

**LA FORMACIÓN SOBRE RIESGOS LABORALES DE
LOS TRABAJADORES CONTRATADOS A TRAVÉS
DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**

**Núm.
59/2003**

LUIS FERNANDO SAN MARTÍN AGUILAR

Abogado

Extracto:

LA formación en materia de prevención de riesgos laborales es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la seguridad y salud laboral de los trabajadores en general y, de manera particular y trascendental, la de los trabajadores contratados a través de empresas de trabajo temporal (ETTs) y puestos a disposición de las distintas empresas usuarias (EU). Dentro de este pilar tan importante al que denominamos *formación preventiva* analizamos en el presente estudio los *elementos subjetivos* que generan las relaciones y obligaciones entre los distintos sujetos, y sobre todo *objetivos* que lo integran tales como el contenido de una formación *suficiente y adecuada*, la financiación de los *costes* derivados de la misma, así como el *iter* temporal de las distintas fases de ésta. Además, se analizan todos estos elementos desde la óptica tanto de la normativa nacional como de la normativa emanada de las Directivas europeas atinentes a esta materia. Finaliza este trabajo con un apartado dedicado a las nocivas consecuencias que se derivan del incumplimiento legal de estas obligaciones.

Sumario:

1. Consideraciones generales.
2. Formación genérica y formación preventiva.
 - 2.1. Formación genérica: el deber de formación como mandato legal en nuestro Derecho positivo.
 - 2.2. La formación preventiva y sus diversas regulaciones.
3. Elementos que integran el deber de formación preventiva.
4. Sujetos obligados.
 - 4.1. El deber de formación para la ETT.
 - 4.2. El deber de formación desde la óptica de la EU.
5. El ámbito temporal de la formación preventiva.
 - 5.1. El dilema del «cuándo» se realiza la formación preventiva.
 - 5.2. La cuestión del «timing» en el proceso de impartición de la formación preventiva.
 - 5.3. La duración de la formación preventiva y su incidencia en los costes empresariales.
6. El contenido básico de la formación preventiva y su reciclaje.
 - 6.1. Los conceptos de formación «suficiente y adecuada».
 - 6.2. Contenido teórico y contenido práctico de la formación preventiva.
7. La gestión financiera de los costes derivados de la formación preventiva.
 - 7.1. Costes de prevención y costes de evaluación.
 - 7.2. La prohibición legal de financiar los costes formativos.
 - 7.3. La financiación de los costes de la formación preventiva.
8. Sanciones por incumplimiento de los deberes formativos.
 - 8.1. Infracciones relativas a la formación preventiva en las ETTs.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La formación constituye uno de los tres pilares básicos en los que se fundamenta la prevención de los riesgos laborales. No en vano, ya en la «Exposición de Motivos» de la norma básica española en materia preventiva, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), va a señalar que *«la información y la formación de los trabajadores dirigidas a un mejor conocimiento tanto del alcance real de los riesgos derivados del trabajo como de la forma de prevenirlos y evitarlos, de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las características de las personas que en él desarrollan su prestación laboral y a la actividad concreta que realizan.»*

Esta formación en prevención de riesgos laborales adquiere una mayor relevancia, si cabe, para los trabajadores puestos a disposición por las ETTs. En esta línea, cabría pues deslindar, por un lado, lo que es la formación genérica de los trabajadores, de lo que sería la formación específica en materia de prevención de riesgos laborales, distinguiendo a su vez dentro de ésta, la formación que, por sus especiales características o circunstancias, debe impartirse a los trabajadores cedidos a empresas usuarias por las ETTs.

Este deber de formación adquiere una importancia sublime cuando se traslada al ámbito del empleo temporal, y en particular de las ETTs, consagrándose de manera positiva –fundamentalmente– a través del articulado de la Directiva 91/383/CEE, así como dentro de nuestro Derecho interno en el artículo 28 LPRL y RD 216/1999.

Al análisis y estudio pormenorizado de esta formación preventiva en el seno de las ETTs dedicamos el presente trabajo.

2. FORMACIÓN GENÉRICA Y FORMACIÓN PREVENTIVA

2.1. Formación genérica: el deber de formación como mandato legal en nuestro Derecho positivo.

En primer lugar, este deber de formación no es sino una de las múltiples caras de la poliédrica necesidad de formación y readaptación profesional ya consagrado en el artículo 40.2 de la Constitución Española ¹, al disponer que los *«poderes públicos fomentarán una política que garan-*

tice la formación y readaptación profesionales, velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.»

De una primera lectura de este precepto constitucional se infiere una serie de mecanismos más prácticos que ideológicos acerca de las vías principales por las que deben discurrir las líneas maestras de la Administración Pública en aras a diseñar sus políticas en materia de prevención laboral.

La traslación a la legislación laboral de estos principios constitucionales en materia formativa, da lugar a la existencia de un derecho fundamental –y en contrapartida un deber inexcusable para los empleadores– contemplado en el artículo 4.2.b) ET según el cual todos los trabajadores tienen derecho a la «... *formación profesional en el trabajo.*»²

2.2. La formación preventiva y sus diversas regulaciones.

Junto a esta formación genérica que acabamos de reseñar, debemos referirnos a una formación específica, centrada en los aspectos preventivos de ésta como elemento troncal en materia de seguridad y salud laboral, debiendo diferenciar a su vez entre la formación preventiva de los trabajadores en su conjunto y, la formación preventiva destinada a los trabajadores pertenecientes al sector de las ETTs. Cabe hacer hincapié en que la regulación de esta formación se realiza a todos los niveles y ámbitos, desde el internacional hasta la negociación colectiva, pasando por la normativa de la Unión Europea y las legislaciones internas de los distintos Estados miembros que la integran.³

En los siguientes apartados otaremos una visión global de las diversas regulaciones que tratan en el seno de sus respectivos contenidos la materia de la formación preventiva en los distintos ámbitos normativos, ya sea a nivel nacional o interno, supranacional o europeo.

2.2.1. La formación preventiva a nivel supranacional.

A nivel supranacional, la norma más destacada en materia de formación sobre prevención de riesgos laborales es sin duda el Convenio n.º 155 OIT. Este Convenio ratificado por España establece diversas disposiciones en materia de formación preventiva sobre seguridad y salud laboral.

Así pues, en su artículo 5.c) una orientación a los Estados miembros de incluir entre sus políticas laborales aspectos relativos a la formación en el sentido de incluir «*la formación complementaria necesaria, calificaciones y motivación de las personas que intervienen, de una forma u otra, para que se alcancen niveles adecuados de seguridad e higiene.*»⁴

En la misma línea, el artículo 19.d) de este Convenio 155 OIT dispone, a modo de normativa *directamente aplicable*, que «deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales sus trabajadores y sus representantes en la empresa reciban una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo.»

2.2.2. La formación preventiva en la legislación de la Unión Europea.

Dentro del ámbito de las normas supranacionales pero sin alejarnos de nuestro ámbito normativo, la legislación emanada de la actual Unión Europea⁵ –antaoño CEE– a través de diversas Directivas europeas⁶:

2.2.2.1. La norma comunitaria genérica: la Directiva 89/391/CEE.

Del conjunto de Directivas que regulan la materia de la prevención de riesgos laborales, sin duda destaca como fundamental la «Directiva del Consejo 89/391/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo»⁷. Esta norma comunitaria es más conocida como «Directiva-Marco»⁸, por ser la que regula de manera genérica todo lo relativo a la seguridad y salud laboral, y de la que han emanado la práctica totalidad de las Directivas Específicas sobre seguridad y salud laboral⁹; así como las normas internas de los distintos Estados miembros que deben adaptar su legislación interna a los mandatos de esta importantísima norma comunitaria.¹⁰

En el seno de esta norma se encuentra su artículo 12 que bajo el inequívoco epígrafe de «Formación de los trabajadores», regula en cuatro apartados esta materia, correspondiendo los apartados 1, 2 y 4 a obligaciones atribuidas exclusivamente al empresario, quedando el apartado 3 únicamente referido a los «representantes de los trabajadores que tengan una función específica en la protección y la seguridad de los trabajadores», los cuales, según este apartado 3 del artículo 12 de la Directiva, «tendrán derecho a una formación adecuada.»¹¹

Por lo que respecta a las obligaciones estrictamente atribuidas a los empresarios, comenzaremos por destacar que el apartado 2 de este artículo 12 hace referencia a «los trabajadores de las empresas exteriores», dentro de las cuales pueden encuadrarse perfectamente los trabajadores de las ETTs. Sobre este particular, la Directiva señala en este artículo 12.2 que el «empresario deberá garantizar que los trabajadores de las empresas exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento hayan recibido las instrucciones pertinentes en lo que respecta a los riesgos para la seguridad y la salud durante su actividad en su empresa y/o establecimiento.»¹²

Por lo que respecta al apartado 1 del artículo 12 de la Directiva, éste ha sido fielmente reproducido por el artículo 19.4 ET, por lo que recomendamos el análisis que más adelante –y en el correspondiente apartado– se realiza de los elementos que integran ambas normas. No obstante podemos adelantar que en dicho artículo 12.1 de la Directiva-Marco se establece que el «empresario deberá

garantizar que cada trabajador reciba una formación a la vez suficiente y adecuada en materia de seguridad y salud (...). Y añade en el mismo precepto que «dicha formación deberá adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de nuevos riesgos, y repetirse periódicamente si fuera necesario.»

Por último, el apartado 4 de este artículo 12 de la Directiva-Marco se limita a señalar que la «formación prevista en los apartados 1 y 3 no podrá correr a cargo de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores». Sin duda no deja de ser un anticipo de lo que posteriormente recogerá nuestra legislación interna al respecto, y en particular el artículo 12.4 de la actual LETT que declara «nula toda cláusula del contrato de trabajo que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de (...) formación.»

No quisiera finalizar este apartado sin hacer mención al «Proyecto de Directiva del Consejo relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo», presentado por la Comisión Europea al Consejo el 29 de junio de 1990, en cuyo artículo 2 se impone que «los trabajadores cubiertos por una relación laboral a tiempo parcial y/o de duración determinada deberán disfrutar del acceso a las acciones de formación profesional ofrecidas por la empresa, en condiciones comparables a la de los trabajadores a tiempo completo y por tiempo indefinido.»

Respecto a este artículo, y con independencia de las vicisitudes que dicho Proyecto pueda experimentar hasta que se convierta finalmente en Derecho positivo europeo, entendemos que cabe realizar, cuando menos dos observaciones al respecto.

Por una parte, este precepto habla de «acciones formativas», sin especificar, o al menos sin excluir ninguna clase de formación, por lo que podemos deducir perfectamente que la formación preventiva puede y debe quedar encuadrada dentro de este marco conjunto de extensión del derecho de formación para los trabajadores de las ETTs.

Por otro lado, el espíritu de esta norma no deja de ser una plasmación específica del «principio de igualdad de trato» para los trabajadores de las ETTs con respecto a los trabajadores de estructura de las empresas comunes, y que se halla presente en toda la normativa, tanto interna como europea. Por lo tanto, no estaríamos tanto en presencia de una novedad como de una plausible concreción con respecto a un derecho esencial para los trabajadores y trascendental para el caso de los trabajadores al servicio de las ETTs sobre todo en materia de formación preventiva.

2.2.2.2. La norma comunitaria específica del trabajo temporal: la Directiva 91/383/CEE.

Por otro lado, nos encontramos con la otra norma comunitaria que de manera más específica atiende toda la regulación de la prevención de riesgos laborales en relación con las ETTs y figuras afines. Nos referimos a la «Directiva del Consejo 91/383/CEE, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.»

En primera instancia, hay que poner de relieve que hasta que esta regulación se convirtió en una norma positiva de Derecho Comunitario derivado ¹³, transcurrió un largo y tortuoso proceso que arranca desde el Primer Programa de Acción Social de la Comunidad ¹⁴, el cual incluía entre sus objetivos una armonización de las distintas legislaciones en materia de trabajo temporal, concretándose una de sus actuaciones específicas a través de la Resolución del Consejo de 18 de diciembre de 1979 ¹⁵, sobre *el tiempo de trabajo*, que incluía diversas modalidades de contratación temporal y de duración determinada entre las que se encontraba la realizada a través de ETT. Sobre esta materia se plasmaron diversas propuestas ¹⁶ de directivas, siendo la primera de ellas la de 7 de mayo de 1982 ¹⁷ modificada a su vez por la de 3 de abril de 1984 ¹⁸.

No obstante ninguna de estas propuestas de directiva vio la luz como norma positiva debido en gran medida al cambio de rumbo que experimentó la política social comunitaria con la llegada del Acta Única Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 9 de diciembre de 1989. No obstante, del Programa de acción de la Comisión sobre la Carta se derivó un informe, conocido como «*Documento Papandreu*», sobre los contratos de trabajo que no sean por tiempo completo o de duración indefinida, acompañando a este informe la presentación de tres propuestas de directiva sobre las condiciones de estas modalidades de trabajo atípico, siendo una de ellas la destinada a completar las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores temporales, la cual fue presentada el 29 de junio de 1990 ¹⁹, siendo modificada a su vez el 5 de diciembre del mismo año ²⁰, y pasando finalmente el 25 de junio de 1991 a convertirse finalmente en la directiva que estamos comentando.

Dentro del análisis que podemos efectuar de esta norma comunitaria, cabe destacar como primera característica su *originalidad*, ya que si bien «*no es la primera vez que se va a tratar el trabajo temporal a nivel de la Comunidad, (...) sí es la primera vez que se le va a dar un tratamiento específico desde la óptica de la salud laboral*» ²¹. No obstante, los diferentes artículos que integran este texto se hallan trufados de su concatenación y referencia a la Directiva-Marco bajo la expresión «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo ... de la Directiva 89/391/CEE, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que (...)*» ²²

Por lo que al tratamiento de la formación preventiva se refiere, la Directiva 91/383/CEE le dedica todo el contenido de su artículo 4, encuadrado a su vez dentro de la «*Sección II*» rubricada como «*Disposiciones Generales*» ²³, estableciendo que «*sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 89/391/CEE, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que en los casos contemplados en el artículo 3* ²⁴, *el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia.*»

De la conjunción de este precepto y del artículo 12 de la Directiva-Marco, al que se remite al comienzo del mismo, se desprende la imposición de cara al empresario ²⁵ de garantizar que los trabajadores cedidos por la ETT hayan sido instruidos con respecto a los riesgos del trabajo a desempeñar en el seno de la EU. Además, según el artículo 12.2 de la Directiva-Marco esta instrucción deberá ser previa a la prestación efectiva de los servicios en la EU y habrá de ser, en su conjunto,

una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo a desempeñar teniendo en cuenta la cualificación y experiencia del trabajador, según requiere el artículo 4 de la Directiva 91/383/CEE, añadiéndose que se repetirá y actualizará cuando sea preciso, por mor del artículo 12.1 de la Directiva-Marco.

Dado que nuestro actual Derecho positivo en materia de prevención de riesgos laborales encuentra su origen precisamente en estas normas comunitarias, cabe anticipar que a lo largo del presente trabajo serán continuas e imprescindibles las referencias a ambas directivas europeas.

2.2.3. La formación preventiva a nivel de Derecho interno.

Por su parte, en lo que al ordenamiento jurídico español se refiere en materia de prevención de riesgos laborales, este derecho a la formación preventiva se transforma en un deber empresarial de protección contenido en el artículo 19 LPRL al establecer que *«el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.»* Significando además que esta formación *«deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario.»*

En este sentido la LPRL pone de manifiesto lo que es una realidad cotidiana, ya que, si bien no existen dos trabajadores iguales, ni con características o circunstancias idénticas, es lógico pensar que la formación tendente a evitar los riesgos laborales que aquéllos pudieran padecer, sea igualmente distinta y adaptada a cada caso particular. Se trata en definitiva de considerar la formación preventiva como una formación *«ad hoc»* que permita generar un conjunto de destrezas o articular una serie de procedimientos adecuados a cada caso para enfrentarse con eficiencia y eficacia a los riesgos a los que eventualmente pueda estar expuesto cada trabajador de cada empresa.

Pero sin duda las normas clave sobre esta materia dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentran en el artículo 28 LPRL y en su reglamento de desarrollo ²⁶ promulgado a través del RD 216/1999.

Con independencia del análisis pormenorizado que de ambas normas se realiza en el presente trabajo, podemos adelantar que el artículo 28 LPRL, dedicado según reza su *ecléptica* rúbrica a las *«relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal»* ²⁷, ordena esta formación preventiva para estos trabajadores, estableciendo en el segundo párrafo de su apartado 2), que *«recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.»*

Ambas regulaciones se fundamentan en el hecho de que la actividad laboral desarrollada a través de las ETTs conlleva una mayor exposición a los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siendo por ello necesario combatir ese mayor riesgo con medios adecuados, destacando –entre otros– el de la formación preventiva.

Estas disposiciones, unidas a determinados preceptos contenidos en otras regulaciones como la LETT, la LISOS o la LGSS, constituirán el marco de referencia normativo en que se fundamentará el presente estudio, cuyos elementos y características iremos desgranando en los siguientes epígrafes y apartados.

3. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DEBER DE FORMACIÓN PREVENTIVA

Para que la formación en materia de seguridad y salud laboral cumpla realmente con su objetivo final, es preciso dar el debido cumplimiento al conjunto de elementos que integran ese deber empresarial de impartir formación sobre prevención de riesgos laborales a los trabajadores que vayan a ser cedidos a las distintas EUs por sus respectivas ETTs.

Estos elementos a los que nos referimos pueden agruparse en torno a tres grupos o categorías fundamentales, a saber: subjetivos, objetivos y formales. En primer término nos encontramos con los de naturaleza *subjetiva*, esto es, los sujetos intervinientes en el cumplimiento de ese deber formativo. Por otro lado se hallan los de carácter *objetivo*, tales como el contenido, la duración, el coste, etc. Por último no debemos olvidar los elementos de índole *formal*, a los que sin duda también nos referiremos y examinaremos en los siguientes apartados.

4. SUJETOS OBLIGADOS

Dentro de la paradigmática relación «*triangular*» o «*trilateral*»²⁸ existente entre el trabajador con contrato *laboral* con la ETT y puesto a disposición de la EU mediante contrato *mercantil* de puesta a disposición con ésta, entra en juego un conjunto de recíprocas obligaciones entre las que ahora destacamos la de dar formación preventiva al trabajador en misión. Es claro que los sujetos obligados son tanto la EU como la propia ETT. Sin embargo, ni el fundamento, ni el contenido obligatorio, ni siquiera las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse del incumplimiento formal y sobre todo material de este deber, actúan en un mismo plano.

Veamos seguidamente en qué medida y de qué manera incide esta obligación para cada una de las empresas –*sujetos obligados*– implicadas.

4.1. El deber de formación para la ETT.

Ya el segundo párrafo del artículo 12.2 de la Ley 14/1994 establecía que los «trabajadores contratados para ser puestos a disposición de otras empresas deberán recibir de la empresa de trabajo temporal formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y prestando especial atención a los riesgos a los que vaya a estar expuesto.»

Con la llegada de la LPRL –cronológicamente casi año y medio después de la primera LETT–, la prevención de riesgos en general, y de forma particular la formación integrante de la misma dentro del ámbito de las ETTs, no había experimentado variación alguna, al menos en cuanto al terreno normativo se refiere. De hecho, este inmovilismo puede apreciarse de manera ostensible si comparamos las redacciones tanto del segundo párrafo del artículo 12.2 de la Ley 14/1994 como del también segundo párrafo del artículo 28.2 de la Ley 8/1995 cuando éste, al referirse a los trabajadores contratados por ETTs, establece que «recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.»²⁹

La experiencia de varios años puso de relieve que la somera y ambigua redacción inicial de ambos preceptos planteaba diversas carencias y dificultades a la hora de su puesta en práctica. Ello motivó en gran medida su modificación a través de la Ley 29/1999 de los dos apartados del precepto en cuestión de la LETT de 1994, así como su ampliación, añadiendo al mismo dos nuevos apartados, del que nos interesa destacar ahora su apartado 3), por estar dedicado a la formación preventiva, indicándose en él que toda ETT «deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto.»

De los anteriores preceptos se desprende que la formación preventiva forma parte del elenco de obligaciones que como empresario tiene la ETT en materia de prevención de riesgos laborales respecto de los trabajadores que contrata laboralmente, ya sea como *personal de estructura* para su propio funcionamiento interno –como cualquier otra empresa–, o bien como empleadora de trabajadores para ser cedidos a otras empresas (EUs) que precisen de sus servicios. En cualquier caso, queda claro que el deber de dar formación preventiva a los trabajadores en misión es responsabilidad de la propia ETT. Podemos constatar cómo diversas normas de distinto rango legal y ámbito de aplicación así lo determinan.

Así pues, el artículo 28.5 LPRL, en su párrafo segundo es taxativo respecto del empresario obligado a dar esta formación preventiva, al señalar que la ETT «será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud que se establecen en los apartados 2 y 3 de este artículo.»

No obstante lo anterior, si bien el legislador español no ha querido dejar ninguna laguna acerca del empresario responsable de que los trabajadores reciban la preceptiva formación de referencia, también es cierto que podría generarse alguna duda por parte de la legislación europea, al percibir una cierta contradicción entre dos de sus Directivas más importantes en materia de seguridad y salud laboral y a las que ya nos hemos referido: la Directiva-Marco y la Directiva 91/383/CEE.

En efecto, la Directiva-Marco establece en su artículo 12.2 que el *«empresario deberá garantizar que los trabajadores de las empresas exteriores que intervengan en su empresa o establecimiento hayan recibido las instrucciones pertinentes en lo que respecta a los riesgos para la seguridad y la salud durante su actividad en su empresa y/o establecimiento.»*

Si entendemos que las ETTs pueden ser consideradas como *empresas exteriores* –y de hecho así son consideradas–, el precepto comunitario designa como directo responsable al empresario en cuyo establecimiento se desarrolla la actividad de los trabajadores de las empresas externas, que para el caso concreto que nos ocupa sería la EU, y en consecuencia, el responsable de la formación preventiva no sería el empresario que contrata laboralmente a esos trabajadores, sino el empresario titular del *lugar* y para el que prestan sus servicios tales empleados externos, es decir, la EU.

