

Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal: obligaciones y responsabilidades

Ana ISABEL PÉREZ CAMPOS
Universidad Rey Juan Carlos
Madrid

Resumen: La prevención de riesgos laborales es una materia de actualidad, sobre todo cuando se relaciona con el trabajo desarrollado a través de una empresa de trabajo temporal. Al trabajador cedido se le debe garantizar su seguridad y salud aún cuando trabaje para la empresa usuaria.

Abstract: The prevention of work accidents is a current issue, especially when it is related to work carried out in a company that subcontracts its employees. The worker that is contracted out should be guaranteed safe and healthy working conditions even when he is working for the subcontractor's customer.

Palabras clave: Trabajador, Empresa usuaria, Cesión de trabajadores, Obligaciones, Responsabilidad, Seguridad y salud laboral, Prevención.

Keywords: Worker, Subcontractor's customer, Worker's transfer, Obligation, Responsibility, Safe and healthy, Prevention.

Sumario:

I. Planteamiento.

II. Obligaciones en materia preventiva.

2.1. Obligaciones de la empresa usuaria.

2.1.1. Obligaciones previas al inicio de la prestación de servicios. Deber informativo.

2.1.2. Obligaciones desde el inicio de la prestación de servicios.

2.2. *Obligaciones de la empresa de trabajo temporal.*

2.2.1. Idoneidad del trabajador.

2.2.2. Formación.

2.2.3. Control y vigilancia de la salud.

III. Responsabilidad en materia preventiva.

3.1. *Incumplimiento medidas de seguridad y salud y recargo de prestaciones.*

3.2. *Tipos de responsabilidad: subsidiaria y solidaria.*

IV. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

El proceso de adaptación de la Directiva 91/383/CEE de 25 de junio sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, se ha desarrollado en tres fases: la primera, con la aprobación tanto de la Ley de empresas de trabajo temporal, la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), como por el reglamento en desarrollo de la misma, el RD 4/1995, de 13 de enero (REDTT), textos en los que ya se regulaban la distribución de obligaciones en materia de seguridad y salud laboral; la segunda, con la promulgación de la Ley de prevención de riesgos laborales, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL), que refiere de forma específica a la peculiar situación de los trabajadores puestos a disposición; y, la tercera y última fase, con la aprobación de un precepto reglamentario específico en materia de seguridad y salud en el ámbito de las ETTs, el RD 216/1999, de 5 de febrero (RDSS).

Por su parte, la negociación colectiva sintetiza, en el IV Convenio colectivo estatal sobre empresas de trabajo temporal (IV CETT), las directrices aplicables en materia de seguridad y salud en el sector de las ETTs en un único precepto que, además de remitir a la normativa legal y reglamentaria aplicable en materia de prevención de riesgos laborales, se limita a reproducir las cuestiones previamente señaladas en la LPRL.

La concisa regulación de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales respecto de la actividad desempeñada a través de las ETTs, si bien no queda justificada por el hecho de que la mayoría de los convenios colectivos sigan esta línea, sí da la pauta para poder afirmar que el tratamiento que se ha dispensado en materia de seguridad y salud en el trabajo es considerado como marginal y accesorio¹. De lo que no hay duda es que se ha desaprovechado la ocasión

1. FERNÁNDEZ RAMÍREZ, F., «Tratamiento de la seguridad e higiene en la nueva regulación sobre las empresas de trabajo temporal», *REDT*, 75 (1996) 167.

para precisar y concretar las peculiaridades que en materia de prevención puedan surgir en el sector de las ETTs; sobre todo teniendo en cuenta que, a diferencia de otros ámbitos, aquí se trata de proteger derechos fundamentales del trabajador, tales como la vida o la integridad física.

Entre las motivaciones esgrimidas para proceder a la promulgación de una regulación específica en la materia destaca el elevado índice de siniestralidad laboral, la falta de formación adecuada de los trabajadores en misión, así como la falta de experiencia y de conocimientos técnicos sobre el oficio y el lugar de trabajo.

A partir de esta premisa, el objeto de la normativa en materia de prevención resulta evidente: la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el ámbito de las ETTs. Dicha protección se traduce en la imposición al empresario de un conjunto de obligaciones de seguridad cuya finalidad no es otra que la de proteger al trabajador con la mayor eficacia posible y, específicamente, la equiparación de la protección entre el trabajador puesto a disposición y de los trabajadores de la empresa usuaria.

Consiguientemente, el objetivo de la norma es claro, fijar unas reglas específicas inspiradas precisamente en el especial carácter a tres bandas de la relación laboral descrita. Reglas específicas que van referidas a la distribución de obligaciones y responsabilidades entre las empresas con las que los trabajadores cedidos se vinculan contractual y materialmente, a la formación adecuada del puesto de trabajo y al mantenimiento de las medidas de seguridad relacionadas directamente con las condiciones de ejecución del trabajo.

II. OBLIGACIONES EN MATERIA PREVENTIVA

2.1. Obligaciones de la empresa usuaria

La regulación que la LETT, el RDSS e, incluso, el IV CETT dedican a la prevención de riesgos laborales en el ámbito de las empresas de trabajo temporal se circunscribe a analizar las obligaciones y responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, específicamente, la delimitación de la responsabilidad de la empresa usuaria respecto de los trabajadores cedidos, su alcance y tipología. Y es que la prevención de riesgos laborales adquiere gran trascendencia en el ámbito de la relación entre el trabajador en misión y la empre-

sa usuaria, asumiendo esta última un grado mayor de responsabilidad.

El hecho de que la persona que contrata al trabajador no coincida con la que percibe la prestación efectiva de sus servicios hace necesario que se determinen con mayor claridad las obligaciones de una y otra en relación con la seguridad y la salud de los trabajadores, así como la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

Antes de profundizar en el análisis de estos aspectos conviene aludir a la mezcla y, por ende, a la confusión terminológica entre obligaciones y responsabilidades utilizado por el legislador, toda vez que el incumplimiento de la primera conlleva como consecuencia la segunda. Por tanto, existe el deber o la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y sólo si no se cumple con dicha obligación ésta se convierte en responsabilidad.

El análisis de estas obligaciones se efectuará en función del inicio o no de la prestación de servicios del trabajador cedido.

2.1.1. Obligaciones previas al inicio de la prestación de servicios. Deber informativo

Teniendo en cuenta que el análisis de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales se encuentra regulado en normas de diverso alcance y contenido, tanto específicas en materia ETTs (normas legales –art. 12.2 y 3 y 16 LETT, reglamentarias –RDSS– y convencionales –art. 44 IV CETT–) como genéricas –LPRL–, se analizará, en primer lugar, el deber de información de la empresa usuaria hacia el trabajador cedido, sobre los riesgos derivados del puesto de trabajo, así como de las medidas de protección y prevención frente a estos.

Se trata de una obligación donde destaca el papel de la empresa usuaria en la tutela de los riesgos profesionales de los trabajadores en misión. En efecto, antes de que el trabajador sea contratado temporalmente por la ETT para cubrir una concreta necesidad de mano de obra de la empresa usuaria, ya se requiere el cumplimiento de algunas medidas de seguridad.

La primera obligación de seguridad que debe cumplir la empresa usuaria es la de informar a la ETT sobre determinadas materias relativas a la seguridad laboral. Con la aprobación de esta norma se abre

«un circuito de información» entre la ETT y la empresa usuaria² que se inicia con la obligación de información de ésta a aquélla. Teniendo en cuenta que la empresa usuaria, dada su posición de empresario que controla y dirige la actividad productiva, es la única que conoce las características del puesto a cubrir por el trabajador en misión, resulta razonable que, en aras a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio se le imponga el cumplimiento de la citada obligación. Dicho en otros términos, el deber de información se constituye como elemento indispensable de garantía de la seguridad y la salud de los trabajadores cedidos, independientemente de lo que se pudiera pactar en el contrato de puesta a disposición.

El punto de partida para la comprensión de esta obligación reside en el hecho de que el trabajador cedido se integra dentro de la estructura organizativa de la empresa usuaria, de ahí que se atribuya a ésta la obligación de garantizar la seguridad y salud sobre las condiciones de ejecución del trabajo por parte del trabajador en misión, transformada aquí en deber informativo.

– *Alcance y contenido*

La información que debe emitir la empresa usuaria es la relativa a las aptitudes, cualificaciones profesionales y capacitaciones que se requieran para una correcta ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo a desempeñar, así como una descripción de las características del mismo³; todo ello, aunque por lógico hubiese podido deducirse, sin necesidad de efectuar una mención expresa, desde la evidente perspectiva de la prevención de riesgos laborales. Se trata de una obligación que tiene una doble vertiente, la de describir los riesgos que derivan de la salud del trabajador, así como las medidas de prevención que procedan para evitar o minorar dichos riesgos.

