



La subcontratación como factor de riesgo específico en el desplazamiento transnacional de trabajadores*

SUBCONTRACTING AS A SPECIFIC RISK FACTOR IN THE TRANSNATIONAL POSTING OF WORKERS

Carlos García Gallego

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Politécnica de Valencia
cargarga@urb.upv.e 0000-0002-1637-7318

Recibido: 11.06.2022 | Aceptado: 10.11.2022

RESUMEN

Existe una probada vinculación entre el incremento de la siniestralidad y el exceso en las cadenas de subcontratación. Una forma de organización de la producción que, en el ámbito internacional, ha originado nuevos factores de riesgo. De ahí que la regulación que limita la subcontratación, como factor de riesgo específico, constituya una medida muy eficaz de prevención de riesgos laborales; existiendo medidas de control ajustadas a las particularidades del sector de la construcción. Igualmente, la consideración de los trabajadores desplazados que prestan servicios transnacionales, como los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, merece una atención especial a la hora de garantizar a estos trabajadores el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

ABSTRACT

There is a proven link between the increase in the accident rates and the excess in subcontracting chains. A form of organization of production that, in the international arena, has given rise to new risk factors. Hence, the regulation that limits subcontracting, as a specific risk factor, constitutes a very effective measure for the prevention of occupational risks; including control measures adjusted to the particularities of the construction sector. Likewise, the consideration of posted workers that provide transnational services, as workers who are especially sensitive to labor risks, deserves special attention when guaranteeing these workers, the right to effective protection in terms of health and safety.

PALABRAS CLAVE

Subcontratación transnacional
Salud laboral
Construcción
desplazamiento de trabajadores
Siniestralidad

KEYWORDS

Transnational subcontracting
Occupational health
Construction
posting of workers
Accident rate

* Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación DER2017-83040-C4-2-R, "El desplazamiento transnacional de trabajadores", del Ministerio de Ciencia e Innovación.

SUMARIO

- I. LA SUBCONTRATACIÓN COMO FACTOR DE RIESGO ESPECÍFICO
 - II. ¿SE PUEDEN ESTABLECER LÍMITES A LAS CADENAS DE SUBCONTRATACIÓN A FIN DE PROTEGER LA SALUD DE LOS TRABAJADORES?
 - III. UNA MIRADA SECTORIAL: LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN
 - IV. CONSIDERACIÓN DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS COMO LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL TRABAJO
 - A. Trabajadores especialmente sensibles de manera individual
 - B. Los trabajadores desplazados como colectivo diferenciado
 - C. Negación de la condición de trabajador especialmente sensible
 - V. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. LA SUBCONTRATACIÓN COMO FACTOR DE RIESGO ESPECÍFICO

Pese a que las nuevas formas de organización de la producción están introduciendo en el medio de trabajo nuevos factores de riesgo, se multiplican las dificultades a la hora de fraguar normas laborales modernizadoras. Son especialmente sonados, en este sentido, los fracasos de proyectos codificadores de estándares laborales internacionales dirigidos a la subcontratación. Así lo pone de relieve el *Estudio del Consejo General del Poder Judicial en materia de siniestralidad laboral en los procesos de subcontratación*, en el que se señala que: “[...] el hecho de que hasta hoy la OIT no se haya podido adoptar un convenio sobre el trabajo en régimen de subcontratación pone de manifiesto los grandes intereses que concluyen en el mantenimiento de este modelo de producción, al que únicamente son de aplicación las normas internas de cada país”¹.

El actual proceso de declive del Derecho del Trabajo ha dejado al descubierto la falta de adecuación de los actuales instrumentos jurídico-laborales, de corte fordista, a las necesidades de los trabajadores de las economías terciarias del siglo XXI². En el ámbito de la salud laboral, la estrecha vinculación entre el incremento de la siniestralidad y el exceso en las cadenas de subcontratación ya se señaló con total contundencia en la Comunicación de la Comisión relativa a la Estrategia de Salud y Seguridad en el trabajo de la UE. En ellas se abordaba una rigurosa descripción de los “nuevos” riesgos en materia de salud y seguridad y, concretamente, de los derivados de “las nuevas tendencias en el empleo, incluido el desarrollo del trabajo por cuenta propia, la subcontratación y el aumento del empleo en las PYME”, instándose a los Estados

1. Consejo General del Poder Judicial, Servicio de Planificación y Análisis de la Actividad Judicial, Siniestralidad Laboral: Análisis de la Respuesta Jurisdiccional. Estudio del Consejo General del Poder Judicial, elevado al Pleno el 17/01/07, p. 38.

2. Vid. Gorelli Hernández, J.: “La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral”, *Tribuna Social*, núm. 198, 2007, pp. 36-37 y doctrina allí citada; Rivero Lamas, J.: “La descentralización productiva”, en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Zaragoza, 2000, pp. 76 y ss.

miembros a adaptar su marco jurídico a la evolución del mundo del trabajo³ a fin de superar “la existencia de grandes dificultades en la aplicación de la legislación sobre salud y seguridad en situaciones de subcontratación, en las que cada empresario tiende a limitar sus acciones preventivas a sus propios trabajadores”⁴.

En la doctrina, López Gandía y Blasco Lahoz han analizado el modo en que estas nuevas formas de organización de la producción han originado nuevos factores de riesgo, cuya generalización merecen una particular atención⁵; en línea con la perspectiva de la Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, adoptada por la OIT⁶, en la que se apunta que “la salud laboral se ve afectada por las mismas fuerzas de cambio que prevalecen en el contexto socioeconómico nacional y mundial”, destacando las alteraciones “en el empleo y en la organización del trabajo [y en] el tamaño, la estructura y el ciclo de vida de las empresas”⁷. De forma particular, Hortal Ibarra⁸ ha considerado que en la valoración de los riesgos laborales derivados del exceso de cadenas de subcontratación debe tenerse en cuenta varios factores:

- Estos trabajadores realizan sus actividades en un centro que no conocen.
- La concurrencia de varias empresas añade, a los riesgos de la propia empresa los de las otras que se desarrollan su actividad simultáneamente.
- La ausencia de vínculo laboral con el empresario principal fomenta que éste no se responsabilice de tales trabajadores.
- La subcontratación desincentiva, a su vez, la inversión en prevención y favoreciendo la proliferación de empresas pequeñas con poca capacidad para garantizar los medios necesarios de protección.
- Por último, a que el hecho de que las contrataciones tengan una duración temporal fomenta el recurso a la contratación de trabajadores temporales, siendo la temporalidad uno de los factores de riesgo que más incide en la siniestralidad.

