

LA DEFICITARIA TUTELA DE LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO DEL TRADE. VIEJOS Y NUEVOS PROBLEMAS TRAS LA LEY 31/2015, DE 9 DE SEPTIEMBRE

M.^a Teresa Igartua Miró

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

La garantía de la seguridad y salud del TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente) resulta bastante deficitaria desde el momento en que la regulación legal pone el acento en su condición de autónomo, responsable de su propia autotutela, o en su consideración como origen de riesgos hacia terceros, sin dotar de un contenido específico y directamente exigible a su derecho a una protección «adecuada». Se da la espalda a su peculiar situación de dependencia económica y funcional y a los condicionamientos impuestos para el control de los riesgos. El reconocimiento legal de la contratación de trabajadores por parte del TRADE plantea nuevos problemas aplicativos y de ineficacia preventiva, que se unen a las lagunas, insuficiencias y dificultades planteadas por la LETA (Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo).

Palabras claves: TRADE, seguridad y salud, derechos, obligaciones y riesgo durante el embarazo.

Fecha de entrada: 24-02-2016 / Fecha de revisión: 10-03-2016 / Fecha de aceptación: 10-03-2016

THE DEFICIENT PROTECTION OF TRADE'S SAFETY AND HEALTH AT WORK. OLD AND NEW PROBLEMS AFTER LAW 31/2015, OF SEPTEMBER 9TH

M.^a Teresa Igartua Miró

ABSTRACT

Ensuring the safety and health of the TRADE (economically dependent worker) is quite deficient from the moment that the legal regulation emphasizes their status as autonomous, responsible for their own self-protection, or the consideration as a source of risks to third parties, without providing a specific and direct claim on the right to an «adequate» protection content. Its peculiar situation of economic and functional dependence and the conditionalities imposed to control risks are disregarded. The legal recognition of the recruitment of workers from the TRADE raises new applications and preventive inefficiency problems, which bind to the gaps, shortcomings and difficulties posed by LETA (Law 20/2007, on the Self-Employed Work Statute).

Keywords: TRADE, safety and health, rights, obligations and risk during pregnancy.

Sumario

1. La tutela de la seguridad y salud del TRADE: Insuficiencia e indeterminación
2. Delimitación conceptual de TRADE, control de riesgos e incidencia en la tutela de la seguridad y salud
 - 2.1. Algunos elementos integrantes del concepto de TRADE y su incidencia en el control de riesgos
 - 2.2. La posibilidad de contratar trabajadores: El TRADE como empresario y garante en materia preventiva
3. Algunos interrogantes sobre la tutela de la seguridad y salud del TRADE: Los «viejos» y persistentes problemas
 - 3.1. La regulación contenida en la LETA: Lagunas y dificultades aplicativas
 - 3.2. El derecho a interrumpir la actividad en supuestos de riesgo grave e inminente
 - 3.3. ¿Viene obligado legalmente el TRADE a elaborar un plan (simplificado) de prevención de riesgos laborales?
 - 3.4. TRADE y coordinación de actividades preventivas
 - 3.5. La vigilancia de la salud: ¿Derecho o deber del TRADE?
4. Los «nuevos» interrogantes
 - 4.1. El TRADE como empleador garante de la seguridad: La inadecuación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como punto de partida
 - 4.2. El riesgo durante el embarazo y la lactancia natural
5. Algunas propuestas: La reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el reparto de obligaciones
 - 5.1. Sobre la conveniencia *de lege ferenda* de asignar determinadas obligaciones al empresario «cliente»
 - 5.1.1. Fundamento de la extensión
 - 5.1.2. Obligaciones implicadas
 - 5.2. El necesario ajuste de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales al tamaño y complejidad de la organización productiva

1. LA TUTELA DE LA SEGURIDAD Y SALUD DEL TRADE: INSUFICIENCIA E INDETERMINACIÓN

El tema de la tutela de la seguridad y salud de los trabajadores autónomos ha suscitado tradicionalmente diferentes dudas y discrepancias doctrinales. Por un lado, en torno a la identidad del riesgo y la necesidad de tutela, y, por otro, a la hora de valorar su inclusión o no en la LPRL ([Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales](#))¹. A pesar de la parca regulación legal (arts. 3.1, 15.5 y 24.5 LPRL) y las deliberadas oscuridades del artículo 3 de la LPRL que en su delimitación del ámbito de aplicación de la norma alude a este tipo de trabajadores, mayoritariamente la doctrina se inclina por considerar que quedan excluidos, aunque se reconocen una serie de derechos y obligaciones². La argumentación normalmente esgrimida para justificar esta exclusión descansa en las importantes diferencias entre el trabajador autónomo y el dependiente en el modo de trabajar, y la ausencia de una contraparte contractual, pese a la coincidencia en la exposición al riesgo «profesional»³. A pesar de compartir esta exclusión, descartando que la LETA ([Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo](#)) implique la aplicación sobrevenida de la LPRL y considerando que, en general, el argumento esgrimido no

¹ BOE de 10 de noviembre.

² A nivel comunitario, tampoco la [Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio](#), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo (Directiva Marco), incluye en su ámbito subjetivo de aplicación a los autónomos. Situación que cambia en la [Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio](#), relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud que deben aplicarse a las obras de construcción temporales o móviles. Ahora bien, al igual que ocurre a nivel interno, se trata de tomarlos en consideración en el momento en que ejerzan una actividad profesional que pueda poner en peligro la seguridad y salud de los trabajadores (dependientes, se entiende).

³ Aspecto que no resulta dudoso, puede verse RODRÍGUEZ EGÍO, M. M.: «La ausencia de medidas preventivas en la actividad autónoma como causa del accidente de trabajo», *Anales de Derecho*, núm. 32, 2014, pág. 1 y ss.; sobre la identidad de riesgos también GARCÍA MURCIA, J.: «Trabajo autónomo y seguridad y salud en el trabajo», *Relaciones Laborales 2000-I*, págs. 519 y ss.; MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Protección de la salud y seguridad de los trabajadores autónomos*, Albacete: Bomarzo, 2006, pág. 22; OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos*, Granada: Comares, 2009, pág. 47. También para el Informe de la Comisión de Expertos, designada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para la elaboración de un Estatuto del Trabajador Autónomo, *Un Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, octubre 2005, págs. 116 y ss., el autónomo asume riesgos profesionales y debe prestarse especial atención a la prevención de riesgos en situaciones de coordinación de actividades, aunque algunas de sus propuestas, todavía tímidas, tampoco resultaron acogidas en el texto definitivamente aprobado, como es bien sabido.

tiene tacha en el caso del autónomo «puro» o tradicional, la cuestión debe ser objeto de una reflexión más detenida en el caso del trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE).

Quede claro ya desde el principio que, a nuestro juicio, seguramente no resulta adecuada la extensión sin más de la LPRL, que en la práctica arrojaría grandes dificultades aplicativas. Se trataría, lógicamente, de marcar unas adecuadas diferencias y unas pautas concretas a la hora de diseñar las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo y, de modo especial, una más acertada determinación de los sujetos obligados en función de la facilidad para el cumplimiento (el propio TRADE, el cliente o los poderes públicos, según los casos), con el consiguiente y esencial reparto de costes, buscando la eficacia preventiva que, como veremos, en la situación legislativa actual, en la práctica está lejos de unos niveles aceptables.

Asimismo, en estos momentos resultan indispensables ciertas modulaciones legales de la normativa preventiva en función del tamaño de la empresa, afirmación que se hace extensiva más allá de la concreta situación del TRADE a otras pequeñas empresas y microempresas, que conforman la mayor parte del tejido productivo de nuestro país.

El análisis detenido de la regulación legal en materia de seguridad y salud aplicable a este tipo de trabajadores en situación de dependencia económica arroja un balance bastante pobre. Por su parte, se aprecia un importante grado de desconexión entre algunas previsiones normativas y la falta de aplicación de la LPRL, que provoca no pocas dificultades prácticas que hacen materialmente imposible una tutela adecuada de dichos trabajadores. El déficit de protección, que trataremos de exponer a continuación, exige soluciones lógicas, factibles y no excesivamente gravosas, que permitan la garantía del derecho a la salud y seguridad del TRADE.

Sin lugar a dudas, la regulación legal parte de la indudable complejidad de la posición jurídica y fáctica del TRADE, configurando un verdadero derecho-deber a la seguridad y salud en el trabajo cuyo alcance y contenido, sin embargo, no quedan bien delimitados jurídicamente. A pesar de esta aparente neutralidad, las previsiones normativas muestran una clara tendencia hacia la imposición de una serie de obligaciones al autónomo y su consideración desde la perspectiva empresarial lejos de la consagración de un verdadero derecho subjetivo plenamente exigible⁴. Así, por ejemplo, la posibilidad prevista en el artículo 15.5 de la LPRL de que el autónomo concierte operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo lleva a pensar en una posición más de deberes, en relación con terceros, e incluso de autoprotección, que de sujeto titular de derechos, aunque sobre esto se harán las pertinentes matizaciones *infra*.

⁴ Para algunos la LETA es una oportunidad perdida para extender los derechos preventivos a los TRADE; FOTINO-POULOU BASURKO, O.: «Algunos aspectos relativos a la prevención y protección de la maternidad y la lactancia de las trabajadoras autónomas y TRADE», *Lan Harremanak*/23, 2010, pág. 252.

Qué duda cabe, asimismo, que el anclaje constitucional de la prevención de riesgos laborales, tanto en el artículo 40.2 de la CE (Constitución Española), que manda a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (sin apelativos), como en el artículo 15 del mismo texto legal, avala la necesidad de una tutela específica de este bien jurídico en el caso del trabajador autónomo y, de modo especial, dada la debilidad contractual⁵, del TRADE. Como bien se ha señalado, este precepto, de aplicación *erga omnes*, ni impone un tratamiento unitario ni lo impide⁶. Pese a esta situación de partida, los avances han de ir en la línea de la «diversificación» de la tutela, buscando fórmulas que se ajusten a las concretas circunstancias del TRADE, pese a la heterogeneidad de supuestos presentes en los distintos sectores de actividad, su vinculación o no a grandes empresas, su presencia en el centro de trabajo del cliente u otros análogos. Algo que llevará a proponer soluciones que, en algunos casos, lo aproximarán más en el tratamiento al propio del trabajador dependiente.

Dicho lo anterior, ni se les otorga excesiva relevancia a los datos relativos a la siniestralidad laboral de los autónomos⁷, ni en particular de los TRADE, ni existe una excesiva preocupación del colectivo por esta temática⁸. Junto a lo anterior, es patente que la investigación y otras acciones llevadas a cabo por los poderes públicos siguen centradas en el trabajo por cuenta ajena y dependiente y no en estas otras formas de desarrollo de actividades económicas o profesionales.

⁵ Sobre las razones para dotar de mecanismos de protección y tutela que garanticen la efectividad de unos mínimos derechos contractuales al TRADE, por todos, VALVERDE ASENCIO, A. J.: «Condiciones de trabajo del trabajador autónomo dependiente: protección y tutela del contratante débil», *Temas Laborales* núm. 81, 2005, en especial, págs. 125 y ss. Sobre esta perspectiva del contratante «débil» son también interesantes las reflexiones contenidas en el Informe de la Comisión de Expertos citado, pág. 111.

⁶ OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, pág. 18.

⁷ El último informe que puede consultarse corresponde a 2014, *Informe trabajadores autónomos: perfil sociodemográfico y siniestralidad laboral*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social e INSHT, Madrid, 2015; asimismo, puede verse el *Informe siniestralidad laboral de los autónomos*, ATA-Mutua Universal, Madrid, 2013, en el que se destaca un ligero ascenso en el número de accidentes, la mayor parte acontecidos en el centro de trabajo habitual. Por sectores, la mayor siniestralidad se concentra en la construcción, seguido por la industria, transporte, agricultura y servicios. El único dato desagregado para el TRADE hace referencia a los 70 accidentes *in itinere*, que no se reconoce a los autónomos.

⁸ La doctrina pone de manifiesto la escasa cultura en este terreno del autónomo, que no entra entre sus prioridades y que incluso es contemplada como una amenaza a su posición competitiva en el mercado, por tanto, exige un cambio de mentalidad; OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, págs. 2 y 5. Sobre las presiones que sufren los autónomos en el desarrollo de la actividad profesional, la competencia y la escasez económica y su repercusión en su falta de cumplimiento de las medidas de seguridad, LÓPEZ ANIORTE, C. y RODRÍGUEZ EGÍO, C.: «El accidente de trabajo y la enfermedad profesional del trabajador por cuenta propia o autónomo: Los retos de su protección y prevención», *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2014, pág. 6 de la versión consultada en www.laleydigital360.es.

Como es bien sabido, esta situación de partida, en apariencia, sufre un cambio de gran calado a raíz de la **LETA**⁹. Modificación, sin embargo, más aparente que real. De nuevo el texto está plagado de ambigüedades, de falta de claridad en cuanto a la delimitación de las obligaciones y los derechos, y el hilo conductor, al margen de la similitud de los riesgos, no es otro que la posibilidad de que los autónomos pongan en peligro la vida de otros trabajadores por cuenta ajena en el lugar de trabajo. La exposición de motivos de la **LETA** destaca la necesidad de acciones orientadas hacia el fomento de la prevención. Como es bien sabido, las actuaciones de promoción y fomento, las buenas prácticas, la inclusión en el ámbito de la responsabilidad social corporativa, cobran especial relevancia en los últimos tiempos, pero la prevención sigue descansando en un aparato de derechos, obligaciones y responsabilidades y en la figura protagonista del empresario en la materia, esquema que no resulta de aplicación al supuesto que ahora nos ocupa. Aun cuando a buen seguro también el régimen preventivo del autónomo merecería una mayor atención y cambios legales, vamos a centrarnos en la figura del TRADE por una serie de motivos que justifican la necesidad de una reforma profunda de las normas de tutela de la seguridad y salud que resultan de aplicación y de un tratamiento diferenciado no solamente respecto al trabajador por cuenta ajena sino también respecto del propio autónomo.