El cumplimiento del mencionado deber no tiene una aplicación práctica fácil como consecuencia de la causalidad y peculiaridades de los contratos de puesta a disposición. Por ello, se echa en falta una

2. MERCADER UGUINA, J. R., «Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal», *RL*, 1, (1999) 234.

3. GARCÍA NINET, J. I., «Las Empresas de trabajo temporal y la Prevención de Riesgos Laborales», *TS*, 101 (1999) 137.

mayor concreción de las peculiaridades que presenta la evaluación de riesgos en el ámbito de las ETTs. La evaluación de riesgos laborales se realiza para los puestos de trabajo fijos. La situación puede llegar a complicarse en aquellos casos en que el trabajador en misión ocupe puestos que tienen carácter fijo en la empresa usuaria, en la medida en que se va a exigir una análisis adicional, complejo de llevar a la práctica antes de la finalización del contrato de puesta a disposición, especialmente por la escasa duración de esta figura contractual⁴.

En lo que refiere al contenido de la obligación de la empresa usuaria, se concreta en un haz de cometidos diversos: unos de carácter pasivo, en los que dicha empresa se limita bien a recabar información o bien a labores de mera comprobación de la idoneidad del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo, y, otros de tipo activo, donde la empresa usuaria debe informar al trabajador de los riesgos que conlleva la ejecución del trabajo, así como las medidas de prevención previstas para evitarlos o minorarlos.

Entre los primeros destaca el deber de certificación de la salud del trabajador, que posee las cualificaciones y aptitudes requeridas para el desempeño de las tareas propias del puesto de trabajo y que ha recibido toda la información relativa a las características de éste.

Entre los del segundo grupo destaca el relativo a la información al propio trabajador sobre los riesgos existentes a su seguridad y salud, las medidas de prevención y de información a los delegados de prevención o, en su defecto, a los representantes. La razón de ser de esta previsión reglamentaria obedecería al conocimiento directo que la empresa usuaria tiene de los riesgos específicos a los que pueda quedar sometido el mencionado trabajador.

Por último, cabría preguntarse si la empresa usuaria puede exigir a la ETT información adicional a la prevista reglamentariamente. La no constatación de esta posibilidad y, en ausencia de pacto al respecto, permite presumir la legitimidad de la ETT para negarse a facilitar dicha información.

4. MOLTÓ GARCÍA, J. I., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en las empresas usuarias*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid 2003, p. 43.

– *Duración*

Respecto de la duración de la mencionada obligación informativa, y a pesar del silencio del legislador, cabe deducir que durará el tiempo necesario y razonable para cumplir con el fin asignado por el legislador al establecerlo. En este sentido, puede presuponerse que tendrá una duración no uniforme, sino relativa al específico puesto de trabajo que haya de desempeñarse y no se agota en una sola vez, sino que habrá de cumplimentarse cada vez que el puesto de trabajo se altere o se reorganice, variando la situación de riesgos, así como las medidas específicas diseñadas para evitarlo⁵.

– *Formalización*

Dadas las graves consecuencias que pueden derivarse del incumplimiento de la obligación de información por parte de la empresa usuaria, la norma reglamentaria prevé la necesidad de que ésta cumpla con unos requisitos formales, a saber, la constatación expresa y escrita del cumplimiento de la misma (art. 2 RDSS). Sin duda, con ello se garantiza su eficacia, así como se constituye en garantía para la observancia de las posteriores obligaciones que competen a la ETT. Debe añadirse que también contribuye a evitar la reciente tendencia a recoger en los contratos de puesta a disposición fórmulas de descripción de riesgos genéricas y formalistas que resultan poco operativas.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la observancia de los deberes de prevención de la ETT se encuentran fuertemente condicionados por el cumplimiento del deber informativo de la empresa usuaria, la constatación escrita a través del contrato de puesta a disposición o de la orden de servicio de dicha información va a permitir que la ETT pueda cumplir de forma idónea con sus deberes de formación e información respecto de sus trabajadores. Como garantía de su eficacia, y a modo de prueba documental, la citada obligación informativa deberá ser registrada y conservada de acuerdo a lo previsto en los artículos 7 RDSS y 23 LPRL.

5. PÉREZ PÉREZ, M., *Empresas de trabajo temporal y relaciones laborales*, 2.^a ed., Laborum, Murcia 2002, pp. 47 y ss.

Lo normativa, si bien especifica el momento en que se debe cumplir con este deber, no señala el lugar en el que debe ejecutarse. Teniendo en cuenta que se trata de un deber informativo que corresponde a la empresa usuaria, lo lógico será considerar que éste se producirá en el lugar de trabajo, donde será mas completa y tendrá mayor precisión⁶.

El tratamiento reglamentario del deber informativo por parte de la empresa usuaria presenta matizaciones, frente a lo preceptuado con carácter general por la LETT. Dichas especificaciones se resumen en que a la citada obligación informativa le preceden otras similares cuyo contenido se concreta en el RDSS y que se refieren al reparto de obligaciones informativas entre la ETT y la empresa usuaria.

Utilizando una pauta cronológica, la empresa usuaria, antes de la celebración del contrato de puesta a disposición, informará a la ETT de los riesgos, de las cualificaciones y de las medidas de prevención, sobre el puesto de trabajo a cubrir por el trabajador cedido. A su vez, siguiendo la previsión reglamentaria, se obliga a la ETT a informar a los trabajadores, con carácter general, de los riesgos a que puedan verse expuestos, de acuerdo con la información que previamente le ha sido suministrada por la empresa usuaria. Por último, la empresa usuaria informará a los trabajadores cedidos de los riesgos antes de la efectiva prestación de servicios. Como puede comprobarse, la finalidad de la norma resulta evidente, cual es la de garantizar el conocimiento de los riesgos y medidas preventivas del puesto de trabajo a cubrir en la empresa usuaria.

En este sentido, cabría interpretar que el deber informativo que ostenta la ETT y la empresa usuaria respecto del trabajador cedido, sin perjuicio de que coincidan en su finalidad, es diferente. En efecto, la ETT remite la información que le ha enviado previamente la empresa usuaria indicándole las características del puesto de trabajo a cubrir y procede a la selección de los trabajadores. Por su parte, corresponde a la empresa usuaria el específico deber de información sobre los riesgos propios del puesto de trabajo; precisamente porque hay determinados aspectos de la relación laboral que la ETT podrá conocer desde el momento en que contrata al trabajador, mientras

6. VALDÉS DE LA VEGA, B., *Las empresas de trabajo temporal*, Comares, Granada 2001, p. 45.

que otros sólo podrán ser conocidos cuando éste vaya a realizar la efectiva prestación de servicios.

La norma reglamentaria incorpora una exigencia de indudable trascendencia y que consiste en que la celebración del contrato de puesta a disposición sólo será posible para la cobertura de un puesto de trabajo respecto del que se haya realizado previamente la correspondiente evaluación de riesgos (art. 2 RDSS). Dicha evaluación supone una garantía más en la protección de la seguridad y salud del trabajador. A este respecto la doctrina científica ha venido señalando que «constituye el punto de partida de la acción preventiva, ya que a partir de la información obtenida con la evaluación será posible adoptar las decisiones precisas sobre la necesidad o no de acometer acciones preventivas y resulta una garantía fundamental para el adecuado desarrollo de la actividad laboral»⁷.

Finalmente, el legislador condiciona la validez de la cesión de trabajadores a través de una ETT al cumplimiento de la citada evaluación de riesgos. Ahora bien, sin perjuicio de considerarlo como una medida de protección del trabajador, la ausencia de precedentes legales en la LPRL o en la LETT al respecto, podría plantear una extralimitación de la norma reglamentaria por limitar las facultades empresariales de organización de la producción que derivan del principio de libertad de empresa consagrado en el texto constitucional.

La justificación de la disposición reglamentaria se ha intentado buscar, por parte de la doctrina científica, en el contexto general de la prevención, así como en el lento desarrollo de las actividades preventivas que provoca el olvido que se produce en el cumplimiento de la exigencia de evaluación de riesgos impuesta legalmente en la LPRL. Precisamente, en aras a evitar esta situación, se buscan medidas que promuevan la efectiva realización de la evaluación de riesgos a través de la sanción directa. En cualquier caso, la situación descrita no justificaría la falta de coordinación entre la norma legal y la reglamentaria.

2.1.2. Obligaciones desde el inicio de la prestación de servicios

Una vez integrado el trabajador de la ETT dentro de la estructura organizativa de la empresa usuaria resulta razonable entender la pre-

7. MERCADER UGUINA, J. R., «Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal», o.c., p. 231.

visión reglamentaria imputándole a ésta el conjunto de deberes en materia de seguridad y salud, ya que se le considera responsable de las condiciones de ejecución de la prestación de servicios de todos los trabajadores.