En el ámbito internacional, un importante estudio realizado en el Reino Unido revela cuáles son los problemas de seguridad y salud en el trabajo a los que se enfrentan los lugares de trabajo de la construcción multinacionales, donde parte de la mano de obra procede de otros países de la UE⁹. Los hallazgos en distintas empresas indican

3. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 21 febrero 2007 - Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), COM (2007) 62 final, p. 7.

4. COM (2007) 62 final, ob. cit., p. 1.

5. Vid. López Gandía, J. y Blasco Lahoz, J.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 17 y ss.

6. Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, adoptada por la OIT en 2003, Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 91.ª reunión, pp. 2-3.

7. La Comisión ha insistido en la necesidad de poner en práctica la Estrategia Global en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo de la OIT. Vid. COM (2007) 62 final, ob.cit., p. 15 y 16.

8. Hortal Ibarra, J. C.: “Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales”, *Tribuna Social*, núm. 175, 2005, pp. 23 y 25.

9. Danaj, S.: “Health and Safety Implications of Posted Work: The Example of British Engineering Construction”, en Rogelja, N. y Toplak, K. (eds.): *POOSH -Occupational Safety and Health of Posted Workers, International Conference. Programme and Book of Proceedings*, ZRC Publishing House, Ljubljana, pp. 11-14.

que la comunicación en diferentes idiomas presenta un desafío en términos de salud y seguridad ocupacional. Además, al trabajar en un lugar de trabajo transnacional, se plantearon problemas de desajuste de habilidades y asignación inadecuada de tareas a los trabajadores desplazados desde otros países, con implicaciones directas para la salud y la seguridad en el lugar de trabajo. En efecto, debido a las diferencias en la formación, a veces se contrata a ciertos trabajadores para realizar tareas para las que no están realmente capacitados; lo que combinado con las diferentes prácticas laborales entre el país de acogida y el país de origen puede aumentar los riesgos para la salud y la seguridad.

También reviste interés el Informe de la Comisión de Asuntos Europeos del Senado francés sobre las normas europeas en materia de prestación de servicios transnacional. En el mismo se pone de manifiesto la existencia de una importante variedad de fraude como consecuencia, en buena medida, de la ausencia de un procedimiento de control realmente eficaz. Muchas veces, esto es debido a la falta de una cooperación ordenada entre los Estados miembros, lo que contribuye al mismo tiempo a la banalización del fraude. De un lado, se identifican fraudes que consisten en una violación de los principios de la Directiva 96/71/CE de desplazamiento de trabajadores y, en particular, de su núcleo duro. Ello se traduce en la falta de declaración del desplazamiento, falta de certificado de afiliación al sistema de seguridad social, impago de salarios y horas extraordinarias, excesos en la jornada máxima de trabajo. De otro lado, se abordan fraudes complejos, en los que suelen intervenir varias cadenas de subcontratación, que muchas veces terminan en trabajo ilegal, ausencia de declaración de accidentes de trabajo, abuso de la vulnerabilidad a través de condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana, como la esclavitud moderna y la trata de personas.

La Comisión de Asuntos Europeos del Senado francés pone de manifiesto que esa falta de control afecta no sólo a los derechos económicos de los trabajadores desplazados, sino también a los relativos a la protección de su seguridad y salud. En general, se sostiene que cuanto más complejo es el entramado empresarial al que está adscrito el trabajador desplazado, menor es su coste y mayores son las dificultades para hacer cumplir la normativa social del país de acogida¹⁰. En este sentido, es particularmente elocuente el caso de Atlanco, seleccionado por el grupo Bouygues para ejecutar parte del reactor nuclear EPR en Flamanville¹¹. En el Informe del Senado se describe como esta empresa irlandesa de trabajo temporal, con sede en Chipre, contrató a trabajadores polacos remunerados de acuerdo con las condiciones de su país, sin tener en cuenta el número de horas realizadas y sin que la empresa hubiera notificado 38 accidentes laborales.

10. Rapport d'information au nom de la comisión de affaires européennes du sénat sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs, ponente Senador Eric Boquet, registrado ante la presidencia del senado el 18 de abril de 2013, p. 20.

11. Maville. Réacteur EPR de Flamanville: Bouygues doit 2,1 millions d'euros à l'État. Mercredi 27 octobre 2021, en https://nantes.maville.com/actu/actudet_reacteur-epr-de-flamanville-bouygues-doit-2-1-millions-d-euros-a-l-etat-_54135-4899545_actu.Htm (acceso: 02/05/2022).

Igualmente, en relación con el abuso de la subcontratación, el informe desvela la existencia de fraudes organizados que a menudo resultan en una cascada de subcontratistas y empresas “fantasma” dentro del país de envío. De modo que, cuanto más larga sea la cadena de subcontratación, mayor será la ventaja de complicar los controles, quedando sin responsabilidad el empresario principal. Dicho fraude suele llevarse a cabo por empresas que no tienen una actividad real en el país donde están afiliadas (donde las cotizaciones sociales son bajas) y son utilizadas por una empresa de otro país donde las cotizaciones sociales son mayores¹².

II. ¿SE PUEDEN ESTABLECER LÍMITES A LAS CADENAS DE SUBCONTRATACIÓN A FIN DE PROTEGER LA SALUD DE LOS TRABAJADORES?

Para la doctrina, una regulación que limite la subcontratación, como factor de riesgo específico, constituye una medida de prevención de riesgos laborales, aunque también repercute en otras condiciones de trabajo¹³. Abundando en esta cuestión, debe traerse a colación el reconocimiento que la Sentencia *Reino Unido contra Consejo (C-84/94)* realiza del vínculo existente entre la mejora de las condiciones laborales y la mejora de la salud laboral. Tal influencia positiva, según los términos de la mencionada Sentencia, se proyecta en el *medio de trabajo* y responde a un *objetivo* de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en un sentido amplio. Conceptos ambos cuyo alcance se precisa por el TJUE, apoyándose en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que define la salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna, amparando como medidas de protección de la salud también las medidas dirigidas a la mejora general de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena y su protección general¹⁴. López Gandía, Romero Rodenas y Toscani Giménez destacan la insuficiencia de la exigencia obligacional de coordinación y a la necesidad de actuar en “el factor previo de riesgo que es la propia subcontratación”¹⁵, advirtiendo que “la prevención de riesgos laborales en este sector no es una mera cuestión técnica [ni] un problema formal de coordinación”, como pone de manifiesto el alto nivel de siniestralidad existente¹⁶.

