

LA PROTECCION EFICAZ DE LA SALUD LABORAL DE LOS TRABAJADORES: SUPUESTOS NO REGLADOS

por

**Elisenda Giral I Massana, Jaume Admetlla Ribalta
y Rosa Fuentes Candelas**

Inspectores de Trabajo

- 1.^{er} Premio Revista *Estudios Financieros* 1991.
Modalidad: *Trabajo y Seguridad Social*.

Sumario:

I. INTRODUCCION

II. LA PROTECCION DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE SALUD LABORAL: GENERALIDADES

1. Breve referencia al marco normativo.
2. Responsabilidades empresariales.

III. LA PROTECCION DE LA SALUD LABORAL DE LOS TRABAJADORES: SUPUESTOS NO REGLADOS

1. La protección de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.
2. La protección de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal.
3. La protección de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas.

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

El presente estudio tiene por objeto el análisis de la protección de la salud laboral desde el punto de vista de su real alcance en nuestro Derecho. Para ello se parte de un análisis general de dicha protección en la que, de un modo convencional, podemos denominar «supuesto reglado», es decir, aquel modelo de relación laboral al que inequívocamente se imputan las normas en la materia, con carácter general o específico, y con mayor o menor grado de matizaciones.

Frente a este patrón, hemos situado lo que llamamos «supuestos no reglados» por entender que en ellos la aplicación de las normas de protección de la salud laboral no resulta garantizada de modo taxativo e indiscutible.

Por diferentes razones, que se explican más adelante, se han seleccionado tres de estos supuestos, que permiten contrastar con la realidad nuestra normativa laboral de seguridad e higiene y así medir su alcance. Lejos del neutralismo, sin embargo, el estudio se esfuerza en hallar las vías de una protección eficaz en esta materia para todos los supuestos, que haga real el principio de no discriminación que la inspira.

II. LA PROTECCION DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE SALUD LABORAL: GENERALIDADES

1. Breve referencia al marco normativo.

La protección de la salud laboral constituye históricamente una de las primeras manifestaciones de la actividad normativa estatal que ha venido a constituir el *corpus* del Derecho del Trabajo.

Ya desde sus orígenes, el Derecho del Trabajo toma en cuenta el carácter «agresivo» del medio ambiente laboral, y ello propicia un conjunto de normas nacionales e internacionales en la materia que son el germen de la legislación actual. Esta legislación establece un conjunto de derechos y obligaciones que afectan al Estado, a los empresarios y a los trabajadores, trascendiéndose el marco jurídico-privado de la relación laboral, por lo que puede hablarse de un derecho jurídico-público y jurídico-privado.

Nos hallamos así ante un complejo jurídico cuya regulación incluye normas constitucionales, legales reglamentarias y convencionales, muchas de ellas derivadas a su vez de Convenios internacionales (1) o normas comunitarias (2).

No es nuestra intención agotar la descripción de ese complejo, sino, con mayor modestia, esbozar el marco normativo en que hoy se mueve la protección de la salud laboral en nuestro país.

Este marco normativo se inicia en la propia Constitución Española, que incluye los siguientes preceptos relativos a la materia:

- 1.º El artículo 15, que señala que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral».
- 2.º El artículo 43, que reconoce «el derecho a la protección de la salud», y atribuye a los poderes públicos la competencia para organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.
- 3.º El artículo 40.2, que establece que «los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo».

(1) De entre las normas internacionales, la fuente más importante es la Organización Internacional del Trabajo. En materia de salud laboral, pueden citarse los siguientes Convenios: 13 (empleo de la cerusa en pintura, 1921), 115 (radiaciones ionizantes, 1960), 119 (protección de maquinaria, 1963), 120 (higiene en el comercio y en las oficinas, 1964), 134 (prevención de accidentes de trabajo en la gente del mar, 1979), 136 (protección frente al benceno, 1971), 148 (protección frente a la contaminación del aire, el ruido y las vibraciones en el lugar de trabajo, 1976), 155 (seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, 1981), 162 (utilización del asbesto en condiciones de seguridad, 1986), 164 (protección de la salud y la asistencia médica de la gente de mar, 1987). Todos los citados han sido ratificados por España, amén de los Convenios 81 y 129, relativos a Inspección de Trabajo.

(2) Dentro de éstas es preciso citar: Directivas 59/221/CEE, 76/579/Euratom y 80/836/Euratom, sobre radiaciones ionizantes; 77/576/CEE, sobre señalización de seguridad en centros de trabajo; 78/610/CEE, sobre el cloruro de vinilo monómero; 80/1107/CEE, sobre exposición a agentes químicos, físicos y biológicos; 82/605/CEE, sobre plomo metálico y sus compuestos iónicos; 83/477/CEE, sobre amianto; 86/188/CEE, sobre ruido; 89/391/CEE, sobre mejora de la seguridad y de la salud laboral, con sus siete Directivas específicas (lugares de trabajo, equipos de trabajo, equipos de protección individual, manipulación manual de cargas, pantallas de visualización, agentes cancerígenos y agentes biológicos).

No todos estos preceptos tienen el mismo valor, sino que mientras el primero es un derecho fundamental, provisto de las máximas garantías constitucionales y, según el artículo 10.1 del texto constitucional, «fundamento del orden político y de la paz social» (lo que a su vez impide cualquier restricción o discriminación), los otros dos constituyen «principios rectores de la política social y económica», informantes de la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3), pero no invocables con carácter directo.

Esta doble configuración ha propiciado la distinción doctrinal entre una seguridad e higiene «defensiva» y otra, más amplia, «ofensiva», con diverso grado de protección (3). Esta partición de una materia que, por su propia naturaleza es de difícil división (ya que una seguridad e higiene puramente «defensiva» o reparadora equivaldría en la práctica a la inexistencia de protección efectiva), ha sido superada, afortunadamente, por la legislación ulterior. Así, la Directiva 89/391, de 12 de junio de 1989, del Consejo de las Comunidades Europeas, establece muy claramente el contenido de la seguridad e higiene en el trabajo, al contemplar, en su artículo 6.1 que «el empresario adoptará las medidas necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, incluidas las actividades de *prevención* de los riesgos profesionales, de *información* y de *formación*, así como la constitución de una organización de medios necesarios». Esta Directiva debe ser puesta en vigor a más tardar el 31 de diciembre de 1992. En este sentido integral deberá, pues, entenderse la salud laboral en nuestro Derecho.

El Estatuto de los Trabajadores, por su parte, recoge el derecho de seguridad e higiene como un derecho del trabajador en la relación laboral (art. 4.2.d)). Desarrolla tal derecho en su artículo 19, que incluye los aspectos formativo/informativos de la seguridad e higiene, y establece a su vez la obligación del trabajador de observar las medidas legales y reglamentarias en la materia.

Estas medidas legales y reglamentarias se contienen en un conjunto de normas de diversa índole. Con carácter general, la Ordenanza General de la Seguridad e Higiene (4) sigue siendo la norma básica en esta materia, bien que complementada con otros reglamentos parciales para agentes concretos (plomo, amianto, etc.) (5) o sujetos particulares (menores) (6). Estas normas establecen una serie de obligaciones concretas a observar por los empresarios, cuyo control incumbe a la Inspección de Trabajo, y que de ser incumplidas pueden ser objeto de sanción de conformidad con la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, norma tipificadora de los incumplimientos laborales en esta materia.

(3) Véase *Lecciones de Derecho del Trabajo*, dirigido por T. Sala Franco, Universidad de Valencia.

(4) Orden Ministerial de 9 de marzo de 1971 («Boletín Oficial del Estado» del 16 y siguientes).

(5) Plomo [O.M. de 9-3-71 (BOE del 24)] - Amianto [O.M. de 31-10-84 (BOE del 7-11)] - Cloruro de vinilo monómero [O.M. 9-4-86 (BOE de 6-5)] - Ruido [R.D. 1316/89, de 27-10-89 (BOE ...)] - Maquinaria [R.D. 1495/86, de 26 de mayo («Boletín Oficial del Estado» de 21 de julio)].

(6) Decreto de 26 de julio de 1957 («Boletín Oficial del Estado» de 26 de agosto).

Como vemos, la salud laboral queda configurada, a la par que como un derecho laboral, como un conjunto de deberes empresariales cuya inobservancia genera responsabilidades de diverso orden, como veremos en la siguiente sección.

A esta normativa, con un carácter global y totalizador, vendrá a añadirse, en su momento, la futura Ley de Salud Laboral, cuya pretensión es dotar de instrumento legal a esa política de seguridad e higiene a que hace referencia el artículo 40 de la Constitución. En particular, la ley pretende regular las acciones que deben desarrollarse respecto a la prevención de los riesgos para proteger la salud e integridad física de los trabajadores por medio de la mejora de las condiciones de trabajo, tanto por parte de las Administraciones Públicas como por parte de los empresarios (y sus organizaciones representativas) y los trabajadores (y sus sindicatos). Esta ley vendrá a completar el marco normativo en materia de salud laboral esbozado en la presente sección.