En definitiva, el titular de los contratos –laborales– suscritos con los trabajadores que desarrollan su actividad en las instalaciones de otra empresa, cedería a ésta la responsabilidad formativa como parte de una responsabilidad global de garantizar la seguridad y salud laboral del conjunto de trabajadores que desarrollan su actividad laboral en las instalaciones de las que es titular.

Por su parte, y en aparente contradicción con lo anterior, la Directiva 91/383/CEE, al hablar de la formación preventiva de los trabajadores, establece en su artículo 4 que *«sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva 89/391/CEE, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que (...), el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia.»* Podemos apreciar cómo en esta Directiva más específica para el ámbito de las ETTs, se deja a la libre voluntad de los respectivos legisladores de los Estados miembros, la decisión de designar al responsable de la formación en materia de seguridad y salud laboral de los trabajadores en misión.

Por nuestra parte entendemos que, aunque nuestro legislador haya optado por atribuir a la ETT –y no a la EU– la formación preventiva, tal atribución obedece más a la propia naturaleza triangular del ámbito de las ETTs que a una determinación directa del legislador de cada Estado miembro.

En efecto, si bien no cabe duda acerca de la *titularidad* de la ETT del deber de formar de manera suficiente y adecuada a los trabajadores con carácter previo a su puesta a disposición, también resulta evidente que el cumplimiento de ese deber no puede ubicarse exclusivamente en el ámbito de la ETT, precisando para ello del decidido auxilio y cooperación de la EU para asegurar el buen fin de esa obligación.

El motivo de esta imperativa obligación obedece principalmente a que es la EU la que conoce de primera mano y con mayor rigor tanto el puesto de trabajo a cubrir, las tareas y funciones que en él se desempeñan, así como los posibles riesgos laborales que pudieran desprenderse del mismo.

En este sentido, el artículo 28.5 LPRL en su párrafo tercero no ofrece dudas al indicar que la EU «deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas.»³⁰

Por su parte, y como continuación de este deber recíproco *formación-información*, la regulación posterior acentúa esta colaboración, haciendo un mayor hincapié en los aspectos relevantes de la información y que inciden de manera decisiva en una formación suficiente y adecuada del trabajador en misión. En este sentido el RD 216/1999 es prolijo al respecto.

Así, el artículo 3.3 del referido texto reglamentario impone que la ETT «deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia preventiva necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar.» Y en el siguiente párrafo añade que para lograr ese objetivo de aseguramiento, la ETT «comprobará fehacientemente que la formación del trabajador es la requerida y que se encuentra actualizada y adaptada a la evolución de los equipos y métodos de trabajo y al progreso de los conocimientos técnicos. En caso contrario, deberá facilitar previamente dicha formación al trabajador, con medios propios o concertados, durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición pero será previo, en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios.»

Como puede apreciarse, en la formación preventiva de los trabajadores en misión, si bien la ETT es la responsable del cumplimiento de formar a estos trabajadores, igualmente resulta indudable que para el buen fin de ese objetivo, la EU tiene un papel amplio y decisivo, hasta el punto de que la propia norma establece un mecanismo automático para los casos en los que la EU detecte de forma precoz que el trabajador en misión no posee la formación preventiva necesaria, trasladándose temporalmente la responsabilidad a la EU de impartir esos conocimientos necesarios, sin perjuicio de que posteriormente pueda repetir contra la ETT esa ausencia o insuficiencia de instrucción preventiva, y al margen de las responsabilidades sancionadoras que de ello pudieran derivarse. Al estudio de la formación preventiva vista desde la perspectiva de la EU dedicaremos el siguiente apartado.

4.2. El deber de formación desde la óptica de la EU.

Es claro que si la EU no facilita de manera solvente toda la información necesaria a la ETT, ésta difícilmente podrá cumplir con su deber de dar formación suficiente y adecuada a los trabajadores en misión. Por ello resulta de vital importancia asegurar y regular los términos en los que la EU suministra la información que la ETT precisa para dar cumplimiento exacto a su obligación.

Son varios los preceptos de diversas normas con distinto rango legal los que se han encargado de regular esta información. Sin embargo, y teniendo presente que la información constituye uno de los pilares básicos de la prevención según estudiamos en epígrafe aparte, por ahora nos centraremos únicamente en la incidencia que ha tenido la información de la EU para con el deber de formación de la ETT, en las distintas normas del ámbito del trabajo temporal.

Así el artículo 4 del RD 216/1999, bajo el epígrafe «*Obligaciones de la empresa usuaria previas al inicio de la prestación de servicios del trabajador*», en su apartado 1) realiza un mandato a la EU que pudiera parecer contradictorio e incluso surrealista con respecto a la cuestión informativa que venimos comentando. Así se indica que la EU «*deberá recabar la información necesaria de la empresa de trabajo temporal ...*». Es aquí precisamente donde reside la paradoja, ya que si como venimos manteniendo es la EU la que debe dar información a la ETT para que ésta a su vez pueda cumplir con su deber de dar formación preventiva a los trabajadores por ella contratados, cómo es que ahora esa necesidad de informar se vuelve en sentido inverso.

La respuesta a esa aparente contradicción no radica tanto en *quién debe informar a quién*, sino de *qué* debe informar cada una de las empresas, es decir, no se trata tanto de deslindar el ámbito subjetivo de la obligación –que ya hemos aclarado en el anterior apartado–, sino de determinar el *contenido material* que debe comportar dicha información. Por decirlo en otros términos, podemos afirmar que el deber de informar es recíproco, bidireccional y no excluyente, y por tanto, ambas empresas están obligadas a facilitar información la una para con la otra. Sin embargo, lo que diferencia a ambas, y de ahí la solución a la paradoja presentada, radica en el *contenido* de esa información que cada una de las empresas está obligada a dar.

En efecto, para dar un satisfactorio cumplimiento al deber de dar formación preventiva a los trabajadores en misión, es necesario que tanto la ETT como la EU se otorguen recíprocamente información. Sin embargo, el contenido de esa información es diferente para cada una de las empresas. Así, hemos podido comprobar en el apartado anterior que la EU debe informar a la ETT sobre todo de los *riesgos del puesto de trabajo*, mientras que, como veremos a continuación, la ETT debe informar a la EU, sobre todo, de las *condiciones y circunstancias del trabajador*. Se trata en definitiva de dar información con contenidos distintos pero con una misma finalidad, garantizar la seguridad y la salud ³¹ laboral de los trabajadores en misión a través de la formación preventiva.

Así pues, salvada la paradoja acerca de la información, nos centraremos a continuación en el análisis de los contenidos que debe incluir la información que la ETT ha de suministrar a la EU para que ésta pueda dar cumplida satisfacción a las obligaciones formativas.

El artículo 4.1 del RD 216/1999 establece en tres subapartados la información que la EU debe recabar de la ETT con carácter previo al inicio de la prestación de servicios del trabajador en misión.

El primero de estos subapartados del artículo 4.1 RD 216/1999 obliga a la EU a que se asegure de que el trabajador que va a ser puesto a su disposición por la ETT reúne como condición el haber *«sido considerado apto a través de un adecuado reconocimiento de su estado de salud para la realización de los servicios que deba prestar en las condiciones en que hayan de ser efectuados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el artículo 37.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención.»*

Como segunda información que debe recabar la EU de la ETT, ésta debe informar acerca de la condición que debe reunir el trabajador de poseer *«las cualificaciones y capacidades requeridas para el desempeño de las tareas que se le encomienden en las condiciones en que vayan a efectuarse y cuenta con la formación necesaria, todo ello en relación con la prevención de los riesgos a los que pueda estar expuesto, en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en sus disposiciones de desarrollo.»*

La tercera cuestión que debe controlar la EU, según dispone el artículo 4.1.c) del RD 216/1999, consiste en cerciorarse de que el trabajador en misión ha recibido *«las informaciones relativas a las características propias del puesto de trabajo y de las tareas a desarrollar, a las cualificaciones y aptitudes requeridas y a los resultados de la evaluación de riesgos a las que hace referencia el artículo 2 de este Real Decreto.»*

Sobre estos requerimientos, cabe traer a colación la redacción fáctica y las conclusiones jurídicas derivadas de la STSJ de Cataluña de 6 de julio de 1999 (AS 3140/1999), por la que se desestimó la demanda interpuesta por un trabajador contratado por una ETT que sufrió, en el seno de las instalaciones de la EU, *«molestias e inflamación en la cara (...) pápulas en la nariz y el mentón»* ³² al desempeñar funciones de *«operario con el nivel profesional dos, de conformidad con lo dispuesto en el Convenio Estatal de las Empresas de Trabajo Temporal de 22-2-1995»* con motivo de la manipulación de una sustancia denominada *«Basoplast 20 Conc»* en cuya *«hoja de seguridad»* se establece *«protección de las vías respiratorias, protección de los ojos y de las manos»*. A este respecto, la EU proporcionó al trabajador *«solamente unos guantes de goma»*, indicando igualmente la sentencia que *«ninguna de las dos empresas codemandadas –ni EU ni ETT– le informó de los riesgos y peligros del mencionado producto, especialmente la posibilidad de sensibilización en contacto con la piel»*, pero, esta conducta empresarial es disculpada por el juzgador en la medida en que, a su vez el trabajador *«con acné desde los 10 y 11 años y con antecedentes de asma bronquial ..., no comunicó el padecimiento de las referidas dolencias a la empresa de trabajo temporal ni a la empresa usuaria demandadas.»*

En este sentido, es más que probable que si la ETT hubiese realizado una adecuada labor de selección, el hecho no se hubiese producido, bien porque la ETT de suyo no le hubiese contratado para, precisamente, ser puesto a disposición de una EU que le reservaba un puesto de trabajo en el que las condiciones personales del trabajador no eran idóneas, o que de haber sido conocidas tales circunstancias por la EU, ésta hubiese procedido de manera más rigurosa con respecto al equipo de protección individual (EPI) del trabajador en cuestión.

Como puede observarse, se trata en definitiva de *fiscalizar* una serie de condiciones del trabajador contratado por la ETT y que va a ser puesto a disposición de la EU, y que por ello, ésta debe asegurarse de recibir esa información del sujeto que mejor –cuando no únicamente– puede conocer el cumplimiento de esas condiciones que se requieren del trabajador, siendo este sujeto la ETT.

La razón de que esta información sea solicitada por la EU a la ETT reside básicamente en que es ésta la que ha realizado todos los procesos previos a la contratación laboral tales como la búsqueda, selección, formación y, por último –y tras avalar su idoneidad como trabajador para ser cedido a otra empresa–, su contratación laboral.

Si estos procesos previos a la contratación de selección y formación no han sido realizados de manera adecuada, o simplemente no se han efectuado, la EU debe verificarlos en toda su extensión y bajo las instrucciones marcadas por el artículo 4 del RD 216/1999, impidiendo que el trabajador que no posea las condiciones requeridas comience la actividad laboral en su empresa. En este sentido, el artículo 4.2 del RD 216/1999 es tajante al respecto al ordenar que la EU «no permitirá el inicio de la prestación de servicios en la misma de un trabajador puesto a su disposición hasta que no tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones del apartado (–1–) anterior». ³³ De lo contrario, y con independencia del régimen sancionador aplicable que más adelante estudiaremos, se estará minando uno de los pilares básicos en la prevención de riesgos laborales como es la formación preventiva.

Queda por último concretar o materializar *el modo y la forma* en la que puede concluirse la verificación a la que está obligada la EU, esto es, establecer unas pautas que permitan comprobar el cumplimiento de la EU, o el de la ETT para con ésta, con el fin de poder conocer, en su caso, al infractor y evitar los percances que pudieran derivarse de ese eventual incumplimiento. En este sentido cabe destacar que el propio RD 216/1999 no establece ningún procedimiento normalizado al respecto ³⁴. Siendo así que, llegado el caso, toda la cuestión es reconducible a un mero mecanismo probatorio de los ya establecidos de manera general en el Derecho español ³⁵.

En cambio, el artículo 14 RETT ³⁶ puede resolver en cierto modo esta laguna dejada por el RD 216/1999, al indicar que el contrato de puesta a disposición (CPD) «se formalizará siempre por escrito en el modelo oficial que se establece en el Anexo número 3 de este Real Decreto...», y precisamente uno de los apartados de este Anexo contiene como *dato obligatorio* que debe incluir todo CPD, el relativo a «Riesgos del puesto», así como el destinado a «Equipos de protección individual». Queda pues constancia documental por escrito y de manera obligatoria de la información preventiva por parte de la EU de los riesgos propios del puesto de trabajo que va a ocupar el trabajador en misión según le impone el artículo 4.1, en el subapartado c), del RD 216/1999.

Cosa distinta será la forma de verificar el cumplimiento de las aptitudes y características del trabajador en misión que ordenan comprobar los apartados a) y b) de este mismo precepto, para lo cual no existe, al menos de manera oficial, ni *forma* ni *formulario* para constatarlo.

5. EL ÁMBITO TEMPORAL DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA

5.1. El dilema del «cuándo» se realiza la formación preventiva.

La cuestión relativa al «*Momento*» en el que debe desarrollarse la formación preventiva ha quedado zanjado definitivamente mediante la reforma de la LETT a través de la Ley 29/1999. Y es que la anterior legislación sobre las ETTs no resolvía de manera satisfactoria –o sencillamente no lo planteaba– el dilema referente a «*cuándo*» debe llevarse a cabo la formación preventiva en el marco de las relaciones triangulares existentes en el sector de las ETTs.

En efecto, hemos podido constatar en los apartados precedentes cómo el artículo 12.2 de la Ley 14/1994 establecía de forma tajante la obligatoriedad para las ETTs de dar formación en materia de seguridad y salud laboral a los trabajadores contratados por ellas para ser puestos a disposición de otras empresas. Sin embargo no establece el *espacio temporal*, entendiendo por tal el *momento* y la *duración*, en el que esta obligación deba ser cumplida ³⁷.

Ante esta laguna legal que planteaba no pocas dificultades en la práctica, así como el oportuno debate doctrinal, dieron como resultado que la norma sobre la materia inmediata y cronológicamente posterior, resolviera, aunque sólo fuera inicialmente, este problema. Así el RD 216/1999, en su artículo 3.3 pone de relieve el carácter *previo* de la formación preventiva mediante expresiones tales como «... *previamente a su* (del trabajador) *puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia preventiva necesaria...*». Y de forma más incisiva se expresa en el párrafo *in fine* de este precepto reglamentario al señalar que «... *pero será previo* (el momento de la formación), *en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios.*»

Con todo ello, la culminación positiva en un texto de rango legal, de este carácter previo de la formación preventiva ha tenido que esperar hasta la llegada de la Ley 29/1999, la cual, al disponer en su apartado 10 la nueva redacción del artículo 12 LETT, crea un apartado 3), el cual dispone que «... *el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales ...*»

Con esta respuesta de rango legal, se da por zanjado el dilema que apuntábamos más arriba acerca de cuál es el momento para impartir la necesaria formación en materia preventiva acerca de los riesgos que presenta, o puede presentar, el puesto a cubrir por el trabajador que va a ser cedido por la ETT a la EU.

Por último destacar que ni la Directiva-Marco ni la Directiva 91/383/CEE establecen ninguna fórmula o disposición expresa con respecto a esta cuestión. Tan sólo la Directiva 89/391/CEE emplea en su artículo 12.2 la expresión «*hayan recibido las instrucciones pertinentes en lo que respecta a los riesgos para la seguridad y la salud*». Podemos deducir que el recurso a la expresión en pretérito perfecto «*hayan recibido*», implica una acción ya ejecutada, y por tanto, los trabajadores

de las ETTs tendrán listas tales instrucciones con carácter previo a la posibilidad de que concurra algún riesgo laboral, y para ello, esa recepción de instrucciones tendrá que cumplirse necesariamente con anterioridad al inicio de la actividad que deben desarrollar en la EU.

5.2. La cuestión del «timing» en el proceso de impartición de la formación preventiva.

Con respecto al «*timing*» o sucesión de procesos que ha de respetarse en cuanto a esta formación se refiere, hay que resaltar que las distintas normas existentes al respecto indican que la formación en materia de seguridad y salud laborales se llevará a cabo *durante* el tiempo de trabajo, es decir, dentro del transcurso de la jornada laboral. Surge así, pues, la duda acerca de si es la EU la que debe encarar este «*gravamen*» económico frente a un incuestionable *beneficio* social, o por el contrario, será la ETT la que deba descontar de su facturación a la EU final estas horas –económicamente no rentables– pero necesarias y, sobre todo legalmente obligatorias.³⁸

Subsiste por tanto la cuestión de si esta formación puede realizarse en el momento en el que el trabajador ya se encuentra al servicio de la ETT pero sin embargo aún no se halla puesto a disposición de la EU, es decir, el contrato aún no se ha *perfeccionado*, o al menos el contrato de trabajo entre la ETT y el trabajador, aunque sí puede estar ya celebrado y perfeccionado el contrato de puesta a disposición.

En este sentido, ante la duda de si este tiempo es o no tiempo de trabajo, algún autor considera que estos períodos formativos «*han de considerarse como de ejecución del propio contrato, en la medida en que al trabajador también se le impone la obligación de asistencia y seguimiento diligente a esos períodos de formación.*»³⁹

En el período de tiempo comprendido entre la detección de una necesidad puntual y objetiva de mano de obra en el seno de la EU, hasta que se produce un la cobertura efectiva de esa necesidad mediante la puesta a disposición en el seno de esta empresa de un trabajador –o trabajadores– contratado por la ETT; existe una camino o «*iter*» a seguir mediante una serie de sucesivos procesos concatenados, dentro de los cuales se encuentra el hito de impartir formación preventiva al trabajador con carácter previo al inicio de su actividad laboral en la EU.

Si ya en el apartado anterior concluíamos que el trabajador debe recibir una formación suficiente y adecuada con carácter «*previo, en todo caso, a la prestación efectiva de los servicios*», surge ahora la duda acerca de en qué punto exacto de ese *iter*; al que nos hemos referido anteriormente, debemos ubicar la impartición de formación sobre riesgos laborales al trabajador contratado laboralmente por la ETT para ser cedido a la EU mediante contrato mercantil de puesta a disposición suscrito entre ambas empresas.

En torno a esta diatriba, son varios los planteamientos que cabe hacer al respecto, tales como si la acción formativa debe realizarse antes de la contratación laboral del trabajador o, si pese a estar ya contratado éste, es preciso, *en todo caso*⁴⁰, impartir esa formación, cuál de las empresas impli-

cadadas debe correr con los gastos de la formación, en qué instalaciones ha de desarrollarse esa formación tanto en su fase teórica como en su fase práctica suponiendo que hubiere tal diferenciación, etc. Se trata ahora en definitiva de conocer la intervención de cada una de las empresas en esa sucesión de procesos que, por emplear la terminología anglosajona aplicada al caso, denominaremos: el «*timing*» de la formación preventiva.

5.2.1. La formación preventiva como elemento de perfección del contrato.

Interesa dilucidar en este apartado dos cuestiones fundamentales. Por un lado, hasta qué punto la realización, o mejor aún la no realización, de la formación preventiva determina que el contrato de puesta a disposición se entienda *perfeccionado*. Y dentro de esta cuestión, es menester aclarar *qué naturaleza* se otorga a la formación preventiva en aquellos casos en los que se justifica la exención de esta formación.

La segunda cuestión que interesa consiste en analizar si la formación preventiva ha de tener carácter obligatorio y previo al desarrollo de los servicios encomendados al trabajador, *cuándo* y *quién* de los dos empresarios se hace cargo de ejecutar, en toda su dimensión ⁴¹, esa acción formativa.

5.2.1.1. La formación como elemento esencial del contrato.

Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, es decir, si dada la obligatoriedad de la formación preventiva, ésta se convierte en un *elemento esencial* para la validez del contrato, sin el cual el contrato sería incompleto. Para ello debemos traer a colación toda la teoría *civilista* acerca de la *perfección del contrato*. Además, y según veremos a continuación, existen situaciones en las que esta formación preventiva no se hace estrictamente precisa, es más, podría decirse que puede resultar incluso desaconsejable, pudiéndose entonces exonerar de la misma tanto a las empresas implicadas –ETT y EU– como al propio trabajador. ⁴²

5.2.1.2. La exención justificada de impartir formación preventiva.

Tanto la legislación europea como diversas normas de nuestro ordenamiento laboral hablan de la obligatoriedad de impartir una formación preventiva «*suficiente y adecuada*» al trabajador que vaya a ser cedido a la EU, y que además debe ser «*previa*» a la prestación efectiva de los servicios que deba realizar dicho trabajador. Pues bien, como seguidamente veremos dicha obligatoriedad puede presentar sus excepciones ante la conjunción de determinadas circunstancias que, no sólo no obligan, en unos casos, sino que en otros resulta incluso aconsejable la no impartición de tales acciones formativas.

El artículo 19.1 LPRL dispone que «en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.» Podemos extraer de este precepto al menos tres conclusiones importantes.

En primer término, que el empresario lo que garantiza es la *recepción* de una formación preventiva suficiente y adecuada. Que, en segundo término, debe además prestarse con independencia tanto de la duración como de la modalidad contractual que vincule al trabajador con la empresa que le contrata laboralmente. Y en tercer lugar, que la obligación de dar formación preventiva no es una obligación que pudiéramos denominar de *tracto único*, sino que más bien se trata –a tenor de este precepto legal– de una «obligación de *tracto sucesivo*», siendo precisa su repetición a modo de «acción formativa de reciclaje», si es que las circunstancias así lo aconsejan y sin que ello implique una nueva contratación o modificación de ésta.

