

trasunto de los parámetros establecidos en el TRLET que venían reconociendo dicho derecho subjetivo al trabajador (arts. 4.2.d y 19.1).

De este modo, lo que esa expresa dicción legal (deber de protección-derecho de protección) estaría reconociendo, implícitamente y más allá de las férreas ataduras jurídico-positivas, es la existencia de una obligación general de seguridad. Obligación de seguridad cuya única proximidad semántica, en el contexto de la LPRL y si se es partidario del deber jurídico-normativo como *prius* (y no de la obligación), puede hallarse, sin excesivo pie forzado, en la alusión normativa al «deber de prevención» que fija el art. 15.1 LPRL, y que sería, en realidad, el componente de Derecho objetivo, convenientemente modulado por una serie de principios generales, del débito o deuda o “deber de protección eficaz” subyacente e intrínseco a dicha obligación general. Mientras que el «deber de protección eficaz», ex art. 14.1 LPRL, sería el componente subjetivo normativamente establecido y equivalente a la posición de débito o deuda que asume el empleador frente al derecho correlativo a dicha protección del que es titular el trabajador a su servicio.

En otras palabras, el «deber de protección» entroncaría y se asimilaría con la «deuda de seguridad», siendo ésta la figura dogmática y aquélla el enunciado legal. Por su parte, la «obligación general de seguridad» únicamente podría identificarse con el «deber general de prevención o deber general de seguridad» que pesa sobre el empresario desde los dictados del Derecho objetivo, pero siempre que se entiendan esos deberes, que sujetan al

empresario en calidad de deudor, como el correlato del derecho a dicha protección o seguridad que el Ordenamiento otorga al trabajador.

De cuanto antecede, cabe deducir que la LPRL entrevera deberes y obligaciones, pero en realidad el papel del empresario (deudor de seguridad) se enmarca crucialmente en una obligación general de seguridad que engloba una posición de débito, en el entendimiento de que dicha posición reviste no sólo un componente subjetivo (deber de protección del empresario-deudor de seguridad) y objetivo (deber de prevención-seguridad), sino también el derecho a la protección eficaz que al trabajador-acreedor corresponde. Y esa obligación general de seguridad presenta estructuralmente, por añadidura, un contenido que, más allá del mero deber de protección contractual pactado *inter privatos*, está integrado *ope legis*, ex LPRL, por deberes normativos y obligaciones específicas de origen legal, como la vigilancia de la salud, los derechos de formación, información, consulta y participación de los trabajadores y sus representantes, o la afectación de la actividad empresarial a la interrupción individual o a la paralización colectiva en caso de riesgo grave e inminente, por poner algunos ejemplos puntuales³¹⁹, que responden a un componente de Derecho objetivo del débito contractual (la prevención), de corte normado heterónomamente y modulado por una serie de principios-guía orientadores de dicha conducta prestacional del deudor de seguridad (ex art. 15.1 LPRL). De forma que mientras la prevención se identifica como “una defensa frente al riesgo”, la protección “es una defensa frente al daño”, pudiéndose concluir eclécticamente que “la prevención es una protección

³¹⁹GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, op.cit., pág. 307.

{efectiva} contra el riesgo”³²⁰. Y esa prevención como protección contra el riesgo que circunda al trabajador en el desarrollo de la actividad productiva, es tarea que recae sobre quien es deudor de seguridad: el empresario, sin perjuicio de que, para el mejor desarrollo de su actividad o conducta prestacional, pueda auxiliarse instrumentalmente de terceros (v.gr., Servicios de Prevención), en cuyo caso esa complementaria intervención medial de otros entes no disminuye ni atenúa la responsabilidad empresarial, ex art. 14.4 LPRL, trasunto del art. 5.2 DM³²¹.

En conclusión sincrética, la tesis aquí defendida parte de la consideración de la deuda de seguridad como integrada en la más amplia obligación general de seguridad que pesa sobre el empresario, *prius* lógico que se bifurca en el derecho subjetivo del trabajador y la situación correlativa de débito del empresario. Obligación de seguridad de contenido abierto, dinámico e indeterminado³²², que se ve reforzada por la cobertura legal

³²⁰GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos», op.cit., pág. 6; LOY, G.: «Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute», QDLRI n° 14-1993, págs. 16-17.

³²¹En tal caso, la responsabilidad del empresario como deudor de seguridad subsiste “a modo de culpa *in eligendo* o *in vigilando*” (PÁRAMO MONTERO, P.: «Estudio sobre la responsabilidad empresarial en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», RL n° 16-17/1996, pág. 11), aunque probablemente se trate de un fundamento artificioso de imputación que encierre una responsabilidad objetiva. En todo caso, es claro que la responsabilidad empresarial es culposa según el tenor normativo, y al empresario se le brinda la posibilidad de accionar contra las personas cuya conducta ha motivado su responsabilidad. Solución parecida, por lo demás, a la prevista en el Ordenamiento italiano ex art. 8.1 RDLeg. n° 626, de 19.9.1994 (en la doctrina, sin mención expresa a este precepto, BASENGHI, F.: «La ripartizione intersoggettiva degli obblighi prevenzionistici nel novo quadro legale», en AA.VV.: *La sicurezza del lavoro. Commento ai Decreti Legislativi...*, op.cit., pág. 113)

³²²Cfr. APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar...», op.cit., pág. 721; PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «El empresario como deudor de seguridad en la Directiva 89/391 y en el anteproyecto...», op.cit., pág. 35; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, op.cit., pág. 307; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-

expresa del binomio deber de protección-deber de prevención, pero que en realidad tiene su envés en el derecho del trabajador, sin el cual los referidos deberes serían poco menos que nada.