2. Responsabilidades empresariales.

Definido el marco normativo regulador del derecho de los trabajadores a la protección de su salud laboral, y, por tanto, del deber empresarial de adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores a su servicio, nos corresponde analizar las responsabilidades que se derivan del incumplimiento de dicho deber, que en nuestro ordenamiento jurídico se articulan por tres vías, la administrativa, la penal y la civil.

2.1. Responsabilidad administrativa.

La responsabilidad administrativa del empresario por violación de la normativa sobre salud laboral se caracteriza por la concurrencia de dos rasgos fundamentales como reiteradamente ha señalado la doctrina jurisprudencial al interpretar el entonces vigente artículo 152 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Por un lado, su *carácter objetivo* y, por otro, la *irrelevancia* a efectos constitutivos de la infracción del *resultado dañoso* (7). Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1981 (RAJ 2162) señala que «el fundamento de la responsabilidad empresarial se centra más en la transgresión del Ordenamiento Jurídico que en los subjetivos de dolo o culpa, si bien la aparición del elemento intencional en la infracción administrativa-laboral determina la agravación de la sanción (...) el incumplimiento objetivo de la regla jurídica hace ajustada a derecho la infracción sancionada, independientemente de que acaezca un daño efectivo o una mera situación de peligro» (8).

(7) Del Rey Guanter, S. *Potestad sancionadora de la Administración y jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 347.

(8) En el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 20-1-71 (RAJ 165), 28-10-81 (RAJ 3783), 4-2-83 (RAJ 6019), 31-10-83 (RAJ 1771), 31-1-85 (RAJ 282), 5-6-86 (RAJ 4199), 29-3-88 (RAJ 2552).

En la actualidad las responsabilidades administrativas del empresario por infracciones en el orden social se encuentran reguladas en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social («Boletín Oficial del Estado» de 15 de abril), en la que se ha mantenido la línea tradicional de no exigir el elemento de culpabilidad para la conceptualización de la infracción de seguridad e higiene y salud laborales en base a dos opciones esenciales. Por un lado, la identificación del empresario exclusivamente como sujeto responsable en todo lo concerniente a la relación laboral y, por otro, la configuración de la culpa como un factor de graduación de las sanciones, y no como un elemento constitutivo de la infracción ni determinante en la calificación de la infracción (9).

Para la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social las infracciones en materia de seguridad e higiene y salud laborales son infracciones laborales en tanto que acciones u omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los Convenios Colectivos vigentes en dicha materia que se califican como faltas leves, graves o muy graves, respectivamente, en los artículos 9, 10 y 11 incluidos en la Sección 2.ª de su Capítulo II. En dicha tipificación se conjuga la descripción de tipos específicos junto a otros generales en los que la calificación depende del mayor o menor riesgo creado para la integridad física o salud de los trabajadores.

Así, son infracciones leves los incumplimientos que carezcan «de trascendencia grave» (art. 9.4), infracciones graves los incumplimientos que creen «un riesgo grave» (art. 10.9) e infracciones muy graves los que creen «un riesgo grave e inminente» (art. 11.4).

Las infracciones cometidas se sancionan, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, con multas de menor a mayor cuantía según la calificación de la falta y el grado, mínimo, medio o máximo, apreciado de acuerdo con los criterios de graduación establecidos en el artículo 36 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social. Entre ellos, destacan los contenidos en el número 2 del citado precepto que únicamente son aplicables a las infracciones cometidas en materia de seguridad e higiene y salud laborales.

Las *sanciones pecuniarias* que pueden imponerse a los empresarios no son las únicas responsabilidades administrativas previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico, sino que de las infracciones en materia de salud laboral pueden derivarse, también, las siguientes responsabilidades:

1.º *Suspensión temporal* de las actividades y *cierre* del centro de trabajo que puede acordar el Gobierno cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad (art. 39 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social).

(9) Del Rey Guanter, S. *op. cit.* págs. 349 y 350.

2.º *Paralización* de los trabajos si la inobservancia de las normas de seguridad e higiene en el trabajo crea un grave e inminente riesgo para los trabajadores que puede acordar la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (10). La orden de paralización es inmediatamente ejecutiva aunque se impugne por el empresario. Del incumplimiento de la orden acordada se derivan graves consecuencias como son la comisión de una infracción muy grave (art. 11.3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social) y la equiparación a la falta de aseguramiento respecto de los accidentes de trabajo que en tal caso pudieran producirse (art. 188 de la Ley General de la Seguridad Social).

3.º *Aumento de la cuantía de las primas* en la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales hasta un 20% en caso de reiterado incumplimiento por la empresa de sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo (art. 72.3 de la Ley General de la Seguridad Social).

4.º *Abono directo* de todas las prestaciones derivadas de enfermedad profesional cuando la empresa incumpla la obligación de practicar reconocimientos médicos, previos a la admisión al trabajo y periódicos, a los trabajadores que ocupen puestos con riesgo de enfermedad profesional (art. 191.3 de la Ley General de la Seguridad Social).

5.º *Recargo de las prestaciones económicas* en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por la inobservancia de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo (art. 93 de la Ley General de la Seguridad Social). A esta responsabilidad le dedicaremos posteriormente una especial atención habida cuenta su importancia.

Destaca, por otro lado, la calificación que realiza el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social como transgresión de la normativa laboral en materia de seguridad e higiene y salud laborales de «las infracciones a las *normas jurídico-técnicas* que incidan en las condiciones de trabajo pero no tuviesen la calificación directa de normativa» laboral, a los efectos de declaración de los derechos de los trabajadores en materia de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y seguridad social. Cuando las normas jurídico-técnicas merezcan la calificación directa de normativa laboral por remisión expresa de estas últimas, su transgresión constituirá una infracción laboral leve, grave o muy grave, sancionable con multa de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 a 11, 36 y 37 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.

En relación con las responsabilidades que venimos analizando, el borrador de la Ley de Salud Laboral regula en su Título VIII, relativo a las «responsabilidades y sanciones», las «infracciones y sanciones» (art. 35), el «recargo de prestaciones» (art. 36), la «compatibilidad de responsabilidades» que puedan derivarse de la infracción (art. 37), la «paralización de trabajos» (art. 38) y la «colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social» (art. 39).

(10) Cfr. art. 13.1.2.º de la Ley 39/1962, de 21 de julio, art. 4.9 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, art. 23.b del Decreto 2122/1971, de 23 de julio, art. 188 de la Ley General de la Seguridad Social y art. 4 del Decreto 1870/1975, de 10 de julio.

2.2. Especial consideración del recargo de prestaciones.

Como indicamos anteriormente, una de las responsabilidades que pueden derivarse para el empresario de la comisión de una infracción en materia de salud laboral es la prevista en el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social conforme al cual «todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100 cuando la lesión se produzca por (...) (no observar) las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo ...» (art. 93.1).

La finalidad primordial de esta *responsabilidad indemnizatoria* es conceder una protección singular al trabajador y a sus causahabientes frente a los patronos que les hacen trabajar en condiciones peligrosas [Sentencias del Tribunal Supremo de 11-3-64 (RAJ 2229) y 26-9-64 (RAJ 421-3)], estimando la jurisprudencia, mayoritariamente, que el recargo indemnizatorio posee una *naturaleza punitiva o sancionadora* (11). Como consecuencia de ello, ha mantenido una interpretación restrictiva, que impide ampliar su contenido a supuestos no previstos por el legislador (12).

En este mismo sentido y recogiendo la dilatada jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo, se ha pronunciado el *Tribunal Constitucional* en su *Sentencia n.º 158/1985, de 26 de noviembre*, al afirmar «el recargo que prevé el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora que, por ello, ha de ser interpretada de manera restrictiva». (FJ 2)

Por otro lado, y como continúa afirmando el Tribunal Constitucional en la Sentencia referida «para su imposición son precisas la concurrencia de dos circunstancias, reiteradamente exigidas por aquella jurisprudencia (la del Tribunal Central de Trabajo): de una parte, que exista una infracción concreta de un precepto que establezca una medida de seguridad determinada para evitar un riesgo, o, en su caso, las consecuencias del mismo; de otra, que haya un nexo causal entre la infracción y el accidente» (13). En definitiva y como manifiesta, Benigno Pendás Díaz (14) son necesarios cuatro requisitos para la procedencia del recargo:

(11) En este sentido, Tribunal Central de Trabajo 3.ª Sentencia de 28-9-84: «El artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social (...) señala únicamente un recargo sobre las prestaciones como sanción por haber omitido las debidas medidas de seguridad». Cfr. Tribunal Central de Trabajo 3.ª Sentencias de 8-5-76, 1-10-80, 20-11-80. Tribunal Central de Trabajo 3.ª Sentencia 20-3-84: «El recargo sobre prestaciones económicas impuesto por el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social encierra una norma punitiva».

