas que cuenten con más de 500 trabajadores.
- b. Que, tratándose de empresas de entre 250 y 500 trabajadores, desarrollen alguna de las actividades incluidas en el anexo I.
- c. Que, tratándose de empresas no incluidas en los apartados anteriores, así lo decida la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas, en función de la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa, salvo que se opte por el concierto con una entidad especializada ajena a la empresa de conformidad con lo dispuesto en el Art. 16 de esta disposición.

El Art. 16 en su apartado 1 regula la obligación de recurrir a “**Servicios de prevención ajenos**” del siguiente modo

“El empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención ajenos, que colaborarán entre sí cuando sea necesario, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a. Que la designación de uno o varios trabajadores sea insuficiente para la realización de la actividad de prevención y no concurren las circunstancias que determinan la obligación de constituir un servicio de prevención propio.
- b. Que en el supuesto a que se refiere el párrafo c del Art. 14 no se haya optado por la constitución de un servicio de prevención propio.
- c. Que se haya producido una asunción parcial de la actividad preventiva en los términos previstos en el apartado 2 del Art. 11 y en el apartado 4 del Art. 15 de la presente disposición.

Y el Art. 21 regula la modalidad de los “**Servicios de prevención mancomunados**”:

“Podrán constituirse servicios de prevención mancomunados entre aquellas empresas que desarrollen simultáneamente actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial, siempre que quede garantizada la operatividad y eficacia del servicio en los términos previstos en el apartado 3 del Art. 15 de esta disposición”.

Señala el apartado 3 de este artículo que “Dichos servicios, tengan o no personalidad jurídica diferenciada, tendrán la consideración de servicios propios de las empresas que los constituyan y habrán de contar con los medios exigidos para aquéllos, cuyos restantes requisitos les serán, asimismo, de aplicación”.

12. En las disposiciones del Capítulo V del Reglamento de Servicios de Prevención se regulan las **auditorías de prevención**, las cuales guardan una relación directa con los anteriores preceptos del modo y manera que a continuación describimos.

Según dispone el Art. 29 apartado 2 “**Las empresas que no hubieran concertado el servicio de prevención con una entidad especializada deberán someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa.** Asimismo, las empresas que desarrollen las actividades preventivas con recursos propios y ajenos deberán someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa en los términos previstos en el Art. 31 bis de este Real Decreto”.

El apartado 3 de dicho artículo dispone que “a los efectos previstos en el apartado anterior, **las empresas de hasta seis trabajadores cuyas actividades no estén incluidas en el anexo I**, en las que el empresario hubiera asumido personalmente las funciones de prevención o hubiera designado a uno o más trabajadores para llevarlas a cabo y en las que la eficacia del sistema preventivo resulte evidente sin necesidad de recurrir a una auditoría por el limitado número de trabajadores y la escasa complejidad de las actividades preventivas, **se considerará que han cumplido la obligación de la auditoría** cuando cumplimenten y remitan a la autoridad laboral una notificación sobre la concurrencia de las condiciones que no hacen necesario recurrir a la misma según modelo establecido en el anexo II, y la autoridad laboral no haya aplicado lo previsto en el apartado 4 de este artículo”.

El Art. 30.4 del Reglamento establece que “**La auditoría deberá ser repetida cada cuatro años, excepto cuando se realicen actividades incluidas en el Anexo I de este Real Decreto, en que el plazo será de dos años.** En todo caso, deberá repetirse cuando así lo requiera la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y, en su caso, de los órganos técnicos en materia preventiva de las comunidades autónomas, a la vista de los datos de siniestralidad o de otras circunstancias que pongan de manifiesto la necesidad de revisar los resultados de la última auditoría”.

Y el Art. 33.1 dispone que “Las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría del sistema de prevención habrán de contar con la autorización de la autoridad laboral competente del lugar donde radiquen sus instalaciones principales, previa solicitud ante la misma (...)”.

Preceptos del Reglamento de Servicios de Prevención que a nuestro juicio transgreden lo dispuesto en la Directiva Marco 89/391/CEE

El Art. 11.2 del Reglamento de Servicios de Prevención

13. Respecto a la modalidad de gestión preventiva por el propio empresario, consideramos que **el Art. 11.2 RSP es contrario al Art. 7.3. de la Directiva** al no establecer la necesaria jerarquía entre recursos internos y externos.