12. Rapport d’information au nom de la comisión de affaires européennes du sénat, op. cit. p. 22.
13. López Gandía, J. y Blasco Lahoz, J.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, ob. cit., p. 17 y ss.; González Ortega, S.: “Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en Mercader Uguina, J. R. (dir.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 46, 50-52 y 60, realiza un análisis extenso de tales fines preventivos en su interpretación del artículo 4 y 2.a) de la Ley 32/2006. En el mismo sentido, Fernández Urrutia, A. B.: “Un intento de freno a la siniestralidad y la precariedad laboral en las obras de construcción”, *Documentación Laboral*, núm. 80, 2007, pp. 51-128.
14. STJUE de 12 de noviembre de 1996 (asunto C-84/94, Reino Unido contra Consejo), parágrafo 26.
15. López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 18-19; Calvo Gallego, F. J.: “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas Laborales*, núm. 87, 2006, pp. 28 y ss.
16. López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, ob. cit., p. 25.

Con todo, la finalidad preventiva de las normas comunitarias deben ponerse en relación con el derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, reconocidos, a nivel nacional, por la libertad de empresa garantizada por el artículo 38 de la Constitución¹⁷, y a nivel de la UE, por la libertad comunitaria de prestación de servicios garantizada en el artículo 56 TFUE, cuyas disposiciones realizan una concreción en el ámbito de los servicios, de la libertad de empresa de ámbito transnacional. En efecto, en virtud de esta disposición del Tratado, los Estados miembros deberán abstenerse de imponer obligaciones a los operadores transnacionales que obstaculicen su acceso al mercado nacional, lo que incluye el derecho de tales empresas a determinar libremente su oferta de servicios.

A la hora de imponer límites a las libertades de circulación hay que tener los nuevos retos en materia de salud laboral, entre los que se destaca la existencia de ciertas categorías de empresas particularmente vulnerables, precisamente porque cuentan con menos recursos para dotarse de sistemas complejos de protección de los trabajadores, de modo que tienden a verse más afectadas por el impacto negativo de los problemas de salud y de seguridad¹⁸.

Posiblemente la aportación más novedosa en este sentido vino de la mano de la Ley 32/2006 a la prevención de accidentes laborales en el sector de la construcción. Esta norma impone ciertos límites a la facultad empresarial de organización productiva, al exigir en su artículo quinto que la intervención de subcontratistas a partir del tercer nivel de subcontratación responda a causas objetivas. Con ello se pretende establecer una serie de garantías dirigidas a evitar que la falta de control en esta forma de organización productiva ocasione situaciones objetivas de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. De esta suerte, la Ley 32/2006 impone limitaciones tanto a la libertad de empresa en su vertiente organizativa a nivel interno, como a la dimensión transnacional de dicha libertad, que se encuentra incorporada en el derecho a la libre prestación de servicios.

En este sentido, también es necesario señalar que el artículo quinto de la Ley 32/2006 no impone restricciones a la subcontratación *per se*, limitándose a intervenir respecto de usos abusivos de esta forma de organización productiva que guardan una vinculación objetiva con situaciones de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Por otra parte, ésta desarrolla una labor de saneamiento del mercado, particularmente de los efectos de la subcontratación como forma de inversión especulativa, en la que sucesivos intermediarios, sin organización productiva, asumen parte de la obra para su posterior venta a un tercero¹⁹. En efecto, el juego de fuerzas

17. Vid. STC 225/1993 [fundamento jurídico 3º, B)] y STC 83/1984 [fundamento jurídico 3º in fine].

18. Vid. sobre este particular, Toscani Giménez, D. y Alegre Nueno, M.: "Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007, pp. 1921-1941.

19. Según la jurisprudencia del TJUE, puede admitirse "que una normativa nacional que incluye esta obligación, que persigue evitar la adquisición de terrenos agrícolas por razones puramente especulativas y que, de este modo, intenta facilitar la adquisición de estos terrenos con prioridad por parte de las personas que deseen cultivarlos, responde a un objetivo de interés general, en un Estado miembro en el que es un hecho indiscutido que los terrenos agrícolas constituyen un recurso natural limitado", STJUE de 25 enero 2007 (*Festersen*, C-370/05, párrafo 33).

de la oferta y la demanda, sin sujeción a límite alguno, conduce a que los empresarios que en el último eslabón de la cadena, que finalmente ejecutan la mayor parte de la obra, sean aquellos que aceptan asumirla por el margen más estrecho de beneficio, lo que incide directamente en las condiciones laborales y de seguridad que éstos pueden ofrecer a sus trabajadores resultando, consecuentemente, en unos índices de accidentes más altos²⁰. Este escueto beneficio no es otro que el precio remanente de la obra inicialmente contratada, una vez cubiertos los márgenes de la cadena de intermediarios, cuya intervención en sistema de producción a menudo comporta un escaso compromiso de prestación de servicios, en ocasiones reducido a un mero movimiento de capitales, lo que permite poner en cuestión que tal actividad pueda encontrarse amparada por el artículo 56 TFUE, si la intervención en la cadena prácticamente no comporta prestación de servicio alguno.

Lo mismo debe concluirse por lo que respecta a la libertad de empresa. Como pone de relieve Pérez de los Cobos, la consideración de la contratación y subcontratación de servicios como una forma de ejercicio de este derecho fundamental, impide amparar bajo esta fórmula a aquellos que no asumen el riesgo inherente a la misma, ni ejercen el poder de dirección²¹, de modo que desde los parámetros constitucionales del artículo 38 CE también cobran sentido los requisitos impuestos por la Ley 32/2006 que tienen como objetivo evidenciar, “la autenticidad empresarial, la solvencia organizativa y la consistencia productiva y patrimonial de las empresas que intervienen como los contratistas o subcontratistas en el sector de la construcción”²².

En consecuencia, la naturaleza contractual y significación jurídico-privada de la seguridad laboral hacen de ésta una condición de trabajo, integrante, por tanto, del contenido del contrato. A este respecto cabe apuntar que la Ley 32/2006 realiza una labor de identificación y objetivización de los elementos organizativos que impiden el cumplimiento de la prestación de seguridad laboral exigida al empresario. Se desarrolla así la óptica preventiva de la LPRL y de la Directiva Marco 89/391/CEE en relación al factor de riesgo organizativo, adelantándose por tanto la norma al incumplimiento a fin de evitar éste y, por ende, sus consecuencias dañosas. De modo que, la intervención jurídico-pública en el espacio del artículo 56 TFUE se circunscribe, en definitiva, a garantizar que el operador que participe en un sector especialmente caracterizado por sus altas tasas de siniestralidad esté en condiciones de dar cumplimiento al deber de seguridad ínsito a la prestación empresarial²³.

También hay que tener en cuenta que la imposición al empresario de un gravamen en materia de seguridad e higiene también tiene un componente contractual, independiente de la obligación de derecho público impuesta por el legislador. Como

20. *Vid.* Preámbulo de la Ley 32/2006, parágrafo 5.