(12) Entre otras, Tribunal Central de Trabajo 3.ª Sentencias de 7-3-89, 20-5-85, 20-3-84, 31-10-84, 6-2-80, 2-2-77 y Tribunal Supremo Sentencias de 7-3-63, 10-3-69 y 19-4-71.

(13) Entre otras, Tribunal Central de Trabajo 3.ª Sentencias de 7-3-89, 31-10-84, 2-2-84, 16-1-84, 17-3-83, 22-3-83, 3-5-83, 13-12-83, 13-5-80.

(14) «Responsabilidades en materia de seguridad e higiene en el trabajo», AMUPA, Madrid, 1986, págs. 180 a 189.

a) Requisito objetivo o normativo, esto es, existencia de una disposición legal o reglamentaria que imponga una determinada obligación en el campo de la seguridad e higiene en el trabajo.

b) Requisito subjetivo o conducta infractora del Ordenamiento Jurídico de la Prevención.

c) Requisito material ya que sólo procederá el incremento indemnizatorio en el supuesto de que se produzca un resultado lesivo para los trabajadores, es decir, un accidente de trabajo o una enfermedad profesional de acuerdo con los artículos 84 y 85 de la Ley General de la Seguridad Social, que generen prestaciones económicas.

d) Requisito causal, es decir, la existencia de una relación de causa y efecto entre la infracción del deber de seguridad y el accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Si concurren dichos requisitos, como señalábamos, procederá la imposición del recargo de cuyo pago es responsable «directamente (...) el empresario infractor» (art. 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social), concepto, también, interpretado restrictivamente por la jurisprudencia. En este sentido, el Tribunal Central de Trabajo ha entendido que el empresario infractor es «el empresario de la víctima» (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 28 de septiembre de 1984), esto es, «al que se repunte como empresario del trabajador» (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 2 de julio de 1981) o «aquella en la que presta servicios la víctima» (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 20 de diciembre de 1983) (15). El fundamento jurídico de esta responsabilidad directa se encuentra en la teoría de la culpa, configurándose el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social como una excepción al principio, de carácter objetivo, del riesgo profesional regla en el Derecho Positivo de accidentes de trabajo (16).

Junto al carácter personal y directo analizado la responsabilidad establecida en el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social se caracteriza, también, por ser una responsabilidad «independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción» (art. 93.3), que, además, no puede «ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla» (art. 93.2).

(15) En idéntico sentido, entre otras, Tribunal Central de Trabajo 3.^a Sentencias de 14-12-84, 2-2-84, 20-1-84, 25-4-83, 3-2-81.

(16) Pendás Díaz, B., *op. cit.*, pág. 159 y Sentencias en ella citadas.

Para finalizar el análisis de la regulación actual del recargo de prestaciones, señalaremos que los beneficiarios del mismo son el trabajador o sus causahabientes en el supuesto de muerte de aquél, es decir, los beneficiarios de las prestaciones objeto de recargo, que tengan naturaleza económica y se deriven de accidente de trabajo o enfermedad profesional, como exige el artículo 93.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Quedan, pues, excluidas las prestaciones de finalidad reparadora o recuperadora, entre otras, así como aquéllas derivadas de accidente no laboral o enfermedad común (17).

Como última referencia al recargo de prestaciones, no podemos olvidar que el borrador de la Ley de Salud Laboral se refiere al mismo en su artículo 36, pudiendo destacar de su regulación los siguientes aspectos:

1. Calificación del recargo como indemnización.
2. Delimitación de tres criterios para determinar su cuantía.
3. Atribución de competencias para el reconocimiento de la indemnización a la jurisdicción del orden social.
4. Exclusión de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como sujeto legitimado para iniciar el procedimiento.

2.3. Responsabilidad penal.

La responsabilidad penal del empresario por infracciones a la normativa vigente en materia de salud laboral se contempla en el Código Penal en los siguientes tipos delictivos (18):

1. Delito contra la seguridad en el trabajo regulado en el artículo 348 bis del Código Penal introducido por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.
2. Delito de lesiones laborales tipificado en el artículo 427 del Código Penal.

(17) Cfr. Pendás Díaz, B., *op. cit.*, pág. 221.

(18) Vid. Arroyo Zapatero, L., *Manual de derecho penal del trabajo*, Editorial Praxis, S.A., Barcelona, 1988. Baylos, A. y Terradillos, J., *Derecho penal del trabajo*, Editorial Trotta, Madrid, 1990. Pendás Díaz, B., *op. cit.*, págs. 43 y ss.

3. Delitos o faltas de imprudencia regulados en los artículos 565 párrafo 2.º, 565 párrafo 5.º, 586.3 y 600 del Código Penal.

Cuando las infracciones en materia de salud laboral puedan ser constitutivas de delito, el artículo 3 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social exige que la Administración pase el tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio fiscal, absteniéndose de seguir el procedimiento sancionador hasta que exista sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento, consagrando así el principio *non bis in idem* de acuerdo a la doctrina del Tribunal Constitucional.

2.4. Responsabilidad civil.

Por último, de las infracciones en materia de salud laboral pueden derivarse para los empresarios las siguientes responsabilidades civiles por aplicación de los artículos 19 y 22 del Código Penal y artículos 1.901 y siguientes del Código Civil:

1. Responsabilidad civil nacida de delito o falta, ya sea directa o por hecho propio (art. 19 del Código Penal) o subsidiaria o por hecho ajeno (art. 22 del Código Penal).

2. Responsabilidad civil por culpa contractual (art. 1.901 del Código Civil).

3. Responsabilidad civil por culpa extracontractual derivada de hechos propios o ajenos (art. 1.902 y siguientes del Código Civil) (19).

III. LA PROTECCION DE LA SALUD LABORAL DE LOS TRABAJADORES: SUPUESTOS NO REGLADOS

Hasta aquí hemos examinado el marco normativo y las reglas generales de imputación de responsabilidades existentes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Las citadas normas se hallan encuadradas dentro del Derecho del Trabajo en sentido amplio, y han sido elaboradas, consiguientemente, pensando en el patrón de relaciones laborales regulado por aquella rama del Derecho. Así, no generan ninguna duda las obligaciones que recaen sobre el empresario de la *relación laboral típica* ni las responsabilidades que para el mismo se derivan como consecuencia de los incumplimientos que pueda realizar respecto de aquellas obligaciones. Tampoco se plantean problemas relativos a los derechos que asisten a los trabajadores que prestan un servicio dentro del ámbito de dirección y organización de aquel empresario.

(19) Pendás Díaz, B., *op. cit.*, págs. 83 y ss.

Sin embargo, en el mercado de trabajo existe otro tipo de relaciones laborales que no responden al patrón común, y que se han venido denominando como *relaciones de trabajo atípicas* (20).

Entendemos por trabajo atípico siguiendo al profesor Efrén Cordova, aquellas nuevas «formas de actividad productiva que se apartan del modelo clásico de asalariado dependiente o de alguna de sus características genéricas, así como variantes preexistentes de ese modelo cuyo uso se hace ahora en forma más intensiva o responde a finalidades distintas de las que antes se habían previsto». El referido profesor clasifica el trabajo atípico en tres grandes grupos: el contrato atípico propiamente dicho, el trabajo por cuenta propia y el trabajo clandestino.

De la gran variedad de trabajo atípico existente en la práctica, nos hemos centrado exclusivamente en tres supuestos, por considerarlos de especial interés en relación a la problemática de salud laboral y específicamente en el mecanismo de imputación de responsabilidades empresariales en esta materia. Por un lado, hemos seleccionado la contratación de obras o servicios (contratas y subcontratas) y el trabajo a través de Empresas de trabajo temporal, en tanto presentan una problemática común al prestar el trabajador servicios en el centro de trabajo de un empleado distinto a aquel con el que ha suscrito el contrato. Por otro lado, el trabajo clandestino de extranjeros, del que se ha puesto en duda, incluso, la existencia del propio vínculo laboral.

Para ninguno de estos tres supuestos existe regulación clara y específica que determine el juego de obligaciones y derechos de empresarios y trabajadores en materia de seguridad e higiene, haciéndose difícil la imputación de responsabilidades prevista para las relaciones de empleo comunes o típicas. Por este motivo hemos denominado a tales casos, *supuestos no reglados*.

En el caso de Empresas de trabajo temporal y de trabajo clandestino de extranjeros la primera dificultad se presenta en el momento de identificación del empresario. En el primer caso, por la relación triangular existente y en el segundo, por la interpretación jurisprudencial que califica la relación laboral como nula.

En los casos de contratas o subcontratas la legislación atiende únicamente a los casos de contratación de la misma actividad estableciendo responsabilidades propias para la empresa principal y para la contratista o subcontratista olvidándose de los casos de contratación de trabajos de actividad distinta.

(20) Cordova, Efrén, *Las relaciones de trabajo atípicas* Relaciones Laborales, La Ley, 1986, tomo I, págs. 239 y ss.