Mas, una vez sentado lo anterior, hay que recalcar que bajo la cobertura de la terminología (obligación de seguridad-deber de protección-deber de prevención) subyace confinada, como telón de fondo de un debate que reviste un cierto tinte *mixti fori*, habida cuenta de la asaz literatura vertida, la escasa innovación y reconstrucción dogmática de los planteamientos esbozados y la falta de claridad en los propios términos resolutivos de la dialéctica suscitada, la distinta posición que los autores sostienen en punto a la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene en el trabajo, dentro de cuyo marco abordaremos la naturaleza jurídica de la deuda de seguridad. A desentrañar perentoriamente esa cuestión he dedicado el epígrafe 2.1.2 de este mismo Capítulo. No obstante, previamente hemos de analizar (epígrafe 2.1.1.2.3) si la obligación general de seguridad que postulo ha de entenderse como obligación de medios o como obligación de resultado, porque ello tendrá indudables consecuencias en el diseño posterior de nuestra tesis sobre la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene en el trabajo. Aclarada esa cuestión, determinaremos el alcance de la obligación de seguridad en relación a una doble variable que condiciona su cumplimiento,

CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 155. De esta forma, la posición de deudor de seguridad aparece revestida, parejamente, del componente abierto y dinámico propio de la obligación general de seguridad o deber general de prevención-seguridad en que se enmarca; ese contenido abierto y dinámico entronca con la modulación de unos principios orientadores de dicha prevención, cuya finalidad es actualizar periódicamente los mecanismos preventivos adecuándolos a las nuevas realidades, en términos de riesgo, del proceso productivo, cuestión que retomaremos más adelante.

al modalizar la diligencia a observar por el deudor: la vertiente tecnológica (tecnología factible-practicable, parámetro que entronca con el criterio de la posibilidad de las medidas preventivas a adoptar) y la vertiente económica (inversión en seguridad e incidencia de sus costes, parámetro que confraterniza con el criterio, de marcado sesgo economicista, de la razonabilidad de las continuas mejoras a introducir en los sistemas preventivos existentes), aspectos que se abordarán conjuntamente en el epígrafe 2.1.1.2.4.

2.1.1.2.3.- El alcance tipológico de la obligación general de seguridad: ¿de medios, de resultado o mixta en función de su contenido específico?.

Una vez sentado que el Ordenamiento establece una obligación general de seguridad, que integra y enlaza una posición de deuda-deber de protección-deber de prevención, y otra de derecho subjetivo a la protección del crédito contractual, habría que plantearse necesariamente si esa obligación es de “medios” o de “resultado”, dado que de su encaje en una u otra modalidad obligacional determina, como se verá, el nivel de exigencia cualitativa y cuantitativa de la conducta prestacional requerida por la deuda-deber de prestación que pesa sobre el empresario-deudor³²³.

Para la correcta resolución de la enjundiosa aporía planteada, es preciso analizar, siquiera sucintamente, los rasgos básicos comúnmente

³²³CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 123.

admitidos entre la doctrina civilista en punto a la virtualidad de la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultado. Así, hay que convenir en que la relevancia de la distinción, de suyo sumamente compleja y casuística porque no existe un criterio apriorístico de deslinde abstracto y unitario³²⁴, se sitúa en el objeto de la obligación, esto es, en el compromiso asumido por el deudor, que de esta suerte resulta el dato sustancial que define el correcto cumplimiento, por parte del deudor, de la conducta prestacional de débito contraída³²⁵.

En base a ese criterio diferencial, se ha señalado que en las obligaciones de medios (o de actividad) “el deudor cumple desplegando la actividad diligente, técnica o común, debida”, de forma que esa conducta resulta adecuada si se encamina “a satisfacer el resultado esperado por el acreedor”, ligándose a ello que el deudor no garantiza el éxito o la obtención del resultado (interés primario del acreedor), sino tan sólo el despliegue de una conducta diligente y debida, como criterio para calibrar la exactitud del cumplimiento prestacional, siendo el resultado, en consecuencia, meramente aleatorio³²⁶ dado que no forma parte del “programa de prestación”³²⁷;

³²⁴LOBATO GÓMEZ, J.M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», ADC, 1992, tomo XLV, fasc. II, pág. 706. Sobre los criterios diferenciales aportados por la doctrina civilista, vide, del mismo autor y art. referido, págs. 699-706; también, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 31-38.

³²⁵CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 9-10, 26-27 y 123; JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios y de resultado. (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», ADC, 1991, tomo XLIV, fasc. I, págs. 7 y 20; LOBATO GÓMEZ, J.M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», op.cit., págs. 713-714.

³²⁶CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 29-31; JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios y de resultado...»,

mientras que, por el contrario, en las obligaciones de resultado el deudor sólo cumple cuando garantiza con éxito el resultado que satisface el interés primario del acreedor³²⁸, esto es, en ellas “el deudor se obliga a proporcionar de forma directa e inmediata la satisfacción del interés del acreedor” mediante la obtención-consecución de un resultado³²⁹.

Las consecuencias de calificar a una obligación como de medios o de resultado, al cobijo de dichos planteamientos, son claras y pueden resumirse en tres. De dicha calificación deriva, en primer plano, la diversa distribución del riesgo (alea) por la falta de realización del resultado esperado por el acreedor, de forma que en las obligaciones de actividad el riesgo pesa sobre el acreedor, mientras en las de resultado, el riesgo recae sobre el deudor³³⁰, dado que el resultado o interés primario del acreedor sólo queda garantizado por el deudor en el caso de las obligaciones de resultado³³¹.

op.cit., pág. 21; LOBATO GÓMEZ, J.M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», op.cit., pág. 653.

³²⁷DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág. 246. Un ejemplo, tradicional en la doctrina civilista e iuslaboralista, de obligación de actividad es la prestación de servicios del trabajador (CABRERA BAZÁN, J.: *Contrato de trabajo y Ordenamiento jurídico*, op.cit., pág. 110; CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit, pág. 113; BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento...*, op.cit., pág. 152).

³²⁸CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 30-31; JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios y de resultado...», op.cit., pág. 22.

³²⁹LOBATO GÓMEZ, J.M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», op.cit., pág. 653.

³³⁰CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., pág. 9.

³³¹CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 24 y 38; MENGONI, L.: «Obbligazioni di risultato e obbligazione di mezzi», *Rivista di Diritto Commerciale*, 1954, pág. 188.

En segundo plano, a esa distinción se apareja el diverso contenido y la diversa distribución de la carga de la prueba del hecho motivador del incumplimiento de la obligación³³². Así, en relación al contenido de la prueba, en las obligaciones de medios basta con probar que, pese a no haberse alcanzado el resultado en que consiste el interés primario del acreedor, el deudor ha observado una conducta prestacional impecable consistente en la ejecución diligente de todas las actividades precisas y debidas para la consecución del resultado³³³, siéndole imputable el incumplimiento únicamente en caso de no haber actuado conforme a la diligencia requerida ex art. 1104 Cc³³⁴, debiéndose probar la concurrencia de culpa o negligencia (en suma, falta de diligencia³³⁵) el deudor en la actividad de cumplimiento³³⁶. Por el contrario, dado que en las obligaciones de

³³²Contra, JORDANO FRAGA, para quien únicamente hay una diferencia en el contenido de la prueba, no en la distribución de la misma. Cfr. «Obligaciones de medios y de resultado...», op.cit., pág. 96.