21. Pérez de los Cobos Orihuel, F.: “Descentralización productiva y libertad de empresa”, *ob. cit.*, pp. 190-191.

22. González Ortega, S.: “Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, *ob. cit.*, 46 ss. y 57 ss.

23. Siendo precisamente dicho incumplimiento en donde cabe situar el origen de la siniestralidad en este sector, López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, *ob. cit.*, p. 18.

pone de relieve Fernández Marcos, “el trabajador que arrienda su trabajo no puede separarse del objeto arrendado; entra, al mismo tiempo, como sujeto y objeto de la relación arrendataria, por lo que la relación de trabajo [...] no se agota con las prestaciones patrimoniales básicas (salario y servicios) sino que se integra y enriquece con otras prestaciones [...]. Muy especialmente, la “buena fe” que debe informar las relaciones contractuales en general, como consecuencia del carácter especialísimo de la prestación laboral, es el criterio que preside con especial relieve cuantas medidas posibles hayan de adoptarse para garantizar la vida y salud del trabajador, introduciendo un factor de equidad insoslayable”²⁴.

III. UNA MIRADA SECTORIAL: LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

La necesidad de instrumentos jurídicos que hagan efectivo el principio de coordinación de actividades empresariales en régimen de subcontratación tiene, además, una proyección sectorial de carácter específicamente transnacional, según se desprende de Dictamen del Comité Económico y Social Europeo relativo al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: “El Comité señala que los interlocutores económicos y sociales del sector de la construcción siguen con especial atención la aplicación de la Directiva 96/71/CE, tanto debido al dumping social como a las distorsiones de la competencia que resultan de este, habida cuenta de las condiciones específicas en las que se desplaza a la mano de obra de este sector, sobre todo en el desplazamiento transfronterizo. A este respecto, es esencial que haya medidas de control ajustadas a las particularidades del sector de la construcción, a fin de proteger tanto a los trabajadores del lugar como a los trabajadores desplazados que se ven afectados. Teniendo esto en cuenta, los planes de la Comisión no deberían inducir a que se debiliten los mecanismos de control de los Estados miembros que a lo largo del tiempo han demostrado que son positivos. La Comisión estaría en contradicción con su intención declarada de no cuestionar los diferentes modelos sociales implantados en los Estados miembros”²⁵.

Esto explica que el sector de la construcción hubiera recibido una particular atención por parte de la Directiva 96/71/CE en su redacción original al establecer, de modo incondicionado, la obligatoriedad de las condiciones de trabajo y empleo contempladas en su artículo 3, apartado 1º, según estén establecidas en los convenios colectivos de aplicación general en relación a “todas las actividades en el ámbito de la construcción relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación

24. Fernández Marcos, L.: *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975, pp. 77 y ss.

25. Comité Económico y Social Europeo (CESE), Dictamen sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones – Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores”, COM (2007) 304 final, de 29 de mayo de 2008, CESE 995/2008, parágrafo 1.11.

o la eliminación de construcciones”²⁶. También los procedimientos en materia de desplazamiento de trabajadores que han llegado hasta el Tribunal de Justicia en su gran mayoría vienen referidos a este sector²⁷, cuyas particularidades a nivel transnacional ha descrito la doctrina²⁸; siendo de especial trascendencia las medidas estatales dirigidas a asegurar su seguridad y salud laboral. En palabras de Smith y Villiers, “los medios que tiene el empresario para garantizar la protección del trabajador desplazado en materia de salud laboral desde el país de origen son o bien extremadamente costosos en términos económicos o en todo punto «irrealistas»”²⁹. En el mismo sentido, Camas Roda y Martínez Aso han puesto el énfasis en la necesidad de desarrollo de medidas estatales, particularmente en materia preventiva, dirigidas a la protección de los trabajadores desplazados procedentes de otros Estados miembros los cuales, según el criterio de estos autores, aúnan tres factores de riesgo: una elevada tasa de ocupación en el sector de la construcción, los propios riesgos asociados a las cadenas de subcontratación y los vacíos de protección en relación a la cesión de ilegal y al desplazamiento de falsos autónomos a nivel comunitario³⁰.

En este contexto, necesitado de instrumentos normativos innovadores, se abre paso la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción (a la que ya hemos hecho mención como la “Ley 32/2006”). Sin duda, un instrumento innovador en sus medios, y trascendente en sus fines, al estar dirigido a la protección de la vida y la integridad física de los trabajadores en un sector marcado por muy elevadas tasas de siniestralidad. Los instrumentos elegidos por la Ley 32/2006 encaminados a dicha finalidad constituyen, por tanto, una importante contribución a la superación del mencionado desfase del que adolecen las instituciones laborales, tan largamente denunciado por la doctrina.

La Ley 32/2006 ha asumido la difícil tarea de frenar la siniestralidad en las obras de la construcción, mediante una proyección horizontal del principio comunitario de coordinación recogido en el apartado 4 del artículo 6 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo³¹ (en adelante la “Directiva Marco 89/391/CEE”). La Ley 32/2006 permite así hacer efectivo el principio de coordinación en el sector de la construcción, cuya relevancia llevó a la aprobación de

26. Vid. artículo 3, apartado 1º en relación con el artículo 3, apartado 8º y Anexo I de la redacción original [O] L 18, 21.1.1997, p. 1-6].

27. STJUE de 3 de febrero 1982 (asuntos 62 y 63/81, Seco y Desquenne) STJUE de 27 de marzo de 1990, (asunto *Rush Portuguesa*, C-113/89) en ambos casos referidos a la Construcción infraestructuras de ferrocarril; STJUE de 9 agosto 1994 (asunto *Vander Elst*, C-43/93) en relación a la construcción y la demolición especializada; y STJUE de 28 marzo 1996 (asunto *Guiot*, C-272/94), STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) relativos al sector de la construcción en general.

28. Vid. Cremers, J.: “Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction”, *Transfer*, vol. 12, num. 2, 2006, pp. 172 y ss., sobre las particularidades normativas de este sector.

29. Smith, R. y Villiers, C.: “Protecting internationally posted workers”, *The Juridical Review*, num. 3, 1996, p. 169.

30. Camas Roda, F. y Martínez Aso, M.: “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, pp. 107-108.

31. D.O. nº L 183 de 29.6.1989, p. 1/8.

la octava Directiva específica que desarrolla las disposiciones de la Directiva Marco 89/391/CEE, en concreto, de la Directiva 92/57/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles (en adelante, la “Directiva 92/57/CEE”)³².