En definitiva, se puede afirmar que tanto los extranjeros que carecen de permiso de trabajo, como los trabajadores de empresas de trabajo temporal y de empresas contratistas o subcontratistas de obras o servicios, no tienen garantizado en el Derecho Positivo vigente una adecuada y eficaz protección en materia de seguridad e higiene.

1. La protección de los trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo.

1.1. Los derechos de los extranjeros en España.

La Constitución Española establece en su artículo 13 de forma meridiana la distinción entre españoles y extranjeros en el disfrute de las libertades públicas reconocidas en el Título I, remitiendo a «los tratados y la ley» los términos en que podrán aplicárseles. La redacción de este artículo permite interpretar el mismo no tanto como una norma excluyente –en el sentido que reserve a los españoles los derechos constitucionales y admita la excepción vía tratado o ley– sino como un reconocimiento de que los derechos de los extranjeros en España son susceptibles de modalización, o, en otras palabras de sumisión a otros requisitos introducidos por vía legal o convencional. Los tratados y las leyes establecerán, pues, los requisitos y formas en que los derechos constitucionales serán reconocidos a los extranjeros, con la salvedad de aquellos que el propio texto constitucional excluye (como sucede con el sufragio). Las fórmulas utilizadas en la Constitución para referirse al sujeto activo de un determinado derecho, que van del genérico «todos» hasta el específico «los españoles», no suponen un acotamiento estricto del colectivo afectado, sino que por aplicación del artículo 13 serán los tratados o la ley los que fijen las fórmulas de acceso de los extranjeros a tales derechos.

Esta interpretación se inscribe en la misma línea que se sitúa la *Sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de noviembre de 1984 (107/84)*. El objeto de debate, en esta sentencia, es la constitucionalidad o no de la sumisión del disfrute del derecho al trabajo a un requisito formal que condicione la validez del propio contrato. Sintéticamente, el Tribunal Constitucional parte de una distinción básica entre *dos grupos de derechos consagrados constitucionalmente*. Un primer grupo, lo constituyen aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal o que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, base misma del Ordenamiento Jurídico conforme al artículo 10 del texto constitucional. En este grupo no caben las desigualdades de trato. Lo forman, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad, etc.

Un segundo grupo de derechos y libertades pertenecen a los extranjeros según lo que dispongan los tratados o las leyes, y es admisible la diferencia de trato, por ser derechos no inherentes a la dignidad de la persona. Entre éstos se sitúa el derecho a trabajar en España, sujeto al requisito de obtención del permiso de trabajo, que actualmente se regula en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio.

1.2. *El trabajo de los extranjeros en España. Cobertura en materia de Seguridad Social y accidentes de trabajo.*

La citada ley orgánica somete, con carácter general, el trabajo por cuenta propia o ajena del extranjero en España a un requisito previo: la obtención del permiso de trabajo. La obtención de este permiso permite al extranjero desarrollar su actividad laboral en España, con todas sus consecuencias y, entre éstas, obtener su afiliación y alta en la Seguridad Social y cuantas prestaciones deriven de ello. Esto es así de conformidad con el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social y el Convenio 97 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por España y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 7 de junio de 1967). Fruto de esta ratificación fue la Resolución de la Dirección General de Previsión, de 15 de abril de 1968. Básicamente, el Ordenamiento Jurídico español equipara trabajadores españoles y extranjeros «que se encuentren legalmente en territorio español» (salvo cuatro categorías específicas: autónomos, fronterizos, artistas por breve período de tiempo en territorio español y trabajadores del mar; todos éstos, sin embargo, también se equiparan por imperativo del artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social si son hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños). Esta equiparación se realiza directamente y por disposición de nuestro propio ordenamiento, siendo independiente, aunque derive de un Tratado Internacional, de cualquier otro acuerdo bilateral o de la reciprocidad (que sí operan, en cambio, para los colectivos excluidos).

Como vemos, la equiparación tiene como presupuesto que el trabajador inmigrante «se encuentre legalmente en territorio español», es decir, que reúna los requisitos para trabajar legalmente en España, que hoy por hoy se contraen a la obtención del permiso de trabajo y residencia. El permiso de trabajo queda así constituido en auténtico eje no sólo del derecho a trabajar en España, sino también de la protección social del trabajador, fundamentándose así la construcción teórica que defiende que el permiso de trabajo es una condición de validez del contrato de trabajo y que su ausencia supone la nulidad radical de éste y su ineficacia absoluta a todos los efectos.

Esta doctrina de la nulidad radical está sólidamente arraigada también en la jurisprudencia. Puede citarse como ejemplo, por sus categóricos términos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1963: «El contrato celebrado por un extranjero en España está sujeto a una normativa específica que *condiciona la validez a (...) la expedición del correspondiente permiso de trabajo*, requisitos que por no aparecer cumplidos, determinan *su radical nulidad*, sin que a ello obste el comienzo de la prestación de servicios por el trabajador». En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Central de Trabajo en Sentencia de 6 de julio de 1983, que cita doctrina del Tribunal Supremo y del propio Tribunal Central de Trabajo.

En materia de accidentes de trabajo esta tesis debería conducir a la consecuencia de que, actualizada tal contingencia, el extranjero podría acudir a la vía civil o penal frente al empresario (en el supuesto de existir responsabilidad de éste), pero no a la vía laboral. El extranjero no

recibiría prestación alguna, ni mucho menos recargo de prestaciones, quedando en tela de juicio la posibilidad misma de sanción (si a ella hubiera lugar) del «empresario», negada tal condición por la nulidad del contrato.

Sin embargo, dentro del propio Ordenamiento Jurídico que propicia la tesis hasta aquí expuesta, la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales aparece, ya desde antiguo, singularizada dentro del conjunto de la protección social del trabajador extranjero, al garantizarse la misma en cualquier caso por presumirse *iuris et de iure* (es decir, sin admisión de prueba en contrario) la reciprocidad internacional. Ello es así en el artículo 1.4.b) de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 (RAC) y en la Resolución mencionada de 15 de abril de 1968.

En dichas normas *no se condiciona la protección al requisito de la legalidad*, procediendo tal normativa del Convenio 19 de la OIT, que establece la igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo. Este Convenio, adoptado en 1925, fue ratificado por España ya en 1928. Sin discutir el carácter del permiso de trabajo como requisito de validez, viene admitiéndose la existencia de esta parcela de protección también para trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo, admisión que en sí misma supone ya una quiebra importante en la propia tesis, ya que conduce a la admisión de la liquidación de cuotas por accidentes de trabajo y consecuentemente, al derecho a las prestaciones inherentes, así como a la posibilidad de que las mismas sean recargadas si se aprecia infracción en materia de seguridad e higiene (dado el doble carácter, naturaleza sancionadora y eficacia indemnizatoria, que el recargo tiene en nuestra legislación). Lo contrario supondría quebrar esa igualdad de trato prevista en el Convenio 19.

Esta realidad de nuestro ordenamiento ha convivido con la tesis que dibuja el permiso de trabajo como un requisito de validez del contrato. En la actualidad existen, sin embargo, dos frentes de ruptura de dicha tesis que, a nuestro entender, vienen a poner en tela de juicio el sistema lógico en el que la misma se funda. Estos dos frentes son:

1.º La existencia de diversos pronunciamientos judiciales que vienen a sentar la doctrina de que el contrato del extranjero sin permiso de trabajo no es nulo, sino meramente anulable.

2.º La regulación constitucional de la protección de la integridad física y de la salud de los trabajadores.

A estos aspectos dedicamos las siguientes secciones de este estudio.

1.3. La anulabilidad de los contratos desarrollados por extranjeros sin permiso de trabajo.

La línea jurisprudencial que afirma que el contrato de trabajo concertado por un extranjero en España sin posesión del permiso de trabajo, no es nulo y, por tanto, surte plenos efectos en tanto no se obtenga su anulación, se va abriendo paso en los pronunciamientos judiciales, y procede del Tribunal Central de Trabajo (Sentencias de 24 de noviembre de 1978 y 25 de junio de 1982), habiendo sido recogida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de marzo de 1989 (RAJ 2414). Esta sentencia admite el recurso de casación de un extranjero contra la sentencia de Magistratura que desestimaba su demanda de despido. Interesa reproducir aquí uno de los fundamentos jurídicos de dicha sentencia, que establece que, si bien la actividad laboral de los extranjeros se condiciona a la concesión de los permisos de trabajo y residencia, «ello no entraña que los contratos suscritos sin ellos sean nulos, sino que tendrán validez hasta tal concesión, pues sólo en el supuesto de denegación es cuando podrá estimarse dicha nulidad; así lo pone de manifiesto el último de los preceptos citados –artículo 17.1 de la Ley Orgánica 7/85– cuando establece que la concesión del permiso de trabajo quedará condicionada en el caso de los trabajadores por cuenta ajena –supuesto de autos– a que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretende emplearlo».