En efecto, mediante la imposición de esta obligación de protección el legislador sitúa a la empresa usuaria en el lugar del empleador, de forma paralela a la delegación del poder de dirección sobre el trabajador cedido. Delegación del poder de dirección que sirve para justificar que la empresa usuaria deba asumir también las cargas de seguridad que se le imputan. No obstante, en aras a garantizar la máxima protección de la seguridad y salud del trabajador cedido, se precisa una coordinación entre la empresa usuaria y la ETT, que se materializará, como es sabido, mediante la transmisión de la información necesaria.

A fin de determinar en qué se concreta esta amplia obligación exigible a la empresa usuaria, ha de tenerse en cuenta, de un lado, la razón de ser de la misma y, de otro, el alcance de las citadas obligaciones de seguridad cuyo cumplimiento se le imputa. En otros términos, si se exime de toda responsabilidad en materia de prevención a la ETT, por el hecho de que el trabajador preste servicios para la empresa usuaria.

La razón de ser de la obligación impuesta a la empresa usuaria no es otra que la expresada en el artículo primero del RDSS que aludía a la equiparación de la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo, entre los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias y sus propios trabajadores. De este modo, el deber de proteger a los trabajadores cedidos se entenderá cumplido cuando en relación con estos se adopten las mismas medidas de protección que disfrutaban los trabajadores contratados directamente, tanto las de carácter general como las de protección individual requeridas para el específico puesto de trabajo a cubrir. El objetivo es lograr la equiparación de la protección de la seguridad y la salud entre todos los trabajadores de la empresa usuaria, sean estos externos o pertenezcan a la plantilla de la empresa.

En cuanto al alcance material de la obligación de la empresa usuaria sobre las medidas de carácter individual cabe excluir aquellas que corresponden a la ETT, esto es, las relativas a la vigilancia de la salud y a los deberes formativos. El incumplimiento de estas medidas específicas de protección de la salud y seguridad determina-

rá la responsabilidad de la ETT que en ningún caso se desvincula de la situación del trabajador en tanto se lleva a cabo la prestación de servicios en la empresa usuaria. Ahora bien, el mayor peso específico de protección recae sobre la empresa usuaria, en la medida en que está obligada a verificar el cumplimiento de las obligaciones de la ETT.

2.2. *Obligaciones de la empresa de trabajo temporal*

El hecho de que se desarrolle la prestación de servicios del trabajador cedido en la empresa usuaria no implica que finalicen las obligaciones en materia de seguridad y de salud de la ETT respecto de su trabajador, todo lo contrario. La ETT, por ostentar la titularidad empresarial sobre el trabajador en misión ha de cumplir, antes de que el trabajador en misión inicie la efectiva prestación de servicios en la empresa usuaria, una serie de obligaciones de seguridad.

Dicho deber de seguridad se concreta a lo largo del artículo 3 RDSS en tres obligaciones, a saber, la determinación del trabajador adecuado para el puesto de trabajo demandado por la empresa usuaria, la formación previa en materia de seguridad y salud de dicho trabajador, y la vigilancia periódica de su salud.

2.2.1. Idoneidad del trabajador

La primera de las citadas obligaciones alude a la idoneidad del trabajador en misión con el puesto de trabajo a cubrir en la empresa usuaria. En otras palabras, el perfil del trabajador se debe adecuar perfectamente a las características del puesto y, especialmente, a las cualificaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

El aspecto más destacable, según se desprende del tenor literal del artículo 3 RDSS, reside en que no exige que el trabajador tenga en el momento de ser contratado cualificación en materia preventiva. Efectivamente, la contratación podría efectuarse en ausencia de ésta, siempre que la ETT constataste que dichas aptitudes pueden ser alcanzadas por el trabajador. A partir de aquí, el interrogante que queda sin resolver respecto de los trabajadores contratados temporalmente para ser cedidos, se ciñe a ¿cómo la ETT va a cualificar adecuadamente al trabajador en el breve espacio temporal que discurre desde

la contratación hasta la efectiva prestación de servicios? Conviene precisar que no es este el caso de los trabajadores de la ETT con contrato indefinido, en la medida en que cabe presuponer una cierta formación previa a la orden de servicio.

Ante esta previsión normativa, la garantía de cumplimiento de las medidas de prevención se sitúa en lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 3 RDSS y se concreta en la posibilidad de que la empresa usuaria prohíba el inicio de la prestación de servicios cuando considere que el trabajador en misión no reúne la idoneidad requerida. Sin perjuicio de valorar positivamente esta medida, también debe tenerse en cuenta que la decisión de cesión del trabajador se deja a la discrecionalidad de la empresa usuaria, con el margen de inseguridad que ello conlleva.

2.2.2. Formación

El trabajador contratado por la ETT presta sus servicios en una empresa que no es la suya y tiene que realizar unos trabajos que a veces desconoce en el momento de la contratación. Estas circunstancias conllevan un riesgo añadido que puede incidir en un aumento de la siniestralidad laboral. Por ello, la reforma de la LETT en virtud de la Ley 29/1999, introdujo, entre otros aspectos, el cuadro deberes básicos de prevención a raíz de la aprobación de la LPRL.

La regulación actual del artículo 12 LETT modificada por la citada norma se limita a transcribir prácticamente en su totalidad lo dispuesto en el RDSS. Las referencias normativas sobre la formación profesional del trabajador se completan con lo dispuesto por la negociación colectiva en el artículo 43 IV CETT. Dicho con otras palabras, la LETT exige que la ETT garantice que el trabajador en misión posee la capacidad profesional precisa para el desempeño de la actividad que va a desarrollar en la empresa usuaria, prestando especial atención a los riesgos a los que vayan a quedar expuestos. Pero para que esta exigencia se vea cumplida resulta necesario que previamente la empresa usuaria haya suministrado la información suficiente a la ETT sobre el puesto de trabajo que desea cubrir. Por otro lado, y a pesar de que, como regla general, los deberes del empresario se corresponden con derechos del trabajador, es evidente que aunque no se indique de forma expresa la negativa o negligencia del trabajador en recibir la formación de referencia le hará incurrir en un

incumplimiento contractual sancionable por la empresa, de acuerdo con su gravedad.

El establecimiento de una regulación particularizada del deber de seguridad y salud de los trabajadores en misión tiene su fundamento en una doble consideración: de un lado, en la mayor exposición de los trabajadores a situaciones de riesgos, que pueden derivar del tipo de trabajo encomendado y de las dificultades en acceder a las medidas preventivas ante su permanencia temporal en la empresa. Por otro lado, en la dificultad que tiene la empresa usuaria en conocer suficientemente la cualificación y experiencia profesional del trabajador que se va a incorporar temporalmente a su organización productiva⁸.

Sin perjuicio de entender que la principal problemática que el precepto suscita se circunscribe al cumplimiento de la obligación formativa en los términos señalados, la sobriedad de la previsión legal se manifiesta en diversas cuestiones interpretativas que se pasa a analizar, si bien es cierto que algunas de ellas ya han sido solventadas por el RDSS.

Como es sabido, la norma reglamentaria (art. 3 RDSS) se limita a reiterar prácticamente de forma literal lo señalado en el artículo 12.3 LETT en relación con esta obligación formativa, añadiendo tan sólo algunos matices, entre los que cabe destacar:

En primer lugar, la ETT debe comprobar fehacientemente el nivel formativo del trabajador. El precepto reglamentario adiciona a la tipología de la formación, como adjetivos calificativos a la misma, que ésta debe ser la requerida, adecuada y actualizada en función de los riesgos a los que se encuentren expuestos los trabajadores. En otras palabras, la formación va a variar dependiendo del puesto de trabajo a ocupar y, en todo caso, los conocimientos deben estar actualizados y adaptados a la evolución de los equipos y métodos de trabajo.

En segundo lugar, la norma reglamentaria, transcribiendo de forma literal lo dispuesto en el artículo 12.3 LETT, alude a la posibilidad de cumplimiento de la obligación formativa una vez celebrado el contrato de trabajo. En este sentido, establece que, ante la falta de

8. MIRÓN HERNÁNDEZ, M..M.^a, *El derecho a la formación profesional del trabajador*, CES, Madrid 2000, p. 70.

formación adecuada del trabajador constatada por la ETT, resulta necesaria la formación del trabajador antes de la efectiva prestación de servicios, computando, como no podía ser de otra manera, el tiempo invertido en la formación dentro de la duración del contrato de puesta a disposición. Conviene destacar que, a pesar de que no se establezca límite temporal en la impartición de dicha formación, no debe olvidarse que ésta es previa a la efectiva prestación de servicios y que, además, computa dentro de la duración del contrato de puesta a disposición; lo que determina que, junto a la inmediatez que caracteriza la celebración del contrato de puesta a disposición y la efectiva prestación de servicios, pueda presumirse que el cumplimiento del deber formativo no se prolongará mucho en el tiempo.