A nuestro modo de entender la cuestión, uno de los puntos que más llama la atención en este ámbito es que siendo el eje vertebrador de la norma que nos ocupa la distinción entre trabajador autónomo «tradicional» y autónomo económicamente dependiente, esta no tiene reflejo en materia preventiva¹⁰, mientras que sí se aprecian importantes diferencias de régimen jurídico en orden al reconocimiento de otros derechos laborales también básicos. Y ello choca enormemente con las peculiares condiciones exigidas al TRADE, entre ellas, la más destacada, el trabajo en condiciones de semiexclusividad, continuidad y sujeción «económica», que fundamentarían, a nuestro juicio, el diseño adaptado de algunos derechos y prescripciones legales, una tutela reforzada¹¹ e, incluso, el reconocimiento de determinadas obligaciones correlativas de tutela a cargo del «cliente», como veremos *infra*. Si con carácter general se ha considerado que el TRADE está en una posición «intermedia»¹² entre el autónomo y el trabajador por cuenta ajena, esto debería reflejarse en materia preventiva.

⁹ Acerca de las razones para su aprobación, entre otros, resulta interesante VALDÉS DAL-RÈ, F.: «Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo», *Relaciones Laborales*, 2008-I, págs. 83 y ss.

¹⁰ Sobre esta cuestión, entre otros, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La prevención de riesgos en el trabajo por cuenta propia. Autónomos y seguridad laboral», *Seguridad y Medioambiente*, núm. 109, 2008, págs. 18 y ss. Aspecto criticado por la doctrina; FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Algunos aspectos relativos a la prevención...», *op. cit.*, pág. 258; MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Protección de la salud...*, *op. cit.*, pág. 104.

¹¹ Como resulta patente, la **LETA** no introduce niveles reforzados de tutela para el TRADE; OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, pág. 33. A similar conclusión, en relación con el déficit de tutela del autónomo en la normativa preventiva, llegan LÓPEZ ANIORTE, C. y RODRÍGUEZ EGÍO, C.: «El accidente de trabajo...», *op. cit.*, págs. 5 y ss.

¹² Esta es la calificación que utiliza el [Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Nuevas tendencias del trabajo autónomo: El caso específico del trabajo autónomo económicamente dependiente»](#), de 23 de

La normativa de prevención de riesgos laborales, tradicionalmente –un claro ejemplo lo encontramos en el [Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre](#), por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción–, ha oscilado entre aproximar al autónomo al empresario o al trabajador, con una clara tendencia hacia lo primero, asignándole concretas obligaciones. En el caso del TRADE, nos parece, su especial forma de prestar servicios debería llevar hacia una regulación con una vocación de clara equiparación, al menos en algunos aspectos básicos, al trabajador dependiente y con una simplificación importante en orden al cumplimiento de otras obligaciones, pues la presencia del cliente condiciona su capacidad decisoria y en buena medida, como veremos, su posibilidad de autotutela.

La [LETA](#), con algunas salvedades, se limita a realizar un elenco y sistematizar obligaciones previamente establecidas en la normativa preventiva, sin que pueda decirse que se trate de un texto excesivamente innovador en este ámbito. Plantea, por ello mismo, un alto grado de insuficiencia, con lagunas legales patentes y una serie de dificultades aplicativas, con origen en su mayor parte en la descoordinación o la desconexión normativa entre distintos textos legales, entre los derechos reconocidos y las obligaciones impuestas, y en las dificultades para el cumplimiento. Asistimos a casos de extensión o de aplicación extensiva de una norma, sin reparar en la inaplicación de los presupuestos de hecho indispensables para su correcto funcionamiento. Por tanto, son notorias las deficiencias en los engranajes legales entre unas y otras disposiciones.

El tema, desde luego, no es nuevo, pero algunas de estas dificultades, en lugar de corregirse, vuelven a reiterarse a la luz de nuevas disposiciones, en especial, tras la aprobación de la [Ley 31/2015, de 9 de septiembre](#), por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social¹³. A lo anterior ha de añadirse que la sucesión de normas de fomento del autoempleo y del trabajo autónomo, unida a la extensión imparable de la externalización productiva¹⁴ y la co-

febrero de 2010 (2011/C 18/08), DOCE de 19 de enero de 2011, C 18/44, ponente: José María ZUFIAUR NARVAIZA. También GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos», *Temas Laborales*, núm. 81, 2005, pág. 161; PAZOS PÉREZ, A.: «Régimen jurídico del trabajo por cuenta propia con especial referencia al trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE)», *Dereito*, vol. 21, núm. 2, 2012, pág. 69.

¹³ BOE de 10 de septiembre. La norma en la práctica arroja pocas novedades, destacando los incentivos al autoempleo y algunas modificaciones en relación con la prestación de desempleo y su compatibilidad con el trabajo por cuenta propia o el pago único de la prestación –incluida la prestación por cese de actividad–. *In extenso*, PANIZO ROBLES, J. A.: «Los aspectos de Seguridad Social contenidos en la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social», www.laboral-social.com, septiembre 2015.

¹⁴ En esta materia se ha convertido ya en un clásico el estudio de DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C.: «Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia», *Relaciones Laborales*, 2000-I, págs. 445 y ss.

laboración empresarial, llevan a pensar en un aumento progresivo del número de autónomos¹⁵, y también de TRADE¹⁶, exigiendo una revisión de las tutelas brindadas en diversos ámbitos y en lo que ahora nos ocupa, en materia de seguridad y salud en el trabajo.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE TRADE, CONTROL DE RIESGOS E INCIDENCIA EN LA TUTELA DE LA SEGURIDAD Y SALUD

2.1. ALGUNOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL CONCEPTO DE TRADE Y SU INCIDENCIA EN EL CONTROL DE RIESGOS

Como es bien sabido, la **LETA** parte de una definición legal de trabajador autónomo que sirve de base para la construcción del concepto de TRADE, que a la anterior suma una serie de requisitos imprescindibles y cumulativos. Está lejos de nuestra intención realizar una delimitación conceptual de la figura, profusamente tratada por la doctrina¹⁷. Nuestro objetivo, bastante

¹⁵ Sobre esta tendencia, constatada a nivel mundial, puede verse el documento OIT, «[Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación](#)», resumen ejecutivo, 2015, pág. 3. Algunos datos interesantes en LÓPEZ I MORA, F.: «Un año y medio de Estatuto del Trabajo Autónomo y su infradesarrollo: Y en eso llegó una gran crisis económica», *REVESCO*, núm. 96, 2008, págs. 89 y ss. Si, como decía hace algunos años el profesor GARCÍA MURCIA, J.: «El Estatuto del trabajo autónomo: Algunos puntos críticos», *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2007, pág. 2.156, este era un terreno ajeno a las inquietudes iniciales del Derecho del Trabajo, el papel central adquirido por la tutela del empleo, la diversidad del mundo del trabajo y de la empresa y la búsqueda del reequilibrio de los poderes de las partes hacen que en la actualidad nuestra disciplina no pueda dar la espalda a una innegable realidad, en notable crecimiento, que afecta a un número no desdeñable de personas, que no tienen otro medio de vida que su capacidad laboral o profesional. Aunque en otros términos, y desde la necesidad de una nueva conceptualización de la disciplina, también para LEDESMA ITURBIDE, D. M.: «Una propuesta para la reformulación de la conceptualización tradicional de la relación de trabajo a partir del relevamiento de su especificidad jurídica», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2013, pág. 105, orientar los instrumentos de tutela solo a los trabajadores dependientes importa una merma de legitimidad de nuestra área, hoy injustificada y disfuncional, que conduce a que nuestra disciplina no resulte ser la herramienta eficaz que fuera en punto al reconocimiento del sujeto trabajador necesitado de tutela, como realización práctica de la justicia.

¹⁶ Es verdad que hasta el momento los datos no son muy halagüeños; el colectivo fluctuaría entre los 200.000 y los 300.000, mientras sería ínfimo el número de contratos registrados y Acuerdos de Interés Profesional suscritos, algo que pondría en duda las bondades de la creación y regulación de los TRADE, según los datos manejados por AGUT GARCÍA, C. y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: «La regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente en España: Un análisis crítico comparado con Italia», en *Working Paper Adapt*, 8 de febrero de 2012, núm. 124, pág. 2.

¹⁷ Entre otros, puede verse AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador autónomo económicamente dependiente*, Granada: Comares, 2015, en especial págs. 51 y ss.; CALVO GALLEGU, J.: «Los trabajadores autónomos dependientes: una primera aproximación», *Temas Laborales*, núm. 81, 2005, págs. 41 y ss.; HERNÁNDEZ NIETO, J. A.: «La desnaturalización del trabajador autónomo: El autónomo dependiente», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo (RUCT)*, núm. 11, 2010, págs. 177 y ss.; LUJÁN ALCARÁZ, J.: «Los Trade, tres años después», *Aranza-di Social*, núm. 17, 2011, BIB 2010/2927; MERCADER UGUINA, J. R. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Comentario a la

más modesto, se detiene en resaltar algunos aspectos de la misma que resultan importantes a la hora de afirmar el condicionamiento operado en el control de los riesgos¹⁸ y confirmar la deficiente situación de tutela del TRADE en un ámbito de vital importancia, extrayendo la necesidad de una mayor implicación del cliente en su protección. Con el resultado de este análisis pretendemos reafirmar la primera impresión extraída de que, en puridad, aunque es el autónomo quien organiza su actividad y, por ello mismo, determina libremente los medios necesarios para su desarrollo, que debieran garantizar también su seguridad, concurren una serie de matizaciones que quiebran este punto de partida y que ponen el foco de atención en la «participación», «colaboración» o necesaria «corresponsabilidad» del empresario cliente en este ámbito.

Partiendo de la definición legal del TRADE contenida en el artículo 11.1 de la **LETA** como aquel que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales, los aspectos más relevantes de la definición legal que inciden en esta cuestión serían sintéticamente los que siguen.

Frente a posiciones que abogaban por una delimitación más flexible, la **LETA** opta por una noción bastante rígida de dependencia económica¹⁹ que, por una parte, excluye a un importante número de trabajadores de la consideración como TRADE y, por otra, nos pone sobre la pista de un empresario casi exclusivo, prevalente y que debiera asumir un papel mucho más activo, así al menos lo entendemos nosotros, en materia preventiva.

Como es notorio, desaparece de la definición legal el criterio delimitador de hallarse fuera del círculo organizativo y directivo del empresario. Y aunque la única dependencia admitida es la económica, el legislador parece tener clara consciencia de que una colaboración más o menos duradera y casi exclusiva con el cliente no permite al trabajador permanecer al margen de su

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo», *Relaciones Laborales*, 2007-II, págs. 1.148 y ss.; NAVARRO, C. y CASTELLANOS, I.: «Delimitación conceptual del trabajador autónomo económicamente dependiente (STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 18 de junio de 2010)», en *Anuario Laboral para Abogados 2011*, Madrid: La Ley, 2001, págs. 1 y ss. de la versión consultada en www.laleydigital360.

¹⁸ A esta idea, luego escasamente reflejada en el texto de la **LETA**, apuntaba el Informe de la Comisión de Expertos ya citado, pág. 117 al afirmar que el trabajador autónomo en determinadas situaciones «deja de ser controlador único de la forma de prestar su actividad profesional y, por tanto, el único llamado a evitar los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales». También GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El tratamiento de los riesgos...», *op. cit.*, pág. 161, para quien en estas situaciones se produce una externalización del poder de control, extraído del patrimonio del autónomo para atribuirse a la empresa contratante.

¹⁹ Requisito que además prácticamente absorbe a la habitualidad que define al trabajo autónomo, así AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador...*, *op. cit.*, pág. 57. Sobre esta compleja cuestión, por todos, CERVILLA GARZÓN, M. J.: «Revisión de la "habitualidad" exigida a los trabajadores autónomos a la luz de su Estatuto y de las resoluciones judiciales», *Actualidad Laboral*, 2011-II, págs. 1.879 y ss.

círculo organicista y rector, pues sin duda la organización desplegada por el cliente afecta a la prestación desarrollada por el TRADE de forma determinante. Incluso el propio preámbulo de la [LETA](#) afirma que estamos ante «un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena», aspecto que al menos en el ámbito que nos ocupa está lejos de alcanzarse.