El Tribunal entiende que con la Ley Orgánica 7/85 se produce una novedad sustancial, frente a la legislación precedente (Decreto 1870/68 y Real Decreto 1031/80), en los que expresamente se establecía que la validez del contrato de trabajo quedaba condicionada a los requisitos formales previstos.

Como consecuencia, la capacidad contractual del extranjero se reconoce independientemente de la obtención del permiso de trabajo, y el contrato despliega efectos aun siendo una relación laboral ilegal. Esta interpretación resulta perfectamente coherente con el reconocimiento de la protección por accidentes de trabajo descrita más arriba.

La sentencia expuesta ha empezado ya a ser utilizada como fundamento en otros pronunciamientos, como es el caso de la Sentencia 1375/89, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que reproduce sus argumentos.

1.4. La regulación constitucional de la protección de la integridad física y de la salud de los trabajadores.

Ya hemos hablado más arriba de la forma en que la Constitución Española contempla los derechos de los extranjeros en España, y de la interpretación dada a este hecho por el Tribunal Constitucional.

La cuestión ahora es delimitar en qué posición, dentro del texto constitucional, se sitúa la protección de la salud laboral, y, sobre esta base, conocer si en relación con este derecho existe equiparación entre españoles y extranjeros.

Como vimos al hablar del marco normativo en materia de salud laboral, la Constitución contempla este derecho en tres artículos: el 15, el 40.2 y el 43.

Sobre estos tres artículos se fundamenta la protección constitucional de la salud laboral. Por lo que aquí interesa, el artículo 15 de la Constitución Española ha sido declarado por el Tribunal Constitucional como uno de aquellos derechos que se reconocen por igual a todas aquellas personas que se hallan en territorio español, por tratarse de un derecho que fundamenta nuestro orden político. No es, por tanto, susceptible de ser sometido a requisito alguno de tipo formal, y es reconocido a todos por igual. De aquí se deduce que debe ser reconocido a los extranjeros en la misma extensión y condiciones que a los españoles, y en consecuencia, con las mismas garantías protectoras.

En materia laboral, una de estas garantías la constituye la protección específica por accidentes de trabajo, que por propia definición constituyen una agresión a la salud del trabajador derivada del medio ambiente laboral. En consecuencia, esta protección ha de ser otorgada también al extranjero sin permiso que desarrolle su actividad en España, so pena de vaciar de contenido el precepto constitucional. Por supuesto, ello incluye en su caso la posibilidad de recargo de las prestaciones derivadas, y la plena responsabilidad administrativa empresarial apreciada a través de la Inspección de Trabajo en sus actuaciones preventivas y/o sancionadoras, por ser precisamente este órgano el encargado de velar porque aquel derecho se haga efectivo en el medio laboral. La protección de la salud laboral vendría así a situarse por encima de cualquier otra consideración de índole formal, cubriendo plenamente al trabajador extranjero con o sin permiso de trabajo.

2. La protección de los trabajadores de las empresas de trabajo temporal.

2.1. Concepto de empresa de trabajo temporal.

En una primera aproximación se pueden definir las empresas de trabajo temporal como aquellas que facilitan a otras empresas personas que éstas necesitan de forma temporal y pasajera, es decir, aquellas que tienen como *único objeto* la selección y contratación de trabajadores para prestarlos a otras empresas temporalmente.

Así, el artículo primero de la Propuesta de Directiva del Consejo de la CEE en su versión original de 7 de mayo de 1982 las definía como: «una actividad regular en cuya virtud una persona física o moral concluye un contrato de trabajo o una relación de trabajo con trabajadores solicitantes de empleo, con el fin de poner a dichos trabajadores a la disposición provisional de una empresa para la ejecución de una misión. Se asimilan a este supuesto las actividades ejercidas en base a contratos que, bajo la apariencia de contratos temporales de mano de obra van acompañados en realidad de una delegación de autoridad a la empresa usuaria».

La característica distintiva de las empresas de trabajo temporal la constituye, pues, la relación triangular que se establece en el empleo. Por un lado, se produce una relación de carácter laboral entre el trabajador contratado y la empresa de trabajo temporal, por otro una relación mercantil entre la empresa de trabajo temporal y la empresa cliente que utiliza los servicios del trabajador, y por último, una relación de difícil calificación entre el empresario utilizador de los servicios y el trabajador.

Tal situación, extraña al Derecho del Trabajo, supone un quebranto del principio básico de estabilidad en el empleo y, rompe, en definitiva, con el modelo típico de contrato de trabajo de duración indefinida, a jornada completa, bajo la dependencia de un único empleador en el centro de trabajo de éste.

En los procesos de colocación a través de empresas de trabajo temporal se produce una situación extraña, ya que «por un lado tenemos la empresa de trabajo temporal, que no es el empresario de hecho, pero que quiere serlo de derecho, y de otro la empresa utilizadora que es de hecho el empresario, pero que no quiere serlo de derecho, y entre los dos un trabajador que es jurídicamente el empleado de una empresa en que no trabaja». (21)

Si bien es cierto que las empresas de trabajo temporal pueden llevar a cabo una actividad que tienda a solucionar las demandas de mano de obra imprevistas, temporales y urgentes de las empresas, la actividad de las mismas puede implicar una restricción de los derechos y garantías de los trabajadores tanto a nivel individual como colectivo. No se oculta que la interposición de un empleador en la relación laboral facilita el fraude y la temporalidad en detrimento del empleo estable.

Ello, junto con la evolución histórica de la actividad de tales empresas en el mercado, ha implicado reacciones distintas en los Ordenamientos Jurídicos de los países europeos sin que exista, hasta la fecha, una legislación común en esta materia.

(21) Discusión parlamentaria de la Ley francesa de 1972.

2.2. Las empresas de trabajo temporal en el ordenamiento jurídico español.

El Ordenamiento Jurídico español reaccionó negativamente ante el fenómeno de las empresas de trabajo temporal, prohibiendo expresamente la posibilidad de interposición en el contrato de trabajo.

La legislación española considera ilícita la posibilidad de que una persona física o jurídica ostente frente a otra u otras y frente a terceros una titularidad aparente de relaciones jurídicas que oculta o encubre el titular verdadero de las mismas (22).

Así, el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a un empresario, cualquiera que sean los títulos de dicho tráfico de mano de obra, así como la utilización de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos al personal de la empresa en que trabajan.

El incumplimiento de tal prohibición no implica únicamente un ilícito administrativo sancionable, de conformidad con lo previsto en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, sino que viene asimismo tipificada como delito en el artículo 499 bis del Código Penal entre los delitos contra la libertad y de seguridad en el trabajo.

A pesar de la existencia de una prohibición legal de actuación de las empresas de trabajo temporal en España, se ha estimado la existencia de 150.000 trabajadores prestando servicio a través de las mismas (23).

Es por ello que en este epígrafe nos planteamos la eficacia de la protección en materia de seguridad e higiene para estos trabajadores.

(22) Véanse: De la Villa Gil, L., «Las empresas de trabajo temporal en España. Algunos problemas jurídicos». Palomeque López, M., «Las empresas de trabajo temporal y el Ordenamiento laboral español». Sagarday Bencochea, J., y Guerrero Osblaza, J., «Las empresas de trabajo temporal. Notas para su estudio». Todos ellos en *Revista de Trabajo* n.º 74, Volumen II, IELSS, Madrid, 1984, págs. 9 y ss. Martín Valverde, A., «Cesión de trabajadores», *Comentarios a las Leyes Laborales*, EDERSA, Madrid, 1982, págs. 273 y ss.

(23) DERODS, «Servicio Temporal organizado en los países de la Comunidad Europea».

2.3. Protección de los trabajadores de empresas de trabajo temporal en materia de seguridad e higiene.

El problema principal que se plantea en esta materia se centra en la determinación del empresario responsable de adoptar las necesarias medidas de seguridad para el desempeño del trabajo. Mientras que el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores establece una responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario en relación con las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, nada específica en materia de seguridad e higiene.

Como ya hemos visto, los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal en realidad prestan sus servicios en un centro de trabajo perteneciente a otro empresario, el utilizador de los servicios. Esta situación juntamente con la triangularidad de la relación plantea el primer problema. ¿Quién sería el empresario responsable de poner a disposición del trabajador todas las medidas de protección precisas para el desempeño de su trabajo? Como ya hemos señalado al principio del trabajo, el Ordenamiento Jurídico español, en materia de seguridad e higiene, hace recaer sobre el empresario una serie de obligaciones tendentes a garantizar a los trabajadores un ejercicio profesional carente de riesgos.