De acuerdo con este precepto, el empresario puede optar libremente por “cualquiera de las restantes modalidades de organización preventiva previstas en este capítulo” en el supuesto de que decida no asumirlas personalmente.

Es decir, el empresario puede designar trabajadores o externalizar por completo la acción preventiva a través del concierto con uno o varios servicios de prevención ajenos (Art. 16.1.c) sin que la norma establezca una preferencia para la primera opción ni determine en qué supuestos excepcionales puede elegir la segunda de las opciones.

El Art. 12.2.c) del Reglamento de Servicios de Prevención

14. Resulta, sin embargo, más relevante el posible incumplimiento de los fines de la Directiva Marco respecto a la modalidad de gestión preventiva de designar trabajadores. Consideramos que **el Art. 12.2.c) es contrario al Art. 7.3. de las Directiva Marco** al no establecer la necesaria jerarquía entre recursos internos y externos y permitir que el empresario pueda liberarse de la obligación de designar trabajadores para tareas preventivas si ha concertado dicha actividad con un Servicio de Prevención externo.
15. Podemos admitir que una interpretación sistemática de las disposiciones del Art. 12.2.c) y 16.1.a) del Reglamento de Servicios de Prevención podría llevarnos a establecer una jerarquía entre la opción de designar trabajadores y la de concertar un servicio de prevención ajeno en favor de la primera de ellas, ya que el segundo de dichos preceptos exige como condición para concertar con un servicio de prevención ajeno que “la designación de uno o varios trabajadores sea insuficiente para la realización de la actividad de prevención”.
16. Sin embargo, frente a esta interpretación de la norma legal, cabe oponer algunos argumentos jurídicos y de hecho que son importantes a la hora de considerar si la trasposición de la Directiva se ha hecho conforme a las finalidades expresadas en la misma.

En primer lugar, el propio tenor literal de otros preceptos del Reglamento de Servicios de Prevención (RSP), que en su Art. 20.1 establece que “cuando el empresario **opte** por desarrollar la actividad preventiva a través de uno o varios servicios de prevención ajenos a la empresa, deberá concertar por escrito la prestación”. Se pone así de manifiesto en la literalidad de este precepto la existencia de una libre opción del empresario entre el recurso de medios internos o externos para realizar la gestión preventiva.

17. En segundo lugar, si bien el Art. 16.1.a) establece como requisito para el concierto externo de la prevención que la designación de trabajadores “**fuera insuficiente**”, el Art. 12.2.c) no establece esta limitación, lo cual da lugar a evidente confusión, escasa claridad y a una interpretación equívoca de las normas legales.
18. En tercer lugar, **no se especifica** tampoco en ninguna parte del Reglamento en qué supuestos y circunstancias la designación de trabajadores se puede considerar como una medida “**insuficiente**” que dé lugar a la posibilidad de concertar la totalidad de las actividades preventivas con un servicio de prevención ajeno o externo.

Al no precisar la norma reglamentaria qué se entiende por suficiente o insuficiente, la Inspección de Trabajo carece de criterios legales para efectuar una labor de control efectivo de su cumplimiento y la acción de los tribunales podría motivar evidente inseguridad jurídica en los sujetos obligados.

19. Pero además de estas razones jurídicas, hay otra razón de más peso que es la realidad de que el 75 por 100 de las pequeñas y medianas empresas españolas han optado por la externalización completa de sus actividades preventivas. Así lo dice expresamente el apartado 7.1 de la Guía Técnica del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo sobre la Integración de la Prevención en la Gestión Ordinaria de las empresas:

“Entre las pequeñas empresas (incluidas las microempresas) la situación en cuanto a la modalidad de organización de la prevención es bastante homogénea: de las empresas que disponen de algún tipo de recurso preventivo, el Servicio de prevención ajeno es el único recurso disponible en una amplia mayoría de los casos (aproximadamente un 75%). En las restantes existe un trabajador designado o (en el caso de las microempresas) el empresario ha “asumido la prevención”. En cualquier caso, la tendencia actual es la de disminuir los recursos propios cabe decir, por tanto, que la (total) externalización de la prevención es la práctica habitual”.