Teniendo presente las anteriores conclusiones la cuestión que se plantea ahora es la de conocer qué tratamiento deberíamos dispensar a un trabajador que tiene contrato indefinido con una determinada ETT. Y asimismo, nos preguntamos acerca de la formación preventiva que debería recibir un mismo trabajador que es contratado de forma prácticamente continua pero de forma temporal por distintas ETTs para trabajar, empero, para la misma EU, y dentro de ésta, en un mismo puesto de trabajo o de similar categoría o características.

La respuesta a estas dos situaciones no resulta en absoluto baladí, y la solución a las mismas requiere de un análisis que nos servirá, además, como hilo argumental para sostener la afirmación que hemos enunciado más arriba, acerca de la *exención* obligacional en materia formativa.

A) El primer supuesto: el trabajador es fijo de plantilla de la ETT.

Nos encontramos ante un supuesto que basa su *peculiaridad*⁴³ más en el carácter indefinido del contrato laboral que en el hecho de desarrollarse éste en el seno de una relación triangular del ámbito de las ETTs. En efecto, las ETTs pueden celebrar contratos laborales de carácter indefinido, no así CPDs de carácter indefinido ya que éstos por naturaleza deben ser tan temporales como la causa –igualmente temporal– que justifica el recurso de la EU a la contratación a través de una ETT.⁴⁴ En todo caso, la dificultad que plantearía este supuesto no estaría tanto en el contrato sino en las funciones que el trabajador realiza en las sucesivas misiones. Por tanto la singularidad de este supuesto estribaría en el contenido de las sucesivas *órdenes de servicio* y las funciones asignadas mediante las mismas. Podrían darse dos tipos de situaciones diferentes: que pese a las sucesivas situaciones, el puesto y las funciones derivadas del mismo fuesen idénticas; y la otra situación es que los puestos sean diferentes. Seguidamente veremos cada uno de ellos.

En el primer caso, los riesgos son prácticamente los mismos, y por lo tanto, la formación para prevenir tales riesgos presentará un contenido idéntico o muy similar.

La solución a esta situación nos viene prácticamente resuelta por el artículo 19.1 LPRL al enunciar que el trabajador –en este caso el contratado por la ETT para ser cedido– debe recibir una formación preventiva «tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo.» Se observa de este modo que la modalidad contractual, en este caso la indefinida, no supone un obstáculo para recibir la formación preventiva que le corresponda. No obstante, si entendemos que un trabajador contratado de manera indefinida por una ETT presupone órdenes de servicio de una cierta duración en el tiempo –prolongadas pero nunca indefinidas–, debemos inferir que una vez superada la fase inicial de formación preventiva previa, dicha formación deberá estar más centrada en acciones de *reciclaje*, por haber transcurrido un cierto tiempo desde la primera acción formativa; o de una especie de *puesta al día* cuando se introduzcan las modificaciones a las que alude el citado artículo 19.1 LPRL.

La segunda de las cuestiones planteadas más arriba tiene, a nuestro juicio, una respuesta más clara, ya que si los puestos son distintos, en cada orden de servicio aparecerá un puesto distinto a cubrir por el trabajador en misión, y por tanto, unos riesgos igualmente diferentes que precisarán de una formación individualizada y específica, según indica el artículo 19.2 al decir que la formación preventiva «deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador».

Por último indicar que este tipo de situaciones supone un porcentaje ínfimo del conjunto de contrataciones que realizan las ETTs para con su personal operativo o para ser cedido, y que no suele darse en la práctica salvo en trabajadores que por su especial cualificación sean «retenidos» por las ETTs para satisfacer demandas puntuales pero continuas de este perfil de profesionales.

B) El segundo supuesto: el trabajador siempre es cedido a la misma EU y/o para el mismo puesto.

La exención del deber de dar formación preventiva puede encontrarse en un supuesto que, ante todo, debemos entender excepcional cuando no fraudulento, consistente en que un mismo trabajador sea contratado sucesivamente por una o por distintas ETTs para ser puesto a disposición de una misma EU y/o para el mismo puesto de trabajo. Se suscitan aquí diversas *hipótesis* que seguidamente vamos a tratar de desgranar una a una, teniendo como elemento común de todas ellas al *mismo trabajador* y a la *misma ETT*⁴⁵, y todo ello bajo el denominador común de exonerar al empresario del deber legal de dar a dicho trabajador formación preventiva.

1.^a Misma EU y mismo puesto de trabajo.

Con independencia de las posibles *prácticas fronterizas*⁴⁶ entre el fraude y la *externalización* que pueda encerrar tras de sí una situación como ésta, lo cierto es que en realidad éste sería el ejemplo paradigmático en el cual puede exonerarse a la empresa obligada del deber de impartir formación preventiva, dado que el trabajador ya conoce tanto a la EU como el puesto de trabajo en el que va prestar sus servicios y, por consiguiente, los riesgos inherentes al mismo; y para los cuales además ya ha recibido, con carácter previo a su primera contratación, una formación suficiente y adecuada. Tan sólo habría que tener pre-

sente una importante variable adicional consistente en verificar que el lapso de tiempo existente entre las sucesivas contrataciones no haya sido excesivo, teniendo especial cuidado en aquellas situaciones ya indicadas por el artículo 19.1 LPRL relativas a repetir la formación preventiva cuando haya transcurrido un considerable paréntesis entre una puesta a disposición y la siguiente; o bien cuando en el puesto en cuestión, pese a ser el mismo, se hayan operado modificaciones tecnológicas o cambios en las funciones a desempeñar.

Si finalmente se constata que el tiempo transcurrido entre una puesta a disposición y la que le sucede es mínimo, entendemos por nuestra parte que la formación preventiva no sólo es prescindible, sino que además resultaría ociosa e ineficaz. Y todo ello sin contar con la pérdida tanto económica como de tiempo que podría derivarse de una reiterativa formación sobre riesgos laborales que el trabajador ya conoce sobradamente y que no beneficia a ninguna de las empresas implicadas.⁴⁷

2.ª Misma EU y distinto puesto de trabajo.

Esta situación puede resultar más controvertida que la anterior, toda vez que es la EU la que debe informar a la ETT sobre los riesgos a los que el trabajador vaya a estar expuesto por ser aquella la que mejor conoce su propia empresa, el puesto de trabajo que pretende cubrir y por ello los riesgos inherentes al mismo. Siendo así que si los riesgos inherentes a ese nuevo puesto de trabajo son muy similares a los del puesto que ese mismo trabajador cubrió en esa misma EU con anterioridad, y dado que la ETT ya ha sido informada por la EU sobre los riesgos de ese puesto distinto, y aun así, y en calidad de mejor conocedora de las aptitudes y experiencia del trabajador que contrata decide ponerlo nuevamente a disposición de la misma EU, debemos inferir que aquí la responsabilidad de impartir –o no– la obligatoria formación preventiva queda en gran medida en manos de ambas empresas, aunque no cabe duda de que formal y legalmente la principal obligada es la ETT.

Sin embargo, puede suceder que en aras de un mezquino abaratamiento del coste final del contrato, ambas empresas entren en connivencia aparentando que esa formación no es precisa. La EU informando a la ETT de que el puesto a cubrir es idéntico a los que ha cubierto ya con anterioridad ese mismo trabajador. Y la ETT, por su parte, exonerándose de dar formación preventiva argumentando que ese trabajador en concreto que pone a disposición de la EU ya ha trabajado para esa misma empresa y para ese mismo puesto de trabajo, y que por tanto el trabajador que cede es conocedor de los riesgos del mismo, concluyendo por ello en la innecesaria impartición de formación sobre seguridad y salud laboral.

Por nuestra parte debemos entender que, salvo maniobras fraudulentas como la que acabamos de comentar, lo lógico es que la EU informe con veracidad de la similitud real entre los distintos puestos que el trabajador en cuestión haya cubierto y el puesto al que ahora necesita dar cobertura. Y por su lado, la ETT debe corroborar, en la medida de sus posibilidades, la pretendida similitud entre ambos puestos y las características de su trabajador, para que una vez examinados tales extremos concluya acerca de si la formación que ya adquirió el trabajador durante su anterior misión le resulta válida, es decir, *suficiente y adecuada*, como para desprenderse del deber de dar formación previa sobre riesgos laborales.

No obstante lo anterior, si oteamos la normativa sobre seguridad y salud laboral, nos encontramos con que la prevención debe orientarse sobre todo, en torno a los riesgos intrínsecos que presenta cada puesto de trabajo. Y en el caso particular de la formación, el propio artículo 19.1 LPRL, en su párrafo segundo, señala que la formación preventiva «*deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente si fuera necesario.*»

En conclusión, si el nuevo puesto de trabajo presenta alguna diferencia o modificación sustancial con respecto al puesto que ese mismo trabajador ha desarrollado en esa misma EU, la ETT está obligada a desarrollar la correspondiente formación sobre riesgos laborales y con carácter previo a esa *nueva* puesta a disposición, por más que ni el trabajador ni las empresas implicadas sean unos desconocidos entre sí.

3.^a Distinta EU y mismo puesto de trabajo.

Ante esta hipótesis, debemos tener presente dos consideraciones previas antes de inclinarnos acerca de si en esta situación sería posible la exoneración de la consabida formación preventiva previa.

Por una parte, y según venimos reiterando, debemos tener en cuenta que la formación preventiva debe estar orientada principalmente hacia el *puesto de trabajo*, por lo que, si el puesto de trabajo, o mejor dicho las funciones a desarrollar dentro de él, ya son conocidas por el trabajador que va a ser puesto a disposición de la EU, cabe entender que, del mismo modo, los riesgos inherentes a ese puesto y a sus funciones, ya son conocidos por el trabajador.⁴⁸ Y si además tenemos en cuenta que el trabajador en cuestión ya posee la *experiencia*⁴⁹ necesaria, todo ello puede ser determinante para dar una respuesta u otra.

La otra consideración resulta más genérica y radica más en la propia concepción y filosofía de las ETTs. Y es que si las ETTs basan su razón de ser y su eficacia en la propia rapidez con la que pueden surtir de mano de obra a las empresas que precisen con inmediatez de sus servicios, es claro que para lograr ese objetivo, el trabajador que vaya a ser puesto a disposición de una EU debe *estar a punto*, al menos, lo deseable para esa EU es que el trabajador que la ETT vaya a cederle temporalmente se encuentre en las mejores condiciones de operatividad, incluyendo para ello el que el trabajador ya disponga de la consabida formación preventiva. Además, si bien cada empresa es distinta a todas las demás, también es cierto que en todas ellas existe una serie de puestos de trabajo –sobre todo en cuanto a personal de estructura⁵⁰–, cuyas funciones son prácticamente idénticas, siendo igualmente idénticos los riesgos derivados de esos puestos, y por ende, siendo la formación preventiva semejante cuando no la misma.⁵¹

La conclusión a la que llegamos finalmente sería que el trabajador *ya posee* con carácter *previo* una formación preventiva *suficiente y adecuada*, quedando diluida a nuestro entender, la obligación de instruir sobre riesgos laborales a *este* trabajador.

4.^a Distinta EU y distinto puesto de trabajo.

Esta situación en realidad no constituye una hipótesis de trabajo dado que no es excepcional, toda vez que resulta muy común que una misma ETT contrate de manera habitual a un mismo trabajador y que lo ceda a diversas empresas y para desempeñar en ellas distintos puestos de trabajo. Huelga decir en este caso que no cabe exoneración alguna de la formación preventiva, y que ésta debe prestarse en todo caso y con carácter previo a todas y cada una de las distintas puestas a disposición o *misiones* que vaya a efectuar ese trabajador.

5.2.2. La correlación de fases entre las empresas implicadas en la formación preventiva.

Ya hemos concluido en epígrafes precedentes que la formación en materia de riesgos laborales para los trabajadores cedidos por ETTs a las respectivas EUs, ha de tener ante todo, carácter *previo* al inicio de la prestación efectiva de los servicios en el seno de la EU. Pues bien, esta cuestión, aparentemente diáfana, se torna algo compleja a la hora de ubicar con precisión el cumplimiento de esa obligación formativa, al tiempo que compagina ésta con las peculiaridades organizativas propias del funcionamiento de las ETTs.

Si bien el deber de dar formación preventiva al trabajador que va a ser cedido es competencia de la ETT, no resulta tan explícita la aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 19.2 LPRL, y atinentes al *tiempo* que es preciso dedicar a su impartición, estableciendo sobre el particular que dicha formación se desarrollará «*siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en la misma.*» Este planteamiento en el caso de las ETTs resulta más difícil a la hora de llevarlo a la práctica, lo que unido a la falta de precisión que en tal sentido presentaba tanto la LETT de 1994 como su reglamento de desarrollo, motivaron numerosas dificultades ⁵², las cuales fueron decididamente resueltas tanto por el RD 216/1999 como por la Ley 29/1999; y a cuyo análisis dedicamos el presente apartado.

5.2.2.1. Jornada de trabajo y formación preventiva.

El primer escollo que tenemos que dilucidar parte de las previsiones contenidas en el artículo 19.2 LPRL cuando indica que las acciones formativas en orden a prevención de riesgos laborales deben impartirse preferentemente en el horario de trabajo. Esta cuestión no presenta mayores problemas cuando se trata de relaciones laborales comunes, es decir, cuando existe una relación directa entre el empresario y el trabajador al que contrata, quedando así en el ámbito único y exclusivo del empresario la obligación y la responsabilidad de dar formación preventiva a su trabajador.

Por el contrario, en el caso de las relaciones laborales a través de ETTs, esta situación no se produce, puesto que es la ETT la responsable de formar al trabajador, el cual a su vez, durante su *jornada de trabajo* se encuentra en las dependencias de la EU. Pero es que además, el trabajador

contratado por una ETT *no puede simultanear* la formación preventiva con su jornada laboral porque precisamente esta acción formativa debe impartirse con *anterioridad* al inicio de actividades en el seno de la EU, es decir, antes de trabajar de manera efectiva, y por consiguiente antes también de que el trabajador pueda iniciar cualquier jornada laboral en el seno de la EU.

Tan sólo sería admisible esta posibilidad ante el concurso de alguna de las hipótesis de *exención* de la formación preventiva que hemos explicado más arriba. E igualmente podría darse esta simultaneidad entre jornada laboral del trabajador *ya en misión* y formación preventiva en los casos que contempla el propio artículo 19 en su apartado primero al referirse a las acciones formativas complementarias en materia de prevención «*cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe (el trabajador en misión) o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo*» No obstante, debemos entender que esta clase de situaciones está pensada para relaciones contractuales típicas y de una cierta duración en el tiempo; situaciones estas que, en principio –y con las salvedades ya apuntadas anteriormente del recurso fraudulento a las ETTs–, no resulta propio que se planteen con trabajadores en misión.

La solución normativa a estas dificultades planteadas por las lagunas existentes en la legislación sobre ETTs de 1994 vino, en primer lugar, de la mano del artículo 3 del RD 216/1999, y posteriormente por la Ley 29/1999, que acogiendo el criterio de la norma reglamentaria, modificó el artículo 12 LETT añadiéndole un apartado 3.º, que delimita de forma lata el alcance de la formación preventiva previa, clarificando que dicha formación se desarrollará «*durante el tiempo necesario*», y añadiendo además que éste «*formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición*».

En definitiva, si ante el caso particular que se nos presente, no caben situaciones de exención de la formación preventiva previa, la conclusión normativa a la que llegamos es que esa formación debe realizarse de manera previa y con absoluta independencia de la duración que ésta requiera. De lo contrario se estaría incurriendo en una conducta cuando menos imprudente y por ello sancionable. Cosa distinta es que una «*duración excesiva*» de la formación previa nos lleve a pensar en una excesiva *onerosidad* que suponga el recurso a las ETTs, ante una situación de esta naturaleza. No obstante, esta reflexión responde más a un problema presupuestario de tipo económico –a cuyo análisis dedicamos el siguiente epígrafe– que a un problema laboral de índole jurídica que, en todo caso, debe resolverse por parte del empresario que se plantee la cobertura de una necesidad de personal a través de una ETT o del recurso a otras fórmulas más comunes de contratación directa.

5.2.2.2. Fase teórica y fase práctica de la formación preventiva.

En otro orden de cosas cabe señalar que la formación preventiva viene siempre referida tanto a su *fase teórica* como a su *fase práctica*. En este sentido podemos destacar que normalmente será la *fase teórica* la primera en consumarse, pudiendo ser desarrollada la misma tanto en el seno de la ETT⁵³ como en el de la EU⁵⁴. No así la *fase práctica* que, entendemos, debería impartirse en el ámbito de la EU por las razones de proximidad e inmediatez que ya hemos apuntado más arriba, y toda vez que, por mor del segundo párrafo del artículo 19.1 LPRL, la formación preventiva «*deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador*».

Asimismo, también podemos deducir esta orientación práctica más enfocada hacia el entorno de la EU, cuando el artículo 12.3 –introducido por la Ley 29/1999– dice que el trabajador que vaya a ser puesto a disposición de la EU «posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta la cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto.»⁵⁵

5.3. La duración de la formación preventiva y su incidencia en los costes empresariales.

Se trata sin duda de dos cuestiones muy interrelacionadas entre sí, ya que, el coste derivado de la acción o acciones formativas que lleve a cabo la ETT vendrá en gran medida condicionado por un factor fundamental como es el *factor tiempo*, es decir, por la duración que comporte esa instrucción suficiente y adecuada sobre los riesgos a los que vayan a estar expuestos los trabajadores en misión. Sin embargo, no es menos cierto que, si bien el factor de la duración es posiblemente el más importante en la determinación de los costes formativos, también es cierto que no es el único, ya que deben ser tenidos en cuenta otros parámetros tales como la naturaleza de la actividad a desarrollar⁵⁶, el número de trabajadores⁵⁷, los medios empleados⁵⁸ para garantizar la seguridad y la salud de estos trabajadores, el grado de formación y experiencia previa de éstos, etc. Además, una cuestión importante que debe ser tenida en cuenta es la relativa a los recursos financieros, tanto privados como sobre todo públicos, a los que las empresas pueden recurrir para reducir o compensar en gran medida los costes económicos que conlleva toda acción formativa.

En cuanto al concepto estricto de *la duración* de las acciones formativas, las normas atinentes a la materia no establecen ninguna especificación sobre el particular, sobre todo en cuanto a términos *cuantitativos* se refiere; señalando tan sólo lo dispuesto en el artículo 12.3 LETT⁵⁹ al señalar que la ETT «deberá facilitar dicha formación al trabajador (...) durante el tiempo necesario, que formará parte de la duración del contrato de puesta a disposición». Por lo tanto, la duración no resulta un *elemento tasado* dentro del deber de formación preventiva de las ETTs, puesto que se trata de un *elemento finalista* que se encuentra destinado a alcanzar el objetivo último de garantizar la seguridad y la salud laboral de los trabajadores de las ETTs en misión.

No obstante, de lo anteriormente expresado pudiera desprenderse la idea de que la duración de las acciones formativas en materia de prevención de riesgos laborales tiene, para el caso de los trabajadores en misión, un carácter *ilimitado*⁶⁰, una especie de «*cheque en blanco*» que las empresas implicadas, sobre todo la ETT –responsable de la formación–, pueden rellenar a su antojo y sin medida. La respuesta, obviamente, debe contestarse de forma negativa, ya que aseverar lo anterior sería *antieconómico* y por supuesto contrario a la propia filosofía del trabajo a través de ETTs⁶¹, las cuales son por definición *suministradoras de trabajadores*, y en ningún caso, pueden acabar convirtiéndose en «*suministradoras de alumnos*», como sucedería si asumiéramos de forma literal la expresión «*durante el tiempo necesario*» que venimos comentando.⁶²

6. EL CONTENIDO BÁSICO DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA Y SU RECICLAJE

El artículo 28.2 LPRL en su párrafo *in fine* expresa que los trabajadores a los que va destinado este precepto, es decir, trabajadores temporales y/o al servicio de ETTs, «recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.»

En atención al párrafo que acabamos de transcribir, el contenido formativo se nos presenta como una entelequia que, empero, debe ser satisfecha a toda costa con el fin de dar cumplimiento a los mandatos legalmente establecidos. Se trata, pues, de un contenido más bien finalista, en el que importa más el logro de un determinado fin que los medios empleados para conseguirlo; y en que se deja a las partes la elección de los medios. Y en contrapartida con lo anterior se deja en manos de los poderes públicos el establecimiento de ese *fin* último que no es otro que garantizar la seguridad y la salud laboral de los trabajadores en misión.

Sin embargo, pese a la patente *indefinición* del contenido material de la formación preventiva, dos términos destacan a la hora de concretar dicho contenido, como son los de «suficiente» y «adecuada». Si atendemos a la intención finalista de la norma en aras a dar el obligado cumplimiento que se persigue, cabe entender, ya desde el principio, que lo que en realidad tratan de definir ambos conceptos es que la formación preventiva sea la necesaria tanto en *cantidad* como en *calidad*, es decir, que sea *cuantitativamente suficiente*, así como *cualitativamente adecuada*.

Al análisis de estas acepciones y de otras relevantes cuestiones dedicaremos los siguientes apartados.

6.1. Los conceptos de formación «suficiente y adecuada».

A efectos del *contenido material* que debe presentar esta formación, la norma legal se limita a indicar únicamente que debe ser «suficiente y adecuada», expresiones estas de laxa ambigüedad que tan sólo pueden ser completadas o concretadas para cada caso específico atendiendo a dos circunstancias. La primera perteneciente a la esfera del trabajador, y la segunda correspondiente al ámbito del lugar de trabajo. A saber, la *cualificación y experiencia profesional* del trabajador, por una parte; y por otro lado, considerando *los riesgos profesionales a los que vayan a estar expuestos* estos trabajadores en misión.

Como consecuencia de lo anterior, podemos extraer una primera idea que nos ayude a llenar el contenido material de toda acción formativa de estos trabajadores en misión. Esta idea nos lleva a plantear la formación desde *dos parámetros*: las *características personales*⁶³ del trabajador –conocidas por la ETT que le contrata–, y las *condiciones de trabajo*⁶⁴ –conocidas por la EU e informadas al trabajador a través de la información de aquella a la ETT–.