En una primera aproximación se podría afirmar, pues, que las referidas obligaciones recaerían, en exclusiva, en las empresas de trabajo temporal por ser éstas las titulares aparentes de la relación jurídico-laboral y estar, por lo tanto, obligadas al cumplimiento de todas las obligaciones que la citada relación jurídica conlleva, sin embargo, en la práctica tal posibilidad comportaría una protección ineficaz para los trabajadores de empresas de trabajo temporal y ello por cuanto estas empresas carecen de los mecanismos precisos que les pudieran permitir modificar las deficiencias de seguridad e higiene existentes en un centro de trabajo que no es suyo.

Esta problemática se ha planteado en los propios países europeos cuya legislación tiene previstas y reguladas las empresas de trabajo temporal, llegándose a la conclusión que el empresario utilizador es también el obligado en materia de seguridad e higiene, respecto de los trabajadores de empresas de trabajo temporal que acoge en su seno. En este sentido se manifiesta la propuesta de Directiva Comunitaria que pretende desarrollar la 89/391, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores. En la citada propuesta se prevé el principio general que el *empresario usuario* es el responsable de la aplicación de las reglas relativas a la salud y seguridad, y de la información y formación de los trabajadores cedidos temporalmente en relación a los riesgos existentes en el trabajo a desempeñar.

En España, la responsabilidad del empresario usuario debería resultar mucho menos discutible ya que la utilización de trabajadores cedidos sin incorporarlos a la plantilla constituye una actividad ilícita.

Resulta claro que el empresario usuario es el único que tiene capacidad para modificar aquellas situaciones que entrañan un riesgo profesional para los trabajadores y es, asimismo, el único capaz de exigir a los trabajadores la observancia de las medidas de seguridad adoptadas a pesar de que formalmente carece del poder de dirección sobre los mismos.

Hacer recaer sobre el empresario usuario la obligación de adoptar cuantas medidas fueran necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa, resulta el único sistema capaz de garantizar plenamente una eficaz protección en materia de seguridad e higiene para los trabajadores de empresas de trabajo temporal.

Resulta, sin embargo, mucho más dificultoso el establecimiento de responsabilidades empresariales en los supuestos de acaecimiento de un accidente de trabajo cuando se producen lesiones que traigan su causa en la inobservancia de las prescripciones de seguridad e higiene en el trabajo.

La complejidad del establecimiento de responsabilidades proviene por un lado de la doctrina legal sentada por los Tribunales (24), según la cual el recargo de prestaciones previsto en el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social recaerá exclusivamente sobre el empresario titular de la relación laboral y por otro por las consecuencias jurídicas que el propio artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores establece para los supuestos de cesión de personal.

En efecto, el punto 3 del artículo 43 del ET establece un derecho de opción para los trabajadores sometidos al tráfico prohibido, consistente en la posibilidad de adquirir la condición de fijos bien en la empresa cedente bien en la cesionaria, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubieran podido fijar para el período de prueba.

Este derecho de opción se introduce, por primera vez, en nuestro Derecho Positivo por la Ley de Relaciones Laborales. Con anterioridad, tanto la Ley de Contratos de Trabajo de 1944 como el Decreto 3677/70, de 17 de diciembre (antecedente del actual artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores), contenían una regla de imputación directa de la relación laboral entre el trabajador cedido y el empresario cesionario.

La problemática que se plantea con la conjugación de los dos elementos, uno legal y otro jurisprudencial, que hemos señalado, es la siguiente: en los supuestos de prestación de servicios a través de empresas de trabajo temporal, no existe una coincidencia entre el sujeto infractor de las normas u obligaciones de seguridad e higiene en el trabajo y el empresario de la relación laboral.

(24) Véanse, entre otras las siguientes Sentencias del Tribunal Central de Trabajo: 2-7-81 (RAJ 4662), 20-12-83 (RAJ 11124), 3-2-81 (RAJ 993), 2-2-84 (RAJ 892).

Como ya hemos apuntado corresponde al empresario usuario de los servicios adoptar cuantas medidas fueran precisas en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la prevención de riesgos profesionales. Por ello, cuando un trabajador, vinculado formalmente a una empresa de trabajo temporal, sufre un accidente de trabajo que sea causado por un incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de seguridad e higiene, el «empresario real» o utilizador de los servicios será quien revista el carácter de «empresario infractor» que señala el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social. Sin embargo, y dado que en nuestra legislación actual no se establece una presunción iures et de iure de laboralidad entre quien recibe un trabajo y quien lo presta, el empresario de la relación laboral es otro sujeto distinto.

Una conjugación estricta de los factores reseñados llevaría directamente a la conclusión de que en los supuestos de cesión de personal los trabajadores carecerían del derecho de ver incrementadas las prestaciones resultantes de un accidente de trabajo, por imposibilidad de imputar tal responsabilidad ni a la empresa de trabajo temporal, que sería el empresario de la relación laboral pero no el infractor, ni a la cesionaria por no ser ésta el empresario de la relación laboral.

Como vemos, pues, esta interpretación implica vaciar de contenido una normativa de protección de los derechos de los trabajadores, tratando de forma desigual a aquellos que prestan servicios en el centro de trabajo del empresario de la relación laboral, de aquellos que lo prestan en centros ajenos. Admitir esta posibilidad implicaría aceptar una elusión de responsabilidades empresariales derivadas de una doble actividad ilícita: la cesión de trabajadores y el incumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo.

A nuestro juicio, la solución al problema de imputación de responsabilidades debe tener una respuesta distinta. Ya se ha dicho en este trabajo que las empresas de trabajo temporal son aquellas que tienen por única actividad la selección y contratación de trabajadores demandantes de empleo para ponerlos a disposición de otras empresas con carácter temporal. También se ha señalado que la citada actividad se halla prohibida en España por el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Aceptadas estas dos premisas, resulta ya absurdo reconocer el derecho de opción del punto 3 del mismo artículo 43 a los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal, ya que admitir la posibilidad de opción en favor de esta última, sería tanto como reconocer indirectamente, una licitud de su actividad.

Es por ello, que en los casos de prestación de servicios a través de empresas de trabajo temporal, entendemos que debería entrar siempre en juego la presunción de relación laboral entre quien presta un servicio y quien lo recibe según lo previsto en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores. De esta manera, serían de aplicación el conjunto de obligaciones y responsabilidades al empresario real o usuario de los servicios, como si de un supuesto reglado se tratara.

3. La protección de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas.

Si como hemos expuesto al inicio del presente estudio el reconocimiento constitucional del derecho fundamental a la vida y a la integridad física se ve reforzado en el ámbito laboral por la obligación impuesta por el artículo 40.2 CE de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, debemos necesariamente entrar en el análisis de aquellos supuestos en los que como consecuencia de la existencia de una contrata o subcontrata de obras o servicios, los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista deben prestar sus servicios en el centro de trabajo de la empresa principal. Pues en tales casos se produce una disminución en la eficacia de la protección de la salud laboral de dichos trabajadores, que, paradójicamente, están expuestos a mayores riesgos, cuando menos en atención a su procedencia o fuente de generación. Es decir, por un lado les afectan los riesgos inherentes a su propia actividad, o creados por su propia empresa, y, por otro lado, están expuestos a los riesgos existentes en las instalaciones de la empresa principal donde prestan servicios.

En este sentido, nos interesa fundamentalmente resaltar los medios legales específicos para garantizar la protección de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas frente a los riesgos creados por la empresa principal, puesto que en el apartado segundo (II) ya hemos analizado los aspectos generales de la protección de la salud laboral de los trabajadores.

Por otro lado, en esta sucinta aproximación al tema objeto de análisis, no podemos olvidar el criterio restrictivo seguido por el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 153.2 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que, olvidando, el carácter preventivo de dicha norma, ha venido analizando la cuestión solamente desde la perspectiva patrimonial restringiendo su aplicación a los supuestos de contratas o subcontratas entre empresas con la misma actividad (25). Como tampoco los reiterados pronunciamientos del mismo Tribunal negando la aplicación de la responsabilidad solidaria prevista en dicho precepto al eximir de responsabilidad al empresario de la relación laboral frente a los riesgos creados por la empresa principal a la que se atribuía una actividad directa (26).

En definitiva, el incremento de las contratas y subcontratas, la ausencia de normas en las que claramente se definan las obligaciones de cada una de las empresas en materia de salud laboral y la interpretación que los Tribunales han realizado de las normas existentes, entre otras causas, han llevado al establecimiento de diferencias entre los trabajadores de una y otra empresa pese a hallarse ambos sometidos a parecidos riesgos.

(25) Bornaechea, José Ignacio, "La responsabilidad solidaria de la empresa principal y de las contratistas y subcontratistas, en materia de seguridad e higiene", *Relaciones Laborales*, Tomo II/1986, págs. 833-843.

(26) Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1987 (RAJ 5445), Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1981 (RAJ 445), Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 20 de noviembre de 1984 (RAJ 8797), Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1970 (RAJ 228), entre otras.