Por su parte, asistimos a una identificación legal de su autonomía con el hecho de desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiera recibir de su cliente [art. 11.1 d) [LETA](#)]. La utilización por parte de la norma de conceptos de difícil delimitación jurídica, interpretados a la luz de las circunstancias del supuesto concreto, no hace sino complicar el entendimiento del alcance real de la posible «sujeción» (que no dependencia) del trabajador²⁰ a su empresa cliente, en ocasiones ligada a la forma de desarrollo de la actividad y con especial incidencia en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Esto es, aunque en puridad el TRADE es responsable de la organización de su propia actividad, esta se ve en cierto modo condicionada por la prestación prevalente al cliente. La norma parece apuntar a que resulte tangible el carácter autoorganizado de la prestación, sin perjuicio de cierta dependencia técnica que no comprometa su independencia en el ámbito jurídico. Qué duda cabe que en la práctica la frontera entre las órdenes a cargo del empresario (propias de la dependencia) y las indicaciones técnicas se desdibuja, quedando conectadas también estas a la mayor o menor especialización de la actividad desarrollada por el TRADE y su cualificación.

A ello debemos añadir que se parte de la utilización por parte del TRADE de una infraestructura y del material propio necesario para el ejercicio de su actividad e independientes de los de su cliente, caso de que en dicha actividad sean relevantes económicamente [art. 11.1 c) [LETA](#)]. Estamos de nuevo ante un concepto jurídico indeterminado, de no fácil delimitación, que lleva a que algunos instrumentos, herramientas y análogos, de escaso valor económico, sean de titularidad empresarial y, por tanto, debería este responder plenamente de sus condiciones de utilización y seguridad, más allá del cumplimiento exigido legalmente de informar sobre su uso, cuestión que ampliaremos *infra*.

A contrario sensu, si tenemos en cuenta que la titularidad de establecimientos, locales comerciales e industriales o de oficinas y despachos abiertos al público excluye la consideración como TRADE (art. 11.3 [LETA](#)), podemos hacernos una idea del tipo de actividades a las que apunta la norma y la clara posición de debilidad que caracteriza al TRADE, cuestión a la que ya nos hemos referido.

²⁰ Para GARCÍA MURCIA, J.: «Trabajo autónomo...», *op. cit.*, pág. 519, el autónomo en muchos casos se encuentra en una situación muy próxima a la del trabajador por cuenta ajena, desde el punto de vista de su subordinación funcional y de su dependencia económica. En la misma línea, MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Protección de la salud...*, *op. cit.*, pág. 23. También AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador...*, *op. cit.*, pág. 61, considera que tiene una posición fáctica de sometimiento a la voluntad empresarial.

Sin lugar a dudas, uno de los elementos delimitadores que en estos momentos merece especial atención es el que hace alusión [art. 11.2 b) **LETA**] a que el TRADE no debe ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente²¹. Sin perjuicio de las dificultades que implica la propia delimitación legal por referencia a ejecutar la actividad de forma «indiferenciada», dado que la fórmula no tiene un significado jurídico preciso²², este elemento es crucial, de manera que la confusión entre esta y otras prestaciones laborales es rasgo *cuasi* ineludible de plena dependencia organizativa. Ello parece apuntar a que se está partiendo del presupuesto de que en la mayor parte de los supuestos el TRADE presta servicios en el centro de trabajo del cliente, junto a sus trabajadores, sin necesidad de que exista una separación física entre ellos. Ahora bien, lo que sí tendrá que haber es una clara diferenciación de actividades, los medios habrán de ser distintos y deberán desarrollarse en manera diversa²³. Aunque en buen número de ocasiones no será fácil de delimitar. Nada impide, igualmente, ni la presencia de más de un TRADE ni que trabajen indiferenciadamente con otros autónomos, en colaboración con ellos. Ello es lo que seguramente ha llevado al planteamiento de la **LETA** de equiparación entre autónomos y TRADE en el ámbito preventivo, centrándose en los supuestos de coincidencia empresarial. No obstante, partiendo de las particulares circunstancias del TRADE ahora enunciadas, resulta insuficiente su tutela únicamente en función del factor locativo (el centro de trabajo del cliente) y en términos de información, coordinación y, en su caso, instrucciones. Por un lado, la presencia en el centro de trabajo debe granjearle una mayor protección y, por otro, sin cambiar los otros aspectos aludidos, cabe imaginar múltiples formas y lugares de desempeño de la actividad, que no quedan legalmente cubiertos. De todo lo anterior deriva con meridiana claridad que no es el TRADE el sujeto más adecuado para garantizar el derecho, por la alteración en el control de riesgos, el dominio del cliente y su debilidad contractual y económica.

Un elemento poco valorado y que resulta de crucial importancia a la hora de diseñar el régimen de tutela de la seguridad y salud del trabajador autónomo es el relativo a la continuidad²⁴ del vínculo que une al TRADE con el cliente, con independencia de la posible duración temporal del contrato (art. 12.4 **LETA**, «el contrato se presumirá por tiempo indefinido cuando no se hubiera fijado una duración o un servicio determinado»).

²¹ Más dudosa resulta la aplicación de la regla a los trabajadores de las empresas de trabajo temporal o a los de la contratista, en principio excluidos; en tal sentido, pueden verse las consideraciones de AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador...*, *op. cit.*, pág. 82.

²² AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador...*, *op. cit.*, pág. 81.

²³ En esta línea se mueve la doctrina, AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador...*, *op. cit.*, pág. 81.

²⁴ Resaltado por autores como MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Protección de la salud...*, *op. cit.*, pág. 22.

2.2. LA POSIBILIDAD DE CONTRATAR TRABAJADORES: EL TRADE COMO EMPRESARIO Y GARANTE EN MATERIA PREVENTIVA

Sentadas las anteriores dificultades derivadas de la configuración legal del TRADE y las escasas miras de la **LETA**, en la actualidad debemos añadir que, como quien no quiere la cosa, el legislador ha alterado uno de los requisitos esenciales en la delimitación de la figura del TRADE²⁵, el de no tener trabajadores a su servicio. Hasta la reciente reforma legal (**Ley 31/2015, de 9 de septiembre**) era requisito esencial que el TRADE no tuviera a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratase o subcontratase parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes. A tenor de la nueva redacción legal, esta prohibición de tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena no será de aplicación en una serie de supuestos y situaciones en los que se permitirá la contratación de un único trabajador. Al margen de las dudas que esta posibilidad pueda generar desde otras perspectivas, en especial desde la óptica de las dificultades económicas que va a encontrar el TRADE, solo en parte paliadas con la percepción de incentivos, nos centraremos de forma exclusiva en las cuestiones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo. Las nuevas previsiones relativas a la imposibilidad de extinción del contrato²⁶ en los casos de contratación de un trabajador pueden ser un acicate para que el TRADE recurra a esta solución pero, como veremos, supone una importante carga de obligaciones en materia preventiva, que podrían dificultar e incluso impedir el ejercicio de sus derechos, en especial en relación con la lactancia natural.

Al margen de otros supuestos relacionados con la maternidad-paternidad y el ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, parece singularmente interesante, desde la perspectiva que nos ocupa, la referencia a los supuestos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses²⁷. La norma ha servido también para resolver una laguna de la **LETA** que no contemplaba expresamente la interrupción por estas causas,

²⁵ No obstante, la doctrina no es unánime a la hora de valorar la relevancia de este criterio delimitador o de esta nota. Así para OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2010, pág. 3 de la versión consultada en www.laleydigital360.es, no debiera resultar definitorio. Sin embargo otros autores consideran que la implicación personal del trabajador se ve fortalecida con esta exigencia, dado que la prestación es exclusivamente personal, forma parte de su propia configuración; AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador...*, *op. cit.*, págs. 57 y 79.

²⁶ Sobre la inseguridad jurídica de la facultad extintiva sujeta a la valoración del perjuicio por el empresario y las dudas sobre su compatibilidad con el derecho a la no discriminación por razón de sexo y a su derecho a la integridad física y a la protección adecuada de su seguridad y salud se pronunciaba FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Algunos aspectos relativos a la prevención...», *op. cit.*, pág. 267. En el mismo sentido, LÓPEZ RUBIA, E.: *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pág. 211.

²⁷ En general sobre esta cuestión, NAVARRO NIETO, F.: «La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural», *Relaciones Laborales*, 2012-I, págs. 41 y ss. También LÓPEZ RUBIA, E.: *Regulación jurídica y preventiva...*, *op. cit.*, en especial págs. 157 y ss.

ahora previstas expresamente en la letra e) del apartado 1 del artículo 16, aunque la doctrina las consideraba naturalmente incluidas en la letra d) junto a la incapacidad temporal, maternidad y paternidad, en una interpretación sistemática con el artículo 4.2 de la **LETA**, juzgándolo un mero olvido del legislador²⁸. Al decir del precepto legal «en estos supuestos, el Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente, tendrá el carácter de empresario, en los términos previstos por el artículo 1.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores».

De un lado, no resulta dudoso que en tales circunstancias, y aunque se trate de situaciones transitorias perfectamente justificadas, el TRADE se convierte en empleador, complicándose enormemente su posición jurídica en materia de prevención de riesgos laborales y resaltándose más su doble vertiente trabajador-empresario, titular de derechos y de deberes. Carácter de empresario que ya ponía de manifiesto con acierto el artículo 8.8 de la **LETA**, inaplicable en un principio a los TRADE. Evidentemente, y pese a las notorias dificultades que ello plantea, el TRADE que contrata a un trabajador –aunque sea temporalmente– va a tener que garantizarle la seguridad y salud en los exactos términos contenidos en la **LPRL**. Si como señalamos anteriormente, la extensión sin más de la **LPRL** resulta de todo punto inadecuada, esta es la que se deriva de la nueva regulación legal, de forma que para el TRADE será en extremo gravoso, también desde esta perspectiva, operar la sustitución legalmente prevista de su persona por otro trabajador. Al menos tres conclusiones se derivan de la nueva situación creada por la reforma. En primer lugar, resulta patente la necesidad de los pertinentes ajustes legales que simplifiquen y adapten la **LPRL** al cumplimiento eficaz y eficiente de la deuda de seguridad por parte del TRADE para con su trabajador dependiente. En segundo lugar, la problemática suscitada apunta a la necesidad de implicar al cliente en la tutela de la salud del TRADE, papel sin duda más activo que simplificará también, qué duda cabe, la carga asignada al TRADE. En último lugar, pero no menos importante, exige una especial atención a la resolución de una serie de dudas ya suscitadas en relación con la propia tutela de la TRADE embarazada o en periodo de lactancia, ahora de nuevo de actualidad. Cuestiones que abordaremos con mayor detalle a continuación.

3. ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LA TUTELA DE LA SEGURIDAD Y SALUD DEL TRADE: LOS «VIEJOS» Y PERSISTENTES PROBLEMAS

3.1. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LETA: LAGUNAS Y DIFICULTADES APLICATIVAS

A la hora de enjuiciar y valorar la regulación contenida en la **LETA** en relación con la tutela del derecho a la seguridad y la salud del TRADE resulta oportuno partir del planteamiento

²⁸ FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Algunos aspectos relativos a la prevención...», *op. cit.*, pág. 266.

de que toda persona que pretende satisfacer sus necesidades económicas, a través de su trabajo personal, con independencia de la forma de prestación, no siempre fruto de una libre opción, debe gozar de un estatuto mínimo de derechos laborales, entre los cuales, junto a la retribución suficiente, el derecho a no ser discriminado, la igualdad de oportunidades y de trato por razón de género o la protección de situaciones de necesidad, por señalar solamente los más significativos, debe incluirse la protección de su seguridad y salud laborales²⁹. Y este derecho mínimo no queda plenamente garantizado con la normativa actualmente en vigor.

A pesar de que en su momento el tema de la seguridad y salud del autónomo en la **LETA** despertó un importante grado de interés en la doctrina e, incluso, de forma bastante optimista se afirmó que brindaba una tutela adecuada y que suponía una importante novedad³⁰, en realidad la regulación contenida en la norma deja mucho que desear. Son escasamente cuatro los preceptos que se ocupan de la cuestión [arts. 4.3, 5 b), 8 y 16.1 c) y e), a lo que podemos añadir la disp. adic. 12.^a]. Aparte del escaso número de preceptos, el contenido resulta poco innovador y se echan en falta importantes esfuerzos por adaptar realmente los derechos y obligaciones en la materia a la peculiar figura del trabajador autónomo y, de modo particular, del TRADE.

En primer lugar, resulta importante destacar que aun cuando como punto de partida la norma toma el reconocimiento del derecho del TRADE a la integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo [art. 4.3 e) **LETA**], en unos términos equiparables³¹ a los contemplados en el ET (**RDLeg. 2/2015, de 23 de octubre**, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) o en la **LPRL**, en la práctica este derecho se desvanece entre la generalidad y falta de concreción de su contenido, la escasa exigibilidad y las dificultades aplicativas inherentes al mismo. De esta forma, la **LETA** no logra un resultado de garantía del derecho a la seguridad y salud del TRADE primando su faceta como sujeto obligado³²

²⁹ En esta línea, CASAS BAAMONDE, M. E y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El trabajo autónomo y el Derecho del Trabajo», *Relaciones Laborales*, núm. 7/8, 2000, pág. 4 de la versión consultada en www.laleydigital360.es.

³⁰ Algunos autores incluyen el tratamiento de la prevención de riesgos laborales entre los mayores avances legales, así OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho...*, *op. cit.*, pág. 16. También AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador...*, *op. cit.*, págs. 211 y ss., considera que cambia sustancialmente su situación marginal anterior y la consideración básicamente como garante de su propia seguridad, aunque admite que el artículo 8 de la **Ley de Empresas de Trabajo Temporal** se ha quedado bastante corto.