A lo señalado debe añadirse que la insistencia del legislador por acotar todas las eventualidades formativas del trabajador cedido lleva a que la norma reglamentaria también prevea la posibilidad de que sea necesaria una especial formación en materia preventiva. En cumplimiento de la citada obligación el precepto plantea una doble posibilidad bien la formación compete a la ETT en la empresa usuaria antes de la efectiva prestación de servicios, o bien la ETT puede delegar la obligación formativa en la empresa usuaria con cargo a ésta, previo acuerdo escrito entre ambas. Esta fórmula plantea numerosos interrogantes, todos ellos vinculados con la puesta en práctica de dicha exigencia, tales como el tiempo en que ésta debe ser realizada, la forma, duración, su carácter o no retribuido, lo que permite aludir, una vez más, a la imprecisión normativa.

A modo de primera reflexión y pese a lo señalado, la norma reglamentaria mantiene las carencias de la disposición legal, en el sentido de que subsisten las dudas interpretativas sobre cuándo y cómo debe la ETT cumplir con la citada obligación formativa. Esto es precisamente lo que no aclara la norma reglamentaria; sin duda, ha dejado pasar la oportunidad que se le brindaba para contrarrestar las carencias del texto legal, sobre todo las temporales que suelen ser las que mayores problemas plantean en una relación triangular como es la que se analiza. En este sentido, la doctrina científica alude a las «oportunidades perdidas de la norma reglamentaria»⁹.

9. MERCADER UGUINA, J. R., «Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal», o.c., p. 235.

A dichos inconvenientes cabe añadir otros en este caso derivados de la posibilidad de exención del cumplimiento del deber formativo de la ETT cuando ésta constata la efectiva formación del trabajador en misión.

El cumplimiento de la carga formativa a través de una mera comprobación de la veracidad de la formación del trabajador puede llegar a producir graves consecuencias en la seguridad y salud del trabajador derivadas del excesivo margen de discrecionalidad que puede llegar a tener esa comprobación fehaciente de la formación del trabajador, sobre todo porque no se establecen las pautas objetivas que determinen su exención¹⁰. De todas formas, como ya se ha señalado, el legislador ha optado por facilitar la posibilidad de cumplir con el deber formativo con la simple comprobación de la formación del trabajador, aunque no especifica cómo se tiene que desarrollar dicha comprobación. El adjetivo utilizado es el de *fehaciente*, que es sinónimo de *indiscutible o auténtico*, es decir, de lo que no hay duda es que la norma reglamentaria exige el deber de comprobación de la formación, aunque no especifica cómo tiene que llevarse a cabo. Y es que no se puede garantizar la seguridad y la salud del trabajador con una mera exigencia de comprobación de la formación requerida si no se establecen las directrices para garantizar que dicha comprobación es correcta.

Otra cuestión controvertida que puede surgir es la relativa a si la obligación formativa puede extenderse una vez iniciada la prestación de servicios. En principio y dada la dicción literal del precepto no cabría tal posibilidad, porque incluso cuando alude a los casos en que sea necesario un especial adiestramiento del trabajador se insiste en que se ejecute, en todo caso, antes de la prestación de servicios.

En cualquier caso, lo que resulta indudable es que el deber de formación que se le atribuye a la ETT no resulta fácil de acometer, tanto por la exigencia de cumplimiento de la carga formativa antes de la efectiva prestación de servicios como por la urgencia con que una empresa usuaria demanda la prestación de servicios del trabajador en misión.

En este sentido, la doctrina científica ha intentado prever soluciones, aunque conviene precisar que se trata de una mera propuesta

10. CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 77 .

que no ha sido considerada por el legislador. Dicha propuesta pretende alterar el tiempo en el que la ETT está obligada a formar, retrotrayéndose al período anterior a la celebración del contrato de puesta a disposición, es decir, se propone que el cumplimiento del deber formativo se ejecute en dos fases ¹¹ :

- La primera fase en los períodos de tiempo anteriores a la contratación donde se dispensaría a los trabajadores tanto fijos como temporales una formación general adecuada al nivel profesional, centrada en un análisis de los riesgos y de las medidas de prevención contra los mismos.
- La segunda fase, una vez conocidas por la ETT las características específicas del puesto de trabajo a cubrir en la empresa usuaria se facilitaría una formación específica para ese puesto en particular. Se trata de una formación breve y ajustada al corto espacio temporal que media entre la celebración del contrato de puesta a disposición y la efectiva prestación de servicios. La posibilidad de cumplir con ese deber dependería del cumplimiento formativo previo que hubiese realizado la ETT.

Una última cuestión controvertida sería la de si resulta factible que la ETT establezca un pacto de permanencia por la formación recibida. En ausencia de referencia legal o reglamentaria al respecto, lo razonable sería entender que la formación genérica y concreta que la ETT debe proporcionar a los trabajadores en misión no le faculta para celebrar dicho pacto; de no ser así se llegaría al absurdo de que la ETT podría exigir a todos los trabajadores contratados para ser cedidos la permanencia en la empresa, desnaturalizándose con ello la finalidad de la gestión de la colocación, con la legalización de las ETTs.

En fin, si bien es cierto que las carencias señaladas tanto desde la vertiente legal como la reglamentaria podrían minorarse por vía de la negociación colectiva o individual, el tratamiento de la prevención de riesgos laborales en el IV CETT es escueto y genérico, no alude como obligación específica al deber de formación en materia preventiva, utilizando una fórmula de remisión general a lo previsto tanto en la LPRL, como en la LETT y el RDSS.

11. LÓPEZ BALAGUER, M., *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2000, p. 120.

– *Contenido de la obligación de formación*

Las únicas referencias del artículo 12 LETT al contenido de la formación del trabajador se circunscriben a regular los tipos de formación teórica y práctica. En efecto, el uso del legislador de la conjunción copulativa para referirse al tipo de formación exigida indica que ésta no debe limitarse a unos meros conocimientos teóricos, sino también a su puesta en práctica. A estas pautas legales debe añadirse que la formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo así como en las aptitudes y conocimientos del trabajador.

La obligación de formación está específicamente dirigida a aumentar los conocimientos del trabajador para mejorar la seguridad en general y muy particularmente en su puesto de trabajo. Se considera esencial para alcanzar los mejores niveles de seguridad y salud en el trabajo, toda vez que junto a la implantación de la cultura preventiva va a permitir ampliar el aprendizaje favoreciendo los conocimientos, aptitudes y habilidades.

Por tanto, el deber de formación puede clasificarse en atención a dos criterios. De un lado, en función de los tipos de formación –teórica y práctica– y, de otro, por las características que la configuran lo que determina que la formación no sea genérica sino particularizada o específica al estar condicionada al puesto de trabajo a desempeñar.

Ante la falta de referencia expresa de la LETT al contenido de deber formativo, éste puede completarse con las referencias a otras normas. Éstas se concretan en lo dispuesto en el artículo 19 LPRL y podrían sintetizarse en que la formación del trabajador debe ser suficiente y adecuada, aunque no se especifique qué es lo que deba entenderse por tales. Por su parte, el IV CETT alude a que la formación debe ser necesaria y adecuada, pero también sin concretar el alcance de tales calificativos.

Complementan estas previsiones legales el artículo 3.3. RDSS, donde se establece que la ETT comprobará fehacientemente que la formación recibida por el trabajador es la necesaria y que se encuentra, además, actualizada y adaptada a la evolución de las nuevas técnicas –equipos y medios– de trabajo. Es más, el mismo precepto reglamentario dispone que, en caso de resultar necesario un especial adiestramiento en materia preventiva, la formación, además de regir el sistema tradicional, faculta a que se realice por la empresa usuaria

con cargo a la empresa de trabajo temporal previo acuerdo escrito entre ambas.

Consiguientemente, la unión de las previsiones legales y reglamentarias referidas al deber formativo que se analiza, dejando al margen la tipología, permiten configurar la formación del trabajador sobre la base de unos caracteres que se concretan en que dicha formación sea: «suficiente», tanto cuantitativa como cualitativamente, «adecuada» a la exigida según el tipo de riesgo, «particularizada» al puesto de trabajo o a las aptitudes del trabajador, y, por último, que se trate de una formación «actualizada», teniendo en cuenta tanto los cambios de naturaleza como la tipología de riesgos.

– *Momento de proporcionar la formación*

De la redacción literal del artículo 12 LETT se deduce que la obligación formativa se efectuará de forma previa a la efectiva incorporación del trabajador a la empresa usuaria, tomando parte de la duración del contrato de puesta a disposición. Subsiste la obligación de ofrecer un período de formación, por breve que sea, entre la contratación del trabajador y la puesta a disposición, como lo prueba el hecho de que la autorización administrativa se condicione al cumplimiento de este requisito formativo. Ahora bien, dicha previsión legal ha sido cuestionada en reiteradas ocasiones por la dificultad de llevarla a cabo, toda vez que, como se sabe, en la mayoría de los casos los trabajadores en misión son llamados para cubrir necesidades de relativa urgencia en la empresa usuaria, en detrimento de su adecuada formación.