³³³CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 123 y 126-127; BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento...*, op.cit., págs. 146-147.

³³⁴La diligencia ex art. 1104 CC, es el “criterio exacto para el cumplimiento de las obligaciones”, a la par que el mecanismo probatorio de la culpa o negligencia por contravención o infracción de las obligaciones. Cfr. JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios y obligaciones de resultado...», op.cit., pág. 25.

³³⁵La diligencia como conducta jurídica se bifurca, así, en dos vertientes: “de un lado, significa un acontecimiento o suceso material indicativo, bien de una conducta o comportamiento, bien de la realización y desarrollo de una prestación; del otro, expresa la referencia a un proceso psíquico-anímico del sujeto, que refleja o tiende a reflejar su propia personalidad o interioridad”. Mientras que la negligencia “se emplea en el lenguaje ordinario como sinónimo de descuido, omisión o falta de aplicación, poniéndose asimismo en conexión de una manera directa con la falta de diligencia y cuidado debidos”—cfr. BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento...*, op.cit., págs. 61 y 65—. Como ha señalado LARENZ, la negligencia supone “la inobservancia del cuidado, la previsión y la atención requeridos por el Ordenamiento jurídico como necesarios para la evitación de un resultado antijurídico” que el sujeto negligente podía y debía haber evitado (cfr. *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, op.cit., pág. 106).

resultado se requiere la satisfacción del resultado o interés primario del acreedor, no resulta suficiente la conducta diligente del deudor encaminada a satisfacerlo, surgiendo en tal caso el incumplimiento del deudor³³⁷ salvo en los supuestos de concurrencia de causas de inimputabilidad (fuerza mayor y caso fortuito³³⁸) concurrentes de modo imprevisible e inevitable pese a la intachable diligencia desplegada por el deudor.

En relación, finalmente, al tema de la carga de la prueba, la doctrina civilista se ha fragmentado en dos segmentos exegéticos. Por un lado, una posición doctrinal (DE ANGEL y ZORRILLA, LACRUZ y DELGADO, GONZÁLEZ MORÁN, MORENO QUESADA, LLAMAS POMBO, SANTOS BRIZ) ha sostenido que “en las obligaciones de resultado la culpa se presume, de forma que al acreedor le basta con demostrar la obligación y afirmar la inejecución para que sea el deudor quien deba hacer patente la diligencia”, mientras que en las de actividad o medios “el acreedor ha de probar siempre la falta de diligencia del deudor”. Por otro, un sector doctrinal (MENGONI, JORDANO FRAGA, PASCUAL ESTEVILL, LOBATO GÓMEZ) ha señalado que en ambos tipos de obligaciones “el acreedor debe probar la infracción debitoria, la falta de diligencia debida, mientras que

³³⁶ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 11 y 124.

³³⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., pág. 124; BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento...*, op.cit., págs. 145-146.

³³⁸ Una interesante visión, en la doctrina iuslaboralista, sobre el concepto y caracteres de la fuerza mayor y del caso fortuito, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*, op.cit., págs. 46-ss.

sobre el deudor demandado pesa la prueba de la imposibilidad liberatoria-extintiva”³³⁹.

Probablemente, la segunda línea de pensamiento referida sea más plausible, en el sentido, a mi modo de ver, de que configura la carga de la prueba del siguiente modo:

A.- Si la obligación es de resultado, el acreedor ha de probar la contravención (falta de obtención del resultado que satisface el interés del acreedor³⁴⁰), y el deudor puede liberarse de su responsabilidad contractual (daños y perjuicios) bien probando que dicha contravención obedece a causa no imputable ex art. 1105 Cc, bien probando que el acreedor ha interpretado inadecuadamente los hechos, dado que el resultado pactado se ha cumplido, por parte del deudor, a plena satisfacción.

Ello implica que el deudor debe probar bien la imposibilidad sobrevenida de la prestación, ex art. 1183 Cc, para exonerarse de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor (“circunstancias

³³⁹La segmentación en dos bloques de los criterios doctrinales, se ha extraído de CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 148-150.

³⁴⁰La contravención es el “elemento definitorio de la responsabilidad contractual”, y es un concepto que engloba “cualquier discrepancia entre la conducta efectiva del deudor y la descrita en la prestación”, de forma que incurre en contravención el deudor que incumple totalmente su prestación, o la cumple defectuosamente (falta parcial, retraso o mora, inexacto cumplimiento), o causa daños a otros intereses contractuales del acreedor distintos del interés de prestación. Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., pág. 152; JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios y de resultado...», op.cit., pág. 24.

imprevisibles e inevitables”³⁴¹, bien el cumplimiento correcto de la misma, siendo exigible, en todo caso, que pese a la plena diligencia observada, el deudor no haya podido evitar (inevitabilidad) o preveer (previsibilidad) la causación del hecho dañoso y lesivo del interés primario del acreedor³⁴². En este caso, en consecuencia, la diligencia cumple un papel de valoración jurídica no del cumplimiento (que va ligado a la consecución del resultado u objeto obligacional), sino de la exoneración de la responsabilidad por incumplimiento de dicho resultado³⁴³.

³⁴¹Es decir, cuando el deudor no cumple el resultado esperado por el acreedor, se produce la *perpetuatio obligationis* salvo que el deudor pruebe que ello obedece a una imposibilidad (circunstancia imprevisible o inevitable que imposibilite el cumplimiento) que no le es imputable. Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 125-126; Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las relaciones obligatorias*, op.cit., pág. 247. Un ejemplo clásico de obligación de resultado, derivado de la misma naturaleza del contrato, es el de la obligación de seguridad en el transporte, donde si hay daño hay incumplimiento, a menos que concurra una causa no imputable al sujeto que sea prueba liberatoria de las consecuencias del referido incumplimiento.

³⁴²De esta forma, en la obligación de resultado “la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable exonera de responsabilidad al deudor”, aunque no haya cumplido con el resultado, “ex artículos 1105, 1182-1184 y 1101 CC”, esto es, cuando el acreedor prueba que existe causa no imputable porque “el incumplimiento es debido a un suceso imprevisible o inevitable, no producido por su culpa” y que “hace imposible la prestación” quedando exonerado de responsabilidad. Cfr. LOBATO GÓMEZ, J.M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», op.cit., pág. 723.