Así, la primera conclusión a la que podemos llegar respecto de las acepciones «suficiente y adecuada», es que, en el terreno práctico, éstas se hallan estrechamente ligadas a los dos parámetros que acabamos de indicar. Por lo tanto, para conocer si el contenido de una determinada acción preventiva *cumple* con los requerimientos legalmente previstos, tendremos que ponerla en conexión con los riesgos propios de las tareas que van a desempeñarse y de la experiencia y cualificación de los trabajadores que van a realizarlas.⁶⁵

Una segunda reflexión al hilo de lo anterior que podemos extraer en orden a determinar los parámetros concretos de lo que debe suponer una formación «suficiente y adecuada», se centra en torno a los *sujetos responsables* que tienen el conocimiento real de ambos parámetros, esto es: *condiciones del trabajador*, por un lado, y, del *lugar y tareas* que van a desarrollar en él, por otro.

En cuanto al primero de ellos, *las condiciones del trabajador* en general, y de su experiencia y cualificación profesional en particular, ya hemos concluido en apartados precedentes que el sujeto responsable y conocedor de las mismas es la *ETT*, por cuanto que es la empresa que lo contrata, y por tanto, conoce sus *aptitudes y actitudes*, así como su trayectoria laboral –su experiencia– a través de su *curriculum vitae*. En consecuencia, partiendo de tales conocimientos, la ETT es la empresa que está en mejores condiciones de saber *qué niveles* son precisos completar o complementar para dar la debida satisfacción a las exigencias legales de impartir a los trabajadores en misión una formación «suficiente y adecuada».

En la línea de lo anteriormente expresado, y por lo que a la segunda circunstancia se refiere, es decir, *los riesgos* a los que vayan a estar expuestos derivados tanto de las tareas como del lugar de trabajo en que van a desarrollarse, aquí podemos traer a colación una conclusión expresada en anteriores apartados, consistente en que el sujeto responsable que se encuentra en inmejorables condiciones de conocer las circunstancias en que van a desenvolverse los trabajadores en misión es, sin duda alguna, la *EU*, por cuanto que conoce de primera mano tanto el *lugar*⁶⁶ como la *actividad* que se realiza en el seno de sus propias instalaciones.⁶⁷

En cualquier caso, y según hemos concluido en apartados precedentes, la ETT es la legalmente responsable de que *su trabajador* reciba la mejor formación preventiva o que, como mínimo, ésta sea «suficiente y adecuada».

Además, el nuevo artículo 12.3 LETT⁶⁸ muestra esta conclusión con términos aún más incisivos al establecer que la ETT «deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vaya a estar expuesto.»

Profundizando un poco más cabe destacar que el artículo 3.3 RD 216/1999 exige no sólo la comprobación de que el trabajador posea «la formación teórica y práctica en materia preventiva», sino que avanza un paso más y determina, además, que se verifique «fehacientemente que la formación del trabajador es la requerida y que se encuentra actualizada y adaptada a la

evolución de los equipos y métodos de trabajo y al progreso de los conocimientos técnicos.» Ello significa que el contenido material de la formación preventiva tenga un carácter *dinámico*, y que por tanto, no se limite únicamente al cumplimiento de las acciones formativas iniciales, sino que se les otorgue un contenido finalista que las convierta en una verdadera formación *suficientemente adecuada*.

6.1.1. Los conceptos de formación «suficiente» y «adecuada» en la legislación comunitaria.

Por su parte, la legislación comunitaria también se hace eco de este contenido *binómico*, en cuanto a lo que sobre esta materia debe entenderse por formación *«suficiente»* y *«adecuada»*. Y lo hace tanto a través de la Directiva 91/383/CEE como de la Directiva-Marco, aunque es en esta última en la que se hace una relación más profusa de lo que debe integrar una verdadera formación preventiva para que obtenga los *apellidos* de *suficiente* y *adecuada*.

Así, mientras la Directiva 91/383/CEE –específica en materia de prevención para las ETTs– se limita a señalar en su artículo 4 que *«los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que (...) el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia»*, la Directiva-Marco –supuestamente más genérica– contempla una serie de cuestiones de mayor calado que deben tenerse presente a la hora de satisfacer las obligaciones formativas para con los trabajadores en misión.

Así, el artículo 12.1 de la Directiva 89/391/CEE establece que *«el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación a la vez suficiente y adecuada en materia de seguridad y de salud y, en particular en forma de informaciones e instrucciones, con motivo de:*

- su contratación,*
- una mutación o cambio de función,*
- la introducción o cambio de un equipo de trabajo,*
- la introducción de una nueva tecnología,*

y específicamente centrada en su puesto de trabajo o en su función.»

Y a renglón seguido añade que *«dicha formación deberá:*

- adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de nuevos riesgos, y*
- repetirse periódicamente si fuera necesario.»*

Podemos afirmar, en primer término, que el precepto transcrito separa, por una parte, lo que pueden ser las *causas* que originan la obligación de impartir formación preventiva, de lo que son, a renglón seguido, los *contenidos necesarios* que dicha formación debe presentar, aunque a nuestro juicio, se olvida de algunos parámetros muy importantes que debieran formar parte de esos contenidos formativos mínimos, para centrarse únicamente en el reciclaje de la instrucción preventiva.⁶⁹

Por otra parte, y en lo atinente a las *causas* que hemos visto en el precepto transcrito y por las que se genera tanto la obligación como la necesidad de impartir formación preventiva a los trabajadores, cabe realizar algunas matizaciones a cada una de ellas.

En primer lugar se cita como *motivo* de impartir formación *suficiente a la vez que adecuada* al trabajador, el de «*su contratación*». A este respecto cabe recordar la gran incidencia que tiene en la prevención de los riesgos laborales la modalidad contractual empleada, y muy especialmente su *temporalidad*⁷⁰, debiendo ser ésta, a nuestro juicio, *directamente proporcional* a la necesidades de formación, precisamente para contrarrestar la brevedad en la duración del contrato.

En segundo término, las otras *tres causas* o motivos que se indican en el artículo 12.1 de la Directiva-Marco responden a un mismo patrón como es el de la variación en la *función* a desempeñar, o la introducción de alguna novedad *tecnológica* o en *los equipos de trabajo* que incida en el desarrollo de la actividad laboral. A nuestro modo de ver, empero, creemos que el artículo 12.1 de la Directiva-Marco incurre en una innecesaria redundancia, ya que la práctica totalidad de los cambios introducidos en los equipos de trabajo suelen provenir de la aparición de alguna novedad tecnológica.

En definitiva, se trata de prevenir los riesgos laborales que pudieran derivarse de las funciones del puesto de trabajo, mediante la formación precisa tanto en cantidad como en calidad que permitan garantizar la seguridad y salud laboral de los trabajadores, en términos muy similares a lo que nuestra legislación interna ha transpuesto de estas normas europeas cronológicamente anteriores, y materializados, sobre todo, en el artículo 28 LPRL.⁷¹

6.2. Contenido teórico y contenido práctico de la formación preventiva.

Otro criterio de clasificación del contenido formativo en materia de prevención de riesgos laborales consiste en diferenciar lo que es la instrucción teórica del aprendizaje meramente práctico.

En este sentido, el artículo 12.3 LETT de 1999⁷² establece en su párrafo primero esta distinción al decir que la ETT «*deberá asegurarse de que el trabajador, previamente a su puesta a disposición de la empresa usuaria, posee la formación teórica y práctica en materia de prevención de riesgos laborales necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar*».⁷³

Sin embargo, esta distinción no se aprecia en ninguna de las dos Directivas comunitarias reguladoras de la materia, limitándose tan sólo a requerir que sea una formación *suficiente y adecuada*. lo que unido a su anterioridad cronológica con respecto a nuestra LPRL y sobre todo nuestra LETT, nos indica que se trata de una distinción *acuñada* únicamente por nuestro ordenamiento jurídico ⁷⁴ y que, de algún modo, mejora o complementa a la normativa comunitaria.

En cualquier caso, toda acción formativa que se precie, sea de la índole que fuere, debe combinar en sus dosis adecuadas, tanto la enseñanza de conocimientos teóricos o conceptuales, con el aprendizaje de los métodos y procesos específicos de cada puesto de trabajo, incluyendo en su caso, claro está, la *familiarización* en el manejo de la maquinaria y herramientas que se precisen para el desempeño de las tareas que vaya a desempeñar el trabajador en misión.

A este respecto, cabría distinguir dos situaciones o momentos separados o diferenciados entre sí, pero al mismo tiempo, en paralelo a cada una de las modalidades formativas tanto teóricas como prácticas. ⁷⁵

Partiendo de esta premisa, la *formación teórica* sería, a nuestro modo de ver, *atemporal*, en cuanto al momento de su impartición, y en todo caso, *previa* a la formación práctica. Es por ello que, dado que esta formación no tiene un momento determinado para impartirse –lo que en ningún caso quiere decir que no se imparta–, cabe entender que puede –y debe– realizarse en todo momento, o al menos en cualquier momento. Lógicamente, y con independencia de a qué empresa corresponda este tipo de formación, la única que está en condiciones de desarrollarla es la ETT, ya que es la que puede disponer del trabajador en todo momento si éste está contratado por tiempo indefinido, o bien puede proponerle algún contenido teórico para que mantenga unos niveles adecuados de formación de cara a próximas o sucesivas misiones.

Creemos además que esta formación teórica que corresponde a la ETT puede encuadrarse perfectamente en el deber de formación genérica al que están obligadas las ETTs por mor del artículo 12 LETT, y a la que han de destinar los oportunos recursos, con un mínimo legal establecido del 1% de la masa salarial.

Por lo que respecta a la *formación práctica*, ya hemos indicado en alguna ocasión que la que se encuentra en mejor disposición de conocer tanto las instalaciones como la maquinaria empleadas en ellas, es sin duda la EU. Por ello, de cara a una formación práctica, y dado que la formación debe «*estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador*» ⁷⁶, lo más adecuado es realizar este tipo de formación en el seno de la propia EU, en la medida en que los riesgos «*derivados del puesto del puesto de trabajo y del centro de trabajo concretos donde el trabajador en misión va a operar y no son conocidos por la ETT, ni ésta tiene capacidad para formar de los mismos al trabajador en misión. Esta parte de la formación claramente corresponde, su materialización, a la empresa usuaria, porque estos riesgos y las medidas de protección y prevención correspondientes son, con toda seguridad, diferentes de una empresa usuaria a otra.*» ⁷⁷

Por otro lado, nada impide que sea la EU la que asuma estas labores formativas pero no por ello la obligación jurídica que, en todo caso, corresponde a la ETT. No obstante, algún convenio colectivo se ha pronunciado en contra de que la formación preventiva de los trabajadores en misión se lleve a cabo en el seno de la EU.⁷⁸

En definitiva, se trata de que cada fase formativa sea la adecuada de cara a conseguir el objetivo último de la seguridad y la salud laboral.

7. LA GESTIÓN FINANCIERA DE LOS COSTES DERIVADOS DE LA FORMACIÓN PREVENTIVA

Toda acción empresarial, sea de la índole que sea, genera una serie de costes que, en el caso que nos ocupa de la formación sobre prevención de riesgos laborales, pueden reconducirse a través de la oportuna gestión financiera de los mismos. Veamos seguidamente y con detenimiento las controversias suscitadas en torno a los costes derivados de las acciones formativas en materia de prevención de riesgos laborales.

Ya en las primeras épocas de la revolución industrial que propició el desarrollo sostenido de un tejido empresarial, y hasta fechas muy cercanas, no existía en absoluto un verdadero sistema de prevención de riesgos laborales, ni mucho menos una cultura en materia de seguridad y salud laboral. Lo que primaba era la producción⁷⁹, quedando reducido a un mero papel marginal todas las cuestiones relativas a accidentes laborales que tan sólo adquirirían protagonismo como noticias de las negras páginas de sucesos y no como sintomatología de un auténtico problema social.

Es más, el concepto de «*enfermedad laboral*» sencillamente no existía. Así pues no es de extrañar que en el pensamiento de la época, los trabajadores en cuanto que personas, padecen enfermedades sin más, sin «*apellidos*», y que en ningún caso son producto de su actividad laboral sino del propio devenir de la vida. Al mismo tiempo se consideraba al «*accidente laboral*» como una incidencia más de la actividad productiva al que había que acoger con el *estoicismo* que el progreso y el desarrollo industrial conllevaban. Todas las medidas de prevención de riesgos laborales eran tildadas de freno que restaba eficacia a la frenética actividad productiva, por lo que en ningún caso se consideraban como una aportación favorable a la consecución de los objetivos empresariales *uni-convergentes* en la producción en términos cuantitativos.

El avance de las presiones sociales y sindicales, unido a la notable envergadura que representan los costes –no sólo económicos– derivados de la siniestralidad laboral en el conjunto de la competitividad empresarial, consiguieron un nuevo planteamiento de esta ideología, a la par que un creciente interés por todas estas cuestiones.

Hoy en día, y tras la promulgación de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, unida a todo su desarrollo normativo, podemos afirmar que la situación se ha transformado sensiblemente, si bien aún no se han alcanzado las cotas que serían deseables para hablar de una verdadera cultura preventiva en el seno del tejido productivo y empresarial. Así las cosas, cabe afirmar que existen ya muchas empresas que entienden que un adecuado sistema de prevención de riesgos laborales no sólo no es perjudicial ni *ralentizador* para la actividad empresarial sino que influye favorablemente en el clima laboral, la propia productividad y la cuenta de resultados de la empresa. Y todo ello, precisamente, gracias a una reducción de costes por la vía de la reducción de las bajas laborales por Incapacidad Temporal (IT), costes sanitarios derivados de accidentes en el trabajo, reducción o inexistencia de sanciones administrativas o judiciales provocadas por la insuficiencia o inadecuación del sistema preventivo, mayor seguridad en los procesos que incide en una mayor eficiencia de los mismos. Y junto a esta reducción de gastos, se produce otro efecto positivo para la empresa como es el del incremento de la productividad, aumento de la calidad del producto o del servicio a través de un mejor clima laboral y una mayor motivación del personal, y sin olvidar los beneficios enriquecedores procedentes de una mejora en la imagen, tanto interna como externa, de la propia organización empresarial.

Dentro de esta dualidad de beneficios que acabamos de apuntar consistente en una *reducción de costes*, por un lado, y un *incremento de los resultados empresariales*, por otro, en el presente apartado, dedicado a los costes de formación, vamos a centrarnos, lógicamente, en el primero de los grupos, es decir, en el de los *costes*, dejando para otros episodios el estudio de la incidencia de los beneficios por la vía de los *incrementos empresariales* derivados de un adecuado sistema de prevención.

Dentro del grupo de los beneficios derivados del establecimiento de un sistema de prevención a través de la *reducción de costes*, debemos establecer a su vez una dicotomía entre lo que podríamos denominar «*costes de retorno*»⁸⁰ y lo que podríamos denominar como «*costes de no retorno*»⁸¹. Partiendo de la premisa según la cual ambos grupos presentan como denominador común el hecho de ser «*costes*», la diferencia fundamental entre los pertenecientes a uno u otro grupo estriba principalmente en que los primeros, es decir los *costes de retorno*, pueden ser considerados como una «*inversión*»⁸², en la medida en que las partidas presupuestarias que a ellos dediquemos serán devueltas –*retornadas*– en forma de beneficios para la empresa que, no han de ser necesariamente ni económicos ni cuantificables aunque sí claramente perceptibles, ya que se manifestarán a medio y largo plazo en una serie de beneficios derivados de un mejor clima laboral, una mayor motivación del personal que redundará en una mejora de la calidad en el servicio o producto y por ende un incremento de la productividad que se traduzca en una cuenta de resultados más satisfactoria.

Por el contrario, lo que hemos denominado como «*costes de no retorno*», hace referencia a que son costes más identificados con una naturaleza de «*gasto*», es decir, no presentan ningún beneficio intrínseco, no aportan «*valor añadido*» a la actividad de la empresa. El único beneficio que aportan radica simplemente en que se ejecuten o no estos costes, es decir, el hecho de no producirse –la propia inexistencia de estos *gastos*– es precisamente el mejor, o el único, beneficio que aportan a la empresa. A este grupo pertenecerían principalmente dos categorías, a saber: las sanciones –judiciales y/o administrativas–; y los costes derivados de la «*no salud*» de los trabajadores –bajas por IT y accidentes laborales–.

En consecuencia, y partiendo de la anterior clasificación, los «*costes de formación*» pertenecerían al grupo de los «*costes de retorno*», presentando una naturaleza más próxima a la inversión de recursos que al de gasto.

7.1. Costes de prevención y costes de evaluación.

Dentro de la clasificación que hemos realizado anteriormente, cabe realizar una subclasificación en torno al grupo de los *costes de seguridad* o *costes de retorno*. Esta subclasificación atiende a la nomenclatura de «*costes de prevención*», por una parte, y los «*costes de evaluación o inspección*», por otra⁸³. Veamos seguidamente cada uno de ellos para después determinar el encuadre que los costes de formación tienen dentro de los mismos.

Por costes de prevención entendemos los relativos al conjunto de «*todas las actividades específicamente diseñadas para evitar los accidentes laborales en la organización.*» En consecuencia son «*los costes de las acciones que se han llevado a cabo para planificar los productos y procesos con el fin de minimizar los riesgos laborales para los efectivos de la empresa.*»⁸⁴

Por otra parte, cabe entender por «*costes de inspección o evaluación*»⁸⁵ a «*los relativos a las mediciones, inspecciones y auditorías de los procesos productivos al objeto de comprobar si éstos se desarrollan de conformidad con las normas de prevención de riesgos laborales establecidas.*»⁸⁶

A la vista de las definiciones apuntadas, y teniendo en cuenta los principios y objetivos en los que se asienta la formación preventiva, resulta fácil determinar que los costes que ésta conlleva, es decir los costes derivados de la formación preventiva, deben agruparse en torno a lo que se ha denominado como «*costes de prevención*». Ello es así en la medida en que los costes de formación presentan como una de sus características fundamentales la de servir de herramienta «*específicamente diseñada para evitar los accidentes laborales (...) con el fin de minimizar los riesgos laborales para los efectivos de la empresa.*»⁸⁷

7.2. La prohibición legal de financiar los costes formativos.

La normativa al respecto es parca y se pronuncia en términos negativos, ya que se halla más orientada a decir quién *no* debe correr con los gastos derivados de la formación que a explicar pautas sobre la imputación de los mismos.⁸⁸

Antes de entrar en el terreno del análisis positivo de la financiación formativa, se trata, en este apartado, de descartar *quién no* debe, por mandato legal, financiar los costes formativos de la prevención de riesgos laborales en el seno de las ETTs. Así pues, y al hilo de lo que hemos indicado más arriba, ya la Ley 14/1994, en el párrafo tercero de su artículo 12.2, señalaba que «*será nula toda cláusula del contrato de trabajo temporal que obligue al trabajador a pagar a la empresa de tra-*

bajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación.» Esta nulidad se ha trasladado –como no podía ser de otro modo– a la actual LETT a través de la Ley 29/1999, presentando idéntica redacción aunque en este caso el párrafo de la Ley 14/1994 que hemos transcrito se perfila con mayor autonomía y sustantividad, pasando a convertirse en el nuevo apartado 4 del artículo 12 LETT.⁸⁹

En términos muy similares a los descritos por la norma nacional, se manifiesta el artículo 12.4 de la Directiva-Marco⁹⁰ al indicar que la formación sobre prevención de riesgos laborales «no podrá correr a cargo de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores.»⁹¹ Aquí podemos comprobar una vez más cómo la genérica Directiva-Marco va más allá que las normas más recientes y se muestra más concreta al dar un paso más en la definición de los *sujetos no obligados* a soportar las cargas derivadas de las distintas acciones formativas en materia de prevención de riesgos laborales.

Junto a lo anteriormente expresado, y dentro del terreno sustantivo del Derecho positivo, cabe señalar que si la ETT es la legalmente designada para cumplir con la obligación de dar formación sobre prevención de riesgos laborales a los trabajadores que vayan a ser cedidos a las respectivas EUs, es lógico pensar que sean las ETTs las que deban hacer frente a los gastos generados por dicha formación, con independencia de que tales costes sean finalmente repercutidos en la facturación que, vía CPD, giren las ETTs a las EUs⁹²; es decir, incluyendo la formación como un elemento constitutivo más del *precio*⁹³ del CPD en el contexto global de los servicios de la cesión legal de mano de obra.⁹⁴

No obstante, el que la ETT sea la responsable y por ende la encargada de hacer frente a los gastos derivados de la formación preventiva de los trabajadores en misión, no representa en absoluto que debe ser ella la encargada de impartir *de manera absoluta y excluyente* las acciones formativas tendentes a garantizar la seguridad y la salud laboral de sus trabajadores. Es más, no sólo nuestro ordenamiento laboral y las directivas europeas lo permiten, sino que desde el punto de vista organizativo puede resultar más recomendable la cesión de estas tareas formativas –que en sí no constituyen el núcleo de la *actividad principal* de las ETTs– a empresas o entidades, públicas o privadas, que presenten un mayor grado de especialización sobre la materia, y por lo tanto, capaces de ofrecer una mayor eficiencia, calidad y dedicación al deber de instruir sobre prevención de riesgos laborales.

7.3. La financiación de los costes de la formación preventiva.

Siguiendo nuestra línea argumental, y dentro del capítulo dedicado a la *financiación de las acciones formativas* sobre prevención de riesgos laborales, conviene destacar la existencia de *cursos subvencionados* por los *Acuerdos de Formación Continua* vigentes tanto en el sector privado como en el sector público⁹⁵; y que fueron celebrados en virtud de la aprobación de *Acuerdos Tripartitos sobre Formación Continua*, entre la Administración Pública y las Organizaciones Empresariales y Sindicales.⁹⁶

Pero sin duda, el instrumento normativo que mayor incidencia presenta en el terreno del sector de las ETTs es el *II Acuerdo Nacional sobre Formación Profesional Continua en el Sector de Empresas de Trabajo Temporal* ⁹⁷, mediante el cual se pretende dar una respuesta adecuada siguiendo «el valor estratégico que representa la formación continua» a la «adaptación permanente de la evolución de las profesiones y del contenido de los puestos de trabajo», así como realizar una «función social que permita a muchos trabajadores evitar el estancamiento en su cualificación profesional».