Este mismo reconocimiento en cuanto al número de empresas con servicios externalizados se hace en la actual Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007 – 2012.

20. Consideramos, en cualquier caso, que **la falta de claridad, concreción y precisión de la norma reglamentaria** ha favorecido una interpretación y aplicación de la misma abiertamente contraria al fin de la Directiva de primar los recursos preventivos internos sobre los recursos externos, y esto es lo que a nuestro juicio motiva que el Art. 12.2.c) RSP incumpla la Directiva Marco comunitaria conforme a lo ya señalado por una amplia jurisprudencia del TJCE, entre otras, las Sentencias de 16 de noviembre de 2000, Comisión/Grecia (C-214/98, Rec. p. I-9601), apartado 49; de 7 de diciembre de

2000, Comisión/Francia (C-38/99, Rec. p. I-10941), apartado 53; y Comisión/Italia (C-49/00) de 15 de noviembre de 2001, apartado 21.

21. Tampoco se cumple la exigencia de **seguridad jurídica** tal y como se señala en el apartado 22 la última sentencia antes citada, puesto que “para cumplir con la exigencia de, es especialmente importante que los particulares disfruten de una situación jurídica clara y precisa que les permita conocer la plenitud de sus derechos y obligaciones y ejercitarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales (véase la sentencia de 19 de septiembre de 1996, Comisión/Grecia c-236/95, Rec. p. I-4459, apartado 13).

En este supuesto, si interpretamos que a la luz de los Art. 12.2.c) y 16.1.a) RSP las empresas están obligadas prioritariamente a designar trabajadores frente a la opción de recurrir a un servicio de prevención ajeno, estaríamos dejando en una situación de evidente inseguridad jurídica al 75 por 100 de las empresas que han optado por externalizar la gestión preventiva sin haber tenido que justificarlo previamente.

22. En cualquier caso, la opción de designar trabajadores y la opción de concertar con un Servicio de Prevención Ajeno las actividades preventivas no son en absoluto equiparables en lo que se refiere al cumplimiento de los fines de la Directiva Marco 89/391/CEE.

Además de las razones dadas por el TJCE en la sentencia Comisión contra Holanda anteriormente citada y reproducida y las conclusiones que el Abogado General Sr. Ruíz Jarabo Colomer manifestó en dicho proceso, también hay que tener en cuenta otras circunstancias que concurren en la práctica de la legislación española que abundan en la conveniencia de la opción de contar con recursos internos para la mejor consecución de los fines de la Directiva Marco.

23. La primera razón es la relativa a la falta de reglamentación del contenido de los conciertos de las empresas con los servicios de prevención ajenos, lo cual motiva que la variedad de los mismos sea excesivamente amplia y que en una buena parte de ellos la presencia de los técnicos de los servicios de prevención se limite a acciones muy concretas y puntuales. La presencia de los técnicos de un Servicio de Prevención Ajeno en el centro de trabajo de la empresa que le ha contratado dista, en la mayor parte de los casos, de ser asidua y habitual.

Por lo tanto, la presencia permanente de un trabajador designado en la empresa casi siempre va a ocasionar que su actividad sea más eficaz y vigilante que la de una empresa asesora externa, que solamente acude al centro de trabajo ante circunstancias excepcionales como la producción de un accidente laboral, la visita de la Inspección de Trabajo o con ocasión de un procedimiento judicial.

24. Por otro lado, la completa ausencia de trabajadores designados en la empresa con formación y preparación suficiente en materia preventiva ocasiona que el trabajo de los técnicos de los Servicios de Prevención Ajenos no pueda ser comprendido y menos aún que pueda ser aplicado en las empresas.

La labor del Servicio de Prevención Ajeno solamente resulta eficaz cuando en los centros de trabajo hay personal designado para actividades preventivas que recurre a dicho Servicio para complementar su labor.

25. Y la tercera razón, es que los Servicios de Prevención Ajenos carecen en la normativa española de cualquier medida de protección frente a resoluciones unilaterales e inmediatas de los contratos por el empresario, a diferencia de lo que podía ocurrir en la legislación holandesa conforme a lo señalado en el apartado 25 de la Sentencia del TJCE de 22 de mayo de 2003 que antes hemos reproducido.