³⁴³GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud...*, op.cit., págs. 367-368; GARCÍA MURCIA, J.: «Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (I)», op.cit., pág. 282, y «Falta de diligencia y transgresión de la buena fe contractual (y II)», AL nº 25-1990, pág. 298. Resultando que “la diligencia exigible al obligado va a ser, por consiguiente, examinada y contemplada caso por caso”, a cuyo fin “la flexibilidad del arbitrio judicial en la valoración de la negligencia hace que la diligencia exigible se constituya en una noción permanentemente revisable, debiéndose así configurar conforme a la realidad de los hechos”, de modo que, en definitiva, “el sujeto está obligado a responder por las consecuencias dañosas surgidas del incumplimiento de la obligación” si su actuación ha sido negligente, dato que “determina su responsabilidad”. Cfr. BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento...*, op.cit., págs. 84 y 109

B.- Si la obligación es de actividad, el acreedor ha de demostrar la negligencia o falta de diligencia debida del deudor si pretende ser indemnizado, no existiendo derecho a indemnización si el deudor evidencia bien la existencia de dificultades en el cumplimiento equiparables a la imposibilidad ex arts. 1105-1184 Cc³⁴⁴, bien la plena observancia de la diligencia debida en el desarrollo del programa prestacional. Esa posibilidad del deudor, obedece a que también en las obligaciones de actividad el cumplimiento puede devenir imposible, para lo cual “basta que sobrevenga un evento físico o jurídico que impida al deudor la realización de la conducta diligente debida”³⁴⁵. Ahora bien, la imposibilidad sobrevenida puede ser imputada al deudor cuando no sea objetivamente absoluta, esto es, cuando la no previsión o no evitación (consustanciales al deber de diligencia), por parte del deudor, de “las consecuencias de su comportamiento que puedan impedir el que preste su actividad” sea, a ciencia cierta, la causa directa de dicha imposibilidad³⁴⁶.

Sentados los fundamentos doctrinales que se han estimado necesarios para afrontar con solvencia la cuestión analizada, cabe plantearse ahora cuál es el carácter tipológico (obligación de medios u obligación de resultado) de la obligación general de seguridad que pesa sobre el empresario, en calidad

³⁴⁴Con todo, la mera dificultad de cumplimiento no equivale a la imposibilidad sobrevenida. Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 129 y 154.

³⁴⁵CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 126-127; JORDANO FRAGA, F.: «Obligaciones de medios y de resultado...», op.cit., págs. 52-53.

³⁴⁶CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 127-128.

de deudor, en materia de seguridad e higiene en el trabajo. La importancia de abordar esta cuestión, ya de por sí sumamente atrayente para el análisis jurídico, radica en la discrepancia existente sobre el particular entre la doctrina iuslaboralista, tanto desde el análisis de la LPRL (art. 14.2) y del TRLET (art. 19.1), cuanto desde el plano de la DM (arts. 5.1 y 5.4).

Así, defienden la consideración de la obligación general de seguridad como “de medios”, MONTOYA-PIZÁ³⁴⁷, SALA-ARNAU³⁴⁸, ALARCÓN³⁴⁹, BALANDI³⁵⁰, MONTUSCHI³⁵¹ y ROCCELLA-TREU³⁵². Por el contrario, defienden la consideración de la obligación general de seguridad como “de resultado”, PÉREZ DE LOS COBOS³⁵³, GONZÁLEZ ORTEGA-APARICIO TOVAR³⁵⁴, G. LYON CAEN-A. LYON CAEN³⁵⁵,

³⁴⁷Cfr. *Curso de seguridad y salud laboral*, op.cit., pág. 85.

³⁴⁸Cfr. *Comentarios a la Ley...*, op.cit., pág. 79.

³⁴⁹Cfr. «Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores», op.cit., pág. 108.

³⁵⁰Cfr. «Il contenuto dell'obbligo di sicurezza», op.cit., pág. 90. Sin embargo, este autor ha defendido en otro lugar que la obligación de seguridad, “de hacer, positiva y de contenido abierto”, es una *obbligazione di risultato* (cfr. BALANDI, G.G.: «Individuale e collettivo nella tutela della salute nei luoghi di lavoro: l'art. 9 dello Statuto», LD, 1990, pág. 221).

³⁵¹MONTUSCHI, L.: «La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile», LD n° 3-1995, pág. 414.

³⁵²Cfr. ROCCELLA, M.-TREU, T.: *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 1995, 2° ed., págs. 292-294.

³⁵³Cfr. «El empresario como deudor de seguridad en la Directiva 89/391...», op.cit., pág. 36; «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales como transposición de la Directiva Marco sobre seguridad y salud de los trabajadores en el lugar de trabajo», TS n° 73-1997, pág. 9.

³⁵⁴Cfr. *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., págs. 107-108.

MIALON³⁵⁶, GONZÁLEZ LABRADA³⁵⁷, SEILLAN³⁵⁸, VIEILLE³⁵⁹, BIANCHI D'URSO³⁶⁰, DUGET³⁶¹ y SUPPIEJ³⁶². Finalmente, adoptan una posición ecléctica o mixta, que concibe la obligación general de seguridad como de medios o de resultado en función del tipo de prestación específica a desarrollar según la tipología de obligaciones y deberes específicos que integran y modulan la obligación general, GONZÁLEZ POSADA³⁶³, SEMPERE NAVARRO-GARCÍA BLASCO-GONZÁLEZ LABRADA-CARDENAL CARRO³⁶⁴, y DE COCK-PONNET³⁶⁵.

Las razones en que se cimenta la dialéctica tríada argumental esbozada pueden reconducirse, en un afán de síntesis, a tres parámetros, que

³⁵⁵Cfr. *Droit social international et européen*, 8ª ed., París, Dalloz, 1993, pág. 313.

³⁵⁶«Safety at work in French firms and the effects of the European Directives of 1989», TIJCLLIR, volume 6, issue 3, 1990, pág. 144.

³⁵⁷Cfr. *Seguridad y salud en el trabajo...*, op.cit., págs. 357-364.

³⁵⁸Cfr. *L'obligation de sécurité du chef d'entreprise*, op.cit., pág. 101.

³⁵⁹Cfr. «L'obligation générale de sécurité du chef d'entreprise», DS n° 2-1988, pág. 188.

³⁶⁰Cfr. *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, op.cit., pág. 67.

³⁶¹Cfr. «Danger grave et retrait du travail», *Revue Pratique du Droit Social* n° 547-1992, pág. 230.

³⁶²Cfr. «Il diritti dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro», RIDL n° 4-1988, pág. 445.

³⁶³Cfr. «La prevención de riesgos laborales: funciones, contenido y efectos», op.cit., pág. 20.

³⁶⁴Cfr. *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 39.