³¹ No obstante, autorizada doctrina pone el acento en la sustitución del adjetivo «eficaz» por el de «adecuada», que pretende ya marcar distancias y señalar, con discutible fortuna, el diferente régimen de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo que uno y otro supuesto forzosamente reclaman desde el punto de vista técnico, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La prevención de riesgos...», *op. cit.*, pág. 21.

³² Conclusión ya alcanzada en su día por el profesor MOLINA NAVARRETE, C.: «**Trabajadores en la frontera: Comentario al Estatuto del trabajo autónomo**», *RTSS.CEF*, núm. 295, 2007, pág. 94. A pesar de que se considera que la **LETA** supuso un avance importante en el reconocimiento de derechos como el relativo a la seguridad y salud, faltan medidas específicas que permitan el ejercicio de tales derechos; CERVILLA GARZÓN, M. J.: «La política de fomento del trabajo por cuenta propia basada en la consolidación de sus derechos: El referente de la Ley Andaluza de Promoción

por diversas razones, siendo las principales su poder de autoorganización, matizado en el epígrafe anterior³³, y el elemento locativo, la coincidencia en el centro de trabajo, a los que dedicaremos la debida atención *infra*.

A nuestro juicio, la primera gran quiebra del reconocimiento del derecho a la protección adecuada deriva del hecho de que, como resulta patente, no viene acompañado del correlativo deber a cargo de otro sujeto. Algo que si bien puede considerarse no exento de lógica en el caso del autónomo «puro», plantea las pertinentes dudas en relación con el TRADE. En segundo término, y no menos importante, son patentes las distancias con la regulación contenida en la **LPRL** pues allí, poniendo el punto de mira en ese correlativo deber anunciado y aquí inexistente, se intenta dotar de contenido a la posición de deuda empresarial a través de una enumeración legal de obligaciones, más o menos específicas, que se regulan posteriormente con un importante grado de detalle. Y nada de eso está presente en la delimitación legal del derecho a la seguridad y salud del TRADE. No obstante, la **LETA** no es completamente ajena a un amago de determinación del contenido del derecho en su artículo 8, que se ocupa de cuestiones diversas y cuyo estudio se abordará en un apartado posterior.

En tercer lugar, seguramente porque no le ha parecido conveniente una mayor implicación de otros sujetos y de forma bien intencionada aunque poco eficaz, la **LETA** pone el acento en la llamada a un rol más activo en la tutela de las Administraciones públicas, por medio de actividades de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento por los trabajadores autónomos de la normativa de prevención de riesgos laborales (art. 8.1 **LETA**)³⁴. Asimismo, se insta a la participación de los trabajadores autónomos en programas de formación e información de la prevención de riesgos laborales. Referencias que figuraban también en la **Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012)** y en la actual (2015-2020) que los sitúa entre los colectivos vulnerables, objeto de análisis específico, pero sin diseñar medidas concretas, mostrando también su preocupación por las microempresas. Sin lugar a dudas, pese a las incógnitas planteadas y las dificultades en orden a la exigibilidad del cumplimiento³⁵, el precepto legal vincula a las Administraciones públicas que tienen verdaderos deberes en la materia,

del Trabajo Autónomo», *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2013, pág. 1 de la versión consultada en www.laleydigital.es. Sobre las medidas preventivas y sancionadoras que se preveían en la propuesta de Estatuto, por todos, MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Protección de la salud...*, *op. cit.*, págs. 49 y ss.

³³ También en el Informe de la Comisión de Expertos citado con anterioridad, pág. 112 se viene a afirmar que la autoorganización de su trabajo queda mediatizada por la propia empresa para la que prestan servicios, manteniendo ciertas concomitancias con la del trabajador subordinado, requiriendo una tutela más intensa.

³⁴ Con mayor amplitud, AGUILAR MARTÍN, M. C.: «Intervenciones de las Administraciones públicas en la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos. A propósito de los apartados 1 y 2 del artículo 8 del Estatuto del trabajo autónomo», *RTSS.CEF*, núms. 353-354, 2012, págs. 143 y ss.

³⁵ Dificultades que no escapan a cualquier observador, aun cuando se califique como deber público de prestación y se resalte el papel activo de la Administración, OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, págs. 56 y ss.

en coherencia también con las previsiones contenidas en el artículo 40.2 de la CE que manda a los poderes públicos «velar por la seguridad e higiene en el trabajo», sin distinción. Ahora bien, la tutela así concebida resulta sin duda de todo punto insuficiente. Son todavía escasas las actuaciones de promoción llevadas a cabo por las Administraciones públicas, aunque existen algunas ayudas para proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales³⁶. En su mayor parte las ayudas, el fomento o el asesoramiento en materia de formación vienen de la mano de las asociaciones de autónomos, en especial, de la Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos; por ejemplo, el convenio de prevención para la aplicación e integración de actividades preventivas de profesionales autónomos de forma sencilla. Donde se incluye, por ejemplo, la realización de la evaluación de riesgos, cuya obligatoriedad es más que dudosa, la formación especializada en el sector de actividad desarrollado y un examen de salud específico relativo a los riesgos relacionados con la actividad desempeñada³⁷.

En relación con la vigilancia y el control, no resulta dudoso, pese a la ausencia de referencias legales expresas en la reciente Ley Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (*Ley 23/2015, de 21 de julio*), corresponde a la Inspección vigilar el cumplimiento de los distintos sujetos implicados en la prevención de riesgos laborales y, en concreto, del TRADE, con la propuesta, en su caso, de las correspondientes sanciones. Ahora bien, las dudas suscitadas por el texto legal y la propia oscuridad en la delimitación de las obligaciones legales no hacen muy probable este control más allá de los supuestos de coordinación preventiva y, nada en absoluto, en relación con el «presunto» deber de autotutela, de perfiles difusos, que afecta al trabajador autónomo. La falta de delimitación clara de las obligaciones dificulta la labor inspectora, pese a la ubicación de los autónomos entre los posibles sujetos responsables por parte de la LISOS (*RDLeg. 5/2000, de 4 de agosto*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social).

Al hilo de lo anterior, si nos asomamos a las previsiones contenidas en el artículo 5 b) de la LETA, incluye entre los deberes profesionales básicos del TRADE el de «cumplir con las obliga-

³⁶ La ley andaluza prevé el desarrollo de una actividad de fomento de la prevención a cargo de las Administraciones públicas, centradas en la difusión de la cultura integral de la prevención, asesoramiento público, vigilancia, establecimiento de ayudas económicas y en materia de formación, con una especial atención al TRADE. *In extenso*, CERVILLA GARZÓN, M. J.: «La política de fomento...», *op. cit.*, págs. 5-6. A título meramente ejemplificativo, la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía ofrece subvenciones a pymes y autónomos en determinados sectores para realización de proyectos e inversiones en materia de control de riesgos laborales; las bases se encuentran en la Orden de 16 de mayo de 2011, aunque la convocatoria está ahora cerrada, *vid.* <http://www.juntadeandalucia.es/servicios/ayudas/detalle/59115.html>.

³⁷ A título de ejemplo, recientemente se ha firmado un convenio de colaboración entre la Asociación de Trabajadores por Cuenta Propia de la Comunidad de Madrid, la Asociación Madrileña de Trabajadores de Servicios y el Instituto Regional de Seguridad y Salud, en el que se comprometen a trabajar juntos y que permitirá la coordinación de las actividades relacionadas con la prevención de riesgos laborales incluidas en el IV Plan Director de Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad 2013-2016. Sobre esta y otras cuestiones puede consultarse su web www.ata.es.

ciones en materia de seguridad y salud laborales que la Ley o los contratos que tengan suscritos les impongan, así como seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios». De esta prescripción legal surge una nueva interrogante en la medida en que se plantean severas dudas a la hora de concretar cuáles serían las mencionadas obligaciones que resultan de aplicación al TRADE, en su acepción clásica (sin trabajadores a su servicio). Aparte de las prescripciones más o menos claras en esta materia contenidas en la normativa específica del sector de la construcción a la que nos referiremos *infra*, la principal dificultad radica en considerar si podría entenderse ahí incluida la LPRL o no. Aun cuando autorizada doctrina en la materia llegue a considerar que se produce una aplicación sobrevenida de la LPRL y su normativa de desarrollo a los autónomos sin asalariados, con la correspondiente necesidad de analizar individualizadamente las distintas obligaciones preventivas para determinar su aplicación o no³⁸, descartamos dicha extensión «implícita» y no podemos más que coincidir con quien resalta la falta de seguridad jurídica que ello impondría al régimen de responsabilidades por incumplimiento de unas obligaciones por determinar³⁹. Como hemos señalado, del tenor del artículo 3 de la LPRL solamente puede derivarse la aplicación de aquellos preceptos legales que expresamente hacen alusión como sujeto obligado o titular de derechos al autónomo.

Las referencias a los contratos y los acuerdos colectivos⁴⁰ remiten, lógicamente, a la posibilidad de que tales instrumentos impongan obligaciones a los autónomos. Ahora bien, en el caso concreto del TRADE habrá que estar atentos a evitar fórmulas abusivas que impongan al TRADE obligaciones que excedan de su capacidad económica o de su capacidad de control de los riesgos laborales, siendo preciso más bien al contrario explorar fórmulas contractuales –individuales o colectivas– tendentes a la colaboración e implicación del cliente en la garantía de la salud del trabajador autónomo, de cuya actividad económica o profesional se beneficia prácticamente en exclusiva. En este sentido, el real decreto de desarrollo de la LETA (RD 197/2009, de 23

³⁸ OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, pág. 30. Por la inclusión, en especial tras la LETA, parece inclinarse FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Comentario al artículo 3. Ámbito de aplicación», en Sempere Navarro, A. V. (dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pág. 71. Por el contrario, MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Protección de la salud...*, *op. cit.*, pág. 27 se inclina por una aplicación parcial, no inclusión. En la misma línea, solamente los expresamente previstos, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: «La prevención de riesgos...», *op. cit.*, pág. 18; también LÓPEZ RUBIA, E.: *Regulación jurídica y preventiva...*, *op. cit.*, pág. 207.

³⁹ RODRÍGUEZ EGÍO, M. M.: «La ausencia de medidas preventivas...», *op. cit.*, pág. 21.

⁴⁰ Sobre los Acuerdos de Interés Profesional previstos para los TRADE, en cuyo estudio no hemos de entrar, entre otros, BERMÚDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes», *Actualidad Laboral*, 2008-I, págs. 2.687 y ss.; CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «Los acuerdos de interés profesional: Un balance de la negociación colectiva llevada a cabo al amparo del Estatuto del Trabajo Autónomo», *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011, pág. 34 y ss. Sobre el posible papel imprescindible de tales instrumentos en el fomento de la prevención y la adopción de medidas en este terreno, entre otros, OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, págs. 38-39. Pocos avances significativos, sin embargo, se aprecian en algún acuerdo de interés profesional tan señero como el de Panrico, aunque la empresa lo considera objetivo básico y prioritario junto al fomento de una nueva cultura de la prevención que avance en el desarrollo de la misma (art. 20).

de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos)⁴¹ en su artículo 4.3 d) sitúa la tutela en el ámbito de la voluntad contractual. En este sentido, considera que en el contrato estipulado entre el TRADE y su empresario cliente se podrá estipular la manera de mejorar «la efectividad de la prevención de riesgos laborales, más allá del derecho del trabajador autónomo económicamente dependiente a su integridad física y a la protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo». Derecho que, como vimos, se ostenta frente a la Administración pública (art. 8.1 **LETA**) y en cuya garantía podría y debería implicarse también al cliente.

3.2. EL DERECHO A INTERRUMPIR LA ACTIVIDAD EN SUPUESTOS DE RIESGO GRAVE E INMINENTE

Uno de los aspectos seguramente más llamativos para quien se acerque a la regulación legal contenida en la **LETA** es el relativo a la previsión expresa, entre los derechos del autónomo, de interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su salud (art. 8.7 **LETA**). Sin dudar de la loable intención de tutela del trabajador autónomo en situaciones extremas perseguida por el legislador, no cabe desconocer que la justificación de este derecho y su inclusión en el artículo 21 de la **LPRL** radica en las peculiares circunstancias de dependencia y sujeción en que se presta el servicio, de las que deriva un incisivo deber de obediencia, situación que, de entrada, no existe en el caso del trabajo autónomo⁴². De esta prescripción legal puede colegirse, no sin dificultades, que el legislador es consciente de la «modalización» en la libertad organizativa que sufren muchos autónomos y, de forma especial, el TRADE cuando se halla prestando servicios en el centro de trabajo del cliente, atendiendo esta particular circunstancia y tratando de reforzar su posición frente al mismo⁴³, siendo innecesaria de todo punto la regulación en el caso de un autónomo tradicional que presta su actividad independientemente, que no deberá dar cuenta alguna de su actuación en este sentido.

Aunque no haya una llamada expresa al texto de la **LPRL**, la delimitación del supuesto de hecho, la situación de riesgo grave e inminente y su valoración por el sujeto actuante debe enten-

⁴¹ Puede verse GALIANA MORENO, J. M. y SELMA PENALVA, A.: «El trabajo autónomo dependiente dos años después de la aprobación del Estatuto del trabajo autónomo. Aportaciones prácticas del RD 197/2009 que desarrolla la Ley 20/2007», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009, págs. 291 y ss.; MERCADER UGUINA, J. R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Comentario al RD 97/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo», *Relaciones Laborales*, 2009-I, págs. 909 y ss.