En el Preámbulo de dicha norma se motiva la necesidad de una actuación específica en este sector atendiendo a los riesgos particularmente elevados para los trabajadores derivados de la participación simultánea o sucesiva de empresas diferentes en una misma obra de construcción temporal o móvil, lo cual es especialmente relevante en caso de subcontratas transnacionales que operen en nuestro país. De forma que la falta de coordinación debida durante la ejecución de la obra puede dar lugar a un número elevado de accidentes de trabajo, realizando una particular mención a los trabajadores autónomos y a los empresarios pues “cuando ellos mismos ejercen una actividad profesional en una obra de construcción temporal o móvil [...] pueden poner en peligro, por dichas actividades, la seguridad y la salud de los trabajadores”³³.

La proyección horizontal del principio de protección de la salud y del principio de coordinación de las actividades empresariales, en tanto que principio instrumental del primero, se pone de manifiesto en la estructura de la Ley, que resulta plenamente aplicable a los operadores externos. De una parte, el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel de subcontratación respondan a causas objetivas, establecido en el artículo 5 de la Ley 32/2006, concreta los principios de eliminación de riesgos evitables y de actuación en el origen de los mismos, contenidos en el artículo 6, apartado 2º, letras a) y c) de la Directiva Marco 89/391/CEE³⁴.

De otra parte, la exigencia de una serie de requisitos de autenticidad empresarial, solvencia organizativa y preventiva, incorporadas en el artículo 4, parten de un segundo principio general de prevención contenido en artículo 6, apartado 2º, letra g), de la Directiva Marco que exige “planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo”, introduciendo para ello, como reza el Preámbulo de la Ley 32/2006, “los adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción, mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas que intervienen en la obra”³⁵.

En este sentido, además de los requisitos directamente relacionados con la actividad preventiva contenidos en los artículos 4.2, 5.4 y 10 de la Ley 32/2006, las

32. D.O. nº L 245 de 26.8.1992, p. 6/22. Vid. Goerlich Peset, J. M.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1997, pp. 125-156.

33. Considerandos 5º, 7º y 10º.

34. De conformidad también con el artículo 3, apartado 3º, del Convenio núm. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006), a cuya ratificación se insta en la Comunicación de la Comisión relativa a la estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo COM (2007) 62 final, ob. cit., p. 15 y 16, y a la que procedió España el 5 de mayo de 2009.

35. Preámbulo de la Ley 32/2006 [parágrafo 8].

exigencias de solvencia empresarial, capacidad organizativa y autenticidad empresarial “permiten distinguir aquellas empresas con capacidad para asegurar un cumplimiento riguroso de la normativa preventiva”³⁶. Por otro lado, como ha señalado la doctrina repetidamente, la dicción del artículo 4 de la Ley 32/2006 es una construcción *sensu contrario* de los elementos contenidos en el artículo 43.3 ET y de la jurisprudencia en materia de cesión ilegal. En ambos casos se persigue expulsar del tráfico jurídico, y por tanto del mercado, la cesión de mano de obra realizada tanto por empresas ficticias, interpuestas o aparentes, como por ejemplo empresas reales establecidas en otro Estado miembro que no ejercen sus funciones organizativas y de dirección “inherentes a su condición de empresario”. Es decir, de aquellas empresas que no ponen esa organización al servicio de la contrata o subcontrata, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En efecto, el Alto Tribunal, para establecer la frontera entre las contratas de obras y los fenómenos de cesión ilegal de trabajadores, ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, o de estructura productiva)³⁷ positivizados en el actual apartado 2 del artículo 43 ET³⁸.

Todo ello ha permitido a la doctrina hacer un balance positivo en cuanto a la proporcionalidad y adecuación de la Ley 32/2006 al derecho de la Unión, pues en éste área material el ordenamiento comunitario y el ordenamiento español comparten una misma perspectiva constitucional: “Cabe afirmar que el artículo quinto de la Ley 32/2006 restringe la libertad de empresa desde la perspectiva de acordar el modo de organizar el proceso productivo; pero se trata de un límite relativo, no de una privación total de la facultad, justificado; no arbitrario, sino basado en los resultados a que ha conducido la situación precedente; proporcionado, en función de los objetivos marcados y de las reglas impuestas; razonable [pues] las prohibiciones admiten excepciones; ponderado [ya que] la *vacatio legis* es respetable, la vigencia de alguna regla es progresiva; idóneo [puesto que] se limita sólo el alcance de las facultades lesivas para los derechos de los trabajadores; e indispensable, [ya que] sólo con la prohibición puede evitarse la excesiva subcontratación”³⁹.

36. González Ortega, S.: “Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, ob. cit., pp. 51-52.

37. STS de 12 de septiembre de 1988 (Ar. 6877), STS de 16 de febrero de 1989 (Ar. 874), STS de 17 de enero de 1991 (Ar. 58) y STS de 19 de enero de 1994 (Ar. 352).

38. Con todo, López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, ob. cit., p. 20, han puesto de relieve que cuando la Ley 32/2006 admite la intervención de subcontratistas cuya organización productiva en la obra consista básicamente en la aportación de mano de obra, “pese a que éstas no aportan ningún valor añadido, viene a legalizar una cierta cesión de mano de obra que se produce habitualmente en el sector”.

39. Sempere Navarro, A. V.: “Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006, pp. 293-306 [BIB 2006\2766]. (Se han eliminado los paréntesis del texto original).

Ésta es la evaluación que realiza Sempere Navarro de la Ley 32/2006, que es la que mejor describe la intervención del legislador español en el ámbito de protección del derecho fundamental a la libertad de empresa, y que en el ámbito del mercado interior de servicios se concreta en la libertad fundamental a la libre prestación de servicios. Ciertamente, si en la Sentencia *Omega* se llegó a considerar que la explotación comercial de juegos de entretenimiento de “jugar a matar” menoscaba un valor fundamental consagrado por la constitución alemana y en el ordenamiento comunitario, como es la dignidad humana; es obligado concluir que los riesgos laborales vinculados al abuso de la subcontratación –cuyo resultado es la muerte y daños físicos de los trabajadores (en este caso no ficticios)– atentan directamente contra el derecho fundamental a la salud, seguridad y dignidad en el trabajo.

Así, el Tribunal de Justicia ha admitido de forma expresa que la protección social de los trabajadores del sector de la construcción constituye una de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a la libre prestación de servicios, así como las medidas de control necesarias para garantizar su observancia. Concretamente, en *Guiot* y en *Arblade* se otorgará reconocimiento a este objetivo legislativo, al introducirse la perspectiva sectorial referida al interés general “vinculado a la protección social de los trabajadores del sector de la construcción, a causa de circunstancias específicas de este sector”⁴⁰.