³⁶⁵Cfr. «L'analyse des risques et la réglementation», RduT n° 19-1995, pág. 40.

van a diseccionarse encadenadamente, no sin antes anticipar que, a mi modo de ver, la obligación genérica de seguridad que pesa sobre el empresario deudor es funcionalmente de resultado (en el plano del deber-ser, por la conexión de dicha obligación con la eficacia horizontal de un derecho fundamental), y, estructuralmente, en parte de resultado (por el objeto mediato de la prestación: garantizar una protección eficaz del bien jurídico en que consiste el derecho subjetivo correlativo del trabajador-acreedor), en parte mixta (de resultado y de medios) aserto que se reafirmará desde la perspectiva del contenido específico u objeto inmediato de la misma (deberes y obligaciones específicos que integran ope legis la obligación genérica), que es de carácter dual (algunas de ellas son de medios, y otras son de resultado).

A.- En primer lugar, partiendo de la consideración de la obligación general de seguridad como genérica, amplísima y dinámica, de modo que recaba no sólo el cumplimiento en “foto fija” de las normas preventivas expresamente tasadas (que, de este modo y como con acierto se ha escrito, a mi entender, sólo son enunciados *ad exemplum* que integran dicha obligación concretándola, pero que “en absoluto agotan su contenido”³⁶⁶), sino una constante actualización de la prevención empresarial de riesgos acompañada a las nuevas tecnologías y a las nuevas realidades productivas (a fin de superar la hipótesis de obsolescencia normativa o técnica), los autores han discrepado sobre si ello supone su conformación como obligación de medios

³⁶⁶ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario...», op.cit., pág. 107. Con razón se ha escrito, en esta línea, que “cuando se habla de obligación general de seguridad se hace referencia a que la deuda de seguridad del empresario, no se agota con el mero cumplimiento de las singulares prescripciones normativas, es decir, de las llamadas obligaciones específicas de seguridad”. Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Seguridad e higiene en el trabajo», en *Enciclopedia Jurídica Básica* (dir. MONTOYA MELGAR, A.), Civitas, Madrid, 1995, Volumen IV, pág. 6102, citando en apoyo de su argumentación las STSJ Cantabria 13.5.1991 (AS 3258) y STSJ Castilla-León 16.4.1991 (AS 2867).

(que se agota, así, en el cumplimiento diligente de las disposiciones preventivas y en la adopción de todas las medidas racionalmente necesarias, aun no tasadas o positivizadas, para procurar que el daño no se produzca, siendo tal el objeto de la obligación), o, por el contrario, si es una obligación de resultado al encerrar, como objeto de la prestación, un resultado que el empresario-deudor garantiza (interés primario del acreedor: derecho a la protección eficaz de su vida, integridad y salud) desde el propio nacimiento de la obligación y que forma parte del programa prestacional que integra su situación de deuda.

A mi modo de ver, tienen razón quienes sostienen que la obligación general de seguridad es de carácter abierto y polifacético, razón por la cual sus contornos deben definirse en función de los riesgos inherentes al trabajo y de la evolución de la técnica, lo que requiere una permanente actualización de los niveles de protección³⁶⁷. Siendo la protección eficaz del interés primario del acreedor (vida, integridad y salud del trabajador) el objeto mediato de la obligación, y no siéndolo la diligencia en la actividad³⁶⁸, que, en todo caso, es un plano medial instrumentalizado, como objeto prestacional

³⁶⁷PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «El empresario como deudor de seguridad en la Directiva 89/391...», op.cit., págs. 35-36. Esa constante actualización implica que la obligación general de seguridad ha de ser dinámica, superadora de las obsolescencias normativas y operativa, como cláusula de cierre o norma de clausura (así actúa el art. 2087 CC italiano, y así debe entenderse el art. 14.2 LPRL) integradora de lagunas y deficiencias normativas (cfr. SALERNO, A.: *La tutela della salute e della sicurezza*, op.cit., pág. 221).

³⁶⁸GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op.cit., págs. 361-362; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., págs. 158-159.

inmediato, por el Ordenamiento en aras a facilitar al deudor la consecución del cumplimiento de la obligación en que se halla inmerso³⁶⁹.

En suma, el empresario es garante de un resultado (la protección eficaz del trabajador, de forma que debe garantizar que éste no sufra daños o lesiones a su vida, integridad y salud)³⁷⁰ que integra su programa prestacional, en el sentido de que sólo cumple con su obligación si garantiza que el resultado se obtiene. Así, si no hay daños pero el empresario incumple con su diligencia³⁷¹, no ha cumplido con la obligación de resultado, porque el daño sobre el interés primario del trabajador-acreedor estará latente y en cualquier momento podrá actualizarse (en este caso, ante el estado latente del daño, cabría la imposición de sanciones administrativas por dicha omisión, o, incluso, la hipótesis, escasísimamente utilizada, de la acción contractual de reclamación del cumplimiento empresarial *in natura* de la obligación de seguridad)³⁷². Si hay daños, el acreedor-trabajador deberá acreditarlos desde

³⁶⁹Por ello se ha escrito que “mientras la obligación empresarial nacida de la relación de trabajo está caracterizada por la consecución de un resultado” (ausencia de lesiones), las introducidas *ope legis* persiguen la protección del trabajador eliminando las fuentes de riesgo, de forma que cabe describirlas “como obligaciones de medios y abstractas”. Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 39.

³⁷⁰GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., págs. 107-108.

³⁷¹Remarcan la relación causal entre diligencia observada por el deudor y cumplimiento de la prestación debida, entre otros, GÁRATE CASTRO, F.J.: *El rendimiento en la prestación de trabajo*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 102; BIANCHI D'URSO, F.: *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, op.cit., pág. 184; JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 172.

³⁷²ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores», op.cit., pág. 109.

la base de la relación contractual, porque el nexo causal es indicio suficiente del incumplimiento³⁷³.

Reforzaría, por otro lado, esta línea interpretativa el hecho de que tanto la LPRL (art. 14.2) como la DM (art. 5.1) aluden literalmente a la obligación empresarial de “garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”, terminología que puede entroncarse sistemáticamente con la concepción penalista, de raigambre germánica, de la posición de garante como elemento objetivo fundamental en los delitos de resultado que canaliza, a efectos de imputación de la autoría, la equiparación entre omisión y acción establecida en el art. 11 CP. La posición de garante de seguridad del empresario, que tendría origen legal ex art. 14.2 LPRL³⁷⁴ y que ha sido defendida, en conexión con la postulación de la obligación general de seguridad como de resultado por un remarcable sector doctrinal³⁷⁵, se concibe en la doctrina penalista como aquella relación existente entre un sujeto y un bien jurídico, de la que surge

³⁷³GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op.cit., pág. 364; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., pág. 108, SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 159.