⁴² Así, se ha considerado que atendida la inexistencia de subordinación esta facultad es intrínseca a su propia configuración legal, aun sin ánimo de desmerecer el reconocimiento legal, AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador...*, *op. cit.*, pág. 216.

⁴³ OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, pág. 83.

derse remitida implícitamente a aquel texto legal y a la conocida doctrina y escasa jurisprudencia sobre el tema nos remitimos. En esta misma línea de pensamiento, parece lógico entender que el cliente, en el caso que nos ocupa, debería suministrar al TRADE la información necesaria en los términos legales (LPRL) y, en su caso, adoptar las medidas oportunas en estas situaciones para que se pueda interrumpir la actividad, también en relación con el mismo, como presupuestos que permiten el ejercicio del derecho⁴⁴. Nótese, de todas formas, que la regulación legal se caracteriza por su parquedad y, por ello mismo, quedan sin resolver cuestiones de crucial importancia en orden a su aplicación práctica, entre otras, las relativas a las garantías para el trabajador autónomo que adopta la decisión de interrumpir su actividad, sí reguladas en el apartado 4 del artículo 21 de la LPRL. Y ello resulta de especial interés en el caso de una relación como la del TRADE caracterizada por una restricción de la libertad autoorganizativa aunque sea indirectamente impuesta por la dependencia económica del empresario prevalente. Otra de las cuestiones que suscita dudas es la relativa a la garantía de la «retribución» que, aparentemente, no se contempla y tampoco deriva del artículo 16. Aunque como es bien sabido el artículo 21 tampoco resuelve esta cuestión, el derecho a la remuneración puede extraerse sin demasiadas dificultades de la suma de la garantía genérica contenida en el precepto legal y de la garantía contemplada en caso de paralización decretada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social *ex* artículo 44 de la LPRL, unidas al juego de la genérica prescripción relativa a la imposibilidad de la prestación contenida en el artículo 30 del ET. Todas ellas aparentemente inaplicables al TRADE. El reconocimiento del derecho, sin más, con pocas garantías y escasa inmunidad retributiva, tiene poco sentido en el contexto de ausencia de dependencia del TRADE. La única referencia expresa es su consideración legal como interrupción justificada de la actividad profesional en el artículo 16.1 c), por definición no remunerada, y la salvedad contenida en el apartado 3 del mismo precepto legal que considera que no podrá justificar la extinción contractual por voluntad del cliente y, tratándose de un derecho expresamente reconocido, tampoco la sanción de ningún tipo por parte del cliente quien, de otro lado, no ostenta potestad disciplinaria alguna.

3.3. ¿VIENE OBLIGADO LEGALMENTE EL TRADE A ELABORAR UN PLAN (SIMPLIFICADO) DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES?

Con carácter general, y al margen de la nueva situación del TRADE-empleador, obligado en la actualidad a cumplir íntegramente, con las salvedades legalmente admitidas en atención al tamaño de la empresa (por ejemplo, auditoría), la normativa preventiva, la respuesta, a la vista de los mandatos legales, no puede ser más que negativa, pese a que de la misma derive el entorpecimiento del cumplimiento de otras obligaciones que sí se imponen al TRADE y de

⁴⁴ Un sector doctrinal considera que ya que el legislador ha decidido regular esta facultad del trabajador, debería haber previsto también las obligaciones empresariales; MARTÍNEZ ABASCAL, A.: «El Estatuto del Trabajo Autónomo: Alcance protector y linderos del Derecho del Trabajo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 2/2008, BIB 2008/572, pág. 16 de la versión digital consultada en Aranzadi Experto.

la necesidad de propuestas innovadoras que resuelvan esta situación. Es bastante certero afirmar que no existe en la regulación legal previsión ninguna expresa que imponga al TRADE la obligación de realizar un plan de prevención. Deber que no puede extraerse en modo alguno del correo artículo 3.1 de la LPRL ni del genérico deber contenido en el artículo 5 b) de la LETA. Dado que el primero no los incluye expresamente, *a contrario sensu* habrá que entenderlos excluidos, aun cuando puedan derivarse derechos y obligaciones, se entiende que de su previsión indubitada en la propia ley o en sus disposiciones de desarrollo (así, en el RD 1627/1997 de seguridad en la construcción citado). Si nos atenemos al tenor literal del artículo 16 de la LPRL el destinatario de las obligaciones es el empresario y el titular del derecho el trabajador, por tanto, en principio, y sin perjuicio de los pertinentes cambios legales, el autónomo, y en el caso que nos interesa, el TRADE no está legalmente obligado a realizar un plan de prevención, evaluación de riesgos o planificación preventiva⁴⁵. Para alcanzar esta conclusión no es un dato baladí el relativo a que el TRADE aunque sea titular con frecuencia de una infraestructura productiva y material propios, si son relevantes económicamente, no es titular de establecimientos o locales comerciales o industriales y, a nuestro juicio, el plan debe ir ligado inexorablemente, en los términos legales, a la estructura organizativa de la empresa. Tampoco cabe extraer de las previsiones legales que ostente el derecho, algo seguramente cuestionable, a que su «puesto de trabajo» o «actividad profesional» sea evaluado individualizadamente por el cliente, más allá de la genérica alusión a que tome en consideración a la hora de elaborar su evaluación de riesgos, los que puedan dimanar de su presencia. Tal afirmación hace prácticamente imposible el cumplimiento del resto de obligaciones legalmente impuestas al TRADE para la coordinación preventiva.

Como hemos señalado, el Real Decreto 1627/1997 establece una serie de obligaciones a cargo del autónomo en su artículo 12, entre las que se incluyen aplicar los principios legales de la acción preventiva, cumplir las obligaciones del anexo IV el real decreto, cumplir con las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales establecidas legalmente para los trabajadores asalariados (art. 29.1 y 2 LPRL) y ajustar su actuación en la obra a los deberes legales de coordinación, así como utilizar los equipos de trabajo y equipos de protección (y elegirlos), atender las indicaciones y cumplir las instrucciones del coordinador en la obra y cumplir con el plan de seguridad y salud. En este precepto se aprecia, mejor que en ningún otro, la doble faz del trabajo autónomo, su posición si se quiere intermedia, en tanto que, junto a obligaciones propias del empresario se le extienden las correspondientes al trabajador por cuenta ajena. No hay que perder de vista la trascendencia de los principios del artículo 15 de la LPRL, entre los que se incluyen los de evitar los riesgos [letra a)], evaluar los que no se pueden evitar [letra b)] y planificar la prevención [letra g)], que resultan exclusivamente aplicables al TRADE que opera en el

⁴⁵ Para algunos autores, resulta desproporcionado exigir al autónomo la elaboración de un plan de prevención, aunque sea simplificado; OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, op. cit., pág. 75; sobre la inexistencia de obligación de evaluar riesgos para el autónomo sin trabajadores, pág. 76.

sector de la construcción⁴⁶. Pero es que, además, en puridad, tampoco es exactamente lo mismo evaluar los riesgos que realizar una evaluación de riesgos en los detallados términos previstos por el RSP (RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención). Pero esta determinación legal de las obligaciones, aunque insuficiente, no existe en la normativa común de aplicación.

Otra cosa bien distinta es que el TRADE, en su caso, deba cumplir las exigencias establecidas en el plan de prevención de la empresa cliente o de otras empresas en supuestos de coordinación empresarial, en la medida en que resulte de aplicación, por ejemplo, en relación con las medidas de emergencia en él previstas⁴⁷.

3.4. TRADE Y COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES PREVENTIVAS

Resulta patente que, partiendo de la definición legal del TRADE esbozada *supra*, unida a la extensión y generalización de las situaciones de externalización productiva y de colaboración entre empresas, con bastante frecuencia el TRADE va a encontrarse en el supuesto de coincidencia física con otras empresas y va a hallarse, de forma puntual o con cierta permanencia, en el centro de trabajo del empresario cliente, aunque cabe imaginar otros tipos de prestación, donde el elemento locativo no se dé. Como es bien sabido, no caben dudas en relación con que el hilo conductor de la LPRL es la protección de los trabajadores dependientes, de forma que viene a imponer obligaciones (y ciertos derechos) al autónomo solo cuando entra en contacto con empresarios con trabajadores a su servicio, puesto que de su actividad pueden derivar riesgos para estos últimos. En esta misma línea de planteamiento, con las salvedades ya hechas y con algunas modificaciones, se mueve la LETA.

Con un diseño escasamente innovador, viene a reiterar en los artículos 8.3, 4 y 5 el necesario respeto de las obligaciones consignadas en el artículo 24 de la LPRL. No nos corresponde en este lugar llevar a cabo un análisis en profundidad de un tema notablemente complejo y sobradamente estudiado por la doctrina⁴⁸, sino limitarnos a señalar las principales deficiencias y dificultades.

⁴⁶ Con mayor detalle, FERNÁNDEZ DOCAMPO, M. B.: *Seguridad y salud en las obras de construcción: Obligaciones y responsabilidades*, Pamplona: Aranzadi, 2003; ILLUESCA BALLESTER, H.: *Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2015; LÓPEZ GANDÍA, J.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción; legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, Albacete: Bomarzo, 2008; MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: «La siniestralidad laboral en el sector de la construcción. Mecanismos legales dirigidos a su prevención en el autoempleo», *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 8, 2007, Universidad de Valladolid, págs. 112 y ss.; MONGE FERNÁNDEZ, A.: *Responsabilidad y construcción. Aspectos laborales, civiles y penales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

⁴⁷ OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, pág. 74.

⁴⁸ ESCUDERO PRIETO, A.: *Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva*, Madrid: Reus, 2009; GALVÁN DE GRANDA, J. L.: «Consideraciones críticas del Reglamento sobre concurrencia de actividades empresariales»,

tades añadidas con que se topa la aplicación de estas reglas al TRADE. Partiendo del conocido tenor del apartado 5 del artículo 24 de la LPRL, «los deberes de coordinación y de información e instrucción recogidos en los apartados 1 y 2 serán de aplicación respecto de los trabajadores autónomos que desarrollen actividades en dichos centros de trabajo». Hay que tener en cuenta que, como resulta patente, el TRADE es considerado más bien como parte de un engranaje empresarial, donde entra en contacto con otros trabajadores, que como un profesional que desarrolla su actividad de forma autónoma y aislada y, por ello mismo, el centro de atención no pivota alrededor de la protección del propio autónomo, sino de aquellos trabajadores junto a los que desarrolla la actividad. Si nos adentramos en el análisis del Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, de desarrollo del artículo 24 de la LPRL (RCA), también aquí el papel primordial asignado al autónomo en los artículos 4 y 5 es el cumplir con sus obligaciones a fin de cooperar en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales. Se regulan básicamente las obligaciones de los autónomos en relación con las empresas que coinciden en un mismo centro de trabajo.

La lectura de los apartados correspondientes del artículo 8 de la LETA pone de manifiesto la existencia de distintos supuestos plenamente aplicables al TRADE que se halle en alguna de dichas circunstancias. Sintéticamente los casos contemplados serían los siguientes: a) TRADE que coincide en un mismo centro de trabajo con trabajadores de otra u otras empresas; b) TRADE que desempeña su actividad profesional en el centro de trabajo de la empresa cliente, parcialmente coincidente con el anterior; c) TRADE que trabaja fuera del centro de trabajo del cliente pero utilizando su maquinaria, equipos, productos, materia o útiles suministrados por este. En los supuestos de las letras a) y b) los empresarios afectados y los TRADE deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (coordinación e información en los términos del art. 24.2 LPRL)⁴⁹. Corresponde al empresario titular (normalmente coincidente con el cliente, aunque cabe imaginar supuestos excepcionales donde no sea así; y posición que en ningún caso puede ocupar el TRADE) informar de los riesgos (art. 9.4 RCA) y exigir a las em-

Revista Alcor de MGO, núm. 3, 2005; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El tratamiento de los riesgos...», *op. cit.*, págs. 162 y ss.; MIÑARRO YANINI, M.: «La prevención de riesgos laborales en los supuestos de coordinación de actividades empresariales: El desarrollo del art. 24 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 9, 2004, págs. 873 y ss.; MONTOYA MEDINA, D.: «Coordinación de actividades preventivas tras la entrada en vigor del RD 171/2004, de 30 de enero», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2004, págs. 1.153 y ss.; NAVARRO NIETO, F.: *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, Albacete: Bomarzo, 2005; PÉREZ CAPITÁN, L.: «El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero», *Revista de Derecho Social*, núm. 26, 2004, págs. 47 y ss.; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, págs. 67 y ss.; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y GIL PLANA, J.: «Interacción empresarial y deber plural de seguridad y salud en el trabajo», *Seguridad y Medio Ambiente*, núm. 119, 2009, págs. 26 y ss.

⁴⁹ A nuestro juicio, el autónomo ha de cumplir estas obligaciones de información y coordinación, con independencia de que tenga o no trabajadores a su servicio, aunque, lógicamente, el traslado de la información a «sus» respectivos trabajadores solamente podrá tener lugar si los tiene. En sentido contrario, considerando que el deber está concebido para la protección de los asalariados del autónomo y no para la protección preventiva de este en OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, pág. 66.

presas y a los autónomos que concurren en el centro de trabajo el establecimiento de los medios necesarios para la efectiva coordinación, en los términos del artículo 4.2 del [RCA](#).