Los trabajadores designados y los miembros de los Servicios de Prevención propios sí ostentan las garantías y protecciones frente a la acción de despido que les proporciona el Art. 30.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (que transpone en este punto el Art. 7.2. de la Directiva Marco) y por lo tanto la neutralidad e independencia técnica de las personas que forman parte de los recursos preventivos internos de las empresas siempre será superior a la que ostentan los técnicos de los Servicios de Prevención Ajenos sujetos a contratos mercantiles con el empresario.

Al ser el concierto con Servicio de Prevención Ajeno la fórmula de contrato mayoritariamente escogida para las actividades preventivas en España se produciría a nuestro juicio un vaciamiento de los fines de protección que la Directiva Marco establece en su **Art. 7.2.**

El Art. 29 apartados 2 y 3 del Reglamento de Servicios de Prevención

26. En tercer lugar, respecto a las disposiciones que regulan la actividad de auditoría de prevención en las empresas, consideramos que **los apartados 2 y 3 del Art. 29 vulneran también los fines de la Directiva descritos en el Art. 7.3** al establecer la obligatoriedad de realizar auditorías de prevención cada dos o cuatro años a las empresas que no hayan concertado las actividades preventivas con servicios de prevención ajenos.

El apartado 3 del Art. 29 solamente excluye de la obligación de realizar auditorías a las empresas de hasta 6 trabajadores que no tengan actividades consideradas como más peligrosas (Anexo I), y por consiguiente las empresas que tienen hasta 250 o 500 trabajadores no puede tener ni tan siquiera una opción en igualdad de condiciones entre la designación de trabajadores y el concierto con el servicio de prevención ajeno de

todas las actividades preventivas, ya que de elegir la primer de las opciones tendrán que auditar periódicamente su sistema de prevención con una empresa privada.

- 27.** Parte la legislación española en este punto de una falsa equiparación entre las actividades de un servicio de prevención ajeno y las que son propias de una empresa auditora. El servicio de prevención ajeno no tiene por finalidad el ejercicio de una labor de control sino de mero asesoramiento y apoyo a la labor del empresario.

Sin embargo, las labores efectuadas por una empresa con el asesoramiento de un servicio de prevención ajeno se encuentran exentas del control de una auditoría de prevención sin que exista ninguna razón que pueda justificar esta diferencia de trato.

- 28.** La pretensión del legislador parece haber sido la de establecer mecanismos de control externos para todas las empresas, y de esta forma, aquellas que no tengan concertado un servicio de prevención ajeno tengan al menos la obligación de realizar una auditoría periódica de prevención con una empresa autorizada.

Sin embargo, tanto en la legislación vigente como en la práctica real, los servicios de prevención ajenos actúan como meras empresas asesoras o en ocasiones como meras empresas subcontratistas de las actividades preventivas para que la empresa se pueda ver descargada de estas tareas.

La labor de auditoría, en cambio, sí es de control pero solamente se ejerce sobre las empresas que han optado por tener recursos propios, actuando indirectamente como un elemento penalizador de esta opción.

- 29.** De este modo, en España, la realización de un concierto con un Servicio de Prevención Ajeno suele resultar menos onerosa para el empresario que la designación de trabajadores, ya que al coste de formar a éstos debidamente o de contratarlos laboralmente para que asuman actividades preventivas en la empresa, se suma también la carga de contratar una empresa debidamente autorizada cada dos o cuatro años para realizar la auditoría prevista en el Reglamento.

El coste de realizar una auditoría periódica cada dos o incluso cada cuatro años suele ser superior al de concertar un servicio de prevención ajeno de manera continuada. Este es el motivo por el que la inmensa mayoría de las pequeñas y medianas empresas ha preferido subcontratar las actividades preventivas con un Servicio de Prevención Ajeno a tener recursos preventivos propios e internos mediante la designación de trabajadores.

- 30.** La jerarquía que debería existir en la norma legal que transpone la Directiva Marco 89/391/CEE entre designar trabajadores y concertar servicios externos en la práctica real se invierte a favor de esta última opción vulnerando los fines de la Directiva.