³⁷⁴Origen legal que es una de las posibles fuentes de fijación de la posición de garante. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G.-MORALES PRATS, F.-PRATS CANUT, M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General...*, op.cit., pág. 309; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, Akal, Madrid, 2ª ed., 1986, pág. 195; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Ceura, Madrid, 1991, 2ª ed., pág. 12. En la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, entre otras muchas, STS 23.3.1988 (Ar. 2081) y 13.12.1988 (Ar. 8505).

³⁷⁵GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., págs. 28 y 107; GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op.cit., págs. 307 y 364; GARCÍA SALAS, A.I.: «Los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores...», op.cit., pág. 33.

un deber jurídico específico de evitación de un resultado, esto es, de garantía de la indemnidad de dicho bien jurídico³⁷⁶, de forma que, existiendo un peligro para el bien jurídico protegido y teniendo la posibilidad el garante de realizar una acción para impedir el resultado, no la lleva a cabo³⁷⁷. Posición de garante que, en definitiva, hallaría basamento en la obligación general de seguridad dinámica y variable diseñada en la LPRL, que adapta de continuo la prestación del trabajo a unas condiciones de adecuada seguridad, y que no otra cosa supondría que admitir una cierta homogeneización de contenidos entre el deber de prevención-protección eficaz que pesa sobre el empresario como garante de seguridad ex LPRL, y el deber objetivo de cuidado secularmente empleado por la jurisprudencia penal³⁷⁸. Sin perjuicio de anticipar aquí que la posición de garante no es absoluta, sino que, por razón de la delegación personal de las funciones en personas capacitadas para asumir esa posición, pueda el empresario, en determinadas circunstancias cuya concurrencia debe probarse suficientemente, exonerarse o ver limitada su responsabilidad³⁷⁹.

³⁷⁶RODRÍGUEZ DE VESA, J.M.-SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*, Dykinson, Madrid, 1993, 16ª ed., pág. 387; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1985, pág. 591; SÁINZ CANTERO, J.A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo III*, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 265; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, op.cit., pág. 10; MUÑOZ CONDE, F.-GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 227.

³⁷⁷BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Akal, Madrid, 1990, págs. 259-260; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1990, págs. 333-345.

³⁷⁸RIVERO LAMAS, J.: «Responsabilidades penales de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales», AL nº 36-1996, pág. 702.

³⁷⁹STS --Sala de lo Penal-- 26.3.1994, Ar. 2599; STS --Sala de lo Penal-- 18.1.1995 (Ar. 136); STCT 4.10.1988 (Ar. 6442). En la doctrina italiana reciente, véase sobre el tema FOCARETA, F.: «Delega di funzioni e responsabilità penale in materia di sicurezza sul

Mas existe un lunar que, en apariencia, ensombrece esta construcción, ontológicamente intachable en mi opinión: al empresario-deudor no le exige el Ordenamiento que pruebe que los daños son fruto de caso fortuito o fuerza mayor para liberarse de responsabilidad por incumplimiento (como hemos visto, característica de la liberación de responsabilidad del deudor en las obligaciones de resultado) sino que basta con que pruebe que ha observado la diligencia medial recabada por el Ordenamiento (diligencia que obliga a tomar las medidas correspondientes, tasadas o no, para evitar la no consecución del resultado o interés primario del acreedor).

En cualquier caso, es necesario que el empresario pruebe la adecuación de la diligencia practicada en base a dos parámetros: la no previsibilidad del daño (porque si es previsible, hay responsabilidad por culpa), y la inevitabilidad (porque si es evitable, hay responsabilidad por culpa del mismo, ex art. 1105 Cc)³⁸⁰, en cuyo caso no habrá incumplimiento empresarial alguno aunque haya daño (esto es, no habría perpetuatio obligationis si la diligencia observada fue la debida), tal y como ha reconocido la propia línea doctrinal que ha defendido la conformación de la obligación general como de resultado³⁸¹, y sagazmente ha señalado

lavoro», QDLRI n° 14-1993, págs. 115-135, y BASENGHI, F.: «I soggetti dell'obbligo di sicurezza», QDLRI n° 14-1993, págs. 31-74.

³⁸⁰El estándar de empresario diligente, no negligente o prudente comprende dos parámetros: el intelectual (conocer los riesgos del proceso productivo y los medios para evitarlos), y el volitivo (poner en práctica esos medios). Si la diligencia reúne esos caracteres, la inevitabilidad o la imprevisibilidad que motivan el incumplimiento del resultado no comportarán la responsabilidad del empresario. Cfr. APARICIO TOVAR, J.: «Sobre la responsabilidad civil del empresario...», op.cit., pág. 22.

³⁸¹GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op.cit., págs. 362 y 364; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., pág. 108; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-

ALARCÓN³⁸². Mas esa valoración de la diligencia practicada como parámetro de imputabilidad/inimputabilidad significa, lisa y llanamente, que las obligaciones de medios y las de resultado no se diferencian desde el plano de las reglas de imputación de la responsabilidad contractual por incumplimiento, sino únicamente desde el plano del tipo de cumplimiento que requiere la obligación, siendo el cumplimiento un prius diferenciado de la responsabilidad³⁸³.

En base a las anteriores consideraciones, sostengo que, desde el plano del deber ser (funcional o teleológico), la obligación general de seguridad se conforma como obligación de resultado (protección eficaz y mediata o teleológica: evitación de daños a la vida, integridad y salud del trabajador³⁸⁴),

GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y la salud en el trabajo*, op.cit., pág. 159.

³⁸²ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores», op.cit., págs. 108-109, sosteniendo que le parece “excesivo” calificar el deber de seguridad “como obligación de resultado” pese a los robustos términos recogidos en los arts. 14.1 (“eficaz”) y 14.2 (“garantizar”) LPRL.

³⁸³Ello obedece, como ha señalado JORDANO FRAGA, a que desde el plano de la *responsabilidad-exoneración contractual* no hay diferencias ontológicas entre las obligaciones de medios y las de resultado, porque “queda imprejujada la aplicación de dichas reglas por la calificación de la obligación”, siendo en el plano del cumplimiento de la obligación donde radica dicha distinción (cfr. «Obligaciones de medios y de resultado...», op.cit., págs. 87 y 90). En parecidos términos, se ha señalado que la utilidad de la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado no radica “en la posibilidad de etiquetar la obligación *ab initio*”, sino “en el tramo final del litigio, cuando las pruebas aportadas o la capacidad discursiva de una de las partes haya logrado convencer al juez de cuál era el verdadero contenido del programa de prestación” (cfr. YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Volumen I*, ed. Reus, Madrid, 1993, pág. 157).