Todo lo anterior se establece en orden a la consecución en el terreno concreto de la prevención de planes específicos, tanto a nivel sectorial como de empresa, sin perjuicio de las vías de actuación de otras instituciones principalmente públicas. Dentro de estas instituciones merece especial interés la «Fundación Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo» ⁹⁸ creada mediante la *Disposición Adicional 5.ª* de la LPRL, y «cuya finalidad será promover la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en las pequeñas empresas, a través de acciones de información, asistencia técnica, formación y promoción del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos.» ⁹⁹

Junto a esta iniciativa de naturaleza pública, cabe destacar la existencia de fundaciones sectoriales constituidas entre empresarios y trabajadores, entre las que destaca la creación de la «Fundación Laboral de la Construcción» ¹⁰⁰, posiblemente motivada por el elevado índice de siniestralidad que presenta el sector, y que pretende cumplir con los objetivos de garantizar la seguridad y salud en el trabajo mediante la formación.

8. SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FORMATIVOS

Según hemos concluido anteriormente, la formación es una obligación cuyo incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas tanto en el orden administrativo como judicial, y dentro de este último, tanto en el ámbito social como penal. No obstante, por tratarse éste de un trabajo de naturaleza jurídico-laboral, dejaremos a un lado toda la interesante doctrina penalista sobre los *tipos penales* atinentes a la materia, para centrarnos específicamente en las responsabilidades administrativas y del orden social.

La formación preventiva, al definirse su naturaleza jurídica como una *obligación*, cabe traer a colación que ésta tiene su origen en una *relación contractual*, y por tanto estaríamos en presencia del incumplimiento de un contrato que, en principio daría origen a la resolución de ese vínculo contractual y, en su caso, al nacimiento de una indemnización.

A este respecto conviene traer a colación lo expuesto por la sentencia del TSJ de Cataluña de 6 de julio de 1999 (AS 1999/5127), según la cual «sabido es que el deber de seguridad exigible al empresario es un deber inherente al contrato y que por tanto su incumplimiento viola el contenido del contrato dando lugar a una acción de responsabilidad de carácter contractual y no extracon-

tractual. Por otro lado, para la doctrina civilista, como reiteradamente ha recordado la Sala, la distinción entre la responsabilidad por daños contractual y extracontractual parte de que aquélla presupone la existencia previa de una relación jurídica de la que surge la obligación, mientras que la responsabilidad extracontractual carece de vinculación jurídica previa entre las partes, distinción asumida por la doctrina jurisprudencial. ¹⁰¹»

La misma sentencia añade que *respecto a los presupuestos necesarios para que surja la responsabilidad si es contractual se precisa que se haya ocasionado un daño, que se haya producido en el desarrollo de la relación contractual y la conducta incumplidora del agente; mientras que si es extracontractual se precisaría que el daño se hubiera ocasionado como consecuencia de la conducta antijurídica por culposa del agente; precisándose en ambos casos que entre la conducta del agente y el daño producido exista un nexo causal, lo que se denomina una relación de causalidad adecuada.*»

No obstante estos planteamientos que acabamos de exponer conllevan problemas de origen práctico debido a que sería muy complejo *tasar*, de cara a esa posible indemnización, en términos de *lucro cesante* ni un *daño emergente*, susceptibles de cuantificar económicamente.

En sintonía con todo lo anterior, y dentro del incumplimiento de impartir formación preventiva a los trabajadores en misión, se han pronunciado algunos autores, considerando que *«la utilización de los conceptos jurídicos indeterminados "suficiente y adecuada", relativos a la información y formación de los trabajadores, no supone un atentado contra las exigencias de tipicidad, porque con la remisión a los bloques normativos de referencia la autoridad administrativa que aplica esta norma no tiene poderes interpretativos que supongan una reconstrucción del tipo.»* ¹⁰²

Por nuestra parte entendemos que debemos poner el acento no tanto en la tipicidad –penal o administrativa– de la infracción sino en *«el bien jurídico protegido»*, que en este caso no es otro que *la salud y la seguridad en el trabajo*.

A nuestro juicio se trataría en realidad de un *bien jurídico doble*, puesto que se trataría, por un lado, de la *«salud de los trabajadores»*, y de la *«seguridad en el trabajo»*, por otro, es decir de la seguridad de esos mismos trabajadores pero referida no tanto como *ámbito personal*, sino a la *seguridad de la actividad* que realizan esas mismas personas –trabajadores– en el ámbito laboral. En definitiva, habría que diferenciar un bien jurídico relativo a las personas, y un bien jurídico atinente a la actividad de esas mismas personas. ¹⁰³

No obstante, y con independencia de la tipicidad de estas conductas ¹⁰⁴, es cierto que en caso de no dar esa formación obligatoria, o de darla de manera *insuficiente* o *inadecuada*, de cuyo resultado se produjera un daño ¹⁰⁵, en tal caso la duda que se plantea es la de si se ha producido un perjuicio para la seguridad y salud laboral, toda vez que hemos considerado que la formación es un elemento esencial –incluso constitutivo– en la prevención de riesgos laborales.

Por lo tanto, si como consecuencia de una escasa, nula o deficiente formación preventiva se produjera un resultado perjudicial para el trabajador o trabajadores en misión, habría que estimar, pues, una doble consecuencia, como es, por una parte, el nacimiento del derecho a una indemnización para reparar el daño realizado –prestaciones sanitarias y asistenciales de la Seguridad Social–; y por otro, un castigo para el infractor o infractores –sanción y multa– en la medida en que esa falta de formación haya sido motivada por una dejación de las funciones formativas de la ETT, o bien haya sido producida por una inadecuada o deficiente *información* de la EU hacia la ETT.

En los siguientes apartados trataremos de analizar tanto las causas como naturaleza de estas infracciones, y el régimen disciplinario y sancionador que de las mismas se desprende.

8.1. Infracciones relativas a la formación preventiva en las ETTs.

La responsabilidad disciplinaria supone la verdadera contrapartida ante el incumplimiento de la obligación empresarial de impartir una formación suficiente y adecuada en materia de prevención de riesgos laborales. Esta conducta empresarial aparece tipificada en el seno de la propia Ley 8/1995, derivando, no obstante, su régimen sancionador hacia su natural texto normativo encargado de estas cuestiones, y que no podía ser otro que la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) ¹⁰⁶.

No obstante, interesa aclarar desde un principio que esta presencia simultánea de tres normas sancionadoras correspondientes a otras tantas leyes, a saber: LPRL, LETT y LISOS, podría dar lugar a una colisión entre ellas. Sin embargo, y según comprobaremos tras el análisis de los siguientes apartados, estamos en presencia de una *duplicidad*, o incluso de una *triplicidad* normativa, más que de un conflicto de normas. Y ello es así porque existe una fidelidad muy alta –casi *clónica*– entre la redacción de unos determinados preceptos de la LETT o de la LPRL y de éstos a su vez con los correspondientes de la LISOS, que no hacen sino plantear la duda de cuál de los preceptos es el adecuado para calificar una determinada infracción, la cual está idénticamente contemplada en un precepto de la LISOS y de la LETT, respectivamente.

Por consiguiente, la primera duda a resolver sería la de dilucidar entre la aplicación de un precepto de la LISOS o de la LETT que regulan y contemplan una misma infracción.

La respuesta a esta cuestión debe partir, a nuestro juicio, de la aplicación de uno de los *Principios Generales del Derecho*, en virtud del cual, ante una duplicidad de normas que contemplan el mismo, o idéntico *supuesto de hecho*, debe primar en su aplicación la *norma más específica*. Lo que traducido al terreno práctico significaría que una infracción que estuviese regulada por la LPRL y la LETT, dado que aquí tratamos el estudio de la prevención de riesgos laborales en las ETTs, la norma que deberíamos aplicar sería la contenida en el precepto de la LETT. Igualmente –y según veremos más adelante–, ante la tipificación de un hecho tanto por la LETT como por la LISOS, entendemos que la prioridad en la aplicación sería la de la LETT por ser ésta más específica a los supuestos que aquí estamos tratando.

Al hilo de lo que venimos comentando, debemos evitar del mismo que esa duplicidad normativa conlleve una duplicidad de sanciones. Para ello debemos traer a colación y tener muy presente otro Principio General del Derecho conocido como «*non bis in idem*», y por el que un mismo hecho punible no puede ser sancionado dos veces. Por ello, ante la comisión de una infracción recogida por más de una norma, la autoridad laboral deberá decantarse por la aplicación de una u otra norma a la hora de aplicar la sanción correspondiente en base a esa infracción.

Una vez sentadas las bases de estas cuestiones preliminares que no por ello deben declinarse, pasamos a un análisis más concreto y específico del Derecho sustantivo que regula estas materias.

En primer término, y por lo que a la *normativa genérica* se refiere, el artículo 47.8 LPRL establece como *infracción grave* el «*incumplimiento de las obligaciones en materia de formación e información suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.*»

Por su parte, el artículo 12.8 LISOS dispone igualmente como *infracción grave*, y en términos muy similares a los de la norma preventiva que «*el incumplimiento de las obligaciones en materia de formación (...) suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud.*»¹⁰⁷

Por lo que a la *legislación específica* sobre ETTs se refiere, el artículo 19.2.b) LETT cataloga como *infracción grave* el «*no destinar a la formación de los trabajadores las cantidades a que se refiere el artículo 12.2 de esta Ley.*» Se aprecia en este sentido la comisión de una infracción muy concreta y específica que, a su vez, establece la propia normativa de las ETTs, por lo que resulta correcto, a nuestro modo de ver, la tipificación en el mismo cuerpo normativo tanto de la obligación como de la oportuna infracción.¹⁰⁸

Como excepción a las infracciones expresadas, es decir, para aquellas situaciones que aun habiéndose consumado la infracción ésta no llevaría aparejada la sanción correspondiente, entendemos que tan sólo cabe en los supuestos que hemos examinado en apartados anteriores en los que concluíamos que la formación preventiva no era precisa, bien porque el trabajador ya la hubiera recibido o porque la escasa entidad de los riesgos y/o proximidad con un contrato precedente, desaconsejaban tales acciones formativas. En consecuencia, fuera de esta excepción, la inobservancia o cumplimiento defectuoso de las obligaciones formativas supone una infracción catalogada como *grave* tanto por la legislación genérica –LPRL y LISOS– como por la propia normativa específica a través de la LETT.

Sin embargo no es ésta la única infracción que, en materia de formación, tipifica la LISOS y que puede ser aplicable a las ETTs. Junto a estos preceptos existen tres cuestiones con incidencia en el régimen sancionador relativas a los aspectos formativos de las ETTs y que merecen ser tratadas con detenimiento y por separado, como son el criterio legal del porcentaje de la masa salarial anual

dedicado a formación, por una parte, la comprobación previa de la formación preventiva, y en tercer lugar, la *gratuidad* de la formación preventiva para los trabajadores en misión. Al estudio de estas tres infracciones dedicaremos los siguientes subapartados.

8.1.1. La infracción sobre el porcentaje destinado a formación.

En relación con la primera de las cuestiones reseñadas relativa al porcentaje de masa salarial dedicado a formación, ya hemos indicado más arriba ¹⁰⁹ que éste va referido a la formación en su conjunto, y que bajo ningún concepto puede actuar como límite en lo que a formación específica sobre prevención de riesgos laborales se refiere. De no ser así, estaríamos en presencia de una contradicción entre normas, ya que por un lado el porcentaje contemplado en el artículo 12.2 LETT podría servir de *techo cuantitativo* de la formación suficiente y adecuada que predica –entre otros– el artículo 28 LPRL. ¹¹⁰

No obstante, la redacción del artículo 12.3 LETT introducida por la Ley 29/1999 ha despejado cualquier posible duda sobre el particular, al señalar en su segundo párrafo que el coste de la formación preventiva será computado a efectos del porcentaje del 1% que dispone el artículo 12 LETT ¹¹¹ en su apartado 2, «*pero el montante establecido en dicho apartado no constituye en ningún caso un límite a las necesidades de formación en materia preventiva.*»

Así, el incumplimiento del deber de destinar al menos el 1% de la masa salarial a formación constituye una «*infracción grave*» que aparece tipificada en el reformado ¹¹² artículo 19.2.d) LETT en los siguientes términos: «*No destinar a la formación de los trabajadores las cantidades a que se refiere el artículo 12.2 de esta Ley.*»

Por su parte, y con una redacción prácticamente idéntica al transcrito artículo 19.2.d) de la LETT, el artículo 18.2.d) LISOS cataloga igualmente como «*infracción grave*» lo siguiente: «*No destinar a la formación de los trabajadores temporales las cantidades a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.*»

Si bien el precepto transcrito establece un elemento claramente objetivo, como es el del 1%, entendemos que puede precisar de algunas consideraciones en orden a la determinación de la obligación que se infringe:

- 1.º En primer lugar, cabe poner de relieve la divergencia entre la redacción del actual artículo 19.2.d) de la LETT de 1999 y la redacción del precepto de la LISOS. Esta divergencia procede, paradójicamente, de una *elevadísima identidad* entre ambos preceptos pero correspondientes a momentos cronológicamente distintos. Y es que el artículo 18.2.d) LISOS del año 2000 es claramente fiel al artículo 19.2.d) LETT pero de la LETT de 1994 y no al de la LETT de 1999. Por ello, debería haber contemplado con idéntica fidelidad la modifica-

ción y consiguiente diferencia, entre el artículo 19.2.d) LETT de 1994 y el mismo precepto tras su reforma por la Ley 29/1999, y que únicamente consiste en la supresión del término «*trabajadores temporales*» quedando en 1999 en tan sólo «*trabajadores*».

Esta modificación aparentemente nimia –recuérdese que sólo se suprime una palabra– encierra tras de sí, empero, un profundo calado y que, al tiempo, nos parece mucho más acertada, toda vez que la versión de la Ley 29/1999 resulta más omnicomprendiva, en la medida en que los trabajadores en misión no tienen por qué ser necesariamente temporales para quedar abarcados por el ámbito de aplicación *tuitivo* de la regla infractora, y que en el caso de la Ley 14/1994 queda relegado dicho ámbito protector a los «*trabajadores temporales*».

- 2.º Como segunda cuestión a resaltar, tanto el artículo 19.2.d) LETT como la norma sancionadora contenida en el artículo 18.2.d) LISOS establecen como *hecho punible* el «*no destinar*», es decir, el no dotar de *ninguna* cantidad económica o partida presupuestaria a la formación sobre riesgos laborales. En consecuencia, si realizamos una *interpretación literal* en estos términos, podríamos llegar a la paradoja de que si se destinan algunos recursos económicos, aunque éstos sean insuficientes, no estaríamos en presencia del hecho ilícito que sanciona este precepto, el cual sólo castiga al empresario que *no destina absolutamente nada*, dejando así impune al que *sí destina* algo, aunque tales recursos sean inadecuados o insuficientes. Contraviniendo de este modo los requerimientos básicos en cuanto al contenido que marca la legislación y que hemos analizado en un apartado precedente.

Otra posibilidad que puede presentarse al hilo de lo que acabamos de expresar, y que puede suceder en la práctica con mayor probabilidad sería aquella situación en la que, aun existiendo una dotación presupuestaria claramente inadecuada o insuficiente, la empresa responsable de impartir la formación preventiva, la ETT, sí haya invertido positivamente una cantidad sensiblemente superior al 1% que exige la norma.

Entendemos que en este caso, al igual que en el supuesto anterior, y dado que se trata de un *bien jurídico protegido* tan importante como es el de la *seguridad y la salud en el trabajo*, debería primar el criterio de una formación *suficiente y adecuada* por encima de criterios *economicistas* que, a la postre, actuarían más como *excusa* o *coartada* que como vehículo necesario para lograr el objetivo o el *fin* de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en misión.

- 3.ª Una tercera cuestión, más semántica que jurídica aunque con evidente repercusión en este último ámbito, consiste en que tanto el artículo 19.2.d) LETT como el artículo 18.2.d) LISOS han empleado el tiempo verbal en infinitivo –«*no destinar*»– en lugar de haber empleado alguna otra conjugación en tiempo pretérito.

La importancia de esta cuestión aparentemente baladí y retórica estriba, a nuestro juicio, en que el uso de un modo pretérito indicaría un *hecho consumado*, una acción, en definitiva, ya concluida y de la que se desprende una actuación manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico.

Cabe entender aquí que para estimar el supuesto de hecho de esta infracción, el empresario ha tenido que incumplir su deber –por omisión– de impartir formación. Por lo que si éste tan sólo ha mostrado una intención de no formar o de hacerlo insuficientemente pero por cualquier circunstancia, interna ¹¹³ o exógena ¹¹⁴, realiza finalmente dicha acción formativa de manera suficiente y adecuada, cabe concluir que no se cometería dicha infracción por no haberse consumado finalmente el hecho infractor ¹¹⁵.

4.º En consonancia con lo anterior podría darse la circunstancia de que el empresario deseara de manera positiva realizar una formación conforme a lo establecido por el ordenamiento jurídico, es decir, impartir a sus trabajadores una serie de instrucciones que formen a éstos de manera suficiente y adecuada. Sin embargo, puede darse el caso de que por un error de cálculo o de previsión a la hora de *presupuestar la dotación* en materia formativa, ésta sea insuficiente, o que como resultado de esa escasez de *medios financieros* ¹¹⁶, el resultado sea el mismo que el establecido en el supuesto de hecho de la norma infractora. La respuesta a este planteamiento es que el empresario infractor participaría de las mismas consecuencias legalmente previstas para sancionar dicha conducta.

5.ª No obstante lo anterior, si bien el resultado *objetivo* derivado de la conducta empresarial es idéntico al del supuesto que expresábamos más arriba, en esta situación, la diferencia estriba precisamente en el *elemento subjetivo*, es decir, en la conducta o *intencionalidad infractora* de la ETT, ya que aquí –y a diferencia del caso precedente– el empresario no desea cometer la infracción pese a que finalmente llega a ese resultado indeseable y sancionado por la norma sin que en ningún momento se lo haya propuesto.

Sin embargo, en la hipótesis anterior se distingue claramente una conducta empresarial contraria a la norma al no dispensar desde el inicio ni la voluntad ni los medios precisos para lograr una formación preventiva suficiente y adecuada de sus trabajadores.

En definitiva, y como colofón a estas breves exégesis, podríamos extrapolar aquí toda la teoría penalista relativa a la *culpabilidad* ¹¹⁷, entendiendo por nuestra parte que, en materia de prevención de riesgos laborales, la norma impone un fin, unas garantías en las condiciones laborales, y por lo tanto la consecución de un determinado objetivo; el cual, de no lograrse, ya sea por *dolo* o *culpa*, se produce la infracción contemplada en los artículos 19.2.d) LETT y 18.2.d) LISOS, y del que se derivan las sanciones legalmente establecidas por nuestro ordenamiento jurídico. ¹¹⁸

8.1.2. La comprobación previa de los medios destinados a la formación preventiva.

Impartir formación preventiva a los trabajadores en misión es una importantísima obligación legal de la ETT. La *comprobación* consistente en asegurar que esa formación preventiva se ha realizado efectivamente de manera suficiente y adecuada atañe –según veremos en este apartado– tanto a la ETT como a la EU. Lógicamente, esa falta de comprobación previa a la cesión efectiva de los trabajadores en misión puede presentar una notable incidencia en el terreno sancionador.

Pese a que esta obligación de comprobación previa se halla íntimamente ligada al ámbito de la formación preventiva en las ETTs, como así lo regulan diversas normas atinentes a la materia, sin embargo nos encontramos con un vacío o laguna normativa en la legislación específica sobre las ETTs –y en particular en la LETT–, ya que no existe ningún precepto que, insisto, de manera *específica*, tipifique como infracción la falta de comprobación previa de la formación preventiva que se exige tanto en el artículo 12.3 LETT como en los artículos 3.3 y 4.1.b) RD 216/1999.¹¹⁹

Por ello debemos acudir a la legislación *genérica* sobre infracciones en materia de prevención de riesgos laborales para encontrar un precepto que de alguna manera tipifique, no tanto la falta de comprobación previa a la cesión de la que habla la legislación de las ETTs, como la tipificación derivada de la falta efectiva de formación preventiva suficiente y adecuada con carácter previo al inicio de las actividades del trabajador de la ETT en la EU.

Ese precepto que realmente tipifica la escasa o nula formación preventiva no es otro que el artículo 12.8 LISOS que establece que el «*incumplimiento de las obligaciones en materia de formación (...) suficiente y adecuada a los trabajadores acerca de los riesgos del puesto de trabajo susceptibles de provocar daños para la seguridad y salud y sobre las medidas preventivas aplicables salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente.*»¹²⁰

Así, con un asunto de indudable trascendencia práctica relativo a las infracciones que en materia de formación preventiva se producen en las ETTs, y que tienen su origen en la denominada «*comprobación previa*» acerca de la formación preventiva de los trabajadores en misión que viene exigida en los ya citada legislación sobre ETTs, tanto por el artículo 12.3 LETT como por el artículo 3.3 y 4.1.b) RD 216/1999.

Conviene aquí recordar que mientras en el artículo 12.3 LETT y el artículo 3.3 RD 216/1999 la mencionada «*comprobación previa*» de que los trabajadores en misión poseen una formación suficiente y adecuada ha de efectuarla *la ETT*, en el caso del artículo 4.1.b) RD 216/1999 dicho aseguramiento corresponde a la *EU*, lo que sin duda puede interpretarse –según ya indicamos en el apartado correspondiente– como una paradoja, una contradicción, o simplemente –y a nuestro juicio la respuesta más plausible– de una *doble medida de aseguramiento* que no huelga en un asunto tan importante como es la seguridad y la salud de unos trabajadores que, de suyo, ya presentan un mayor potencial de siniestralidad.