31. Tanto el Gobierno como los agentes Sociales son conscientes del problema de un excesivo uso de recursos externos y en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007 – 2012 se aborda este problema del siguiente modo:

“La Directiva marco y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales hacen descansar el sistema el sistema de prevención en la existencia de una organización de recursos preventivos en la empresa (empresario, trabajadores designados, servicio de prevención propio) y de los medios necesarios para realizar las actividades preventivas; y, al tiempo, prevén que el empresario podrá recurrir al apoyo o refuerzo de especialistas ajenos a la empresa (servicios de prevención ajenos, auditoras y entidades formativas) cuando sus propios medios, su competencia, resulten insuficientes para ello. En la práctica, casi **3 de cada 4 empresas españolas han optado por un servicio de prevención ajeno**”.

“Por ello, a lo largo del periodo de ejecución de esta Estrategia, y adecuando las características de los recursos propios de las empresas a su realidad, **se fomentará un sistema preventivo centrado en la incentivación y el máximo aprovechamiento de los recursos preventivos propios de la empresa y en el que se perfeccione la complementariedad de los recursos ajenos**”.

Y esta Estrategia marca como una de las medidas que se deben adoptar por el legislador que “estarán **dispensadas de la obligación de auditoría** las empresas de hasta 50 trabajadores que organicen su sistema de prevención con recursos propios, salvo que la autoridad laboral requiera su realización, a la vista de la siniestralidad del sector o de otra información que ponga de manifiesto la peligrosidad de la actividad desarrollada por la empresa o la inadecuación de su sistema de prevención. Las empresas dispensadas deberán realizar autodeclaración, conforme al Anexo II del Reglamento de los Servicios de Prevención”.

32. Esta medida, sin duda, podría contribuir a eliminar la carga adicional a la que se ven sometidas las empresas que optan por gestionar la prevención con recursos propios. Sin embargo, la misma es claramente insuficiente y dejaría fuera de su ámbito a las empresas que tienen entre 50 y 250 (si son del anexo I) o 500 trabajadores.

A partir de 250 (anexo I) o 500 trabajadores las empresas españolas están obligadas a tener un mínimo de recursos preventivos propios y por lo tanto, solamente en estos supuestos la obligación de realizar auditorías dejaría de tener el efecto disuasorio respecto a la opción de contar con recursos propios. Y este es el efecto que, a nuestro juicio, resulta manifiestamente contrario a los objetivos y fines de la Directiva Marco 89/391/CEE.

Vulneración del Art. 6.3. de la Directiva Marco 89/391/CEE

33. Consideramos también que los mencionados preceptos del Reglamento de Servicios de Prevención que aquí se han citado como vulneradores de los fines de la Directiva Marco 89/391/CEE también transgreden otro de los fines de la Directiva Marco como es el de la integración de la prevención en la gestión ordinaria de la empresa previsto en el **Apartado 3 del Artículo 6 de la Directiva 89/391/CEE**, referido a las Obligaciones generales de los empresarios y cuyo tenor literal antes se ha reproducido.

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales española establece este principio básico en el Art. 14 apartado 2: “En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales **mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa** y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (...)”.

Y en su Art. 16.1, la Ley dispone lo siguiente: “La prevención de riesgos laborales **deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa**, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo siguiente.

34. La Guía Técnica del INSHT sobre Integración de la Prevención en la Gestión de la empresa introduce en su apartado 3.3 las siguientes consideraciones respecto al estado real de cumplimiento de esta obligación.

“La integración de la prevención en una empresa no supone que la consulta al Servicio de prevención deje de ser necesaria (salvo si se alcanza un muy elevado -y por tanto, raro- grado de integración). Por el contrario, a menudo, cuando el proceso de integración va avanzando, el personal de la empresa, a todos los niveles, va mostrándose más participativo y -si se quiere consolidar y mantener el proceso- es necesario estar en disposición de atender sus inquietudes y consultas. A medida que aumenta el tamaño y riesgos de una empresa se incrementa la necesidad de “tener a mano” a alguien a quien puedan consultar los trabajadores (y sus representantes) y los directivos y mandos que gestionan actividades en las que la prevención está integrada. En estas condiciones, en una empresa que sólo dispusiera de un Servicio de prevención ajeno, éste se vería obligado a desplazar frecuentemente su personal a la misma para atender consultas, aunque éstas fueran mayoritariamente de carácter básico. La problemática práctica que esto supone se agrava si se considera que algunas de dichas consultas –básicas o no- pueden ser urgentes, por ejemplo, porque condicionan una decisión de importancia que difícilmente podrá retardarse hasta que el personal del Servicio de prevención ajeno haga acto de presencia”.