A nuestro juicio, el genérico derecho de los ciudadanos a la vida e integridad física junto con el específico de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene debería inspirar la aplicación e interpretación de las disposiciones vigentes permitiendo la remoción de los obstáculos que impiden al personal de las empresas contratistas y subcontratistas gozar de una efectiva protección en materia de salud laboral, en igualdad de condiciones con los restantes trabajadores.

Tras el breve planteamiento que hemos realizado nos corresponde iniciar el análisis de la problemática expuesta desde dos puntos de vista: la regulación actual de los deberes y obligaciones que en materia de seguridad y salud laboral corresponden tanto a la empresa contratista y subcontratista como a la empresa principal, por un lado, y, por otro, la regulación de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de aquéllos.

3.1. Deberes y obligaciones.

En relación con el primero de los aspectos señalados nuestra primera y básica referencia debe ser el Convenio 155 de la OIT sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo ratificado por Instrumento de 26 de julio de 1985 y publicado el 11 de noviembre de 1985, cuyo artículo 17 impone «el deber de colaborar en la aplicación de las medidas preventivas» entre todas las empresas «siempre que (...) desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo».

La ratificación y, por tanto, incorporación al Ordenamiento Jurídico español del Convenio 155 de la OIT, llevó a la doctrina científica a centrar el nudo problemático de la cuestión interpretativa del entonces vigente artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo en la especificación del alcance del deber de colaboración en el cumplimiento de las normas preventivas (27).

El también artículo 17 del borrador de la Ley de Salud Laboral reitera la obligación impuesta por el Convenio 155 OIT en su número 1, sin establecer, a nuestro juicio, su alcance con claridad dado que se limita a dejar en manos de las empresas la fijación de «los necesarios mecanismos de coordinación en cuanto a la prevención de riesgos y de información sobre» los mismos, todo ello «bajo la responsabilidad de la principal». En el mismo sentido, se impone al empresario principal la obligación de adoptar «las medidas necesarias para que los trabajadores de las demás empresas reciban información adecuada sobre los riesgos existentes en el centro de trabajo y las correspondientes medidas de prevención». Dichas obligaciones se extienden, en el párrafo tercero del artículo 17.1, a las empresas que «no estén vinculadas entre sí por una relación de contrata».

(27) Martín Valverde, Antonio, «Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios», *Comentarios a las Leyes Laborales*, EDERSA, Madrid 1988, pág. 228.

Cabe esperar que durante la tramitación de la Ley de Salud Laboral se introducirán las modificaciones necesarias para garantizar a los trabajadores una efectiva e igualitaria protección en esta materia, evitando así que los Tribunales tengan que concretar el significado de la expresión «bajo la responsabilidad de la empresa principal».

A nuestro juicio, y como ya expuso José Ignacio Bornaechea (28), del artículo 17 del Convenio OIT se deriva que el acto de la principal será antijurídico cuando la conducta observada no se corresponda a la exigible respecto de sus trabajadores, siempre que sus poderes de dirección alcancen a los trabajadores contratistas. En relación con la principal deberá apreciarse que pudo prevenir y no lo hizo recurriendo a criterios comparativos respecto de la diligencia ejercida con sus propios trabajadores. Consecuencia de ello, será la existencia de responsabilidad directa de la empresa principal si la infracción se debe a su exclusiva falta de diligencia. Es decir, se sancionará a la empresa principal cuando el lícito respecto de los trabajadores de la contratista responda a una decisión u omisión de dicha principal.

3.2. Responsabilidades administrativas.

Establecido el punto de partida, esto es, la obligación que por aplicación del artículo 17 del Convenio 155 de la OIT tiene la empresa principal de adoptar las medidas que estén a su alcance para prevenir los riesgos existentes en el centro de trabajo, debemos centrarnos en el análisis de la regulación actual de las responsabilidades administrativas derivadas del incumplimiento de dicha obligación. Es decir, del artículo 40 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.

Tras efectuar una remisión a lo dispuesto en los artículos 42 a 44 del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, en su párrafo 2.º, impone una responsabilidad directa del empresario principal al disponer que «los empresarios que contraten o subcontraten la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad responden del cumplimiento de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e higiene durante el período de vigencia de la contrata, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aun cuando afecte a los trabajadores del contratista o subcontratista».

Las dudas interpretativas que generó el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social llevó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a pronunciarse en repetidas ocasiones sobre el sentido del mismo, manteniendo en todos ellos el mismo criterio. El artículo 40 párrafo 2.º reconoce *la responsabilidad directa del empresario principal* siempre

(28) Bornaechea, J.I., *op. cit.*, pág. 838.

que concorra una doble condición esencial. Por un lado, que se contraten obras o servicios correspondientes a la propia actividad y, por otro, que la infracción se cometa en el centro de trabajo del empresario principal. Dicha responsabilidad es compatible y no enerva la responsabilidad del empresario directo por aplicación del artículo 2.1 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social y siempre que éste incurra en un ilícito administrativo tipificado en dicha ley por incumplimiento de obligaciones que a él le correspondía adoptar. Debe existir, cuando menos, una conducta culposa del empresario directo derivada de su deber *in vigilando*. La sanción que, en su caso, se imponga al empresario directo es simultánea e independiente de la del empresario principal (29).

De todos los requisitos que de acuerdo con el artículo 40 párrafo 2.º de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social deben concurrir para poder atribuirle al empresario principal la condición de sujeto responsable de la infracción, nos interesa, básicamente, referirnos al relativo a la actividad. Esto es, a la necesidad de que las obras o servicios que se contraten o subcontraten correspondan *a la propia actividad* del empresario principal.

El antecedente legal más próximo de dicha exigencia es el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el cual la doctrina científica entendió por propia actividad la del ciclo productivo de la empresa principal, por lo que sólo quedarían excluidas las obras o servicios desconectados de la finalidad productiva de aquélla y de las actividades accesorias normales de dicha empresa. La jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo de mismo sentido aunque con algunos matices al fijarse en el concepto del carácter de empresas auxiliares o subcontratistas (obras o servicios necesarios o complementarios) más que en el del ciclo productivo. A partir de mediados de 1981, la jurisprudencia, sin embargo, ha mantenido una interpretación restrictiva del concepto «propia actividad» que conlleva la exclusión del ámbito de aplicación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores de servicios complementarios tan usuales como los de seguridad, conservación y mantenimiento, información, limpieza, comedor y cafetería, etc. (30).

(29) Véase criterio de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de fecha 27 de junio de 1989, «Información y documentación para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», Núm. 2/89, Subsecretaría de Trabajo y Seguridad Social, págs. 521 y ss. En idéntico sentido, véase: Dirección General de Trabajo, Resolución de fecha 13 de septiembre de 1989, en el citado volumen "Información y documentación...", págs. 395 y ss; Benita, F., «Infracciones y Sanciones en el Orden Social», Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, págs. 605 y ss.

(30) Martín Valverde, A., *op. cit.*, págs. 236 y 241.

En relación con la normativa de seguridad e higiene, la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores planteó el problema de si debían entenderse derogados por el mismo los artículos 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y 2.3 del Decreto 1860/75 que establecían la responsabilidad solidaria de la empresa principal y la contratista o subcontratista en materia de seguridad e higiene, habiéndose pronunciado la jurisprudencia, como ya expusimos y la doctrina científica más reciente en sentido restrictivo exigiendo la identidad de actividades (31). Tras la incorporación a nuestro ordenamiento laboral del Convenio 155 OIT, la doctrina científica entendió que el deber de colaboración impuesto por su artículo 17 «debe orientar la labor interpretativa sobre la vigencia y alcance del artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo en el sentido de reconocer la existencia de responsabilidad de la empresa principal en el cumplimiento de la normativa de seguridad e higiene en sus centros de trabajo en los casos en que se haya omitido el cumplimiento del citado deber de colaboración; lo que equivale a decir que tal responsabilidad se desencadena en los casos en que exista concurrencia de culpa o negligencia de la empresa principal y de la contratista en la infracción de las normas preventivas» (32).

Como hemos visto, el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social ha zanjado definitivamente la polémica recogiendo la interpretación restrictiva que se venía realizando y de la que se deriva un notorio perjuicio para la protección de la salud laboral de los trabajadores de empresas contratistas o subcontratistas cuando se contratan obras o servicios que corresponden al ciclo productivo de la principal en la medida en que si no se hubieran contratado, ésta las habría tenido que realizar directamente. En el artículo 40 se consagra la desprotección de aquellos trabajadores respecto de los riesgos creados por la empresa principal, que, por tanto, queda eximida de responsabilidad administrativa por las acciones u omisiones contrarias al deber de adoptar las medidas preventivas precisas.

Desafortunadamente, como decimos, la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social ha olvidado que el criterio restrictivo impuesto por la jurisprudencia no sólo no tenía apoyo explícito en el artículo 153 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el que no existía alusión alguna a la identidad de actividades, sino que se contraponía al Convenio 155 de la OIT que únicamente exige el desarrollo simultáneo de actividades en un mismo lugar de trabajo por parte de dos o más empresas.