Así pues, el problema que se plantea junto con el mencionado vacío legal sobre la regulación específica de una norma infractora; no es tanto el determinar ahora *quién* es el responsable de haber cometido la infracción consistente en no dotar suficientemente a la formación preventiva –y que por no ser reiterativos basta recordar que es la *ETT*–, como la cuestión atinente a evitar la infracción o, al menos, detectarla en una fase precoz que permita corregir la deficiencia de formación preventiva con la suficiente antelación para así impedir que de aquella se deriven consecuencias nocivas para los trabajadores que van a ser cedidos a la *EU*; y de paso, subsanar en la medida de lo posible esa referida formación preventiva deficitaria o inexistente.

Seguidamente veremos qué procedimientos han sido establecidos por la norma en relación con la verificación previa del grado formativo, para posteriormente proponer algunos mecanismos que permitan llevarlos a buen término de cara a garantizar la seguridad y salud laboral de tales trabajadores.

8.1.2.1. La comprobación previa desde la óptica de la ETT.

En efecto, los artículos 12.3 LETT y 3.3 RD 216/1999 ya prevén bajo la expresión «*deberá asegurarse*», que la ETT ha cumplido con sus deberes formativos con anterioridad a la cesión de los trabajadores en misión. La explicación de este *autocontrol* puede entenderse bajo un *doble* prisma.

- 1.º Por un lado, el de actuar como un mecanismo de *garantía interna* ante una cuestión tan importante como es la seguridad y salud laboral, es decir, una especie de mecanismo de seguridad que impida ceder a los trabajadores en misión sin la formación preventiva a la que por Ley tienen derecho y a la que la ETT viene obligada.
- 2.º La segunda interpretación tendría su razón de ser en que según el artículo 12.3 LETT, la ETT puede impartir la formación sobre prevención de riesgos laborales a que viene obligada, tanto por ella misma y con sus propios medios, como a través de una tercera empresa, entidad, institución u organismo que se encargue de realizar esta importante labor ¹²¹. En este segundo caso, pese a que se supone que la entidad u organismo al que la ETT ha derivado la formación está *especializado* en estas materias, no por ello, se pierde o difumina la responsabilidad que la ETT tiene asumida por Ley. ¹²²

Como consecuencia de lo que acabamos de exponer, cobra sentido la imposición del *aseguramiento* que marca tanto el artículo 12.3 LETT como el artículo 3.3 RD 216/1999, con el fin de evitar dos consecuencias fundamentales, a saber: que la formación no se realice de manera suficiente y/o adecuada; y la otra, que la ETT pretenda obviar su responsabilidad en terceras personas ante el acaecimiento de unos hechos que pongan de manifiesto el supuesto de hecho contenido en el artículo 12.8 LISOS.

8.1.2.2. El aseguramiento de la formación preventiva desde la óptica de la EU.

Esta misma cuestión relativa al *aseguramiento* de la formación preventiva previo al inicio de la actividad de los trabajadores en misión, puede observarse desde una óptica diferente, es decir, desde la visión de la EU, sobre todo si lo analizamos a la luz del ya referido artículo 4.1.b) RD 216/1999. En este precepto se indica que la EU deberá *asegurarse* de que el trabajador puesto a su disposición «... *cuenta con la formación necesaria (...) en relación con la prevención de los riesgos a los que pueda estar expuesto.*»

La dificultad del análisis de esta cuestión estriba, no tanto en la obligación de la EU de asegurarse de la formación de los trabajadores que recibe de la ETT, como en el *mecanismo* a través del cual pueda efectuarse esa comprobación.

Del tenor literal del artículo 4.1.b) RD 216/1999 se desprende que la EU es la obligada a «*recabar la información necesaria de la empresa de trabajo temporal para asegurarse de que el trabajador puesto a su disposición (...) cuenta con la formación necesaria*» en materia de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, y sobre todo si llevamos esta obligación al terreno práctico, podemos constatar que la EU difícilmente puede *asegurar* unos extremos para los que carece de medios para constatarlos. Sobre todo si tenemos en cuenta que para determinar, por ejemplo, si se ha destinado una cantidad económica suficiente en concepto de formación –preventiva– debería antes conocer el dato de cuál es la masa salarial de la ETT a fin de determinar si, al menos, se ha destinado el 1% de la misma.

No sólo resulta harto complicado el que la EU compruebe determinados datos que de suyo le son desconocidos ¹²³, sino que difícilmente podrá la EU pronunciarse –favorable o desfavorablemente– acerca de la formación preventiva de los trabajadores de los trabajadores contratados por la ETT y puestos a su disposición, cuando la EU, insistimos, no ha participado en dicho proceso formativo, toda vez que es la ETT la que ostenta el deber legal de cumplir de manera suficiente y adecuada con dicha formación preventiva.

Por ello, comprobar y constatar fehacientemente hasta el punto de convertirse con ello en *co-responsible* ¹²⁴ de si el trabajador que le ha sido cedido ha recibido de la ETT formación o no. Y en caso afirmativo, es decir, si una vez se constata que dicho trabajador ha recibido formación sobre los riesgos laborales del puesto y la actividad que va a desarrollar en el seno de la EU, ésta debe dar nada menos que su *aprobación* sobre una cuestión tan importante y delicada, pero, basándose para ello –y de aquí radica lo paradójico– únicamente en referencias *indirectas* ofrecidas por la ETT que, por ser parte interesada no aportará nada desfavorable o contrario a que el trabajador por ella contratado y cedido a la EU. ¹²⁵

La previsión legal ante el supuesto de que el trabajador cedido por la ETT no hubiera recibido la formación preventiva suficiente y/o adecuada, se halla recogida en el artículo 4.2 RD 216/1999, al establecer que la EU «*no permitirá el inicio de la prestación de servicios en la misma de un trabajador puesto a su disposición hasta que no tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones del apartado anterior*», es decir, del apartado 1 –en particular su letra b)– del artículo 4 RD 216/1999 que venimos comentando.

En consecuencia, el estado actual de las cosas basándonos en la normativa vigente, pasa por ser la EU la encargada de *validar* la formación preventiva suficiente y adecuada pero apoyándose para ello en las referencias indirectas de un tercero como es la ETT. De no obtener dichas referencias o estimar que éstas no se corresponden con la realidad, la única posibilidad de solventar esta duda sería la de acudir al recurso de tener que constatar con sus propios medios o con medios exógenos pero en cualquier caso a su exclusivo cargo, la verificación de los requerimientos formativos en materia preventiva y a cuya comprobación *fidedigna* está obligada legalmente.

Esta posibilidad contemplada actualmente por nuestra legislación puede tropezar, no obstante, con algunos escollos a los que seguidamente hacemos referencia.

- a) El primero de ellos puede provenir de la escasez de medios técnicos y/o humanos para realizar las comprobaciones formativas a los trabajadores puestos a su disposición. Tal sería el caso de aquellas EUs que por su reducida estructura no dispongan de la posibilidad técnica u organizativa de destinar los recursos humanos o materiales a las mencionadas tareas de verificación a las que, sin embargo, vienen obligadas por mor de los preceptos que venimos comentando.

Por otro lado, aun en aquellos supuestos en que la EU tenga recursos para realizar la verificación formativa que venimos comentando, ya sea mediante los recursos propios que su dimensión y estructura le permitan, o bien a través de los recursos de personas o empresas externas que se dediquen específicamente a las tareas de realizar las *pruebas* necesarias para otorgar la aprobación de que el trabajador cedido a la EU cuenta con la formación preventiva suficiente y adecuada; pues bien, sea cual sea el método de verificación empleado, surge una cuestión que no por recurrente resulta baladí, consistente en si la EU debe hacerse cargo de los *costes de verificación formativa*, es decir, de los costes derivados de la comprobación del grado de formación preventiva del trabajador puesto a su disposición por la ETT.

A este respecto cabe señalar que ni la legislación sobre ETTs ni la relativa a prevención de riesgos laborales dictaminan nada sobre este particular. Por lo que entendemos que si la EU debe hacerse cargo *–ex lege–* de esa comprobación, debe hacerlo con todas sus consecuencias, esto es, la Ley le obliga a cumplir un determinado *fin* que no es otro que el de la verificación del grado formativo del trabajador puesto a disposición de la EU. Y por ello, no debe escatimar en el uso de los *medios necesarios* para lograr ese fin.

Cosa distinta, empero, es que la EU descunte de la facture que le gire la ETT tales gastos. Aunque hay que insistir que en principio, es la EU la que debe afrontar la verificación y por ende los gastos de ella derivados.

- b) Cuestión aparte aunque estrechamente relacionada con todo lo anterior, sería el supuesto de que la EU tras verificar el grado de formación preventiva del trabajador puesto a su disposición, detectara que dicho nivel de formación es *insuficiente o inadecuado* para los requerimientos del puesto de trabajo a cubrir, y por ello sea la propia EU la que tenga que complementar esa *formación deficitaria*. Ante esta situación entendemos que los costes derivados de ese *complemento formativo* deban ser claramente repercutidos a la ETT, puesto que es ésta la obligada por Ley a impartir una formación suficiente y adecuada; y si ella no lo realiza, y es otra empresa –en este caso la EU– no por ello debe dejarse escapar la imputación de los costes formativos a la ETT, y todo ello con independencia de las responsabilidades disciplinarias que dicha dejación de funciones pueda acarrear a la ETT.

- c) Por último, nos encontramos con el factor «*tiempo*» que debe invertirse en esta comprobación y que dado el carácter del sector de las ETTs, no siempre será factible dedicar el tiempo necesario a realizar con las debidas garantías dicha comprobación; salvo que se asuma de antemano un *retraso* en el *iter* de la cesión del trabajador. Aquí, al igual que en el caso anterior, la EU ya debe dar por *descontado* el tiempo que deba destinar a esa comprobación formativa que le impone la Ley.

Aparte de los escollos que acabamos de comentar, y en aras de encontrar una posible solución que pueda paliar el desconocimiento por parte de la EU que a su vez impide conocer si la ETT ha cumplido con su obligación de destinar los medios económicos suficientes para la formación preventiva, podría ser mediante una especie de «*certificación positiva*» expedido por la ETT, y en el que se hiciera constancia de los medios que la ETT a destinado a la formación de sus trabajadores.

Esta certificación resolvería de este modo el sempiterno problema de la *prueba procesal*, lográndose así la efectiva asunción de responsabilidades y, en su caso, tasar de algún modo el grado de incumplimiento por parte de la ETT en aquellos casos en los que, aun existiendo certificación, de ésta se desprenda que no se han destinado los medios necesarios para atender a la formación preventiva.

En definitiva, se trataría –*mutatis mutandi*– de reproducir un mecanismo similar al establecido en el artículo 42.1 ET en relación con la *certificación negativa* sobre la deuda de cuotas a la Seguridad Social en los supuestos de contratas y subcontratas ¹²⁶. En el caso del posible establecimiento de algún tipo de certificación en el caso de las ETTs, restaría tan sólo concretar el rango o disposición normativa que regulase ese modelo de certificación, así como fijar el contenido literal mínimo que debería contener. Por último, cabría valorar la posibilidad de que dicha certificación fuese expedida por la ETT o, como sucede en el artículo 42.1 ET que hemos tomado como referencia, sea la propia Administración o Autoridad laboral competente la que expenda tales documentos.

No obstante, entendemos que la ETT es la que posee la información más completa y que, en el caso de las certificaciones, la solución de asegurar que los trabajadores en misión poseen la formación preventiva necesaria, pasaría por modificar el procedimiento establecido en el artículo 4.1.b) RD 216/1999. Dicha modificación consistiría en que, en lugar de que sea la EU la que se asegure de la formación de los trabajadores que le son cedidos partiendo de la información que le suministra la ETT, sea ésta –la ETT– la que suministre dicha información –por escrito– a la Autoridad laboral competente y que, en consecuencia, y dado que la Administración laboral es la competente para fiscalizar tales extremos, sea la propia Autoridad laboral la que expida una certificación positiva que señale que la ETT ha cumplido con su deber de destinar los medios necesarios a la formación preventiva.

En definitiva, se trata de articular una medida que permita aunar las dos cuestiones básicas que confluyen ante el cumplimiento de esta obligación: auténtica formación preventiva junto con la *seguridad jurídica* que todas las partes implicadas –Administración, EU, ETT, y sobre todo trabajadores– precisan para conocer el correcto cumplimiento de los deberes formativos en toda su extensión, tanto de contenido –incluidas las dotaciones presupuestarias– como formales.

8.1.3. La infracción sobre la gratuidad de la formación preventiva.

El artículo 12 LETT en su nuevo apartado 4 ¹²⁷ establece que «*será nula toda cláusula del contrato de trabajo temporal que obligue al trabajador a pagar a la empresa de trabajo temporal cualquier cantidad a título de gasto de selección, formación o contratación.*»

Como consecuencia de lo anterior el artículo 18.2.e) LISOS, relativo a las infracciones específicas del sector de las ETTs, señala como «*infracción grave*» el hecho de «*cobrar al trabajador cualquier cantidad en concepto de selección, formación o contratación.*»

Es evidente que los gastos propios derivados de la gestión interna de una determinada empresa no pueden ser repercutidos en los trabajadores. Además, debemos tener en cuenta que no se trata de la prestación de un servicio que la empresa realizara para estos trabajadores, ni tampoco de una *mejora voluntaria* de la ETT hacia los mismos. Se trata, pues, del cumplimiento de una obligación establecida por Ley y cuya inobservancia constituye una infracción sancionada igualmente por la Ley.

Si no existiera esta taxativa prohibición, entendemos que sería muy complicado *facturar* los gastos derivados de las acciones selectivas, formativas y/o contractuales, puesto que se entiende que sólo sería factible cobrar a los trabajadores que finalmente fuesen contratados por la ETT que genera los gastos. Además, tales trabajadores sólo podrían correr con los costes de la parte alícuota de su propia selección, formación o contratación, corriendo la ETT con los gastos del resto de trabajadores no contratados finalmente.

No obstante, podría suceder que la empresa hubiese impartido formación previa a la contratación, y que precisamente por su carácter previo sí hubiese sido cobrada a los *alumnos* –que no trabajadores– en forma de matrícula de cursillo sin el cual el *aspirante* a trabajar en esa ETT no pasaría –de entrada– a formar parte de una ulterior selección, aunque bien entendido que en este caso estaríamos seguramente ante un posible fraude de ley al intentar camuflar unos costes formativos obligatorios en una *tasa académica*. En cualquier caso, separar del gasto global de formación, selección y contratación de los costes unitarios derivados de cada una de ellas resulta una tarea harto complicada que sólo realizando una rigurosa *contabilidad de costes* –distinta de la tradicional contabilidad financiera– podría procederse al cálculo de la cantidad que cada trabajador tendría que sufragar.

NOTAS

¹ Esta norma constitucional ha sido desarrollada por los artículos 4.b), 19.4 y 23 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –en adelante ET– (BOE de 29 de marzo).

- ² El artículo 23 ET desarrolla más ampliamente este derecho a la formación en el sentido de otorgar facilidades en materia de organización del tiempo de trabajo o de flexibilizar éste en pos de compatibilizar la actividad laboral con el desarrollo académico del trabajador.
- ³ Resulta paradójico que la denominada «*formación preventiva*» pese a estar presente en diversas regulaciones de distintos ámbitos, ninguna de ellas nos haya otorgado una definición de la misma, advirtiéndose en todas ellas el seguimiento de un patrón más descriptivo y enunciativo de las obligaciones empresariales al respecto que calificador de estos términos, e igualmente más próximas al «*deber ser*» que al «*ser*». Prueba de este afán más descriptivo que conceptual lo podemos encontrar en los artículos 19.4 ET, 19 LPRL y 12 de la Directiva-Marco.
- ⁴ Convenio n.º 155 OIT de 22 de junio de 1981, ratificado por instrumento de 26 de julio de 1985, *sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo* (BOE de 11 de noviembre de 1985).
- ⁵ La denominación de *Unión Europea* fue acuñada a través del *Tratado de Maastricht* de 7 de febrero de 1992. Este Tratado supone la culminación de un proceso de integración iniciado con la firma del *Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)*, al que siguieron el *Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE)* y el *Tratado de la Energía Atómica (EURATOM)*, firmados en Roma el 25 de marzo de 1957, por los países del Benelux, Francia, Italia y la República Federal de Alemania. El conjunto de los tres Tratados reseñados constituye lo que se ha venido en denominar «*Comunidades Europeas*», compartiendo desde 1965 unas instituciones comunes, a saber: *Consejo de Ministros, Comisión Europea, Parlamento Europeo y Tribunal de Justicia*, así como todo un ordenamiento jurídico integrado que denominamos «*Derecho Comunitario o Europeo*».
- ⁶ Sobre aspectos generales de esta importante normativa europea, *vid.* GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F., «La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas comunitarias: Balance y perspectivas a comienzos de 1989»; en *Relaciones Laborales 1989-1*, pp: 1.296 y ss.
- ⁷ El 12 de junio de 1989, el Consejo de Europa, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 118 A del Tratado CEE, por el que está obligado a establecer mediante Directivas las disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores (adicionado por el art. 21 del Acta única de 1986), adoptó por unanimidad la Directiva 89/391/CEE, «*relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*». Dicha norma se encuentra publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE), serie L-183, de 29 de junio de 1989.
- ⁸ El término que se le aplica de Directiva-Marco nos ofrece una doble idea, ya que, por un lado nos traslada el pensamiento de que esta norma va a ser objeto de desarrollo normativo importante –incluso prolijo– de normas concretas que pasarán a regular cuestiones más específicas sobre cada uno de los aspectos que inciden en la seguridad y salud en el trabajo. Por otro lado se trata de una pretendida norma de *armonización*, sobre la que se asentarán las coordenadas *jurídico-políticas* de las sucesivas normas o *Directivas específicas* a las que nos hemos referido, como de hecho así ha sucedido. No obstante, hay que hacer notar que el contenido de esta Directiva contrasta sobremanera con lo estipulado por el artículo 118 A del Tratado, ya que va dirigido directamente a «*empresarios y trabajadores*» y no a los legítimos destinatarios de toda Directiva que son los «*Estados miembros*», lo que ofrece una idea de *singular aplicabilidad* directa por parte de esta norma comunitaria que apenas precisa de adaptabilidad ulterior por parte de las legislaciones internas de los distintos Estados miembros. De hecho, en materias como la que nos ocupa relativa a la formación preventiva, nuestra legislación interna ha *copiado literalmente* las disposiciones establecidas por la Directiva-Marco.
- ⁹ Según lo prevenido en el artículo 16 de la Directiva-Marco, «*a propuesta de la Comisión basada en el artículo 118 A del Tratado, el Consejo adoptará directivas específicas relativas, entre otras cosas, a los ámbitos que se mencionan en el Anexo*». Partiendo de esta premisa, las materias contenidas en el referido Anexo son las siguientes: «*lugares de trabajo, equipos de trabajo, equipos de protección individual, trabajos con equipos de pantallas de visualización, manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares, obras temporales y móviles, pesca y agricultura*.»
- ¹⁰ Esta adaptación de las legislaciones internas de los distintos Estados miembros de la UE a los mandatos de esta Directiva-Marco deberá producirse, según impone su artículo 18, con anterioridad al 31 de diciembre de 1992. Sin embargo, en el caso español, dicha adaptación no se produjo hasta la llegada de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, lo que supone un retraso de tres años respecto del plazo preclusivo establecido por la Directiva.
- ¹¹ No se establece en este artículo 12.3 ninguna obligación, tan sólo un derecho para los representantes de los trabajadores y, no todos, ya que se concreta de manera muy clara que sólo tendrán derecho a esta formación *aquellos representantes* que tengan una dedicación específica en materia de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. Además, al no quedar obligado de manera específica el empresario, se deja abierta la posibilidad de que sea la propia Administración la que satisfaga este derecho de los representantes de los trabajadores, ya sea de manera directa, o bien en segunda instancia a través de las asociaciones sindicales o de algún otro organismo público o privado.