Teniendo en cuenta que el deber formativo se exige en todo caso de forma previa al inicio del trabajo efectivo, cabría cuestionarse si ante la propia evolución de los riesgos y de los procedimientos para tratarlos, bastaría con una mera formación inicial o si, por el contrario, también resulta necesaria una formación posterior.

En este sentido, el artículo 19 LPRL recuerda que el deber de garantizar la formación es exigible tanto en el momento de la contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías. La LRPL insiste en que la formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o

función a desempeñar por el trabajador y si fuera necesario, incluso, deberá adaptarse a la aparición de nuevos riesgos.

– *Duración de la formación*

Como única previsión normativa sobre la duración de la formación destaca lo dispuesto en el artículo 19.2 LPRL, aunque, más que a la duración en sí, se limita a determinar que se computará como tiempo de trabajo y, por tanto, que debe ser retribuido.

La doctrina científica completa el vacío legal señalando que el cumplimiento del deber de formación durará el tiempo necesario y razonable en cumplimiento de la finalidad asignada por el legislador al establecerlo. Tendrá una duración no uniforme, sino relativa al específico puesto de trabajo que haya de desempeñarse y no se agota en una sola vez, sino que habrá de cumplimentarse cada vez o tantas veces como resulte necesario bien porque el puesto de trabajo se reorganice, o modifique produciendo una alteración que implique un cambio en la situación de riesgos y, por ende, en las medidas de prevención previstas¹².

La obligación de formación en prevención de riesgos laborales se constituye en un deber inexcusable, en el sentido de que no puede verse alterada por acuerdo en el contrato de puesta a disposición, ni ser sustituida por indemnización si resulta factible que la formación específica para el puesto de trabajo a cubrir deje de impartirse cuando dicho puesto esté exento de riesgos y así lo manifieste expresamente la empresa usuaria, asumiendo ésta la responsabilidad derivada de ello (art. 16.2 LETT).

– *Sujetos que imparten la formación*

Teniendo en cuenta que se alude al deber de formación que corresponde a la ETT, es lógico pensar que sea ésta la encargada de materializar el cumplimiento de la mencionada obligación formativa. Sin embargo, el legislador contempla una doble posibilidad, bien

12. PÉREZ PÉREZ, M., *Empresas de trabajo temporal y relaciones laborales*, o.c., p. 52.

que sea la propia ETT la encargada de impartirla o bien que contrate con un servicio especializado para que la lleve a cabo. Y es que si bien habitualmente recurre a entidades ajenas especializadas para llevar a cabo la acción preventiva, resulta razonable que también acuda a ellas para que impartan la formación a sus trabajadores.

A la posibilidad de que la formación se imparta por la empresa con medios propios o concertándose con un servicio ajeno debe añadirse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.3 RDSS, también resulta factible que la formación la imparta la empresa usuaria con cargo a ETT. En efecto, dicho precepto reglamentario establece que cuando sea necesario un especial adiestramiento del trabajador éste podrá realizarse en la empresa usuaria, e incluso por esta misma, antes del comienzo efectivo del trabajo, con cargo a la ETT, previo acuerdo escrito entre ambas partes.

Por otra parte, cabe apuntar que la obligación de formación comporta obligaciones recíprocas tanto para la ETT como para el trabajador cedido. La ETT se obliga a la impartición efectiva de la formación adecuada y su retribución podrá realizarse en tiempo de trabajo. El deber del trabajador en relación con la formación se ciñe a la asistencia y seguimiento de la formación ofrecida de conformidad con los dictados de la buena fe y la diligencia debida.

Como complemento de la obligación formativa a cargo de la ETT, el artículo 12 LETT *in fine* configura el derecho a la gratuidad de los servicios prestados por la ETT a través de la nulidad de toda cláusula que pretenda repercutir todo o una parte del coste económico que conlleve la selección, formación o contratación del trabajador. En concreto, se prohíbe que el trabajador asuma la obligación de sufragar o compensar directa o indirectamente la formación recibida. Ello implica que la ETT ni puede imponer al trabajador un precio por la formación, ni puede detraerle una cantidad del salario a percibir por los gastos de formación. En este sentido, el tiempo invertido en formación se considera tiempo de trabajo efectivo y el trabajador tendrá derecho al percibo salarial correspondiente.

La firmeza e imperatividad de la previsión legal hace innecesario cualquier comentario, pues resulta evidente que todo el coste formativo debe recaer sobre la ETT, al constituirse en la lógica correspondencia con el derecho del trabajador a la formación.

Ahora bien, ello no impide que la ETT pueda incluir el precio convenido con la empresa usuaria bajo el epígrafe de gastos de ges-

tión, aunque aparentemente la formación en materia preventiva será siempre a cargo de la ETT.

En definitiva, la parquedad de las disposiciones normativas sobre la formación del trabajador cedido junto a la indeterminación en el contenido, tiempo, duración y forma de su ejecución, contrastan con el excesivo afán del legislador en cuantificar económicamente la inversión en formación.

2.2.3. Control y vigilancia de la salud

Como último paso para determinar la adecuación del trabajador al puesto de trabajo a cubrir destaca la obligación de la ETT de vigilancia de la salubridad de sus trabajadores.

La razón de que a la ETT se le encomienden las obligaciones de formación y vigilancia de la salud reseñadas no es otra que la de su propia condición de empresario del trabajador que cede. La finalidad que se persigue con esta obligación resulta evidente, comprobar que los trabajadores son aptos para ejercer el trabajo para el que han sido contratados.

Las precisiones que cabría efectuar podrían limitarse a las dos siguientes:

La primera, relativa, una vez más, a la expresa referencia a un solo tipo de trabajadores; sin perjuicio de entender que el alcance subjetivo de las medidas de prevención reguladas en esta norma reglamentaria abarquen a los trabajadores con independencia de la duración del vínculo contractual. Esta limitación constatada de la dicción literal del precepto obedece a que en la práctica la mayoría de los contratos de puesta a disposición se efectúa con trabajadores vinculados a la ETT con un contrato temporal.

La segunda precisión refiere a que el precepto reglamentario no especifica el alcance del deber de vigilancia de la salud de los trabajadores atribuido a la ETT. Se limita a remitir a lo dispuesto tanto en la LPRL como en el RSP y estos se circunscriben básicamente a los controles médicos dirigidos a una triple finalidad, a saber, informar, prevenir y curar. En efecto, la realización de pruebas proporciona un puntual conocimiento del estado físico y psíquico de los trabajadores. Una vez conocidos los resultados de las pruebas efectuadas, los esfuerzos se dirigen a poner los medios necesarios para su elimina-

ción mediante el tratamiento y la rehabilitación que se considere oportuna. En fin, el aspecto más importante se sitúa sobre todo en el carácter preventivo de la LPRL, de ahí que los reconocimientos médicos preventivos constituyan el núcleo principal de actuación¹³. El artículo 22 LPRL dispone que la práctica de los reconocimientos sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, salvo que los reconocimientos sean imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud del propio trabajo, de sus compañeros o terceros. La información que la ETT obtenga tras el reconocimiento médico debe respetar el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador, es decir, se debe garantizar la confidencialidad de los resultados –art. 22 LPRL–.

La duda que puede plantearse es la relativa a si no hubiese sido más razonable atribuir el deber de vigilancia de la salud a la empresa usuaria en vez de a la ETT, teniendo en cuenta los riesgos inherentes en el trabajo que desarrolla el trabajador cedido en la empresa usuaria. Quizá por ello el artículo 5.3 RDSS en coherencia con lo preceptuado a su vez por el artículo 28.5 LPRL establece el deber de la empresa usuaria de informar a la ETT de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores, en garantía de la eficacia de la prevención en la vigilancia de la salud.

Ahora bien, a pesar de la remisión normativa subsisten interrogantes en relación con el momento de cumplimiento de la citada obligación; toda vez que mientras la LPRL se limita básicamente a analizar el desarrollo voluntario y obligatorio de la verificación de la salud del trabajador así como el respeto a sus derechos fundamentales, el RSP destaca el contenido de los exámenes o reconocimientos sobre la salud de los trabajadores. En un principio lo razonable es pensar que se trata de un reconocimiento inicial de la salud en un momento posterior a la celebración del contrato de puesta a disposición, aunque previo a la efectiva prestación de servicios.