³⁸⁴Desde la doctrina civilista, se ha puesto de relieve que “la obligación de seguridad” de carácter contractual, puesta “a cargo del deudor con el fin de preservar y proteger la vida e integridad física del acreedor”, es una obligación “en principio, de resultado”. Cfr. LOBATO GÓMEZ, J.M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», op.cit., pág. 712.

pero desde el plano del ser (estructural o medial-normativo), se configura como obligación de resultado ex art. 14 LPRL, por un lado, y como obligación mixta de resultado y de medios o actividad³⁸⁵, por otro. Aseveración que no resulta tan traumática como a primera vista pudiera parecer, dado que, como veremos en breve, numerosas obligaciones específicas que forman parte del contenido de la obligación general de seguridad son, pura y llanamente, obligaciones de resultado; mientras otras tantas son, con toda certeza, obligaciones de medios.

B.- A la anterior reflexión debe anudarse una cuestión aún más conflictiva si cabe: analizar si el art. 5.4 DM introduce, en los Estados miembros que han transpuesto dicha norma comunitaria, una responsabilidad objetiva³⁸⁶ o, por el contrario, permite a los Estados miembros la fijación de responsabilidades atemperadas.

A mi entender, plantea correctamente ALARCÓN³⁸⁷ la solución a esta aporía cuando subraya que hay un “cierto desenfoque” en ese precepto

³⁸⁵Por otro lado, hay que reseñar una paradoja de doble alcance: en primer plano, no se puede negar que el cumplimiento de cualquier obligación de resultado no imponga siempre una cierta diligencia al deudor, aunque ello no obsta a que el objeto de la obligación sea la plena satisfacción del interés primario del acreedor, *por lo que no habrá cumplimiento si el deudor no consigue ese resultado aunque hubiera actuado con diligencia*; en segundo lugar, la conducta diligente del deudor en el cumplimiento de la obligación de medios es, en cierto modo, ya un resultado, *siquiera potencial*, para el acreedor, si bien distinto a su interés primario. Cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 36-37.

³⁸⁶Ha postulado la configuración de la responsabilidad empresarial como objetiva, ex art. 5.4 DM, si bien matizando que dicha responsabilidad objetiva es “contractual laboral”, no civil, ni penal ni administrativa, PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «El empresario como deudor de seguridad en la Directiva 89/391 y en el anteproyecto de Ley de prevención de riesgos laborales», op.cit., pág. 37.

comunitario, que en realidad deja amplio margen a los Estados miembros para atenuar la responsabilidad empresarial, modulando su alcance (exonerando o limitando la responsabilidad) cuando concurren eventos excepcionales, imprevisibles o anormales, “cuyas consecuencias no hubieran podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada”. A mi modo de ver, este precepto no introduce una responsabilidad objetiva sino culposa (o negligente o por falta de diligencia³⁸⁸) factor que no desmerece, a mi parecer, la dimensión de la obligación general de seguridad como obligación de resultado. A su vez, esa responsabilidad culposa puede ser atemperada (limitada) por los Estados miembros, e incluso es factible que éstos establezcan la exoneración de responsabilidad del empresario-deudor cuando concurren los acontecimientos recogidos en dicho precepto (hechos derivados de circunstancias ajenas, anormales, imprevisibles, excepcionales), que entran dentro del área jurídica de la fuerza mayor³⁸⁹ y del caso fortuito³⁹⁰.

³⁸⁷ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores», cit, pág. 109.

³⁸⁸APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario...», op.cit., pág. 710; PÉREZ ALENCART, A.: *Derecho Comunitario de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, op.cit., pág. 101; GRAU RÍOS, M.-PINILLA GARCÍA, J.: La Directiva marco sobre la seguridad y la salud en el trabajo, *Salud y Trabajo* n° 80-1990, pág. 31; una visión comparada de la culpabilidad como criterio de imputación en materia de seguridad e higiene, en FRANCO, M.: «Adeguamento al Diritto Comunitario in materia di sicurezza degli ambienti di lavoro ed evoluzione delle forme di tutela e di responsabilità negli ordenamenti giuridici nazionali», *QDLRI* n° 14-1993, págs. 237-241. Contra, subrayando la fijación de responsabilidad objetiva en dicho precepto, a mi modo de ver erróneamente (porque *una cosa es que los Estados miembros pueda fijar tal nivel de responsabilidad objetiva, y otra bien distinta es que la DM la establezca, lo cual ya no es tan correcto*, ni por la conexión sistemática de los arts. 5.1-6.1 DM, ni por el tenor aislado del 5.4 DM), PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y su adaptación al Ordenamiento español (y II)», *RL* I-1991, pág. 1249.

³⁸⁹GONZÁLEZ-POSADA, E.: «El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391 CEE», en AA.VV.:

C.- Cerrando esta secuencia concatenada de argumentos, cabe postular que la obligación general de seguridad, estructuralmente en parte de resultado, en parte de medios, y ontológicamente de resultado, como se ha expuesto, no debe considerarse aisladamente. Y ello por cuanto, recordemos, la obligación general de seguridad se articula y pivota en base a una serie de obligaciones específicas que modulan y caracterizan su contenido, componiendo un mosaico prestacional poliédrico³⁹¹.

Esa peculiar composición supone que las obligaciones específicas sean de variada tipología. Así, algunas de ellas son prestaciones que sólo se agotan o cumplen adecuadamente con la obtención de un resultado (en cuyo caso, la obligación específica será de resultado), mientras otras obligaciones específicas son, en realidad, prestaciones que se agotan con el programa prestacional desarrollado acorde con la diligencia exigible (en cuyo caso, serán obligaciones específicas de medios o de actividad)³⁹². Ello no debe

El Espacio Social Europeo, Lex Nova, Valladolid, 1991, pág. 197; ROCCELLA, M.-TREU, T.: *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, op.cit., pág. 298.

³⁹⁰PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud...(y II)», op.cit., pág. 1249. Fuerza mayor y caso fortuito han sido imbricadas en el concepto de “causas no imputables” por JORDANO FRAGA, F.: *La responsabilidad contractual*, op.cit., pág. 216.