“El Reglamento de los Servicios de Prevención sólo exige que una empresa disponga de personal propio con formación especializada (en materia de prevención) si está obligada

a constituir un Servicio de Prevención Propio, es decir, si tiene más de 500 trabajadores, o más de 250 en el caso de empresas “ potencialmente peligrosas”. El resto de las empresas -la gran mayoría- puede encomendar a un Servicio de Prevención Ajeno (o a varios) la totalidad de las actividades preventivas especializadas que están obligadas a desarrollar y eso es lo que suele ocurrir. Por las razones antes aducidas, la total externalización de los recursos preventivos especializados dificulta considerablemente la integración”.

“Mientras no cambie la situación normativa descrita en el párrafo anterior, la única solución práctica a este problema consiste en que sea el propio Servicio de prevención ajeno (al que el empresario ha “encomendado” la prevención) el que, al promover la integración, promueva también la designación por el empresario de un trabajador capaz de atender las consultas más elementales y de hacer de puente entre la empresa y el propio Servicio, y le proporcione la formación y el asesoramiento necesarios para desempeñar dicha labor. Dicho trabajador, con funciones preventivas específicas, complementarias a su actividad profesional, debería tener como mínimo una formación de nivel básico”.

Los párrafos de esta Guía Técnica que aquí reproducimos ponen claramente de manifiesto que la total externalización de las actividades preventivas, que la legislación española actualmente favorece, va en contra de los principios de la actual Ley de Prevención de Riesgos Laborales y de los fines de la Directiva Marco respecto a la integración preventiva.

Gestiones de la UPIT ante este asunto

35. Este asunto ha sido debatido por representantes de UPIT con representantes de instituciones gubernamentales y agentes sociales. La interposición de demandas ante la jurisdicción española ya no es posible por el transcurso de los plazos previstos en la Ley. La ejecución de los preceptos del Reglamento de Servicios de Prevención ha hecho evidente, con posterioridad a su aprobación, su carácter contrario a los fines y objetivos de la Directiva Marco 89/391/CEE.

De estas gestiones, llegamos a la conclusión de la dificultad clara y evidente de que el legislador llegue a establecer en un futuro cercano una legislación, que sea fruto de la concertación entre agentes sociales, que a su vez sea acorde con los fines de la Directiva Marco 89/391/CEE de priorizar los recursos internos sobre los externos.

La presión que ejercen las empresas del sector, Servicios de Prevención Ajenos y Empresas Auditoras, sobre los representantes generales de las Asociaciones de Empresarios impiden en la práctica tal tipo de solución.

Por otra parte, los miembros de UPIT, Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, no son parte en los procedimientos en que se ven afectados empresas y trabajadores por la aplicación del Reglamento de Servicios de Prevención ni tampoco tienen legitimidad para iniciar acciones judiciales en las causas en las que intervienen que puedan conducir al examen de legalidad de citado Reglamento ante los órganos jurisdiccionales españoles. Esto ocasiona que nuestra única vía para reclamar frente a esta situación sea la de plantear una denuncia ante la Comisión de las Comunidades Europeas.

15. Por último, hacemos constar expresamente que **autorizamos a la Comisión a revelar nuestra identidad** como denunciante en sus gestiones ante las autoridades del Estado miembro contra el que se dirige la denuncia."

Firmado: Juan Ramón Seco y Ruizbravo
Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Miembro del Secretariado de UPIT

(Nota explicativa que deberá figurar en el reverso del formulario de denuncia)

Cada Estado miembro es responsable de la aplicación (transposición dentro de los plazos, conformidad y aplicación correcta) del Derecho comunitario en su ordenamiento jurídico interno. En virtud de los Tratados, la Comisión de las Comunidades Europeas velará por la aplicación correcta del Derecho comunitario. Por tanto, cuando un Estado miembro no respete este Derecho, la Comisión dispone de poderes propios (el recurso por incumplimiento) para intentar poner fin a esta infracción y, cuando proceda, recurrirá al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Comisión realizará, bien sobre la base de una denuncia, bien a partir de presunciones de infracciones que ella misma detecte, las gestiones que considere justificadas.