El artículo 22.5 LPRL concreta algo más la cuestión al aludir a la posibilidad de que según los riesgos a los que pueda verse expuesto el trabajador, la vigilancia de la salud deba extenderse más allá de la finalización de la relación laboral. En este caso, y a través de la previa constatación informativa de la empresa usuaria de la necesidad

13. GONZÁLEZ RUBIO, F., *La obligación empresarial de prevención de riesgos*, CES, Madrid 2002, p. 74.

de extender el control de la salud, la ETT deberá mantener la realización de los reconocimientos médicos de los trabajadores cedidos, aunque haya finalizado el contrato de puesta a disposición y el trabajador se encuentre bien reincorporado a la ETT por tratarse de un trabajador con un contrato indefinido o bien por haber sido nuevamente contratado para prestar servicios en otra empresa usuaria¹⁴.

A este respecto cabría destacar el papel colaborador que desempeña la empresa usuaria en el cumplimiento del deber de vigilancia de la salud imputable a la ETT y que se concreta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.3 RDSS, en el cumplimiento del deber de información sobre las características del puesto de trabajo y en especial de las cualificaciones que debe reunir el trabajador.

En definitiva, la vigilancia de la salud que debe llevar a cabo la ETT se materializa a través de controles médicos que tienen lugar con carácter previo a la puesta a disposición y posteriormente con la periodicidad que los riesgos inherentes al trabajo aconsejen. Como es lógico presuponer, en todo caso, el reconocimiento debe estar limitado a lo relacionado con la seguridad y la salud en el trabajo.

III. RESPONSABILIDADES EN MATERIA PREVENTIVA

Teniendo en cuenta que el criterio seguido por el legislador es el de la separación entre obligaciones y responsabilidades –resultando cada empresa, única y exclusivamente, responsable de los incumplimientos producidos en función de la parcela de seguridad atribuida– se considera que las ETTs «son inmunes a toda responsabilidad en materia preventiva, salvo la responsabilidad directa derivada de las obligaciones de formación y vigilancia de la salud de sus trabajadores»¹⁵.

En el contexto de las ETTs, la perspectiva de la responsabilidad cambia trasladándose a la empresa usuaria que se erige en la responsable principal de las condiciones de ejecución del trabajo y, en especial, de todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores cedidos. Conviene anotar que el alcance de la citada obligación se extiende a los trabajadores cedidos, aunque

14. LÓPEZ BALAGUER, M., *Prevención de riesgos laborales*, o.c., p. 74.

15. SEMPERE NAVARRO, A. V.; GARCÍA BLASCO, J.; y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la seguridad y la salud en el trabajo*, 3.ª ed., Cívitas, Madrid 2001, p. 27.

con independencia de la modalidad contractual que la ETT celebre con ellos y durante el tiempo en que se encuentren adscritos a la empresa usuaria.

3.1. *Incumplimiento medidas de seguridad y salud y recargo de prestaciones*

La imputación a la empresa usuaria del deber de garantizar la seguridad y salud del trabajador cedido resulta razonable para esta peculiar forma de trabajo. La citada responsabilidad encuentra su fundamento en el hecho de que es el titular de la organización productiva donde el trabajador va a prestar sus servicios. Como indica la doctrina científica «su justificación es clara al tratarse de un trabajador que presta sus servicios en una organización empresarial distinta a la de la empresa que le contrata»¹⁶. En consecuencia, la empresa usuaria responderá del incumplimiento de las medidas de seguridad en su ámbito de organización, en cuanto titular del lugar donde se va a desarrollar la actividad laboral y los medios de producción.

La responsabilidad de la empresa usuaria es entendida desde una doble perspectiva: por incumplimiento en materia de seguridad y salud en el trabajo y en el recargo de prestaciones de Seguridad Social –art 123 LGSS–.

Junto a la obligación de seguridad y salud atribuible a la empresa usuaria, la LETT contempla también su responsabilidad frente al recargo de prestaciones en casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, como consecuencia de la falta de medidas de seguridad y salud que tengan lugar durante la vigencia del contrato de puesta a disposición. Una vez más, se traslada la responsabilidad no al empresario del trabajador sino al titular de la organización empresarial donde presta servicios.

La atribución de dicha responsabilidad queda condicionada al cumplimiento de una serie de presupuestos, que se sobreentiende tienen carácter acumulativo: el accidente o enfermedad profesional se deberá producir en el centro de trabajo de la empresa usuaria, el contrato de puesta a disposición deberá estar vigente y, por último, el accidente producido deberá encontrar causa en el incumplimiento de

16. ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18.^a ed., Cívitas, Madrid 2002, p. 44.

las obligaciones de seguridad y salud que competen a la empresa usuaria. Por tanto, se trata de una responsabilidad no objetiva sino basada en la culpa o la negligencia, donde debe existir una relación de causa y efecto, esto es, entre el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y el accidente o enfermedad acontecida.

Al hilo del análisis de esta cuestión se planteó la posibilidad de imputar la responsabilidad de pago al INSS o a la TGSS en los casos en que la empresa resultase insolvente. Se elaboró al respecto una jurisprudencia que, si bien en un principio establecía la responsabilidad subsidiaria de los citados órganos, posteriormente se pronunció a favor de la absolución de los mismos, declarando al empresario como único responsable de pago de dicho recargo¹⁷. La base argumental esgrimida a favor de su posicionamiento se resume en que considera que no se trata de una forma de prestación de la Seguridad Social que justifique su asunción por la entidad gestora, sino que se constituye en una sanción que se añade a la propia prestación, y cuya imputación sólo es atribuible a la empresa incumplidora de los deberes en materia de seguridad y salud.

El artículo 123 LGSS especifica un poco más el alcance de esta responsabilidad en el recargo de prestaciones, estableciendo que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, con un recargo de un 30 a un 50%. Y lo que es más importante, la responsabilidad del pago del recargo recaerá directamente sobre el empresario infractor y reputándose nulo todo pacto o acuerdo que pretenda cubrirla, compensarla o transmitirla. Es más, dicha responsabilidad es independiente y compatible con otras, incluso de orden penal, que puedan derivarse de la mencionada infracción.

Al margen de estas consideraciones, la duda que se plantea y que ha sido estudiada en diversas ocasiones por la doctrina científica es la relativa a si además de la responsabilidad de la empresa usuaria en materia de seguridad y en el recargo de las prestaciones, podría presumirse también la responsabilidad de la ETT ante los incumplimientos de la empresa usuaria. A ello debe añadirse los problemas de compatibilidad con los mandatos comunitarios que plantea ese precepto en relación con la Directiva 91/383/CE, de 25 de junio, sobre

17. SSTS 8 marzo 1993 (RJ 1993, 1714) y 7 febrero 1994 (RJ 11994, 809).

medidas para promover la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación de duración determinada o de empresas de trabajo temporal, que parte de la premisa de que en todos los Estados miembros está prevista legalmente la responsabilidad de la ETT. De la redacción literal del precepto parece excluirse tal posibilidad, toda vez que refiere única y exclusivamente a la responsabilidad de la empresa usuaria que se complementaría con lo dispuesto en el artículo 28.5 LPRL en el cual se insiste en que la dicha entidad empresarial es «responsable de las condiciones de ejecución del trabajo, en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores», sin mencionar a la ETT.

A pesar de la línea interpretativa seguida, existen factores indiciarios a favor de la posible admisión de responsabilidad por parte de la ETT. No puede desconocerse que, teniendo en cuenta que la LPRL y el RDSS atribuyen obligaciones de información, formación y vigilancia de la salud a la ETT, podría ocurrir que el sujeto infractor de tales deberes de seguridad y salud fuese la ETT y no la empresa usuaria o ambas a la vez, en cuyo caso parece lógico y razonable imputar cierta responsabilidad a la ETT como infractora de sus obligaciones. Dicho con otras palabras, el deber de garantizar la seguridad y la salud del trabajador recae en la empresa usuaria, salvo que esta demuestre que el daño producido es consecuencia de una vulneración de los deberes que incumben a la ETT. Ahora bien, sin perjuicio de que la determinación de la empresa responsable, dada la colaboración entre ETT y empresa usuaria a veces no resulte fácil de determinar, la doctrina judicial insiste en afirmar que «aun cuando la ETT incumpla la obligación de informar a sus trabajadores de los riesgos del trabajo, corresponde a la empresa usuaria la adopción de las medidas de seguridad dirigidas a la evitación del daño»¹⁸. En definitiva, se considera como responsable del deber de seguridad a la empresa usuaria en la medida en que es la entidad empresarial la que realmente conoce y controla los riesgos a los que puede enfrentarse el trabajador cedido.

Finalmente, procede señalar que no existe homogeneidad en el tratamiento de la cuestión por parte de la doctrina científica; mientras que un sector doctrinal ha optado por establecer que a la vista del reparto de obligaciones en materia preventiva entre ETT y empresa usuaria cabe pensar en una responsabilidad subsidiaria entre

18. STSJ Cataluña 19 octubre 1998 (AS 1998, 4210).

ambas¹⁹; otro sector especifica que la regla general será que la empresa usuaria sea la responsable del recargo, salvo que se demuestre que el daño producido obedece al incumplimiento de las obligaciones que incumben a la ETT²⁰.