La primera discordancia que se aprecia, de enorme calado, es en relación con los instrumentos básicos para el cumplimiento de la obligación que pesa sobre el TRADE de informar al resto de los empresarios concurrentes, en especial, la evaluación de riesgos y la planificación preventiva, cuya elaboración no se le exige en la normativa preventiva, como hemos señalado. Qué duda cabe que resulta imperioso buscar fórmulas alternativas y diseñarlas legalmente con cierto grado de detalle para que el TRADE pueda cumplir los deberes de información y coordinación, al margen de tales instrumentos, seguramente demasiado costosos, complejos e inadecuados para la simplicidad organizativa que suele caracterizar la actividad del TRADE. Estamos ante un claro desajuste en el punto de partida. A nuestro juicio, se debía haber previsto la obligación del cliente de incluir sin matices y plenamente al TRADE en su evaluación de riesgos, en atención a la dependencia económica que, habitualmente, conlleva una colaboración continuada. El aspecto no nos parece en absoluto dudoso, en especial si la actividad se desarrolla en su centro de trabajo. En este caso concreto, la falta de previsión expresa podría cubrirse, al menos parcialmente, con una interpretación teleológica y sistemática de las previsiones relativas a la evaluación de riesgos contenidas en la [LPRL](#). De esta forma, el artículo 16.2 a) de la [LPRL](#) establece con claridad que han de tenerse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de la actividad, donde tradicionalmente se incluyen sus características, los locales de trabajo, dependencias e instalaciones, aspectos particulares como la exposición de trabajadores a riesgos específicos, los sistemas de organización del trabajo, la elección de los equipos de trabajo, la utilización de sustancias o productos químicos y, en general, cualquier otra característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud en el trabajo. En esta línea expansiva, coherente con la amplitud de los conceptos manejados por la [LPRL](#), podríamos pensar que es un factor a tomar en especial consideración la presencia en el lugar de trabajo de otras empresas o personas, en la medida en que pueden estar expuestas a posibles riesgos y que las actividades que realizan sean capaces de generar peligros para los trabajadores de la empresa. Pese a esta interpretación bastante voluntarista, sería deseable una modificación normativa que extendiera la obligación de forma que el cliente venga obligado a evaluar la actividad del TRADE⁵⁰ en todos sus aspectos, asimilándolo a un trabajador por cuenta ajena, con la salvedad de que el cliente no ejerza control alguno sobre el lugar de la prestación de servicio, libremente elegido por el TRADE.

Ha sido más explícita la [LPRL](#), aunque sin imponer obligaciones específicas en relación con el TRADE, a la hora de regular las medidas de emergencia, que forman parte de la planificación preventiva, cuyo análisis debe contemplar una serie de factores (art. 20.1 [LPRL](#)) como el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma.

⁵⁰ En este sentido, para OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, pág. 76, que se muestra mucho más tajante al extraer la obligación del texto de la [LPRL](#): «No cabe duda de que los autónomos cuya prestación se desarrolla en el ámbito de una organización productiva de un empresario quedan incluidos en la evaluación, ya que el empresario contratante ha de evaluar los riesgos del puesto de trabajo y actividades desarrolladas por el autónomo, exigiéndole el cumplimiento de las medidas preventivas derivadas de la evaluación».

Hay que tener presente que en buena parte de los supuestos resultarán de aplicación a la empresa cliente las previsiones referidas al titular del centro de trabajo que deberá adoptar las medidas necesarias para que los TRADE (en los mismos términos que el resto de empresarios) reciban la información y las instrucciones necesarias en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y las medidas de protección y prevención correspondientes. Pero esta información va referida en general al centro de trabajo y no en concreto a la actividad específica y determinada desarrollada por el TRADE de forma, además, diferenciada del resto de trabajadores por cuenta ajena. Instrucciones que, lógicamente, vinculan al TRADE.

También se encarga el artículo 8.4 de la [LETA](#) de extender el deber de vigilancia del empresario que contrate la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, respecto a los autónomos, frente a las iniciales previsiones de la [LPRL](#). Supuesto perfectamente aplicable al TRADE. De nuevo aquí la finalidad del precepto legal es clara y no reside en proteger al autónomo, sino más bien a aquellos trabajadores que se encuentran en el lugar donde este desempeña su actividad. Ahora bien, otra vez nos encontraremos con dificultades a la hora de cumplir el aserto legal. La complejidad deriva de varias circunstancias. Por una parte, como es evidente, las dificultades para determinar el alcance de este deber de vigilancia, desde el momento en que resulta imposible concretar cuáles son las obligaciones que debe cumplir el TRADE, como hemos señalado. Pero, por otra parte, el recurso al desarrollo reglamentario resulta de escasa ayuda, en tanto que la vigilancia del cumplimiento de la normativa ha sido reconducida por el artículo 10.2 del [RCA](#) (en relación a los contratistas y subcontratistas) a exigir que le acrediten por escrito, antes del inicio de la actividad, la realización, para las obras y servicios contratados, de la evaluación de riesgos y la planificación preventiva. Obligaciones que, como hemos visto, no se imponen a los autónomos. Por su parte, la comprobación respecto al cumplimiento de las obligaciones de formación e información respecto a los trabajadores que hayan de prestar servicios carece de sentido para el TRADE que no los tiene, aunque quizás pudiera entenderse aplicable al deber de autoformación del propio TRADE. Para concluir, el apartado impone la comprobación de que dichas empresas han establecido los medios de coordinación necesarios. En una interpretación sistemática y lógica, cabría entender que el empresario principal debe vigilar que el TRADE cumple sus obligaciones de coordinación e información, extendiéndose seguramente a las que tiene respecto a sus trabajadores, si contratara a un trabajador en los términos previstos, pero poco más. Difícil exigirle que vigilen el deber de seguridad impuesto por el artículo 5 de la [LETA](#), de difícil concreción, aunque sí alcanzará a las obligaciones que deriven de los contratos que tengan suscritos. Algún sector doctrinal va más allá de lo expresamente reflejado en el texto legal para llegar a extraer que la empresa contratante ha de contar con justificante de examen de salud antes de la ejecución de la obra o servicio y puede, asimismo, exigir los correspondientes reconocimientos médicos periódicos o específicos durante la realización de la obra o servicio al efecto de constatar la aptitud del autónomo para su ejecución⁵¹.

⁵¹ OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, op. cit., pág. 84.

Junto a lo anterior, el artículo 8.5 de la [LETA](#) señala que cuando los trabajadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, productos, materiales o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realicen la actividad en su centro de trabajo, aquella asumirá la obligación de proporcionar al trabajador autónomo la información necesaria para que la utilización y la manipulación de esta maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo se produzca sin riesgos para la seguridad y salud. Esta obligación y correspondiente derecho resultan también perfectamente aplicables al TRADE en relación con su cliente si se dan las circunstancias enumeradas. Ahora bien, si como vimos la titularidad de los equipos y medios de producción va a corresponder al cliente o al TRADE en atención a su valor económico, cuando corresponda al cliente supondrá la extensión de las pertinentes obligaciones *ex* artículo 17 de la [LPRL](#) y normas concordantes⁵², que van más allá de las informativas propias de fabricantes e importadores.

Como conclusión, resulta patente la insuficiencia de hacer descansar la protección del TRADE en la coordinación preventiva habida cuenta de las dificultades para su efectivo cumplimiento, y la existencia de obligaciones, cruciales para la tutela de la seguridad y salud, como la vigilancia de la salud o la formación, que no quedan cubiertas en modo alguno por la vía de la aplicación del artículo 24 de la [LPRL](#).

3.5. LA VIGILANCIA DE LA SALUD: ¿DERECHO O DEBER DEL TRADE?

Como línea de principio, el artículo 22 de la [LPRL](#) no contempla al autónomo como titular del derecho a la vigilancia de la salud pero tampoco explícitamente como obligado, en su caso, a someterse a controles periódicos. Obligación que, como es lógico, no puede interpretarse de modo extensivo teniendo en cuenta que el precepto legal parte de su configuración en clave de derecho o garantía y de la inexcusable exigencia de consentimiento por parte del trabajador, salvo excepciones legalmente tasadas. Ello presupone que en este caso estamos ante un genuino derecho del trabajador, garantizado por el empresario y que, solo en determinadas situaciones de riesgo específico para sí o para terceros, se impone al trabajador.

Partiendo de estas premisas, cabe considerar que estamos ante un derecho básico que debería integrar el derecho genérico del TRADE a la protección adecuada de su salud, en los términos vistos y, por ello mismo, los poderes públicos deberían proveer a esta garantía. Por su parte, si tenemos en cuenta que un importante sector doctrinal considera que tiene un deber de autotutela

⁵² Extensión de las obligaciones informativas a los TRADE que un sector de la doctrina extrae del hecho de estar presentes en el centro de trabajo colaborando con el empresario; OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, 2009, pág. 77.

o autoprotección⁵³ y que el principio inspirador de la LPRL es que no ponga en peligro a otros trabajadores con los que coincida en el centro de trabajo, podríamos pensar que, en determinados supuestos peligrosos, vendría obligado a someterse a vigilancia de la salud, cuya garantía lógicamente recaería sobre sí mismo, aunque podrían ensayarse formas de gestión a cargo del Sistema Público de Salud, al estilo de lo previsto para supuestos de prolongación de la vigilancia más allá de la finalización de la relación laboral en los artículos 22.5 de la LPRL y 37.3 e) del RSP. Ahora bien, asumidas las altas probabilidades de que el TRADE preste servicios en los locales de trabajo del cliente o con equipos suministrados por el mismo y condicionado en el modo de organizar el trabajo por indicaciones técnicas⁵⁴ del mismo o por sus exigencias, de cuyo cumplimiento depende económicamente, es lógico imaginar que su estado de salud pueda verse afectado por tales factores. Esta relación entre los riesgos a los que se halla expuesto el TRADE y el empresario cliente lleva a sostener la conveniencia de una cierta implicación de este último en la garantía del derecho a la salud del primero. Para ello, lógicamente, resultarían necesarios los pertinentes ajustes legales⁵⁵, que prevean la garantía del derecho a cargo del cliente y la obligación del TRADE en los supuestos en que resulte estrictamente imprescindible, complementado, en su caso, con los ofrecidos por los servicios públicos de salud.

La [Recomendación del Consejo 2003/134/CE, de 18 de febrero](#), relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos (2003/134/CE)⁵⁶ propone a los Estados miembros que, de conformidad con las legislaciones y las prácticas nacionales, permitan a los trabajadores autónomos que así lo deseen tener acceso a una vigilancia de la salud que se corresponda con los riesgos a los que estén expuestos. De ello se deriva con meridiana claridad, pese a ser una mera recomendación, que los poderes públicos deberían incluir en su agenda medidas para el fomento de la vigilancia de la salud y no solo o no tanto a través de su imputación al propio autónomo sino también a través de campañas a cargo de los médicos de atención primaria de los servicios públicos de salud. Sin embargo, brillan por su ausencia las previsiones de este tipo, en la medida en que ni siquiera el artículo 8.1 de la LETA alude expresamente a la vigilancia de la salud, y menos aún a su garantía, aunque en determinados sectores y actividades integra de suyo las actividades de promoción de la prevención.

⁵³ Entre otros, OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, pág. 45 y ss. Principio que es el eje fundamental de la normativa según FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Algunos aspectos relativos a la prevención...», *op. cit.*, pág. 252. También GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El tratamiento de los riesgos...», *op. cit.*, págs. 150 y ss., que pone de manifiesto sus limitaciones y sus posibles correcciones.

⁵⁴ En este sentido, hay quien cuestiona si este tipo de indicaciones técnicas del cliente no son muestra de un cierto poder de organización y dirección, así GARCÍA MURCIA, J.: «El Estatuto del trabajo...», *op. cit.*, págs. 2158-9.

⁵⁵ No obstante, también hay quien lo extrae de la regulación vigente en supuestos de colaboración empresarial; OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, *op. cit.*, pág. 84.

⁵⁶ DOUE L 53/45, de 28 de febrero.

4. LOS «NUEVOS» INTERROGANTES

4.1. EL TRADE COMO EMPLEADOR GARANTE DE LA SEGURIDAD: LA INADECUACIÓN DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO PUNTO DE PARTIDA

La indefinición legal y la inexigibilidad del derecho a la protección del TRADE son asignaturas pendientes en la regulación contenida en la [LETA](#), pues el marco brindado no es ni completo⁵⁷ ni eficaz a fin de prevenir los riesgos profesionales que le acechan. Aparte de las dificultades de aplicación prácticamente insalvables. Sentado lo anterior, la nueva regulación legal que permite contratar trabajadores para suplir al TRADE en concretos supuestos de interrupción de la actividad profesional viene a plantear nuevos interrogantes.

Como vimos, no existe duda de la posición que legalmente ocupa el TRADE en relación con la seguridad y salud del trabajador que contrata, otra cosa es la complejidad de acatar el mandato legal. El TRADE será empleador a los efectos del [artículo 1.2 del ET](#) y, en consecuencia, también para la aplicación del deber de protección *ex* artículo 14.1 de la [LPRL](#). De inmediato, como es lógico, sale a la luz la cuestión insoslayable de la necesidad de dotar al TRADE de un marco jurídico adecuado que primero le garantice su derecho a la salud y seguridad y, después, le permita satisfacer de forma adecuada el derecho del trabajador a su servicio. El cumplimiento de las distintas prescripciones en los términos legales, incluida la organización de la actividad preventiva en su «empresa», resulta excesivamente gravosa, compleja en demasía y de dudosa efectividad y nula eficiencia.