Por incumplimiento se entenderá la violación por los Estados miembros de sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario. Este incumplimiento podrá consistir en un acto positivo o en una omisión. Por Estado se entenderá el Estado miembro que infrinja el Derecho comunitario, cualquiera que sea la autoridad - central, regional o local - responsable del incumplimiento.

Cualquier persona podrá acusar a un Estado miembro mediante la presentación de una denuncia ante la Comisión, denunciando una medida (legislativa, reglamentaria o administrativa) o una práctica imputables a un Estado miembro que considere contrarias a una disposición o a un principio de Derecho comunitario. El denunciante no tendrá que demostrar la existencia de un interés por su parte; tampoco tendrá que probar que tiene un interés principal y directo en la infracción que denuncia. Se recuerda que para que una denuncia sea admisible, es necesario que denuncie una violación del Derecho comunitario por un Estado miembro. Por otro lado, los servicios de la Comisión podrán apreciar, a la luz de las normas y prioridades establecidas por la Comisión para el inicio y la continuación de los procedimientos de infracción, si debe o no darse curso a una denuncia.

Se invita a toda persona que considere que una medida (legislativa, reglamentaria o administrativa) o práctica administrativa es contraria al Derecho comunitario, a que, previa o paralelamente a la presentación de una denuncia ante la Comisión, se dirija a los órganos administrativos o jurisdiccionales nacionales (incluidos el Defensor del Pueblo, nacional o regional, y los procedimientos de arbitraje y conciliación disponibles). La Comisión aconseja utilizar estas vías de recurso administrativas, jurisdiccionales u otras, existentes en el Derecho nacional, antes de presentar una denuncia ante ella, dadas las ventajas que ello puede implicar para el denunciante.

Al recurrir a las vías de recurso disponibles en el plano nacional, el denunciante debería poder hacer valer, en general, su derecho de manera más directa y personalizada (conminación a la Administración, anulación de una decisión nacional, daños y perjuicios) que a través de un procedimiento de infracción iniciado con éxito por la Comisión, que a veces podrá llevar un cierto tiempo antes de llegar a término. En efecto, antes de acudir al Tribunal, la Comisión está obligada a seguir una fase de contactos con el Estado miembro en cuestión para intentar lograr la regularización de la infracción.

Por lo demás, la Sentencia dictada por el Tribunal, que reconozca el incumplimiento, no afectará a los derechos del denunciante, ya que no tiene por consecuencia resolver una situación individual, sino que se limita a obligar al Estado miembro a cumplir con el Derecho comunitario. Para cualquier petición de reparación individual, el denunciante deberá dirigirse a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Se han previsto en favor del denunciante las garantías administrativas siguientes:

- a) Después del registro de la denuncia en la Secretaría General de la Comisión, si la denuncia se considera admisible se le atribuirá un número oficial y acto seguido se enviará al denunciante un acuse de recibo con dicho número, que deberá mencionarse en toda correspondencia. La atribución de un número oficial a una denuncia no supone necesariamente que se haya de incoar un procedimiento de infracción contra el Estado miembro en cuestión.*
- b) En la medida en que los servicios de la Comisión tengan que intervenir ante las autoridades del Estado miembro contra el que se dirige la denuncia, lo harán respetando la elección hecha por el demandante en el punto 15 del presente formulario.*
- c) La Comisión tratará de adoptar una Decisión sobre el fondo del asunto (incoación de un procedimiento de infracción o archivo definitivo del expediente de denuncia) en el plazo de doce meses a partir de la fecha de registro de la denuncia en su Secretaría General.*
- d) El servicio responsable informará al denunciante previamente, cuando prevea proponer a la Comisión el archivo definitivo del expediente. Además los servicios de la Comisión informarán al denunciante acerca del desarrollo del eventual procedimiento de infracción.*

** * **