3.2. *Tipos de responsabilidad: subsidiaria y solidaria*

Con una redacción escueta y, en cierto modo, imprecisa, la LETT refiere expresamente a la responsabilidad de la empresa usuaria respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia de contrato de puesta a disposición. Esta responsabilidad presenta una doble tipología: subsidiaria en los casos de incumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social y solidaria cuando el contrato de puesta a disposición se haya celebrado fuera de los supuestos legalmente establecidos o en los casos expresamente prohibidos –arts. 6 y 8 LETT–.

Antes de entrar a examinar la naturaleza subsidiaria que se atribuye a la citada responsabilidad conviene establecer dos tipos de precisiones: la primera, relativa a que este tipo de responsabilidad que se analiza refiere exclusivamente a los casos en que la ETT se encuentre legalmente constituida, en la medida en que la inobservancia de las prescripciones legales activaría reglas de responsabilidad distintas a las aquí señaladas tales como las estipuladas en el artículo 43 ET al convertirse la operación en una actuación ilícita prohibida por el ordenamiento jurídico laboral.

La segunda, relativa al fundamento o motivación de la mencionada responsabilidad y que se sitúa en las especiales circunstancias concurrentes para esta peculiar relación triangular. Y es que, a pesar de que la empresa usuaria no ostenta la condición de empresario del trabajador puesto a disposición, sí resulta beneficiaria directa de la prestación de servicios laborales que éste desarrolla en su organización. Por ello, no puede quedar desvinculada frente al incumplimiento de la ETT de las obligaciones salariales y de Seguridad

19. CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant, lo blanch, Valencia 2000, p. 144.

20. MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., *La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal*, La Ley, Madrid 2001, p. 137.

Social contraídas con el trabajador tras la celebración del contrato de trabajo ²¹.

Examinado el fundamento y la justificación de la responsabilidad atribuida a la empresa usuaria conviene aludir a la configuración jurídica de la misma.

Como ya se ha señalado, la responsabilidad de la empresa usuaria es subsidiaria, esto es, entrará en juego cuando la ETT no pueda cumplir con sus obligaciones laborales y de Seguridad Social y la garantía financiera resulte insuficiente. Dicho en otros términos, la responsabilidad de la empresa usuaria únicamente se hará efectiva cuando el deudor principal haya sido declarado insolvente. A ello debe añadirse que la determinación de dicha insolvencia en el contexto de las ETTs, además de la declaración de insolvencia propiamente dicha, se debe agotar la garantía financiera depositada en el momento de constitución de la ETT. El nacimiento de la responsabilidad de la empresa usuaria frente al trabajador cedido va a tener un carácter excepcional. Y ello por la finalidad perseguida por la citada garantía financiera, que no es otra que la de garantizar la solvencia económica de las ETTs; o lo que es o mismo, el aval del cumplimiento de la obligación de la ETT; circunstancia que impedirá que en la mayoría de los casos se impute responsabilidad a la empresa usuaria. En otros términos, la responsabilidad que pesa sobre la empresa usuaria es una típica obligación accesoria o dependiente de la obligación principal de la ETT, es decir, la responsabilidad se condiciona al incumplimiento de las obligaciones de la ETT para con el trabajador.

Como caracteres que complementa la configuración de la responsabilidad subsidiaria mencionada destacan los de imperatividad y objetividad. Efectivamente, el carácter imperativo atribuible a la responsabilidad supone que se excluye la posibilidad de pacto en contrario, esto es, no resulta factible que la ETT y la empresa usuaria pacten en el contrato de puesta a disposición la exención de responsabilidad, ni tampoco que los trabajadores renuncien a su derecho a exigirla. La LETT configura a la empresa usuaria como garante de una deuda ajena, precisamente por su condición de interesada. Por último, se trata de una responsabilidad objetiva, en el sentido que se origina una vez que se constate el incumplimiento y la insolvencia de la ETT.

21. MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., o.c., p. 140.

En relación con la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria se plantean diversas cuestiones que podrían resumirse en dos: el por qué de su carácter subsidiario, y el alcance material y temporal de la misma.

Quizá, la razón por la cual el legislador rompe con la clásica corresponsabilidad en las relaciones interempresariales, decantándose por una responsabilidad subsidiaria, podría obedecer a la propia existencia de la garantía financiera ya mencionada, pues como se ha indicado expresamente «la obligación de la ETT de realizar el depósito de la garantía sirve para justificar la naturaleza de la responsabilidad impuesta a la empresa usuaria»²². Con la responsabilidad subsidiaria se asegura que ésta se haga cargo de la deuda cuando el verdadero empresario del trabajador cedido no pueda hacerse cargo de la misma. De haber impuesto una responsabilidad inicial solidaria podría ocurrir que el trabajador se dirigiera contra el patrimonio de ésta viéndose obligada a hacerse cargo de la deuda, debiendo a su vez dirigirse contra la ETT para poder resarcirse del pago. Todo ello dejando intacta la garantía financiera, lo que provocaría una desnaturalización de la misma, así como una situación verdaderamente atípica y contraria a la finalidad ya señalada y atribuible al mencionado depósito financiero. Ahora bien, no debe olvidarse que la regla de la responsabilidad subsidiaria beneficia principalmente a la empresa usuaria, en la medida en que se ve liberada, al menos excepcionalmente, de las obligaciones laborales de los trabajadores que prestan servicios en su empresa; y de forma indirecta también beneficia a la ETT por la proliferación de contratos de puesta a disposición.

Cuestión más polémica es la relativa al alcance material de la responsabilidad de la empresa usuaria, al igual que ocurre con el alcance de la responsabilidad de la ETT –art. 11.1 LETT–.

Como se sabe, el legislador insiste en acotar el alcance material de la responsabilidad circunscribiéndolo a las obligaciones salariales y de Seguridad Social y dejando, por tanto, al margen de responsabilidad el resto de las obligaciones laborales que nacen del contrato de trabajo pactado entre el trabajador y la ETT durante la vigencia del contrato de puesta a disposición.

Consiguientemente, el legislador impone dos tipos de límites a la hora de concretar el alcance de la responsabilidad usuaria: el prime-

22. LÓPEZ BALAGUER, M., *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, o.c., p. 136.

ro de ellos ciñe el alcance material de la responsabilidad, única y exclusivamente, a obligaciones salariales y de seguridad social; y el segundo lo circunscribe a la duración del contrato de puesta a disposición.

La interpretación doctrinal sobre la determinación de las deudas salariales afectadas por la responsabilidad no ha sido unánime. Dos posturas contradictorias destacan al respecto: quienes limitan el alcance material de la citada responsabilidad a través de una interpretación literal del precepto integrado por las obligaciones salariales *strictu sensu*²³ y quienes efectúan una interpretación amplia de las obligaciones salariales donde cabe incluir tanto las partidas salariales en sentido estricto como las extrasalariales, tales como la indemnización derivada de la finalización del contrato de trabajo²⁴.

En principio, cabe entender que dada la identidad de redacción impuesta por el legislador entre los artículos 12.1 y 16.3 LETT que refieren respectivamente al alcance materia de la responsabilidad de la ETT y de la empresa usuaria, la intención del legislador era la de concebir el mismo marco jurídico de actuación. A ello debe añadirse que teniendo en cuenta que existe unanimidad en considerar que el alcance material de las deudas salariales que pesan sobre la ETT frente al trabajador cedido abarcan todas las partidas económicas, parece razonable entender que la pretensión del legislador respecto de las deudas salariales de la empresa usuaria sea el mismo, por lo que puede presumirse que también esta interpretación sea la aplicable respecto del alcance material de la responsabilidad de la empresa usuaria.

Sin embargo, la respuesta judicial adoptada con respecto a esta misma cuestión es contraria al señalado, en el sentido de que deja plenamente al margen de su cobertura este tipo de obligaciones que derivan de la calificación de improcedencia o nulidad del despido. Así se ha expresado la doctrina judicial señalando que «la empresa usuaria únicamente es responsable, subsidiaria o solidaria, de las “obligaciones salariales” contraídas por la empresa de trabajo temporal con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición». No se extiende por lo tanto esta responsabilidad a aquellas obligaciones de naturaleza distinta a la salarial, y/o que

23. CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, o.c., p. 147.

24. LÓPEZ BALAGUER, M., *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, o.c., p. 140.

hubieren sido contraídas con posterioridad a la finalización del contrato de puesta a disposición ²⁵. Al no producirse responsabilidades salariales, sino indemnizatorias, es la ETT la única responsable ²⁶.