En el caso concreto del plan de prevención, es patente que su configuración legal se compeadece mal con la actividad desempeñada por el TRADE para el cliente, con el tipo de organización productiva, de la que en puridad no va a ser titular, siendo más bien un mero engranaje e, incluso, con la circunstancialidad de la contratación del trabajador «sustituto». Ahora bien, en tanto no se produzcan los necesarios ajustes legales, el TRADE que prevea recurrir a la contratación de trabajadores o que quiera tener cubierta esta posible eventualidad debería realizar un plan de prevención simplificado (*ex* art. 16.2 bis [LPRL](#) y art. 2.4 [RSP](#)) que, como dice el precepto reglamentario, deberá estar plenamente «adaptado» a la actividad (y tamaño de la empresa). Lo único que exige la norma es que establezca las medidas operativas pertinentes para realizar la integración de la prevención en la actividad de la empresa (¿del cliente?), los puestos de trabajo con riesgo y las medidas concretas para evitarlos o reducirlos, jerarquizadas en función del nivel de riesgos, así como el plazo para su ejecución.

⁵⁷ Algunos de tales vacíos en la instrumentación del derecho a la seguridad y salud, obviando derechos como la información, la vigilancia de la salud o la protección ante situaciones de especial riesgo como el embarazo o lactancia son también puestos de manifiesto por la doctrina, *vid.* AGUILAR MARTÍN, M. C.: *El régimen jurídico del trabajador...*, *op. cit.*, pág. 221.

Las posibles soluciones a estos escollos que en buena medida son comunes a un importante número de las microempresas existentes en nuestro país, pasarían por una reforma del texto de la [LPRL](#) que dé cabida a una flexibilización y a nuevos instrumentos específicos de tutela capaces de garantizar el derecho a la seguridad y salud, facilitando el cumplimiento, más allá de la consideración de la cuestión en términos de carga administrativa o burocrática de las empresas, que es preciso aligerar. Es urgente ajustar las previsiones legales a realidades cada vez más notorias, adecuando las obligaciones y los instrumentos técnicos, dotándolos de menor complejidad para que sean capaces de adaptarse a la simplicidad organizativa y limitados medios que las caracterizan. Ello exige, asimismo, un importante rol también de promoción y formación a cargo de las Administraciones públicas. Resulta esencial la elaboración de una herramienta informática de fácil utilización y acceso por parte de los TRADE que permita alcanzar los resultados pretendidos con el plan de prevención, sin obligar al despliegue de medios que este exige, al estilo de *prevencion10*, necesitada de mejoras y todavía inadecuadas para las circunstancias específicas del TRADE.

En el caso que nos ocupa, dado que la sustitución (contratación de un trabajador) va encaminada a proteger determinados derechos laborales básicos del TRADE e, incluso, su vínculo con el cliente, que se beneficia de modo casi exclusivo de la actividad desplegada por aquel, buena parte de las dificultades aplicativas se simplificarían con los pertinentes cambios de regulación encaminados a imputar al cliente ciertas obligaciones preventivas en relación con el TRADE, para hacer efectivo su derecho a la seguridad y salud. Solución que favorecería también el cumplimiento de las obligaciones legales, convenientemente adaptadas, del TRADE respecto al sustituto. A título meramente ejemplificativo, en el caso de la evaluación, excesiva para el TRADE, es fácil prever la obligación de actualizar la ya realizada en la empresa cliente para la actividad desempeñada por este, ante la presencia del sustituto.

4.2. EL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA NATURAL

El primero de los supuestos que permiten al TRADE contratar a un trabajador sería la situación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural de un menor de nueve meses, que responde a la interrupción de la actividad por la causa consignada en la letra e) del apartado 1 del artículo 16 de la [LETA](#). Aunque la primera impresión lleva a pensar en una situación que se manifiesta en la actividad prestada para el cliente, la norma no lo especifica, y tampoco sería coherente con la prohibición de tener trabajadores o de contratar o subcontratar, extensiva a todas sus actividades. Por tanto, el riesgo podría venir de dicha actividad, seguramente más habitual, pero también de la/s otra/s actividad/es desempeñada/s. Nos referiremos a la primera de las hipótesis enunciadas. La configuración legal de la situación de riesgo, y la inaplicación del artículo 26 de la [LPRL](#) a la TRADE, no tutela de modo eficaz los derechos de la trabajadora, cuya única salida es la correspondiente interrupción, no exenta de problemas. Complejidad aplicativa que no es nueva, pero cobra actualidad y aconseja un análisis con cierto detalle.

Como es sabido, los artículos [186](#) y [188](#) de la LGSS ([RDLeg. 8/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social) se limitan

a definir la situación protegida (suspensión del contrato), condicionada a la imposibilidad técnica u objetiva o inexigibilidad del cambio de puesto de trabajo. Por su parte, el [artículo 318 de la LGSS](#) remite la aplicación de esta contingencia al trabajo autónomo a los términos reglamentarios, que centrarán nuestra atención. El [Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo](#), por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (RMA), como también lo hacía su antecedente inmediato ([RD 1251/2001, 16 de noviembre](#))⁵⁸, se ocupa de la regulación del subsidio por riesgo durante el embarazo en el capítulo IV, dedicando la sección segunda a las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta propia, y del riesgo durante la lactancia natural en el capítulo V. La situación protegida (art. 40 [RMA](#)) se define como aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el periodo de interrupción de la actividad profesional, en los supuestos en que el desempeño de la misma influya negativamente en su salud o en la del feto, y así se certifique por los servicios médicos de la entidad gestora o de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad competente. En negativo, no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la actividad desempeñada, determinante de su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial del sistema de la Seguridad Social correspondiente.

El papel de la certificación médica va a resultar crucial, circunstancia que en ocasiones planteará dificultades, en supuestos donde los riesgos no son patentes o en actividades al margen de los anexos del [RSP](#), aplicables necesariamente por analogía a la TRADE. La desconexión con la empresa resulta total, aunque se le exija una declaración al cliente, como luego veremos, pues la inexistencia de un deber de evaluar los riesgos hace imposible un cabal conocimiento de la realidad. Y ello es así dada la falta de aplicación de las obligaciones previstas en el artículo 26 de la [LPRL](#)⁵⁹ o la inadecuación de la posible relación de puestos exentos de riesgo de la cliente a la actividad plenamente «diferenciada» de la TRADE. No obstante, siempre pueden servir de ayuda las guías para la determinación de los riesgos derivados de los puestos de trabajo, donde el ministerio debe recoger una relación no exhaustiva de agentes, procedimientos o condiciones de

⁵⁸ Sobre el mismo, por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. Más recientemente, AGUILERA IZQUIERDO, R. y GIL PLANA, J.: *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural*, Madrid: Civitas, 2010; ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. y PÉREZ YÁÑEZ, R.: «Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)», *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2009, págs. 1.143 y ss.

⁵⁹ Ya en su momento el profesor GARCÍA MURCIA, J.: «Trabajo autónomo...», *op. cit.*, pág. 526, afirmaba que resulta muy difícil, y hasta quimérico, que a este tipo de trabajo le alcancen las medidas de prevención y protección para esta peculiar situación.

trabajo que pueden influir de forma negativa en la salud de las trabajadoras o del feto, en caso de embarazo, y en la de la madre o en la del hijo, en supuestos de lactancia natural (disp. adic. 3.ª)⁶⁰.

Quizás a suplir estas dificultades va encaminado el artículo 47 del RMA que exige que la certificación sobre la existencia de riesgos debe venir acompañada de la declaración sobre la actividad desarrollada, así como sobre la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado que pueda ser llevada por la misma, a cargo del cliente en el caso de la TRADE. En este aserto del precepto, seguramente *ultra vires*, el reglamento impone obligaciones *ex novo* a determinados sujetos, y en lo que a nosotros nos ocupa, al empresario cliente. Ahora bien, atendidas la inaplicación a la TRADE del artículo 26 de la LPRL que impone medidas «preferentes» de tutela, la inexistencia de obligaciones del cliente en relación con la garantía de la seguridad y salud de la misma y la redacción legal, cabe pensar en una obligación de escaso alcance y más bien ritual⁶¹ que, no obstante, podría poner en dificultad a la trabajadora ante la negativa del cliente a certificar dicha situación, incluso una eventual extinción contractual⁶². Respuesta matizada ahora, como vimos, si recurre a contratar un trabajador por cuenta ajena para desarrollar temporalmente su actividad. Nos parece que existe un claro desfase entre la obligación de acreditar que no existe un trabajo o función compatible con su estado y la falta de obligaciones previas en relación con el embarazo. Seguramente se extralimita el RMA, pues no resulta fácil entender, en la actual situación normativa, cuál resultaría el título jurídico de imputación de la obligación, produciéndose una importante descoordinación entre esta prescripción legal y el supuesto de hecho que configura la situación protegida. Por su parte, como hemos apuntado, cabe imaginar supuestos donde el riesgo durante el embarazo no dependa de la actividad prestada para el cliente, sino de otras actividades, y en estos casos, obviamente, el cliente no está involucrado en el supuesto de hecho para la aplicación del precepto legal.

Nuevamente de la propia configuración legal de la definición de TRADE derivan numerosas incógnitas. En teoría el TRADE es autónomo y organiza su actividad conforme a sus propios criterios y, sin embargo, se sitúa sobre el cliente la obligación de acreditar la inexistencia de un trabajo o función compatible. Habida cuenta que no se obliga al cliente a incluir a la TRADE en la evaluación de riesgos, previendo expresamente los riesgos para el embarazo, más allá de la genérica referencia a la naturaleza de la actividad ya analizada, ni a aplicar el artículo 26 de la LPRL

⁶⁰ Puede verse la guía «Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo», elaborada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 2011; aunque no destinada específicamente al trabajo autónomo, los riesgos, como vimos, van a ser similares.

⁶¹ En el mismo sentido nos habíamos pronunciado en relación con la exigencia que el RMA 2001 imponía al titular del hogar familiar de una certificación de que no existe un puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora, por la falta de adecuación a la relación en cuestión (que normalmente haría inviable el cambio) como, y ello es mucho más relevante, porque la LPRL no le impone ni la realización de la correspondiente evaluación de riesgos ni la adopción de las otras medidas preferentes de tutela; GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Prestaciones por maternidad...*, *op. cit.*, págs. 128 y 161.

⁶² FOTINOPOULOU BASURKO, O.: «Algunos aspectos relativos a la prevención...», *op. cit.*, pág. 273.

en relación con la TRADE, resulta más que dudosa la efectividad de esta certificación. Si en el ámbito estrictamente laboral ya es más que una práctica consagrada que las empresas elaboren de forma casi mecánica las declaraciones de inexistencia de puesto de trabajo, omitiendo sus deberes contemplados en el artículo 26 de la LPRL y pasando el coste de la tutela a la Seguridad Social, en el caso de la TRADE, la inexistencia de obligaciones materiales a cargo del cliente en este ámbito conduce la certificación a una mera formalidad, o bien, a la negativa sistemática de la empresa.

El apartado 6 del artículo 47 del RMA tampoco plantea una interpretación diáfana. Viene a señalar que cuando se produzcan contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, o concurren indicios de actuaciones dirigidas a obtener indebidamente la prestación, la dirección provincial de la entidad gestora podrá solicitar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a fin de que esta manifieste su conformidad o su discrepancia en las medidas adoptadas por la trabajadora, que puedan determinar el derecho a subsidio por riesgo durante el embarazo. No se comprende bien a qué tipo de medidas hace referencia el precepto legal. En principio, en coherencia con la inaplicación de la LPRL, y la falta de tratamiento de esta cuestión por la LETA, en norma alguna se impone a la trabajadora la realización de una evaluación ni la adopción de medidas específicas de protección frente al riesgo durante el embarazo. A no ser que las entendiéramos incluidas de forma implícita en su presunto deber de autotutela, difícil de precisar y satisfacer. Por tanto, la estimación de la situación de riesgos (bastante imprecisa al carecer del amparo de la evaluación de riesgos) llevará a la trabajadora directamente a iniciar el procedimiento para obtener la prestación, sin pasos intermedios.

A nuestro juicio, la mayor parte de las dificultades enunciadas se resolverían sin excesivos problemas para la TRADE en situación de riesgo para el embarazo derivada de la actividad en la empresa cliente (en especial, en su centro de trabajo o en lugares controlados o decididos por ella), si se regulase expresamente la obligación de evaluar su actividad, también en lo relativo a la maternidad. Dando un paso más allá, aunque quizás de forma más flexible y adaptada a la necesaria «diferenciación» de la actividad del TRADE a la que nos hemos referido, cabría predicar la posible extensión de las obligaciones primarias en relación con la adaptación y cambio de «tareas o actividades», de modo particular, con la previsión de fórmulas más flexibles de prestación, adaptaciones en el tiempo de trabajo, cambio de lugar de trabajo, teletrabajo y análogos. Ello conllevaría el derecho de la TRADE a ser informada de los riesgos específicos de la actividad desarrollada (por cualquiera de sus condicionantes) para la situación de embarazo. Sin cambios legales, las informaciones genéricas previstas en el caso de coordinación preventiva, sin obligación de ninguno de los empresarios de incluir al TRADE en su evaluación de riesgos, no permiten garantizar un conocimiento cabal de la situación de riesgos para el embarazo. De esta carencia deriva una hipótesis más que probable de que la propia trabajadora, bien por desconocimiento de los riesgos que encierra la prestación de servicios, bien por temor a las repercusiones de su decisión, ponga en peligro su vida o la del feto. Cuestión que no resulta baladí si tenemos en cuenta el progresivo aumento del número de autónomas⁶³.