- 12 Este artículo 12.2 puede reconducirse a una plasmación concreta del artículo 6.4 de la propia Directiva, en virtud del cual «cuando en un mismo lugar de trabajo estén presentes trabajadores de varias empresas, los empresarios deberán cooperar en la aplicación de las disposiciones relativas a la seguridad, la higiene y la salud, así como, habida cuenta del tipo de actividades, coordinarse con vistas a la protección y prevención de riesgos profesionales, informarse mutuamente de dichos riesgos, e informar a sus trabajadores respectivos y/o a sus representantes.»
- 13 Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D., *El Tratado de Maastricht*, Madrid, 1992, pg: 23, en el que alude a la distinción entre el «Derecho Comunitario originario» como el Derecho integrado por los Tratados constitutivos de la actual Unión Europea, y el «Derecho Comunitario derivado» como el conjunto de normas emanadas del *Legislativo europeo* en forma de *Directivas* y *Reglamentos*.
- 14 Aprobado por Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, DOCE, serie C, n.º 13, de 12 de febrero.
- 15 DOCE serie C, n.º 1, de 4 de enero de 1980.
- 16 Sobre estas propuestas vid. DURÁN LÓPEZ, «Las previsiones comunitarias de regulación del trabajo temporal y de la contratación de duración determinada», en *Relaciones Laborales* (tomo-I), 1985, pp: 1.395 y ss.
- 17 DOCE serie C, n.º 128, de 19 de mayo.
- 18 DOCE serie C, n.º 133, de 21 de mayo.
- 19 DOCE serie C, n.º 224/8, de 8 de septiembre.
- 20 DOCE serie C, n.º 305/12.
- 21 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.C., «Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal», en *Relaciones Laborales* (octubre 1992), pg: 336.
- 22 Así esta «coletilla» pueda apreciarse en los artículos 3, 4, 7, 8.1, etc., poniendo como referencia siempre alguno de los artículos de la Directiva-marco con los que guarda relación la materia de la Directiva específica sobre la que el correspondiente precepto de ésta va a versar.
- 23 Algún autor ha criticado la ubicación sistemática de esta directiva con respecto a los epígrafes y secciones II y III de la misma. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., «Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal», *Relaciones Laborales* (octubre 1992), *Op. cit.*, pg: 350.
- 24 Este precepto reenvía a su vez al artículo 1 de la propia Directiva 91/383/CEE, sobre todo en lo que al ámbito de aplicación se refiere y que debemos tener presente en todo momento, puesto que dicha norma comunitaria tiene una duplicidad de destinatarios, a saber: los trabajadores con una «relación laboral regulada por un contrato de trabajo de duración determinada», por una parte; y por otra, los trabajadores con una «relación laboral entre una empresa de trabajo temporal, que es el empresario».
- 25 Recuérdese la diferencia de destinatarios entre el precepto de una Directiva y otra. Así, para la Directiva-Marco el destinatario de la misma es «el empresario». Para la Directiva 91/383/CEE, más específica y por ende más concreta y de más directa aplicabilidad (en teoría), sin embargo los destinatarios de su artículo 4 son «los Estados miembros». Es obvio que el papel de una Directiva es el de servir de orientación a los distintos Estados miembros para que, eso sí, éstos adapten su legislación interna a lo que las mismas directivas establecen. Sin embargo, en el caso presente que comentamos, no deja de sorprendernos que la Directiva más generalista o de principios más políticos –la Directiva 89/391/CEE– sea en la práctica la que muestra un contenido de casi *directa aplicabilidad*, y que por el contrario, la Directiva 91/383/CEE, referida a la regulación de una parcela muy concreta y con unos destinatarios bien definidos, resulte más prosaica.
- 26 Ya la «Exposición de Motivos» de la LPRL avanza que «esta Ley (...) se configura como una referencia legal mínima (...) como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas».
- 27 Este precepto no hace sino trasladar al ordenamiento interno español las disposiciones de la Directiva 91/383/CEE, siendo su epígrafe casi idéntico al de la denominación de esta Directiva europea.
- 28 Sobre los conceptos de «triangularidad» o «trilateralidad», cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Madrid, 1992, pp: 82 y ss.
- 29 Obsérvese la notable similitud entre ambos preceptos y su predecesor europeo, tanto en lo jurídico como en lo cronológico, el artículo 12 de la Directiva 89/391/CEE.
- 30 Sobre la necesidad de que el cumplimiento por parte de la ETT de dar formación depende inexorablemente de que la EU observe su obligación de informar previamente a la ETT, vid. MOLERO MARAÑÓN, M.L., «La reforma del contrato de puesta a disposición», *Relaciones Laborales*, n.º 5/2000, pg: 32.

- 31 Sobre esta cuestión, *vid.* GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, pg: 136. En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ, M., «Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante la empresa cliente: Puntos críticos», *Actualidad Laboral*, n.º 34, 1994, pp: 127 y ss.
- 32 A este respecto, el relato fáctico nos indica en su punto VII que el trabajador «*fue reconocido por los servicios médicos de Asepeyo, (...) que se desprende del citado reconocimiento que la orientación diagnóstica, no puede considerarse como enfermedad profesional*».
- 33 Hace referencia a las tres obligaciones que hemos comentado más arriba, contenidas en otros tantos subapartados del artículo 1.1 del RD 216/1999.
- 34 Tan sólo el artículo 7 del RD 216/1999, relativo a la «*Documentación*» necesaria, establece en su apartado 2. La obligación para la EU de «*informar por escrito a la empresa de trabajo temporal de todo daño para la salud del trabajador puesto a su disposición que se hubiera producido con motivo del desarrollo de su trabajo, a fin de que aquélla pueda cumplir, en los plazos y términos establecidos, con la obligación de notificación a la que se refiere el apartado 3 del artículo 23 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.*» Como puede apreciarse esta documentación de carácter obligatorio sólo entra en juego tras la producción efectiva –dolosa o negligente– de un daño al trabajador en misión, de lo cual se colige, que no produciéndose daño alguno en la persona de cualquier trabajador en misión, no se hace obligatoria la *información por escrito* a la que se refiere el precepto transcrito. No obstante, y en aras de una mayor seguridad jurídica, sobre todo para las empresas implicadas, parece razonable que todo el trasiego de información que en materia preventiva deban dispensarse tanto la ETT como la EU, aparezca reflejado, cuando menos, por escrito, siendo indiferente para el caso la forma que presente el documento que contenga dichas informaciones.
- 35 Según dispone el artículo 1215 de nuestro Código Civil, «*Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del juez, por peritos, por testigos y por presunciones.*»
- 36 *Real Decreto 4/1995, de 13 de enero, por el que se desarrolla la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal* (BOE de 1 de febrero. Corrección de errores BOE de 13 de abril).
- 37 Tan sólo nos aporta una pista el hecho de que el apartado *in fine* de este artículo 12.2 de la LETT de 1994, señale expresiones en términos de futuro tales como «*deberán recibir*» y «*... a los que vaya a estar expuesto*», que denotan de por sí una acción inconclusa y que por tanto no ha sido aún realizada.
- 38 Sobre esta cuestión, *vid.* SAN MARTÍN AGUILAR, L.F., «Las Empresas de Trabajo Temporal y su tratamiento en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. *Estudios Financieros*, n.º 192, marzo de 1999, pp: 23 y ss.
- 39 *Cfr.* CRUZ VILLALÓN, «El marco jurídico de las Empresas de Trabajo Temporal», en *La Reforma laboral de 1994*, AA.VV., Madrid, 1994.
- 40 Expresión que, según hemos podido constatar, es la empleada por el artículo 3.3 del RD 216/1999 para referirse a la obligatoriedad de dar formación preventiva previa a la prestación de los servicios del trabajador que vaya a ser puesto a disposición de la EU.
- 41 Cuestiones tan importantes –y que más adelante analizaremos– como el programa de formación, el profesorado, los materiales necesarios, las instalaciones, etc.
- 42 Sobre la *perfección* del CPD, *vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994* Madrid, 1995, pp: 39 y ss.
- 43 Cabe recordar que esta situación de contratación indefinida por parte de una ETT puede resultar peculiar en nuestro actual sistema de relaciones laborales, pero no así en el sistema alemán en el que esta *peculiaridad* es, empero, la norma que dicta la «*Arbeitsnehmerüberlassungsgesetz*» (AUG) o «*Ley de préstamo de mano de obra*» de 7 de agosto de 1976.
- 44 Sobre la coincidencia temporal entre CPD y el contrato laboral que subyace, *vid.* DEL REY GUANTER, S. & LEAL PERALVO, F., «La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada», *Relaciones Laborales* 13/1996, pp: 29 y ss.
- 45 Ante el supuesto de que estas hipótesis se plantearan bajo la variable de que en lugar de ser la misma ETT éstas fuesen distintas, el resultado creemos que sería similar sólo que dejaría entrever una connivencia entre ese mismo trabajador y esa misma EU, dejando aquí fuera de sospecha a las distintas ETTs que en realidad únicamente servirían de instrumento para *camuflar* esas posibles actuaciones fraudulentas derivadas de las sucesivas contrataciones por parte de la EU recurriendo al empleo temporal de un mismo trabajador.

- 46 La *externalización* de procesos –*outsourcing* en la terminología anglosajona– es un fenómeno creciente y aceptado por las sociedades modernas con el discutible pero lícito fin de incrementar la productividad y rentabilizar costes mediante la especialización y la traslación de riesgos a otras empresas dedicadas a una porción específica del proceso global al que se dedica la empresa principal. Sin embargo, en una situación como la que hemos descrito con esta primera hipótesis, no parece ni lógico ni mucho menos plausible que, si una determinada empresa precisa «*continuamente*» cubrir un mismo puesto e incluso con el mismo trabajador cedido por una ETT, dando de este modo pábulo a pensar que se trata más bien de una práctica fraudulenta que de un proceso de externalización, al no querer cubrir de manera permanente un puesto de la EU que sí lo es, contraviniendo de ese modo la *causalidad de la temporalidad* que consagra nuestro ordenamiento jurídico de forma explícita en el artículo 15 ET, al que por cierto nos remite el artículo 6.2 LETT tras su nueva redacción por el apartado 5 de la Ley 29/1999, al decir que podrán celebrarse CPDs «*entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del estatuto de los Trabajadores.*» En consecuencia, si una EU recurre de manera continua a la cobertura de un mismo puesto, y además, por un mismo trabajador cedido por la misma –o distinta– ETT, en la práctica lo que puede estar encubriendo es un fraude de ley al *camuflar* esa presunta temporalidad con una sucesión de contrataciones de personal con sendas ETTs. Sobre estos supuestos de utilización fraudulenta de las ETTs, *vid.* SERRANO ARGÜELLO, N., «Límites a la gestión externa de mano de obra y medidas de protección al empleo», *Relaciones Laborales*, 20/1999, pg: 70.
- 47 Sobre este planteamiento acerca de lo ineficaz y antieconómico que resultaría de una formación machaconamente reiterativa y por ello ineficaz, *vid.* SAN MARTÍN AGUILAR, L.F., «Las empresas de trabajo temporal y su tratamiento en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Op. cit.*, pg: 25.
- 48 La principal referencia práctica para conocer o indagar acerca de la verdadera experiencia del trabajador en un determinado puesto de trabajo, se puede extraer tanto del *curriculum vitae* que documentalmete aporta el trabajador –esto último no siempre es factible–, como de la entrevista más o menos en profundidad que el técnico o responsable de Recursos Humanos pueda efectuar al candidato a ser contratado por una ETT como al ya trabajador cedido a una EU. Sobre esta cuestión *vid.* STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de marzo de 2000 (AS 2000/1516).
- 49 El artículo 28.2 LPRL señala en este sentido que los trabajadores que vayan a ser puestos a disposición de una EU «*recibirán, en todo caso, una formación suficiente y adecuada, a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos.*» En la misma línea se expresa el artículo 4 de la Directiva 91/383/CEE al disponer que el trabajador debe recibir «*una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia.*»
- 50 Se suele considerar como «*Personal de Estructura*» al conjunto de trabajadores que prestan sus servicios en las áreas de gestión interna, tales como: Área Financiera, Recursos Humanos, Sistemas, Comercial y Administración. En definitiva, todas aquellas áreas de la empresa distintas a las de la propia operativa o producción de la actividad de la empresa de que se trate. Por lo general, este personal de estructura suele desarrollar su labor en un entorno de despachos y oficinas, razón por la que también se les suele denominar como «*Personal de Oficinas*».
- 51 En este sentido, el personal de estructura que trabaja en las oficinas de una empresa, por lo general, se diferencia bastante poco del personal de oficina de otra empresa, al menos en cuanto a las funciones de cada puesto de trabajo existente en ellas, y de forma más palmaria en aquellas categorías que lo requieren una elevada cualificación; *v. gr.* el personal administrativo. Este hecho, aplicado al ámbito de la formación preventiva, se constata aún más cuando observamos los manuales de información sobre prevención de los puestos de trabajo de oficinas, u observando los contenidos de los exiguos cursillos de formación preventiva que a este personal se imparte, y que en muchas ocasiones no va más allá de elevar a la categoría de *formación preventiva* lo que en muchas ocasiones es la aplicación de las reglas básicas del sentido común. Además –y según veremos más adelante–, esta formación preventiva no es preciso que la imparta el propio empresario responsable de la misma, pudiéndose *subcontratar* la misma con una empresa de formación especializada o Mutua de Accidentes de Trabajo –según dispone el RD 39/1999–; lo que en la práctica se traduce en muchas ocasiones en que empresas de diversos sectores y muy diferentes entre sí, compartan sin embargo el mismo programa y los mismos manuales de prevención por coincidir la misma entidad formadora o ser clientes de la misma Mutua.
- 52 Sobre las dificultades que planteaban estas lagunas normativas, *vid.* SAN MARTÍN AGUILAR, L.F., «Las Empresas de Trabajo Temporal y su tratamiento en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Op. cit.*, pg: 23 y ss.
- 53 Cabría aquí entender incluso que esta fase teórica de la formación puede tener connotaciones más genéricas y por ello, y si el trabajador contratado laboralmente por la ETT, no cabría esperar a que fuese firmado un determinado CPD con una EU para realizar esta acción formativa de contenidos teóricos, sino que puede ser desarrollada durante lapsos de

tiempo que pudieran existir entre un CPD y el siguiente; dejando como formación más concreta y específica la que pueda darse en una ulterior fase práctica cuando exista un puesto determinado en la EU que haya decidido contratar los servicios de esa ETT y al trabajador por ella formado y cedido para tal fin.

- 54 Como ya se ha indicado anteriormente, tanto el artículo 12.3 LETT como el artículo 3.3 del RD 216/1999 señalan que la impartición de la formación no tiene por qué realizarse por la propia empresa obligada a ello, ni tampoco que si la formación práctica se realiza en el ámbito espacial de la EU, ésta no tiene por ello que destinar a parte de su personal a realizar esta acción formativa, pudiendo ser realizada por una empresa o entidad especializada en estas disciplinas. Cosa distinta será que si la EU asume con sus propios recursos, o con medios ajenos, el desarrollo de esa instrucción práctica, sea la que deba igualmente correr con los gastos derivados de la misma, como veremos en un ulterior apartado.
- 55 Puede resultar algo paradójico este precepto en relación a lo que venimos comentando, al indicar que es la ETT la que debe comprobar que el trabajador posee ya esa formación teórica y sobre todo práctica que la norma le exige, cuando puede darse el caso de esta segunda fase, *la práctica*, aún no haya tenido lugar por no haberse firmado el CPD, o si ya ha tenido lugar, la razón obedece a que el trabajador ya ha firmado el contrato laboral con la ETT y ésta a su vez el CPD con la EU, por lo que podríamos decir en este caso que el trabajador en misión estaría devengando todos sus derechos como trabajador pero sin realizar las tareas propias del mismo puesto que durante esa fase actuaría como un «*alumno en prácticas*» en el seno de la EU.
- 56 En este sentido, podemos colegir que los costes formativos serán más onerosos en orden a prevenir los riesgos laborales derivados de una actividad peligrosa o que requiera mucha especialización que de una actividad que pudiéramos denominar de las *típicas o tradicionales*. A este respecto conviene recordar la prohibición del recurso a la contratación a través de ETTs, para las actividades que, por su especial peligrosidad, son enumeradas por el artículo 8 del RD 216/1999, y en las que, sin duda representarán un coste económico elevado en orden al cumplimiento de la obligación formativa genérica contenida en el artículo 19 LPRL, y que, sin embargo, dada su especial peligrosidad, la formación preventiva a través de ETTs no es que plantea cuestión alguna acerca de su coste, puesto que sencillamente están vetadas.
- 57 *V. gr.* los honorarios que devengará el *formador* del curso serán idénticos, o al menos muy similares, tanto para un grupo de alumnos compuesto por diez trabajadores que para un grupo constituido por veinte o más trabajadores, presentándose la verdadera repercusión en el coste unitario de la acción formativa.
- 58 El coste de los *medios* tiene su repercusión sobre todo en los costes de lo que hemos denominado como *formación práctica*, y sobre todo en *proporción directa* a la complejidad técnica de la actividad a desarrollar. En este sentido, debemos asumir que no tendrá la misma repercusión dentro del capítulo de *costes empresariales*, las acciones formativas en orden a prevenir los riesgos laborales de un trabajador que posteriormente vaya a ser cedido a una empresa en la que vaya a desempeñar las funciones de *grabador de datos informáticos* o tareas meramente administrativas, que los operarios que vayan a ser destinados a trabajar en el seno de una cadena de montaje de una empresa de automoción. En este segundo caso los riesgos derivados del puesto de trabajo son mayores y de solución más compleja que los riesgos procedentes de un puesto administrativo, en el que básicamente la formación se reducirá a la prevención de riesgos derivados del uso de pantallas de ordenador y nociones elementales de ergonomía tendentes a evitar daños posturales. Por desgracia, en este último grupo de trabajadores, la experiencia nos demuestra que las acciones formativas se han querido reducir a un nivel tan elemental que, en los casos más flagrantes, se concretan en el reparto de fotocopias, con el consiguiente incumplimiento de la normativa al respecto que establece que debe darse una formación en función de una evaluación previa y específica de cada puesto de trabajo de cada empresa. La proliferación de estas prácticas conduce a considerar la formación preventiva como un mero trámite burocrático más que hay que salvar ante la Administración laboral para evitar sanciones de la misma, convirtiendo de ese modo el término «*cultura preventiva*» en una mera entelequia.
- 59 Según hemos indicado en repetidas ocasiones, este tercer apartado del artículo 12 LETT fue introducido por la Ley 29/1999, y por ello constituye una réplica prácticamente idéntica del segundo párrafo del artículo 3.3 RD 216/1999, diferenciándose únicamente éste respecto de la redacción del precepto legal en que el texto reglamentario incluye el adverbio «*previamente*» entre las palabras «*facilitar*» y «*dicha formación*». Consideramos plausible la exclusión del mencionado adverbio en el texto legal, ya que, a nuestro juicio, supone una redundancia de escasa utilidad y fuera de contexto, puesto que el carácter previo de la formación se incluye en otros apartados de estos textos normativos, y además se recuerda dicho carácter previo en la parte «*in fine*» de los apartados que comentamos mediante la expresión: «*pero será en todo caso previo a la prestación efectiva de los servicios*».
- 60 Como seguidamente veremos en este mismo apartado, la legislación sobre ETTs es parca a la hora de señalar la duración temporal de la formación, no así con respecto a los costes económicos sobre formación a los que el párrafo tercero del artículo 12.3 LETT levanta el «techo» del 1% sobre la masa salarial que se consigna en el apartado 2 de este mismo precepto.

- 61 Sobre este carácter *antieconómico*, vid. SAN MARTÍN AGUILAR, L.F., «Las empresas de trabajo temporal y su tratamiento en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Op. cit.*, pg: 25. En contra de estos planteamientos vid. MIÑARRO YANINI, M., «La formación en materia preventiva de los Trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal», *Tribuna Social*, n.º 126/2001, pg: 23.
- 62 Junto a esta reflexión, la duración de las acciones formativas estará *limitada* en la práctica totalidad de los casos por la supeditación de éstas a la propia «*jornada de trabajo*» según indica el artículo 19.2 LPRL al decir que la formación preventiva «*deberá impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo*», lo que supone una preferencia por la concurrencia entre las horas destinadas a la formación y el horario de la empresa en que se realice que, normalmente, y según hemos indicado más arriba, será el de la EU.
- 63 Por características personales del trabajador deben interpretarse tanto las condiciones físicas y antropométricas del trabajador, como las aptitudes intelectuales del mismo, encuadrándose dentro de éstas su formación genérica o de base, como su experiencia vital y sobre todo profesional en el sector de actividad o puesto de trabajo para el que haya sido contratado.
- 64 Entendiendo por tales tanto el grado de dificultad de las tareas propias del puesto y que debe desempeñar el trabajador en misión, como las condiciones de mayor o menor peligrosidad derivada de los riesgos inherentes del puesto de trabajo a cubrir, en particular, y de las instalaciones de la EU en general.
- 65 Sobre la cualificación y experiencia que presentan los trabajadores contratados por las ETTs para ser puestos al servicio de las EUs, el sindicato *Comisiones Obreras (CC.OO.)* realizó un estudio en 1999 denominado «*Empleo y empresas de trabajo temporal (1994-1998)*», según el cual se desprende que el 63% de estos trabajadores posee un nivel de estudios igual o inferior al graduado escolar, el 51% presenta edades comprendidas entre los 16 y 29 años de edad y siendo la edad media global de 26,8 años. De estos datos se deduce que, al menos en los que a formación y experiencia de partida de los trabajadores contratados por ETTs, es francamente escasa, y que como contrapartida a esa bisoñez las distintas normas legales insisten sobremanera en dotar de una formación, al menos en materia preventiva, que ni su bagaje académico ni su experiencia profesional les permite tener en la mayor parte de las ocasiones.
- 66 Dentro de este «*lugar*» debemos incluir no sólo el espacio físico en el que se desarrollan las distintas funciones y tareas de cada trabajador, sino que además tenemos que considerar con mayor importancia si cabe, el empleo de la maquinaria y utillaje necesarios para desempeñar esas tareas y que precisamente es donde radican las mayores dificultades y los mayores riesgos y por ello es donde deben concentrarse las acciones formativas tendentes a prevenirlos.
- 67 Para entender en la práctica todo esto, cabe traer a colación –por lo didáctico de la misma–, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Alicante de 30 de mayo de 2002 (AS 2002/2053), cuyo relato fáctico dice que desde la incorporación a la EU del trabajador cedido a ésta por la ETT, «*fue designado para hacerse cargo de la máquina abridora batidora de borra, denominada diablo, habiendo realizado previamente, labores de ayuda al trabajador responsable de la misma durante tres días y durante dos o tres horas al día a los efectos de adquirir práctica sobre el trabajo a desarrollar. En el momento del accidente, que se produjo en el turno de noche, (...) al observar (el trabajador en misión) que del embudo de salida de la batidora porcupino no salía la fibra, interpretó que se había producido un atasco, precisamente en el propio tambor o a la salida del mismo, y tras pulsar el mando de paro general de la máquina y comprobar que la máquina estaba parada, se dirigió hacia el embudo de salida de la materia, abrió una ventana que dicho embudo tenía en su superficie superior e introdujo por ella la mano dirigiéndola hacia el tambor. Al acercar la mano al tambor, resultó que éste conservaba todavía un importante movimiento de inercia y con la cuchilla y las púas seccionó o amputó los dedos 1.º, 2.º y 3.º de la mano derecha.*» Como respuesta jurídica a estos hechos, el juzgador entendió que «*al margen del alcance de la responsabilidad de la ETT respecto del acta de infracción realizada a la misma, la empresa usuaria también incumplió sus obligaciones en materia de seguridad en el trabajo reglamentariamente impuesta (...) habida cuenta de lo establecido en el artículo 19.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 14.2, 15.1, 16.2, 19, 28.1, 2 y 5, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995, al no facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad e higiene a los trabajadores, antes de que comiencen a desempeñar cualquier puesto de trabajo acerca de los riesgos y peligros que en él puedan afectarle, y sobre la forma métodos y procesos que deben observarse para prevenirlos para evitarlos (...) a pesar de que el citado empresario dispuso de algunas medidas para la enseñanza en el uso de la máquina denominada diablo por parte del trabajador, que recibió las instrucciones en el centro de trabajo durante un pequeño número de horas a lo largo de tres días, éstas no fueron lo suficientemente adecuadas para la instrucción, no sólo del manejo, como así se desprende de la declaración de hechos probados, sino preferentemente y como finalidad propia de la prevención de riesgos y peligros que en él puedan afectarle.*»
- 68 Este precepto trae causa de la norma reglamentaria que cronológicamente precedió a la Ley 29/1999, en concreto del primer párrafo del artículo 3.3 RD 216/1999.