Las resoluciones judiciales sobre el alcance de la citada responsabilidad por los salarios de tramitación siguen la misma línea interpretativa. Aquí, su inclusión o exclusión ha venido condicionada por la naturaleza que se atribuya a esta partida económica, es decir, si se considera o no salario la responsabilidad subsidiaria que la empresa usuaria alcanzará. Los últimos pronunciamientos judiciales al respecto inclinan la balanza a favor de su exclusión por carecer de naturaleza salarial. Así, en estricta y literal aplicación de lo dispuesto en el artículo 16.3 LETT, quedan excluidos de dicha responsabilidad los salarios de tramitación, que no tienen la conceptualización de obligación de estricta naturaleza salarial, pues participan de una finalidad indemnizatoria ²⁷.

En definitiva, el alcance material de la responsabilidad de la empresa usuaria se delimita a través de la interpretación estricta de lo que deba entenderse por deuda salarial ²⁸.

Menores problemas plantea el alcance de la responsabilidad subsidiaria derivada de obligaciones de Seguridad Social. Existe unanimidad en la doctrina en efectuar una interpretación amplia de la expresión Seguridad Social. En efecto, la responsabilidad en materia de Seguridad Social debe incluir la plenitud de las obligaciones que en este ámbito correspondan a la ETT frente al trabajador cedido, tanto frente a entidades gestoras como frente a los beneficiarios ²⁹. Es más, la doctrina viene aclarando que la responsabilidad citada no sólo abarca obligaciones de Seguridad Social respecto del trabajador, sino también con las propias entidades gestoras. Consecuentemente, la citada responsabilidad comprende cualquiera de las obligaciones de Seguridad Social que corresponderían a la ETT por razón de la celebración del contrato de trabajo.

25. STSJ Cataluña 19 junio 2000 (AS 2000, 2785).

26. SSTS 14 julio 1998 (RJ 1988,8544) y 23 enero 2001 (RJ 2001, 2062).

27. STS 14 julio 1998 (RJ 1998, 8544), citando la de 13 mayo 1991 (RJ 1991, 3907). STSJ Murcia 6 mayo 2002 (AS 2002, 1835).

28. Véase al respecto, AA.Vv., *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, Cívitas, Madrid 2004, p. 247.

29. ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social...*, o.c., p. 214.

Ahora bien, a pesar de la amplia interpretación efectuada sobre el alcance material de la responsabilidad de la empresa usuaria de las obligaciones de Seguridad Social, no cabría incluir los incumplimientos de la ETT respecto de las mejoras voluntarias pactadas con sus trabajadores, dirigidas a complementar la acción protectora de la Seguridad Social. Dicha exclusión quedaría justificada sobre la base de su origen voluntario y libre.

Delimitado conceptualmente el alcance material de las deudas salariales y de Seguridad Social, como segunda limitación en la responsabilidad subsidiaria atribuible a la empresa usuaria, destaca el ámbito temporal al que ésta se circunscribe. En efecto, cabe destacar que la citada responsabilidad subsidiaria sólo resulta exigible cuando el incumplimiento se produzca vigente el contrato de puesta a disposición. Aquí cabría diferenciar dos supuestos, bien que el alcance de la responsabilidad se aplica en función de la vigencia del contrato de puesta a disposición o bien se refiere a la efectiva prestación de servicios. De la dicción literal del precepto cabe deducir que la responsabilidad se genera no tanto por la vigencia del contrato, sino por el hecho de que el trabajador en misión esté efectivamente prestando servicios para la empresa usuaria³⁰. Conviene precisar que la doctrina judicial señala que «la responsabilidad subsidiaria se extiende a los supuestos del artículo 7.2 LETT, es decir, a los supuestos en que una vez finalizado el contrato de puesta a disposición el trabajador continúa prestando servicios para la empresa usuaria, se le considera vinculado a la misma con contrato indefinido»³¹. Por último, siguiendo esta interpretación flexible, cabe entender que no será necesario que el reconocimiento de la obligación empresarial en materia de Seguridad Social se declare durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, basta que el hecho causante que origina la responsabilidad de la empresa usuaria se produzca mientras el trabajador esté prestando servicios.

De otra parte, junto a la responsabilidad subsidiaria que acaba de analizarse, el legislador completa el cuadro con otra de tipo solidario. Respecto de esta responsabilidad solidaria cabe indicar que actúa como una excepción a la regla general que es la de la subsidiariedad y que dicha solidaridad se ciñe, única y exclusivamente, a los supuestos pre-

30. MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., *La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal...*, o.c., p. 143.

31. STSJ País Vasco 29 enero 1999 (AS 1999, 28).

vistos por el legislador considerados como de mayor trascendencia y que se limitan a los previstos en los artículos 6 y 8 de la LETT. Ahora bien, esto no significa que su carácter cerrado impida que puedan establecerse otras limitaciones por vía de la negociación colectiva.

El alcance de esta responsabilidad se articula, como es sabido, a través de dos presupuestos legales: de una parte, bien cuando se vulneren los supuestos en que se permite la utilización de las ETTs o bien cuando no se respeten las formalidades esenciales que debe guardar el vínculo contractual; y, de otra, cuando las organizaciones productivas se valgan de los servicios de estas empresas para cubrir alguna de las necesidades configuradas por el legislador como exclusiones constitutivas que, por razones de distinta índole, no pueden ser objeto de cobertura a través de una ETT.

A partir de aquí resulta aplicable todo lo señalado respecto de la responsabilidad subsidiaria, toda vez que lo único que cambia es la adjetivación de aquella, pasando de tener un carácter accesorio a asumir directamente ciertas obligaciones, con independencia de que la ETT las asuma o no. Consecuentemente, las consideraciones vertidas respecto a la responsabilidad subsidiaria resultan plenamente extensibles a la responsabilidad solidaria en la que únicamente se modifica el modo de su ejercicio, pero no su justificación y alcance material. Dicho en otros términos, la citada responsabilidad queda al margen de la solvencia económica de la ETT en el cumplimiento de sus obligaciones para con el trabajador cedido.

A pesar de la remisión efectuada a la configuración jurídica de la responsabilidad subsidiaria analizada, conviene insistir en tres cuestiones. La primera, relativa a que se trata de una responsabilidad legal que limita el poder dispositivo de las partes. La segunda, que al producirse una equiparación en el nivel de responsabilidad exigible a la ETT y a la empresa usuaria, será el trabajador el que tiene el derecho de elección frente a los dos obligados en orden a la exigibilidad de la deuda. Por último, tiene una finalidad claramente sancionadora ante conductas contrarias al ordenamiento jurídico, de ahí que se transforme la responsabilidad en solidaria.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Comentarios a las normas sobre empresas de trabajo temporal*, Cívitas, Madrid 2004.

- ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, 18.^a ed., Cívitas, Madrid 2002.
- BLASCO LAHOZ, J. F., «La protección de la salud de los trabajadores en las empresas de trabajo temporal», *AL*, 19 (1999).
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia 2000.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., «Tratamiento de la seguridad e higiene en la nueva regulación sobre las empresas de trabajo temporal», *REDT*, 75 (1996).
- GARCÍA MURCIA, J., *Responsabilidades y sanciones en materia de Seguridad y Salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona 1998.
- GARCÍA NINET, J. I., «Las Empresas de trabajo temporal y la Prevención de Riesgos Laborales», *TS*, 101 (1999).
- GARCÍA SALAS, A. I., «Prevención de riesgos laborales», en AA.Vv., *Relaciones laborales y empresas de trabajo temporal*, Laborum, Murcia 2002.
- GONZÁLEZ RUBIO, F., *La obligación empresarial de prevención de riesgos*, CES, Madrid 2002.
- LÓPEZ BALAGUER, M., *Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal*, Tirant lo blanch, Valencia 2000.
- MERCADER UGUINA, J. R., «Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal», *RL*, 1 (1999).
- MIRÓN HERNÁNDEZ, M.^a M., *El derecho a la formación profesional del trabajador*, CES, Madrid 2000.
- MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., *La responsabilidad empresarial frente al personal de las empresas de trabajo temporal*, La Ley, Madrid 2001.
- MOLTÓ GARCÍA, J. I., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal en las empresas usuarias*, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid 2003.
- MONTOYA MELGAR, A.; PIZÁ GRANADOS, J.; y ALZAGA RUÍZ, I., *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*, 3.^a ed., Mc Grawhill, Madrid 2004.
- PÉREZ GUERRERO, M.^a L., y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Prevención y nuevos riesgos laborales: el caso de los trabajadores puestos a disposición», *TL*, 50 (1999).
- PÉREZ PÉREZ, M., *Empresas de trabajo temporal y relaciones laborales*, 2.^a ed., Laborum, Murcia 2002.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., *Las empresas de trabajo temporal en España*, Tirant lo blanch, Valencia 1994.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.; GARCÍA BLASCO, J., y CARDENAL CARRO, M., *Derecho de la seguridad y la salud en el trabajo*, 3.^a ed., Cívitas, Madrid 2001.
- VALDÉS DE LA VEGA, B., *Las empresas de trabajo temporal*, Comares, Granada 2001.