IV. CONSIDERACIÓN DE LOS TRABAJADORES DESPLAZADOS COMO LOS TRABAJADORES ESPECIALMENTE SENSIBLES A LOS RIESGOS DERIVADOS DEL TRABAJO

131

El desplazamiento de trabajadores entre los Estados miembros de la Unión Europea se encuentra regulado en la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios que ha sido modificada por las Directivas 2014/67/UE y 2018/957/UE. A grandes rasgos, y de acuerdo con esta normativa durante el período de la prestación de los servicios en dicho marco, serán de aplicación las disposiciones legales del país de acogida sobre las condiciones relativas a la seguridad y salud laborales. No obstante, deberán respetarse las normas del país de origen que, en dicha materia, resulten más favorables para el trabajador que las del país de destino, de este modo, la empresa además de cumplir las normas del país de destino, deberá cumplir también la propia.

En este sentido, la doctrina ha puesto sobre la mesa la posibilidad de incluir a dichos trabajadores dentro de la categoría de los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Para ello, se parte del artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE que se refiere a “grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles” que deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. La

40. STJUE de 28 marzo 1996 (asunto C-272/94, *Guiot*) [parágrafo 16]; STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [parágrafo 51].

Comisión Europea ha manifestado la necesidad de prestar atención específica a ciertos grupos que se consideran vulnerables. En especial, se trata de los trabajadores de mayor edad, los jóvenes, las mujeres y los trabajadores migrantes, entre otros⁴¹. Sin embargo, los trabajadores desplazados no han sido considerados de manera expresa como trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales, ni en las Directivas específicas derivadas de la Directiva 89/391/CEE, ni *a posteriori* en otros documentos elaborados a nivel de la UE.

Por lo tanto, al igual que ocurre con el resto de trabajadores, la Directiva 89/391/CEE y la LPRL constituyen la legislación aplicable a los trabajadores desplazados desde el punto de vista de la PRL; aunque ni dicha Directiva ni la citada ley se refieren de manera expresa a los trabajadores desplazados. En la normativa española sobre prevención de riesgos laborales, los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales vienen referidos en el artículo 25.1 de la LPRL, según el cual "(...) el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias *características personales o estado biológico conocido*, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo".

Junto con esta disposición, en el artículo 26 LPRL se recogen medidas específicas para las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente. En el artículo 27 LPRL se contemplan otras dirigidas a los menores. Y en el artículo 28 LPRL se contempla como colectivo especialmente sensible a los trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como a los contratados por empresas de trabajo temporal.

A partir de estos preceptos, parte de la doctrina se posiciona para calificar como especialmente sensibles a los riesgos laborales a los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación de servicios transnacional. Estas posturas se dividen a su vez en dos líneas argumentales distintas:

Por un lado, ciertos autores ven posible y necesario considerar a estos trabajadores como especialmente sensibles a los riesgos laborales en base a una interpretación amplia del artículo 25 LPRL. En tal caso, la especial sensibilidad del trabajador derivaría del impacto que el desplazamiento tiene en las características personales del trabajador desplazado.

En segundo lugar, ciertos autores sostienen la posibilidad de considerarlos como un colectivo merecedor de una tutela específica, es decir, mantienen que el desplazamiento en sí mismo representa un riesgo laboral susceptible de especial protección desde un punto de vista objetivo. Por último, hay parte de la doctrina que no considera necesaria la inclusión de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional, en ninguno de los dos supuestos anteriores.

41. Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones "Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)", 21 de febrero de 2007.

A. Trabajadores especialmente sensibles de manera individual

La definición general del artículo 25 LPRL se refiere solo a las “características personales” o al “estado biológico conocido”, por lo que los trabajadores desplazados no podrían ser considerados especialmente sensibles a los riesgos laborales de manera objetiva en función del tipo de trabajo que realizan en el país del destino. Según la definición del artículo 25 LPRL, la especial sensibilidad es una circunstancia que se encuentra en el propio del trabajador y no en el tipo de trabajo que realiza⁴².

Conviene aclarar además que los riesgos a los que se refiere la especial sensibilidad no son especiales, sino que se trata de los riesgos generales que derivan de cualquier tipo de trabajo, pero que repercuten de manera especial sobre determinados colectivos más vulnerables⁴³. En este sentido, la especial sensibilidad no es una característica que el trabajador posea en abstracto, sino respecto a riesgo concreto⁴⁴.

Además, interesa señalar que dicho artículo ha sido interpretado en sentido amplio de modo que dentro del concepto de “estado biológico conocido” cabe incluir no solo a los trabajadores especialmente sensibles a riesgos físicos, químicos o biológicos, sino también a los de carácter psicosocial⁴⁵. Por ello, el concepto de estado biológico conocido, entendido en sentido amplio, incluye cualquier enfermedad o síntoma de ésta, así como cualquier estado fisiológico que padezca el trabajador. En otras palabras, su ámbito de aplicación se extiende a la protección de la salud en general y no solo a la ausencia de accidentes o enfermedades⁴⁶.

Resulta importante tener en cuenta que, tratándose de un concepto subjetivo, para poder ser considerado trabajador especialmente sensible y acceder a las tutelas que derivan de dicha calificación, el empresario tiene que conocer el estado biológico del trabajador o las condiciones personales que dan lugar al nacimiento de la especial sensibilidad⁴⁷. En otras palabras, la valoración de la especial sensibilidad del trabajador deberá hacerse en un momento posterior, pues la consideración como trabajador especialmente sensible no dependerá de la interacción entre el desplazamiento y las características personales, y no del simple desplazamiento o del trabajo a desempeñar.

42. Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, Secretaría de salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, Madrid, 2019, p. 82.

43. López Ahumada, J.dE.: *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 30.

44. Quintero Lima, G.: “La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remedios institucionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. IV, núm.1, 2012, p. 193

45. Cos Egea, M.: “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 3, núm. 12, 2010, p. 3.

46. Recuérdese en este sentido que el concepto de salud debe entenderse en un sentido amplio, tal y como lo define la Organización Mundial de la Salud (OMS), según la cual se trata de un “estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente como un estado consistente en la ausencia de enfermedad o dolencia alguna, amparando como medidas de protección de la salud también las medidas dirigidas a la mejora general de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena y su protección general”.

47. Cos Egea, M.: “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, ob. cit., p. 4.

Por otro lado, el concepto de “características personales” también se interpreta en sentido amplio, por lo que se entiende que no solo comprende circunstancias de carácter físico, sino que también quedan incluidas las de otro tipo, en este caso, las derivadas del desplazamiento transnacional⁴⁸. En este sentido, formarían parte de las características personales del empleado, su lugar de origen, y que en ocasiones los trabajadores desplazados no tengan la misma escala de valores ni perciban los riesgos laborales de la misma forma que los trabajadores del país de destino. También habría que considerar como características personales la nacionalidad del trabajador o el desconocimiento del idioma del lugar de trabajo. En definitiva, la doctrina ha considerado que el artículo 25 LPRL contempla un supuesto genérico y de aplicación expansiva⁴⁹.