⁶³ Aunque se refiere a autónomas «puras», el dato podría ser extrapolable en el futuro a las TRADE, *vid.* el «Informe autónomos propiamente dichos», elaborado por la ATA, febrero 2016.

El artículo 48 del RMA alude a las situaciones de pluriactividad, de forma que en aquellos supuestos en que el riesgo afecte solamente a alguna o algunas de sus actividades, resulta compatible la percepción del subsidio con el mantenimiento de aquellas actividades que la trabajadora ya viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo.

Las dificultades en cuanto a la identificación concreta de la situación protegida en el caso de riesgo durante la lactancia natural que afecta a la trabajadora autónoma económicamente dependiente (art. 49.1.2.º RMA) vienen a ser asimilables a las señaladas⁶⁴. En este caso, el riesgo de que la trabajadora renuncie a su derecho a la lactancia natural e, incluso, la posibilidad de poner en riesgo la salud del lactante, en atención a las circunstancias enunciadas, resultan aún mayores.

5. ALGUNAS PROPUESTAS: LA REFORMA DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y EL REPARTO DE OBLIGACIONES

5.1. SOBRE LA CONVENIENCIA DE LEGE FERENDA DE ASIGNAR DETERMINADAS OBLIGACIONES AL EMPRESARIO «CLIENTE»

Una vez apuntadas algunas de las carencias, dudas interpretativas y dificultades aplicativas planteadas por la normativa de prevención de riesgos laborales en relación con la tutela o protección del derecho a la seguridad y salud de los TRADE, que exigiría una exhaustiva revisión, nos parece acertado plantear la necesidad de extender algunas de las obligaciones empresariales hacia el empresario cliente⁶⁵, unido a una verdadera y comprometida actuación de fomento y promoción por parte de los poderes públicos. Esta postura no obsta la conveniencia de redefinir y concretar las obligaciones del TRADE en este ámbito y su papel más activo, de colaboración y de responsabilización en la política de prevención a desplegar, básica aunque no exclusivamente, por el cliente. Esta extensión, lógicamente, resolvería algunos problemas y aliviaría determinados costes y cargas excesivamente gravosos para el TRADE y bastante livianos para el cliente que en la mayor parte de los casos debe cumplir ya con estas obligaciones en relación con sus trabajadores dependientes. La mencionada extensión habría de producirse por vía legal⁶⁶, con los pertinentes

⁶⁴ Identificación y protección que tampoco puede decirse que se presente exenta de dificultades en el ámbito laboral; por todos, POQUET CATALÁ, R.: «La prestación por riesgo durante la lactancia natural: Debate judicial», *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, págs. 153 y ss.

⁶⁵ Apuntaba ya en este sentido de imposición de obligaciones matizadas a la empresa contratante, colocándola en una posición semejante a la del empresario tradicional, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El tratamiento de los riesgos...», *op. cit.*, pág. 160. Una opinión contraria, aunque respecto al autónomo, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: «El trabajo autónomo...», *op. cit.*, pág. 10.

⁶⁶ También alguna autora pone de manifiesto que los TRADE deberían haber contado con una regulación más específica, incluso remitida, en determinados aspectos, a la Ley de Prevención; *vid.* CERVILLA GARZÓN, M. J.: «La política de fomento del trabajo...», *op. cit.*, pág. 5.

ajustes y modificaciones y con el suficiente grado de detalle que saque al intérprete o al operador jurídico de la abrumadora indeterminación legal hoy existente.

5.1.1. Fundamento de la extensión

El fundamento de la extensión puede residenciarse en una serie de factores relativos a la posición del cliente, entre los que destacaríamos los siguientes: a) recepción del 75 % del valor económico de la actividad del TRADE; b) restricción a la libertad de organización del TRADE, en especial a través de la facultad de dictar indicaciones técnicas que el TRADE viene obligado a seguir; c) titularidad o control del centro de trabajo en que se desarrolla la actividad; d) titularidad de equipos y medios materiales. Como es obvio, en función de la heterogeneidad de las formas de prestación imaginables, estas circunstancias no tienen por qué concurrir simultáneamente y se darán en mayor o menor medida. De esta forma, correspondería al legislador delimitar los supuestos de hecho de aplicación de la norma y los criterios que fundamentarían la imputación de las obligaciones.

A nuestro modo de entender la cuestión, todas o algunas de estas circunstancias, unidas al argumento esencial de la «facilidad» para el cumplimiento o de la mejor posición del obligado, hacen más que conveniente la propuesta avanzada. Sin lugar a dudas, y como hemos referido con anterioridad, este planteamiento de partida no tiene por qué significar una aplicación uniforme y sin matices a todos los empresarios clientes, donde no son irrelevantes factores como el tamaño de su empresa y la complejidad de su organización productiva. Circunstancias que debieran ser contempladas en toda su extensión por la [LPRL](#), que sigue anclada en una organización productiva de tipo fordista y de gran tamaño, casi inexistente en nuestro país, superada por la realidad de la empresa del siglo XXI.

5.1.2. Obligaciones implicadas

A nuestro juicio, resulta de todo punto insuficiente confiar la prevención de riesgos derivados del trabajo al deber de autotutela del propio TRADE, siendo indispensable el desarrollo y concreción de su derecho subjetivo a la seguridad y salud, dadas las especiales características que rodean el desempeño de su actividad profesional o económica. Aun cuando la Administración pública asuma un rol activo en este ámbito y deba facilitar el cumplimiento, teniendo en cuenta la inadecuación de muchas previsiones legales a la situación del TRADE, tampoco cabe hacer descansar la protección exclusivamente en este sujeto. Debería producirse un acercamiento, aun cuando no una extensión indiscriminada, de la situación del TRADE a la del trabajador por cuenta ajena. No cabe ignorar que, en relación con las contingencias profesionales, la definición del accidente de trabajo y los aspectos relativos a la protección están mucho más próximos a los propios del trabajador dependiente y no al autónomo, y esta aproximación debería producirse también en la faceta preventiva. La doctrina en relación con los autónomos viene a considerar que

los avances en prevención serán mayores si se avanza en protección social⁶⁷, aspecto que parece hasta el momento no se está cumpliendo en el caso del TRADE.

Llegados a este punto, realizaremos solamente un esbozo que debería ser, obviamente, perfeccionado en una futura reforma legal. El planteamiento nos parece se ajusta bien en general al TRADE, en especial si la actividad tiene lugar en el centro de trabajo del cliente o lugar controlado o decidido por él. Algunas matizaciones habría que hacer, lógicamente, si el lugar fuera el domicilio del TRADE, en línea con la necesidad de ajustar la legislación vigente al teletrabajo, asignatura pendiente en nuestro ordenamiento. Las obligaciones básicas, sin ánimo de exhaustividad, podrían ser clasificadas en tres grandes grupos: a) obligaciones exclusivas del cliente; b) obligaciones compartidas (entre el cliente y el TRADE, o el cliente y las Administraciones públicas) y c) obligaciones propias del TRADE.

Entre las obligaciones que han de corresponder al cliente, en su caso ajustadas legalmente al tamaño de la empresa, situaríamos el plan de prevención; la información, sin perjuicio de que en algunos casos habrá de ser bidireccional; la vigilancia de la salud y la protección de la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia y de los trabajadores especialmente sensibles. En relación con la vigilancia de la salud, ello no obsta los deberes de promoción de los poderes públicos y la posible prestación, en determinados supuestos y condiciones, directamente por los servicios de salud. Como vimos, ya ostenta el cliente las obligaciones en relación con las medidas de emergencia y riesgo grave e inminente, que pueden extraerse, aun con dificultades, de la [LETA](#) y de la [LPRL](#). No obstante, no estaría de más aclarar cuestiones cruciales como las garantías y la posible contraprestación en este último supuesto.

Entre las obligaciones compartidas entre el TRADE y el cliente situaríamos las relativas a los equipos de trabajo y equipos de protección individual, en función de la titularidad de los mismos y de los tipos de obligaciones, sin perjuicio de una llamada a la mayor implicación, concienciación y colaboración entre ambos sujetos, que eviten los posibles daños derivados del trabajo al TRADE y a otros posibles trabajadores o autónomos.

Por su parte, serían compartidas entre el cliente y las Administraciones públicas las obligaciones formativas en materia de prevención de riesgos laborales. Resulta precisa una modificación legal que extienda a los TRADE los derechos formativos contenidos en el artículo 19 de la [LPRL](#) y el deber contenido en el [artículo 19 del ET](#), imponiendo a las Administraciones mayores exigencias en cuanto a las ayudas y promoción de este tipo de formación preventiva. Es verdad que un sector de la doctrina⁶⁸ ya considera extensible esta obligación de formación al cliente en el caso del TRADE, en atención a la dependencia económica y las instrucciones técnicas recibi-

⁶⁷ MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: *Protección de la salud...*, op. cit., pág. 22; OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, op. cit., pág. 49.

⁶⁸ Vid. en este sentido, OLARTE ENCABO, S.: *Prevención de riesgos...*, op. cit., pág. 79.

das del cliente, que comporta cierta proyección de los poderes organizativos del empresario sobre estos trabajadores, que en muchas ocasiones vendrá unida al elemento locativo. Pero dicha extensión a día de hoy, interpretada la norma en su literalidad, carece de base legal suficiente, dada la falta de inclusión del autónomo en la [LPRL](#), la inexistencia de referencia en el artículo 24 de la [LPRL](#) a las obligaciones formativas y la consideración en la [LETA](#) como actividades dentro de las tareas de promoción que corresponden a la Administración.

Por último, pero no menos importante, sería conveniente una redefinición de las obligaciones del TRADE, diseñando una posición más coherente con su situación de dependencia económica, haciendo especial hincapié en sus obligaciones formativas (seguir la formación ofertada por la empresa y cierta implicación en las actividades promovidas por las Administraciones), obligaciones de información exhaustiva al cliente y de cooperación y colaboración, pero partiendo de que primero han de ser evaluados los riesgos por el cliente, que debe trasladar los resultados al TRADE. Por otra parte, había que incrementar los niveles de exigencia de respeto escrupuloso a las normas y medidas de seguridad y uso adecuado y responsable de equipos de trabajo y equipos de protección individual, con previsión de un régimen concreto y adaptado de posibles responsabilidades. Por último, cabría imponer determinadas obligaciones ligadas específicamente a la garantía de las condiciones de seguridad de su propia y "diferenciada" actividad y de respeto a los genéricos principios de la acción preventiva, si bien adaptados al TRADE. Esta última propuesta de redefinición de la posición del trabajador con relación a la prevención se hace necesaria también para los trabajadores dependientes, que son casi meros convidados de piedra en la política preventiva, tratados benevolentemente por el legislador, en el plano sancionador y por los tribunales de justicia.

5.2. EL NECESARIO AJUSTE DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES AL TAMAÑO Y COMPLEJIDAD DE LA ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA

Más allá de la señalada conveniencia de imputar determinadas obligaciones al cliente en función a una serie de criterios entre los que no resulta insustancial el del tamaño de su empresa, ha llegado el momento de que el legislador aborde una reforma de la [LPRL](#), que la adapte al tejido productivo del país. La norma está necesitada de importantes ajustes en relación con la plantilla de la empresa y la complejidad organizativa que busque, más allá de un mero aligeramiento de trabas administrativas o burocráticas, una aplicación adecuada, eficaz y eficiente a las empresas en función a su tamaño, sin exigencias exorbitantes e innecesarias. Se trataría de continuar el camino iniciado con la previsión de un plan de prevención simplificado y de herramientas e instrumentos adecuados a las pymes, incluido el asesoramiento público, aún poco extendido. Más dudosas resultan las medidas que pasan solamente por la relajación de requisitos (hemos pasado de 5 a 25 trabajadores para la asunción personal) o la exención de obligaciones (auditoría), sin buscar fórmulas alternativas que satisfagan la finalidad de la norma, la presencia de terceros objetivos e imparciales (aunque sean los propios trabajadores) en la prevención o la

detección de deficiencias, para su corrección y mejora. Convendría insistir en otras vías de asesoramiento técnico a las microempresas en las que no descansa todo el peso sobre el empresario, acudiendo a herramientas que faciliten el cumplimiento de la LPRL y a recursos públicos como la Inspección de Trabajo u otros organismos especializados como el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

En el caso concreto del TRADE, aun cuando tenga un trabajador a su servicio, deberían ajustarse debidamente las prescripciones legales, puesto que más allá de la certera afirmación de su consideración como empleador, habría que buscar fórmulas eficaces y eficientes de cumplimiento que garanticen tanto su salud y seguridad, a la que tiene derecho, como la del trabajador dependiente, sin mermas excesivas, sin fórmulas que parten de complejas estructuras productivas inexistentes y sin que estas atribuciones supongan un desincentivo al autoempleo, al emprendimiento o al empleo.