- 69 Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español», en *Relaciones Laborales, 1992-I*, pp: 1.221 y ss.. Así como GONZÁLEZ DE LENA LAVAREZ, F., «La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas comunitarias. Balance y perspectivas a comienzos de 1989», en *Relaciones Laborales 1989-I*, pp: 1.296 y ss.
- 70 Sobre la especial incidencia que presenta la temporalidad en la siniestralidad laboral ya aparecen recogidas sobremanera en el denominado «Informe Papandreu». En cuanto al escenario en el que fueron elaboradas las Directivas relativas a esta materia, vid. ROGER BLANPAIN, «La situación del trabajo temporal en Europa», en *Revista de Trabajo*, 1982, pp: 12 y ss.
- 71 Cabe reseñar que sobre esta materia no existe a fecha de hoy ninguna sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Desconocemos, no obstante, si esta ausencia jurisprudencial obedece a una nula litigiosidad sobre la materia –de hecho a nivel interno o estatal ya es de por sí muy escasa–, o bien, la relativa *juventud* de la norma no ha permitido aún que llegue a esta instancia europea alguna causa judicial.
- 72 Como es sabido este apartado 3.º se añadió a la redacción del artículo 12 LETT mediante la Ley 29/1999, sin embargo, ya en el artículo 3.3 RD 216/1999 se aludía por primera vez a esa distinción entre el contenido teórico y el contenido práctico de esa formación, al expresar que la ETT deberá asegurarse del trabajador contratado por ella para ser cedido «posee la formación teórica y práctica en materia preventiva necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar.»
- 73 Destaca el hecho de que el artículo 28 LPRL no realice distinción alguna sobre esta dualidad formativa. Por su parte, empero, el artículo 19.1 LPRL, relativo a la formación en prevención de riesgos laborales para el conjunto de los trabajadores, sí hace referencia a esta distinción al señalar que «el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva», de lo que se desprende que, para nuestro legislador, este tipo de formación debe reunir, además de las condiciones de «suficiente y adecuada», las de presentar un contenido teórico y uno práctico. Cabe afirmar así que este precepto nacional mejora o amplía sensiblemente al artículo 12.1 de la Directiva-Marco del que trae causa, y no siendo por ello una mera transposición de éste. Cabe añadir, además, que tanto este artículo 19.1 LPRL como el 12.3 LETT ya implican por sí mismos una mejora con respecto a nuestra legislación nacional básica, en particular el artículo 19.4 ET que, bajo la desfasada rúbrica de «Seguridad e higiene», tan sólo impone al empresario el deber de que la formación sobre esta materia sea «práctica» y «adecuada», requerimientos estos cuantitativa y cualitativamente inferiores a los referidos en nuestra actual regulación sobre la materia.
- 74 Dentro de nuestro ordenamiento jurídico pero referido a la formación preventiva del conjunto de los trabajadores, cabe recordar igualmente que el artículo 19.1 LPRL hace referencia a que «cada trabajador reciba una formación teórica y práctica».
- 75 Sobre la distinción en dos fases diferenciadas correspondientes al capítulo de la formación preventiva, cfr. GALA DURÁN, C., *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, pg: 138.
- 76 Cfr. artículo 19.1, párrafo segundo, LPRL.
- 77 Cfr. CRESPÁN ECHEGOYEN, J., *Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 1998, pg: 235.
- 78 En este sentido, cfr. artículo 31 del convenio colectivo de la empresa de trabajo temporal «Tempo Grup, ETT. S.A.» (DOGC 28/12/1998).
- 79 Sobre las distintas etapas de la Era Industrial, vid. ANTHONY GIDDENS, *Sociología*, Madrid, 1995, pp: 527 y ss.
- 80 Algunos autores, cfr. TEJADA PONCE, A., PÉREZ MOROTE, R., ANDÚJAR TENDERO, M.J., en «La gestión financiera de la prevención de riesgos laborales en la empresa», *Relaciones Laborales 1/2001*, pg: 1.371, denominan a este tipo de costes con el término de «costes de seguridad», definiendo éstos como «los derivados de la implantación y desarrollo de las actividades necesarias para alcanzar los objetivos de prevención pretendidos y, por tanto, representan el esfuerzo económico necesario para asegurar que se cumplan los niveles de seguridad establecidos, es decir, aquellos ocasionados por las actividades de prevención y de evaluación que la empresa debe acometer para elaborar e implantar un plan de prevención de riesgos laborales.»
- 81 Según los autores anteriormente mencionados, a este grupo de costes los denominan como «costes de accidentes laborales», entendiéndolo por éstos, según su propia definición, como «aquellos asociados a los fallos o errores en los procesos productivos y expresan las consecuencias económicas negativas de los accidentes laborales.» Cfr. TEJADA PONCE, A., PÉREZ MOROTE, R., ANDÚJAR TENDERO, M.J., en «La gestión financiera de la prevención de riesgos laborales en la empresa», *Op. cit.*, pg: 1.371.

- 82 Excepción hecha de la trascendencia legal y temporal de los términos «*inversión*» y «*gasto*» en las concepciones contables y fiscales. Aquí tendría una interpretación en sentido *positivo* para el caso de las *inversiones*, y en sentido *negativo* para el de *gasto*, es decir, de aportación o no de *valor añadido* a la actividad productiva de la empresa.
- 83 Sobre la nomenclatura de cada una de las tipologías de *costes de seguridad*, *cfr.* TEJADA PONCE, A., PÉREZ MOROTE, R., ANDÚJAR TENDERO, M.J., en «La gestión financiera de la prevención de riesgos laborales en la empresa», *Op. cit.*, pg: 1.371.
- 84 Sobre estas definiciones, *cfr.* TEJADA PONCE, A., PÉREZ MOROTE, R., ANDÚJAR TENDERO, M.J.; en «La gestión financiera de la prevención...», *op. cit.* pg: 1.371.
- 85 Sobre el origen de esta definición, *cfr.* TEJADA PONCE, A., PÉREZ MOROTE, R., ANDÚJAR TENDERO, M.J., en «La gestión financiera de prevención ...», *Op. cit.*, pg: 1.372.
- 86 Dentro de las actividades cuyos costes pueden encuadrarse dentro de este grupo podemos enumerar las que siguen: encuestas higiénicas, pruebas, inspecciones y auditorías durante el proceso y en el producto final, estudios de evaluación de riesgos, etc.
- 87 Entre el conjunto de actividades que pueden encuadrarse dentro del grupo de los «costes de prevención», podemos citar las siguientes: implantación de defensas y protecciones en máquinas e instalaciones, servicios de Medicina de Empresa y de prevención, mantenimiento de las condiciones ambientales adecuadas de trabajo, adaptación de los puestos de trabajo (ergonomía), etc.
- 88 Sobre un estudio, más de índole contable que legal, de la imputación de los costes de prevención, *vid.* TEJADA PONCE, A., PÉREZ MOROTE, R., ANDÚJAR TENDERO, M.J., en «La gestión financiera de la prevención de riesgos laborales en la empresa», *Op. cit.* pg:1.736 y ss.
- 89 Sorprende sobremanera que una cuestión tan importante como es la relativa a la prohibición de no imputar gasto alguno a los trabajadores contratados y, en consecuencia, formados por la ETT se haya trasladado de una ley a otra sin la menor modificación, y que no se haya aprovechado la *intersección* que, para otras materias, ha representado el RD 216/1999, para ampliar de alguna manera la asignación o reasignación –en su caso– de los costes que obligatoriamente genera toda acción formativa en general, y la preventiva para los trabajadores en misión en particular.
- 90 Resulta paradójico que la Directiva-Marco –por definición más genérica– recoja una prohibición tan concreta y taxativa como es la de no repercutir los costes formativos sobre los propios trabajadores o sus representantes que, empero, no ha sido contemplada por la Directiva 91/383/CEE, más específica sobre la prevención de los trabajadores de las ETTs que, como puede comprobarse a través de su articulado, guarda absoluto silencio sobre el particular. La explicación que a nuestro juicio puede justificar esa laguna estribaría en que si ya existe una clara y tajante prohibición sobre el particular por parte de la Directiva-Marco para el conjunto de los trabajadores, podría resultar una reiteración el hecho de incorporar en su articulado una prohibición semejante. No obstante, hemos podido constatar cómo esa *duplicidad* ha existido sobre otras materias de similar calado normativo.
- 91 Sobre la formación en prevención de riesgos laborales de los representantes de los trabajadores, y en particular los «*Delegados de Prevención*», *cfr.* artículo 37.2 LPRL.
- 92 Recuérdese que el CPD es un contrato de naturaleza mercantil, y que por tanto, este tipo de situaciones ya aparecen contempladas en el elenco tarifario de los servicios ofrecidos por las ETTs.
- 93 Resulta, empero, llamativo encontrar el término «*precio*» en el seno del texto de una norma de naturaleza laboral y no mercantil, en la que dicho vocablo presentaría una mejor contextualización, toda vez que las normas laborales están eminentemente destinadas a las personas (trabajadores) y lo mercantil a las cosas (mercancías). Por ello, la mezcla, en un mismo texto normativo, de los términos «*precio*» y «*trabajadores*» no deja de provocar una extraña e incómoda sensación que, llevada a sus extremos, puede evocar épocas pretéritas y afortunadamente superadas de esclavitud en el que ciertamente se pagaba un *precio por la adquisición de personas para trabajar*.
- 94 El RD 4/1995, reglamento de las ETTs, nos recuerda en la letra *h)* de su artículo 14 que uno de los datos mínimos y obligatorios que debe consignarse en el propio CPD es el del «*precio convenido*», dentro del cual deben aparecer ya incluidos como un *todo*, los gastos derivados de la formación preventiva.
- 95 *Cfr.* III Acuerdo Nacional de Formación Continua, aprobado mediante Resolución de la Dirección General de Empleo de 2 de febrero de 2001 (BOE 47/2001, de 23 de febrero), con una vigencia prevista por el propio Acuerdo hasta el 31 de diciembre de 2004.
- 96 *Cfr.* III Acuerdo Tripartito sobre Formación Continua, aprobado mediante Resolución de la Dirección General de Empleo de 1 de febrero de 2001 (BOE 40/2001 de 15 de febrero, corrección de erratas BOE 62/2001, de 13 de marzo).

- ⁹⁷ Resolución de 16 de junio de 1997 de la Dirección General de Trabajo (BOE de 18 de julio de 1997) por la que se dispone la inscripción, registro y publicación del II Acuerdo Nacional de Formación Continua en el Sector de Empresas de Trabajo Temporal (BOE de 1 de febrero de 1997), acuerdo alcanzado el día 19 de mayo de 1997, de una parte, por la Federación de Servicios de la UGT y la Confederación de Comisiones Obreras, y de otra parte, por la Asociación Española de Empresas de Trabajo Temporal (GEESTA), Unión de Empresas de Trabajo Temporal (UETT) y la Asociación Catalana de Empresas de Trabajo Temporal (ACETT).
- ⁹⁸ Adscrita a la «Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo» y dotada de un patrimonio «con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación procedente del exceso de excedentes de la gestión realizada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.»
- ⁹⁹ Algunos autores han expresado sus reservas sobre la redundancia que pueden suponer las funciones de esta Fundación, en el sentido de confiar «más a la Fundación las tareas de divulgación e investigaciones muy específicas sobre seguridad y salud en el trabajo. Tal vez se confíe en su carácter participativo, con representación de empresarios y trabajadores para el mejor cumplimiento de estas funciones.» vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., en *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, 1996, pg: 319. Sobre las funciones del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, cfr. artículo 8 LPRL. Y sobre las funciones de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, cfr. artículo 13 LPRL.
- ¹⁰⁰ Cfr. artículo 7 del Acuerdo Nacional Sectorial de la Construcción de 1995, publicado en el BOE de 18 de mayo de 1995 (n.º 118), por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 25 de abril de 1995.
- ¹⁰¹ Por todas, cfr. sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 10 de junio de 1991 (RJ 1991/4434), en virtud de la cual «la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombre de "alterum non laedere", y la segunda presupone una relación preexistente, generalmente un contrato y de ahí su calificativo de contractual entre el responsable y la víctima del daño».
- ¹⁰² Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Op. cit. pg: 292.
- ¹⁰³ El ámbito de la salud de las personas entendida como «derecho a la vida y a la integridad física y moral» puede considerarse como un bien jurídico que se encuentra protegido al más alto nivel jurídico, es decir, con una protección nada menos que de rango constitucional a través del artículo 15 de nuestra Carta Magna. Al margen de esto, tanto la salud –en sentido genérico– como la seguridad en el trabajo representan un bien jurídico muy importante con un rango tuitivo igualmente constitucional –arts. 43 y 40 respectivamente– aunque algo inferior si se compara con el de la salud entendida como integridad física y moral, ya que ésta se halla recogida dentro del denominado «bloque de la constitucionalidad», esto es, en la Sección 1.ª («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»), dentro del Capítulo II («Derechos y libertades») de nuestra Constitución. Por ello, ante la producción de un siniestro laboral con resultados muy graves para los trabajadores, la tipicidad penal vendrá determinada en la medida en que ello sea consecuencia de un atentado contra la salud de los mismos, quedando como coadyuvante de lo anterior las consecuencias derivadas de una conducta inadecuada contra la seguridad en el trabajo, siendo ésta encuadrada en una tipicidad administrativa.
- ¹⁰⁴ Esta materia es objeto de estudio en otro apartado distinto al que aquí nos ocupa.
- ¹⁰⁵ Cfr. sentencia del TSJ-Cataluña de 19 de octubre de 1998 (RA-4210), en la que un trabajador en misión sufrió un grave accidente debido a una inadecuada e insuficiente formación preventiva.
- ¹⁰⁶ Real Decreto Legislativo 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 (BOE de 5 de agosto y corrección de errores en el BOE de 22 de septiembre).
- ¹⁰⁷ Este mismo precepto finaliza con una remisión al artículo siguiente para aquellos casos en los que se califiquen los hechos como constitutivos de una «infracción muy grave».
- ¹⁰⁸ Por lo que a la legislación comunitaria específica sobre la materia cabe destacar que ni la Directiva-Marco ni la Directiva 91/383/CEE disponen nada relativo a régimen disciplinario, relegando esta tarea a la regulación interna de cada Estado miembro.
- ¹⁰⁹ Vid. supra apartado 5.3.3. «La duración y el coste de la formación preventiva.»
- ¹¹⁰ En este sentido, el empresario de una ETT sin demasiados escrúpulos podría asirse a este argumento para dejar de impartir la formación preventiva necesaria o que ésta no sea ni la suficiente ni la adecuada, alegando «falta de presupuesto» por la superación del porcentaje legalmente establecido.

- 111 Recuérdese que el *I Convenio Colectivo de Trabajo (1995-1996) de Empresas de Trabajo Temporal*, aprobado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 31 de marzo de 1995 (BOE n.º 95, de 21 de abril de 1995), aumentó este porcentaje a través de su artículo 40.2 estableciendo que «*la cantidad destinada a formación (...) será incrementada en un 0.25 por 100 de la masa salarial.*»
- 112 Por la Ley 29/1999.
- 113 Pensemos en el supuesto de que el empresario haya manifestado su voluntad de no impartir formación preventiva o que de sus actuaciones se desprenda que ésta no va a ser ni adecuada ni suficiente, y que en ese *iter* que hemos visto más arriba existente entre el momento de la contratación laboral y la puesta a disposición de la EU, los representantes de los trabajadores se percataran de esa antijurídica intencionalidad y que, en consecuencia, el empresario se vea finalmente presionado por el entorno que le circunda y, tras recapacitar, imparta esa formación en materia de prevención de riesgos laborales a la que viene obligado por Ley.
- 114 *V. gr.* la noticia de un accidente laboral grave en otra empresa del sector cuya causa sea la falta de formación preventiva de los trabajadores siniestrados, o la noticia de una serie de actuaciones en ETTs cercanas a la del empresario en cuestión, etc.
- 115 Cabría interpretar aquí, a diferencia de lo que sucede con la doctrina penal, que no es posible sancionar por estos hechos a un empresario por realizar una conducta «*en grado de tentativa*». Menos aún cabría la posibilidad de sancionar el mero pensamiento o la simple idea reticente a impartir formación preventiva a los trabajadores en misión. Ante este último planteamiento podríamos traer a colación la vieja máxima de Concepción ARENAL que establece que «*los pensamientos no delinquen*». En definitiva, si no existe un hecho consumado y demostrable no sería factible imputar infracción alguna.
- 116 Entendemos más adecuada la expresión de *medios financieros* más que la de *medios económicos*, toda vez que se trata de dotar presupuestariamente un determinado fin empresarial. En definitiva, no se trata tanto de que una empresa cuente con suficientes recursos económicos sino más correctamente de si está dispuesta a emplearlos en pos de un determinado fin mediante la dotación de la partida presupuestaria oportuna.
- 117 Sobre esta *culpabilidad* podría traerse a colación toda la teoría acerca de si la responsabilidad empresarial derivada de una infracción es *objetiva*, o por el contrario es *subjetiva* al requerir de un determinado comportamiento empresarial merecedor de la pertinente sanción.
- 118 En otros términos podría afirmarse que la norma impone más una *conducta eficaz* –logra el objetivo– que una *conducta eficiente* –usando los medios más idóneos para lograr ese objetivo–. Por ello, si bien es cierto que el cálculo *apriorístico* de la dotación presupuestaria en materia de formación preventiva puede ser en algunos casos una tarea harto complicada y por ello susceptible de ser errónea –sobre todo si como ya prevé la norma pueden darse situaciones de cierta duración en el tiempo que precisen de un reciclaje inicialmente no previsto–; no es menos cierto que si de ese error de cálculo se deriva una infracción, el empresario será igualmente responsable de haber cometido una infracción contemplada por el ordenamiento laboral y por ello acreedora de la correspondiente sanción.
- 119 Sobre este particular encontramos tan sólo un precepto que obliga más que sanciona una conducta similar pero referida a la *información previa* y no a la *formación previa*. Nos referimos al artículo 16.1 LETT –ya contemplado en la Ley 14/1994 y no modificado por la Ley 29/1999– que establece que con «*carácter previo al inicio de la prestación de servicios, la empresa usuaria deberá informar al trabajador sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo así como las medidas de protección y prevención contra los mismos.*»
- 120 *Cfr.* artículo 13 LISOS.
- 121 Tanto el artículo 12.3 LETT como el artículo 3.3 RD 216/1999 se refieren a esta *delegación formativa* mediante la expresión: «*medios propios o concertados*».
- 122 Se trataría, pues, de una responsabilidad «*in vigilando*», similar a la existente en los supuestos de contrata y subcontratas que, en definitiva, es la figura jurídica que se produciría en aquellos casos en los que la ETT decide descentralizar las tareas de la formación preventiva. Aquí sólo se descentraliza la operativa de la formación y no la responsabilidad legal de impartir ésta.
- 123 *V. gr.* el ya mencionado desconocimiento del porcentaje mínimo del 1% de la masa salarial destinado a formación.
- 124 Con la oportuna atribución por vía del artículo 4.1.b) RD 216/1999 y las consecuencias legales nada desdeñables que de ello se derivan.
- 125 El motivo por el que afirmamos que la ETT no aportará nada manifiestamente desfavorable acerca de la formación preventiva recibida por el trabajador que cede a la EU, se fundamenta en dos motivos fundamentales. El primero de ellos partiría de una suspicacia o maledicencia por la cual la ETT ocultaría todo aquello que pudiera ser negativo

con anterioridad a la puesta a disposición efectiva del trabajador y que por ello ponga en peligro la celebración, conclusión o perfeccionamiento del CPD, o bien que una vez operada esta cesión del trabajador, y ante cualquier eventualidad o accidente, dicha información negativa o contraria a una formación preventiva suficiente y adecuada, pueda incriminarle. Por otro lado, el segundo motivo por el que formulamos esta afirmación se centraría en que si la ETT está obligada legalmente a dar una formación preventiva suficiente y adecuada, no se entendería razonablemente cómo podría informar, *a priori*, a la EU de que sinceramente ha incumplido una de sus obligaciones principales. Sería reconocer por anticipado –con la sinceridad que le diferencia del caso anterior– el incumplimiento de una obligación que, obviamente, no sería de recibo por parte de la EU, la cual estaría obligada, por mor del artículo 4.2 RD 216/1999, a no permitir el inicio de las actividades en el seno de su empresa de ese trabajador inadecuada o insuficientemente formado.

- ¹²⁶ En este sentido el artículo 42.1 ET establece que *«contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito una identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.»* Sobre estas cuestiones, *vid.* GARCÍA PIQUERAS, M., *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrataciones y subcontratas de obras y servicios*, Valencia, 1998.
- ¹²⁷ Este apartado 4 fue introducido por la Ley 29/1999, aunque su contenido material no resultó ser ninguna novedad, toda vez que el párrafo tercero del artículo 12.2 de la Ley 14/1994 ya establecía la misma prohibición y en los mismos términos expresados por su sucesor –el art. 12.4– de la Ley 29/1999.