La calificación como trabajadores especialmente sensibles tiene trascendencia a efectos prácticos puesto que la empresa deberá tener en cuenta esta circunstancia tanto en la evaluación de riesgos como en la adopción de las correspondientes medidas de protección, en particular, en lo que se refiere a la adaptación del puesto de trabajo. No obstante, el hecho de quedar encuadrado como trabajador especialmente sensible no significa necesariamente que haya de adoptarse medidas de protección nuevas o diferentes, sino que las tradicionales adquirirán un carácter específico y una mayor intensidad⁵⁰. Incluso, puede darse el caso de que un trabajador especialmente sensible pueda realizar las mismas tareas que sus compañeros sin necesidad de que se pongan en marcha medidas de protección específicas debido a que la valoración de la especial sensibilidad del trabajador debe hacerse en un momento posterior puesto que no depende del trabajo encomendado sino de las condiciones subjetivas del trabajador. Así, lo que se pretende con la calificación como trabajador especialmente sensible es la aplicación de unas medidas específicas, que, a partir de la evaluación de riesgos y las acciones de vigilancia de la salud, permitan controlar el impacto de los riesgos laborales en la salud del trabajador⁵¹.

B. Los trabajadores desplazados como colectivo diferenciado

Junto con la calificación de los trabajadores desplazados como trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales de carácter individual, parte de la doctrina científica defiende que dichos trabajadores deben ser considerados como un colectivo específico al que habría que proteger de manera especial. De este modo, el hecho de pertenecer a este grupo ya les haría merecedores de esa protección específica como trabajadores especialmente sensibles.

48. Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, ob. cit., p. 81.

49. Moreno Solana, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 40.

50. Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, ob. cit., p. 84.

51. Moreno Solana, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, ob. cit., p. 49.

Conviene recordar que la Directiva 89/391/CEE, hace referencia a “grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles” que deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. Por lo tanto, la cuestión que se plantea es si los trabajadores desplazados tienen una serie de características comunes que determinan que puedan ser considerados como un grupo a efectos del artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE. Para ello, resulta necesario que los sujetos que lo conforman compartan características comunes bien definidas⁵².

Al respecto, interesa señalar que, siendo cierto que ni la Directiva Marco ni la LPRL incluyen expresamente a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional entre los grupos que merecen una especial protección, tampoco recogen una lista cerrada de cuáles son los grupos que tienen que ser considerados especialmente sensibles a los riesgos laborales, por lo que nada impediría que los trabajadores desplazados pudiesen constituir un grupo nuevo de trabajadores especialmente sensibles desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. En consecuencia, los trabajadores desplazados podrían constituir un colectivo especial en función de la normativa específica a la que están sometidos⁵³.

Este argumento encuentra apoyo en la Resolución del Consejo de 25 de junio de 2007 sobre una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012) que instó a los Estados miembros a que “presten especial atención a las nuevas tendencias del empleo, como el aumento del trabajo por cuenta propia, la externalización, la subcontratación, los trabajadores migrantes y los trabajadores desplazados”.

De esta manera, puede entenderse que el Consejo considere el desplazamiento de trabajadores como una situación que debe de ser tenida en cuenta de manera específica por parte de los Estados miembros desde el punto de vista de su protección en materia de salud y seguridad laboral⁵⁴.

Un segundo argumento a favor de esta tesis se apoya en el hecho de que los trabajadores prestan servicios de manera temporal en un país diverso de aquel en el que firmaron el contrato de trabajo, y en el que tienen fijada su residencia. En consecuencia, podrían estar expuestos a riesgos laborales nuevos y diferentes respecto a aquellos a los que lo estaban en su país de origen⁵⁵. En este sentido, podría decirse que los trabajadores desplazados están expuestos a riesgos similares a los que soportan los trabajadores temporales o puestos a disposición mediante una empresa de trabajo temporal, debido a que componente de temporalidad, que de acuerdo con el artículo 28 de la LPRL, es merecedor de una especial protección, es la nota común en todos estos casos.

52. Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, ob. cit., p. 92.

53. *Ibid.*, p. 93.

54. Camas Roda, F. y Martínez Aso, M.: “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, ob. cit., p. 108.

55. Camas Roda, F. y Martínez Aso, M.: “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, ob. cit., p. 94.

Del mismo modo, los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional tienen notas características comunes a los trabajadores migrantes, de modo que comparten los riesgos laborales derivados de la realización de actividades profesionales en un contexto diferente.

En consecuencia, a partir de los argumentos apuntados, parte de la doctrina considera que puede considerarse a los trabajadores desplazados como un colectivo especial, que merecen, por tanto, una tutela preventiva específica en base a los particulares riesgos laborales que afectan a dicho colectivo⁵⁶.

Frente a esta postura, otros autores sostienen que el colectivo de los trabajadores desplazados temporalmente no puede considerarse especialmente sensible en general, como categoría. En otras palabras, no se considera que el desplazamiento temporal convierta al trabajador desplazado, en abstracto y *a priori*, en más sensible a los riesgos laborales en los términos exigidos por el artículo 25 LPRL⁵⁷. En consonancia con esto, el mero hecho de ser un trabajador desplazado no daría lugar al reconocimiento de la condición de especial vulnerabilidad a los riesgos laborales de manera automática.

C. Negación de la condición de trabajador especialmente sensible

Frente a quienes consideran que el desplazamiento temporal para prestar servicios en un país extranjero está sujeto a unos riesgos de suficiente entidad como para considerar la posibilidad de agruparlos dentro de la categoría de trabajadores especialmente sensibles a dichos riesgos, bien de forma individual o bien como pertenecientes a un colectivo específico, una parte de la doctrina apunta que el desplazamiento por sí mismo no afectaría a un sujeto de un modo tan relevante como para considerar que dicho desplazamiento es una causa general de especial sensibilidad.

En este sentido, consideran que los trabajadores desplazados no constituyen una nueva categoría de trabajadores especialmente sensibles, pero, aun así, son sujetos que necesitan de una tutela especial desde el punto de vista de la PRL, en concreto, a través de la adaptación de la protección del trabajador desplazado a sus características personales ex artículo 15.1.d) LPRL⁵⁸.

Conviene recordar que este artículo recoge uno de los principios de la acción preventiva, y como tal resulta aplicable a cualquier trabajador con carácter general. En el citado precepto se articula el principio ergonómico-personalista al enunciar el deber de "(...) adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud".

56. *Ibid.*, p. 96.

57. Quintero Lima, G.: "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remedios institucionales", *ob. cit.*, p. 193.

58. *Ibid.*, p.194.