(31) Martín Valverde, A., *op. cit.* págs. 225 a 228.

(32) Martín Valverde, A., *op. cit.* pág. 228.

Desafortunadamente, también, el borrador de la Ley de Salud Laboral en el número 2 de su artículo 17 reitera la exigencia de que las obras o servicios correspondan a la propia actividad, incluso en contradicción con su apartado 1.º en el que se impone la obligación de colaboración que ya estableció el Convenio 155 de la OIT.

En definitiva, a nuestro juicio, la futura Ley de Salud Laboral debería eliminar la restricción impuesta por el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social al apartarse del sentido y finalidad del reconocimiento constitucional del derecho a la protección en materia de seguridad e higiene, y, por tanto, del derecho a la vida e integridad física del que trae su causa, permitiendo así que los trabajadores expuestos a los mismos riesgos gocen de idéntica protección.

3.3. Especial consideración del recargo de prestaciones.

Una vez expuestas las responsabilidades administrativas por infracción de la normativa vigente en materia de salud laboral tanto de la empresa contratista y subcontratista, como de la principal, así como los límites legales de la responsabilidad de esta última, debemos plantearnos a qué empresa corresponde abonar el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando no se observan las medidas de seguridad y salud laboral.

Específicamente, cabe cuestionarse si la empresa principal debe responder del abono del recargo a los trabajadores de la contratista y subcontratista en caso de que éstos sufran un accidente laboral o una enfermedad profesional por falta de medidas de seguridad que debió adoptar la principal.

Si las obras o servicios contratados no se corresponden con la actividad de la principal, en el sentido restrictivo dado por la jurisprudencia, es obvio que la regulación actual del recargo contenida en el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social impiden imputar a la empresa principal la responsabilidad del pago de dicho recargo. Por otro lado, y habida cuenta que la falta de medidas no es imputable a la empresa contratista y subcontratista, tampoco ésta sería responsable del mismo.

La consecuencia de lo dicho es que los trabajadores afectados no pueden beneficiarse del derecho a ver incrementadas sus prestaciones en igualdad de condiciones con los restantes trabajadores.

Por el contrario, si las obras o servicios contratados se corresponden con la actividad de la empresa principal, tendría que ser ésta la que respondiera del abono del recargo al no haber adoptado las medidas de seguridad y salud laboral en prevención de los riesgos devenidos en siniestro, y ser, por tanto, el sujeto responsable de la infracción de acuerdo con el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.

Sin embargo de la interpretación mantenida por la jurisprudencia, expuesta al inicio del presente estudio, en relación con el empresario responsable del pago del recargo (33) se deriva la exoneración de responsabilidad de la empresa principal en esta materia, como expresamente ha establecido el propio Tribunal Central de Trabajo al negar la responsabilidad del contratista y mantener la del subcontratista [Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 5 de diciembre de 1975 (RAJ 5525) y Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de abril de 1983 (RAJ 402)], afirmar que la responsabilidad alcanza al empresario, pero no al contratista principal [Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 20 de enero de 1984 (RAJ 402)]; en definitiva, que el artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social no puede extenderse a otras empresas, aunque éstas hayan cedido o subarrendado parte de la obra, servicio o instalación [Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 2 de febrero de 1984 (RAJ 892)] (34).

Consecuencia, también, de la citada interpretación jurisprudencial es que los trabajadores afectados no podrán beneficiarse del derecho a ver incrementadas sus prestaciones, al no ser su empresa, la contratista y subcontratista, la responsable de la falta de medidas de seguridad causa del siniestro.

La responsabilidad directa de la empresa principal, reconocida en el artículo 40 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, choca con el criterio restrictivo mantenido por la jurisprudencia al interpretar el artículo 93.2 de la Ley General de la Seguridad Social, por lo

(33) Vid. apartado 2.2 *Especial consideración del recargo de prestaciones*.

(34) Véase la recopilación jurisprudencial recogida en: Pendás Díaz, B., *Responsabilidades en materia de seguridad e higiene en el trabajo*, AMUPA, Madrid, 1986, págs. 160 a 162.

que cabe esperar una próxima modificación de esta última en sintonía con aquél, imponiéndose a la principal la responsabilidad del abono del recargo de prestaciones por la falta de medidas de seguridad y salud laboral que a ella le correspondía adoptar.

A nuestro juicio, cuando las obras o servicios contratados corresponden a la actividad de la empresa principal no existe obstáculo legal que impida estimar que la obligada al abono del recargo es la empresa responsable de la infracción, ya fuere la principal o la contratista/subcontratista, con independencia de quien ostente la condición de empresario en la relación laboral.

Por su parte, el borrador de la Ley de Salud Laboral establece, en su artículo 36.5, la responsabilidad solidaria del pago del recargo entre la empresa principal y los contratistas o subcontratistas.

En primer lugar, destaca la ausencia de referencia a las actividades de las empresas, pudiéndose interpretar, por tanto, que se prevé la existencia de responsabilidad solidaria incluso cuando se contraten obras o servicios que no se correspondan con la actividad de la principal en el sentido que hemos expuesto con anterioridad. No podemos, sin embargo, obviar la contradicción existente entre el borrador de la Ley de Salud Laboral y la Ley sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.

Por otro lado, para poder dar una opinión sobre la solidaridad reconocida sería preciso que previamente se determinara qué parte de la indemnización, utilizando el término del borrador, corresponde abonar a cada una de las empresas. Es decir, si aquella se vincula al empresario responsable de la infracción, previéndose la solidaridad como una garantía del cumplimiento de la obligación respecto de los beneficiarios del recargo.

Si así se estableciera, la empresa que no sea responsable de la infracción tendría derecho a reclamar de ésta la totalidad del importe de la indemnización con los intereses del anticipo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.145 del Código Civil.

La falta de concreción implica que el recargo se divide en tantas partes iguales como empresas existan por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.138 del Código Civil, derivándose de ello una ruptura del nexo de causalidad entre la infracción y la indemnización por los daños ocasionados por aquella.

IV. CONCLUSIONES

De lo hasta aquí expuesto, entendemos que cabe extraer las siguientes conclusiones:

Primero. La salud laboral forma parte del derecho fundamental a la vida e integridad física por lo que merece la máxima protección que nuestro Texto Constitucional otorga, sin que sea admisible discriminación alguna en esta materia.

Segundo. En coherencia con la intensidad de dicha protección debe interpretarse el conjunto de deberes que pesan sobre el empresario en materia de seguridad e higiene.

Tercero. Los trabajadores extranjeros que carecen de permiso de trabajo, los trabajadores de empresas de trabajo temporal y los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas de obras y servicios, no tienen garantizada de forma diáfana en el Derecho Positivo vigente una adecuada y eficaz protección de su salud laboral en igualdad de condiciones con los trabajadores vinculados por una relación laboral común o típica.

Cuarto. La protección de la salud laboral de los trabajadores extranjeros debe situarse por encima de cualquier otra consideración de índole formal cubriendo plenamente a los mismos posean o no permiso de trabajo, de conformidad con la moderna doctrina judicial sobre anulabilidad del contrato suscrito por el extranjero sin permiso y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación de los derechos fundamentales a los extranjeros. En coherencia, las responsabilidades del empresario derivadas de posibles incumplimientos de sus obligaciones en materia de salud laboral no deben limitarse únicamente al ámbito penal y/o civil, sino que alcanzan también la esfera administrativa.

Quinto. La protección de la salud laboral de los trabajadores de empresas de trabajo temporal corresponde al empresario usuario, por integrarse el trabajador cedido en el seno de la actividad empresarial de aquél. Las responsabilidades administrativas, al igual que las penales y civiles, derivadas del incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral recaen consiguientemente sobre el mismo empresario usuario. Excluido en este caso el derecho de opción previsto en el número 3 del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores porque las empresas de trabajo temporal tienen por objeto con carácter exclusivo una actividad ilícita, debe entrar siempre en juego la presunción de laboralidad prevista en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores.

Sexto. Las empresas que contratan o subcontratan la realización de obras o servicios están obligadas, por aplicación del artículo 17 del Convenio 155 de la OIT, a adoptar en relación con los trabajadores de la contratista o subcontratista que prestan servicios en su centro de trabajo las mismas medidas que viene obligada a adoptar en relación con sus propios trabajadores. Del incumplimiento de dicha obligación, el artículo 40 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, únicamente deriva responsabilidades administrativas para las empresas principales en los supuestos de identidad de actividades, en discordancia con la norma internacional expuesta, que sólo exige el desarrollo simultáneo de actividades en un mismo lugar de trabajo. La interpretación judicial ha restringido, aún más, por su parte, la aplicación de otras responsabilidades administrativas. Las futuras novedades legislativas en materia de salud laboral deberían eliminar las restricciones legales y jurisprudenciales existentes permitiendo así que trabajadores expuestos a idénticos riesgos gocen de idéntica protección en el ámbito administrativo y no sólo en el penal y civil.