En definitiva, este principio general obliga a realizar modificaciones en las condiciones de trabajo para adaptarlas a la persona ante riesgos laborales que no superan un nivel que puede considerarse estándar. Cuando este estándar se supera es cuando estaremos ante un supuesto de especial sensibilidad a los riesgos laborales, y la adaptación de las condiciones laborales se realizaría por la vía del artículo 25 LPRL, y no del artículo 15 LPRL. En el caso de los trabajadores desplazados, este derecho general con el que cuentan todos los trabajadores podría expandirse para los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios, por lo que las obligaciones del empresario se intensificarían.

V. CONCLUSIONES

La protección de la seguridad y salud de los trabajadores entronca directamente con el derecho fundamental a la vida y la integridad física de las personas y viene garantizada por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFU), que en su artículo 31.1 establece que “Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad”. Esta disposición encuentra, a su vez, fundamento en el artículo 3 de la Carta Social Europea, en el punto 19 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y, en lo que respecta al derecho a la dignidad en el trabajo, en el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada, sin olvidar las reglas comunes a los derechos nacionales que conforman principios generales del orden jurídico de la Unión.

La aplicación y desarrollo de la protección de la salud de los trabajadores en los países miembros de la Unión Europea parte de la Directiva Marco 89/391/CEE, de la que derivan numerosas directivas de carácter específico⁵⁹ en materia de prevención de riesgos laborales y otras relativas a determinados riesgos laborales⁶⁰ o a ciertos colectivos merecedores de una protección específica⁶¹. De modo que una vez que

59. Directiva 89/654/CEE, del 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo; Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE; Directiva 89/656/CEE del Consejo, del 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual.

60. Directiva 90/269/CEE, del 29 de mayo de 1990, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores; Directiva 98/24/CE del Consejo, del 7 de abril de 1998, relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo; Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; Directiva 90/679/CEE del Consejo, de 26 de noviembre de 1990, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo; Directiva 2002/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de junio de 2002, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (vibraciones); Directiva 2003/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 6 de febrero de 2003, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido).

61. Directiva 94/33/CE del Consejo, del 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

se considera que los trabajadores desplazados son un colectivo merecedor de una tutela específica en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, parece razonable incluirlos en la categoría de trabajadores “especialmente sensibles”. De este modo, la obligación preventiva de la empresa debería intensificarse para adaptarse a la situación específica de los trabajadores desplazados, reforzando aún más la atención específica para la prevención de riesgos en estas situaciones.

En efecto, la prestación de servicios transnacional no puede implicar un déficit en la protección de los trabajadores desplazados puesto que tienen garantizada la aplicación la normativa del país de destino, que está armonizada en el marco de la Unión Europea mediante la Directiva Marco y las directivas específicas.

Por otro lado, si el desplazamiento tuviera como destino un país no perteneciente a la Unión Europea, habrá de recurrir a los convenios internacionales vigentes. Más concretamente, será necesario acudir a las normas bilaterales de aplicación o a los Convenios de la OIT, en particular a los Convenios núm.155 y núm.187 sobre seguridad y salud de los trabajadores⁶². En todo caso, el hecho de prestar servicios en un país diferente al de origen no impide que resulte de aplicación el deber general de protección y el resto de obligaciones que de este se derivan, previsto en el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales [Ley 31/1995, 8 de noviembre, sobre Prevención de Riesgos Laborales (LPRL)]. Dicho artículo reconoce a los trabajadores el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo que supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. En cumplimiento de este deber, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, adoptando cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y dispondrá lo necesario para la adaptación de estas medidas a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo (art. 14.2 LPRL).

BIBLIOGRAFÍA

- Calvo Gallego, F. J.: “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas laborales*, núm. 87, 2006, pp. 13-82.
- Camas Roda, F. y Martínez Aso, M.: “El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, pp. 105-132.
- Cos Egea, M.: “Los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la doctrina judicial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 3, núm. 12, 2010, pp. 79-106.
- Cremers, J.: “Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction”, *Transfer*, Vol. 12, num. 2, 2006, pp. 167-181, DOI: <https://doi.org/10.1177/102425890601200205>.
- Danaj, S.: “Health and Safety Implications of Posted Work: The Example of British Engineering Construction”, en Rogelja, N. y Toplak, K. (eds.): *POOSH -Occupational Safety and Health of Posted Wor-*

62. Gil y Gil, J. L.: “Los trabajadores migrantes y la OIT”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009, pp. 241 y ss.

- kers, *International Confernece. Programme and Book of Proceedings*, ZRC Publishing House, Ljubljana, 2017, pp. 11-14.
- Fernández Avilés, J. A. (dir.): *Tutela preventiva de los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea: Guía*, Secretaría de salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, Madrid, 2019.
- Fernández Marcos, L.: *La seguridad e higiene del trabajo como obligación contractual y como deber público*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975.
- Fernández Urrutia, A. B.: "Un intento de freno a la siniestralidad y la precariedad laboral en las obras de construcción", *Documentación Laboral*, núm. 80, 2007, pp. 51-128.
- Gil y Gil, J. L.: "Los trabajadores migrantes y la OIT", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2009, pp. 241-264.
- Goerlich Peset, J. M.: "Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1997, pp. 125-156.
- González Ortega, S.: "Los requisitos legales exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción", en Mercader Uguina, J. R. (dir.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 46-75.
- Gorelli Hernández, J.: "La tutela de los trabajadores en supuestos de descentralización productiva no regulados por el ordenamiento laboral", *Tribuna Social*, núm. 198, 2007, pp. 36-48.
- Hortal Ibarra, J. C.: "Subcontratación, cesión legal de trabajadores y responsabilidad penal en materia de prevención de riesgos laborales", *Tribuna Social*, núm. 175, 2005, pp. 22-28.
- López Ahumada, J. E.: *Los trabajadores especialmente sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- López Gandía, J. y Blasco Lahoz, J.: *Curso de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- López Gandía, J.; Romero Rodenas, M. J. y Toscani Giménez, D.: *La prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción: legislación, criterios técnicos y jurisprudencia*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- Moreno Solana, A.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F.: "Descentralización productiva y libertad de empresa", en Pérez de los Cobos Orihuel, F. (coord.): *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005, pp. 181-220.
- Quintero Lima, G.: "La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remedios institucionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. IV, núm.1, 2012, pp. 180-221.
- Rivero Lamas, J.: "La descentralización productiva", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Zaragoza, 2000, pp. 17-94.
- Sempere Navarro, A. V.: "Libertad de empresa y limitaciones a la subcontratación constructiva", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006, pp. 293-306.
- Smith, R. y Villiers, C.: "Protecting internationally posted workers", *The Juridical Review*, num. 3, 1996, pp. 167-187.
- Toscani Giménez, D. y Alegre Bueno, M.: "Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto", *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007, pp. 1921-1941.