³⁹¹“El deber de prevención, dadas las prestaciones que genera en interés del trabajador, supone una pluralidad de comportamientos autónomos cuyo cumplimiento puede exigirse separadamente. La prestación en unos casos será de resultado, estando comprometida en su ejecución la actividad y el propio resultado, siendo buen ejemplo de ello la paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente. En otros supuestos la prestación podrá calificarse de actividad comprometiéndose el empresario al desarrollo de la diligencia y esfuerzo exigido por el legislador como es el supuesto de la evaluación de riesgos”. Cfr. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «Derechos y deberes en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», TS nº 73-1997, pág. 52.

³⁹²“Así, en los casos en que pueda calificarse la prestación de resultado, y ésta no se hubiera producido, surge el incumplimiento salvo en la hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor. De otro modo, en los supuestos en que la prestación sea ejecutable mediante la

causar extrañeza, por cuanto la propia esencia de la legislación preventiva “se mueve a caballo entre la abstracción y la casuística, entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado”³⁹³. De otro lado, la presencia de obligaciones específicas de medios y de resultados en una misma relación contractual no es algo anormal, dado que esa tipología dispar no debe entenderse como propia de ámbitos estancos o radicalmente opuestos que no puedan congeniar; por el contrario, suele ser habitual que una misma relación contractual acoja diversas obligaciones pertenecientes indistintamente a esa variada tipología, revistiendo, “según la fase de ejecución del contrato durante la cual se deber realizar la prestación”, una diversa configuración³⁹⁴. De esta forma es completamente normal que una relación contractual presente una “sucesión temporal o una yuxtaposición de obligaciones diferentes”³⁹⁵, ora de medios, ora de resultado.

Sin más circunloquios, debemos apuntar ahora cómo quedan tipológicamente calificadas las obligaciones específicas imbricadas en la obligación general de seguridad. A tal efecto, nada mejor que retomar la

actividad, sólo la exigencia de la diligencia normal de prevención determina el cumplimiento”. Cfr. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «Derechos y deberes en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», op.cit., pág. 52.

³⁹³DE COCK, E.- PONNET, G.: «L'analyse des risques et la réglementation», op.cit., pág. 40.

³⁹⁴LOBATO GÓMEZ, J.M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», op.cit., pág. 712; VINEY, G.: «Les obligations. La responsabilité: conditions», en AA.VV.: *Traité du Droit Civil* (dir. Ghéstin, J.), LGDJ, París, 1982, págs. 640-641.

³⁹⁵CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., pág. 35, CHAUMETTE, P.: «Commentaire de la loi du 31 décembre 1991 relative aux obligations de l'employeur et du salarié en matière de sécurité au travail», op.cit., pág. 346.

lúcida clasificación de PALOMEQUE, articulada en base al binomio obligación general-obligaciones específicas, apuntada *supra*, y desgranar sinópticamente (por cuanto analizaremos cada una de ellas en el Capítulo II de la Tesis) las obligaciones específicas de resultado y las de medios, en función de cuál es el contenido de la conducta prestacional presente en cada una de ellas.

Así, son obligaciones de medios, que el empresario debe prestar con la diligencia necesaria en aras a “garantizar la protección eficaz” del interés primario del acreedor-trabajador, como objeto de la obligación, las siguientes: coordinación de actividades empresariales (24 LPRL); evaluación de riesgos o planificación de la actividad preventiva en la empresa (arts. 16, 23.1.a y 23.1.c LPRL); organización de la prevención y constitución de servicios de prevención (30-32 LPRL); intervención colectiva de los trabajadores en la realización de la prevención de riesgos laborales o “colectivización de la prevención” (34.1, 18.2, 18.1, 40.1, 33.1, 34-37, 38-39 LPRL); y algunos de los principios generales orientadores de la acción preventiva (15.1.b, 15.1.c, 15.e, 15.1.g, 15.1.h, 15.1.i LPRL).

Por el contrario, son obligaciones de resultado, que sólo se cumplen cuando el deudor garantiza el interés primario del acreedor-trabajador: la actuación en situaciones de emergencia (20 LPRL) y de riesgo grave e inminente (21 LPRL); vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo (22 y 23.1.d)³⁹⁶;

³⁹⁶Porque, como ha señalado CABANILLAS SÁNCHEZ, las prestaciones médicas “que operen como medio para conseguir un diagnóstico correcto (v.gr., reconocimientos médicos), son obligaciones de resultado”. Cfr. *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., pág. 71.

formación de los trabajadores (19 LPRL)³⁹⁷; protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (25 LPRL); protección de la maternidad (26 LPRL); protección de los menores (27 LPRL); protección de los trabajadores temporales y los contratados por empresas de trabajo temporal (28 LPRL); facilitación de equipos y medios de protección individual (17, 23.1.b)³⁹⁸; y algunos principios generales orientadores de la acción preventiva (15.1.a, 15.1.d, 15.1.f LPRL)³⁹⁹.

³⁹⁷El carácter de obligación de resultado de la formación ha sido subrayado por FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: «Formación en materia de prevención de riesgos profesionales», en AA.VV.: *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, op.cit., pág. 300.

³⁹⁸Su inclusión como obligaciones de resultado, responde a dos parámetros: por un lado, al propio tenor normativo, complementado por la jurisprudencia en relación al deber de vigilancia del empresario, que abarca incluso al poder disciplinario como método para controlar el uso efectivo de los medios y equipos facilitados (MONTROYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 88; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores», op.cit., pág. 118); por otro, al tratarse de una obligación de dar, automáticamente cabe catalogarla, según la doctrina civilista, como obligación de resultado (CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, op.cit., págs. 48-49; BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, op.cit., pág. 188).

³⁹⁹A ello cabe añadir que la obligación genérica del empresario se concreta en obligaciones específicas no sólo de hacer, sino también de dar (equipos de protección individual ex art. 17.2 LPRL) y de no hacer (v.gr., no exigir a los trabajadores que reanuden su actividad en supuestos de riesgo grave e inminente, ex art. 21.1.b LPRL; no emplear a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en aquellos puestos de trabajo en los puedan ponerse en situación de peligro, ex art. 25.1 LPRL; o la imposibilidad de utilizar con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador los datos que resulten de la vigilancia de la salud, ex art. 22.4 LPRL) para garantizar la seguridad e higiene en el trabajo. Ahora bien, la protección eficaz que constituye el objeto de la obligación es una obligación de hacer, y como tal, funcional o teleológicamente de resultado.

2.1.1.2.4.- Tecnología practicable y coste económico de la inversión en prevención: ¿límites de la obligación general y de las obligaciones específicas de seguridad?.

La gestión empresarial de los recursos disponibles, siempre condicionada por las variables económicas y los avatares del proceso productivo⁴⁰⁰, debe afrontar con solvencia los retos que el nuevo marco de la LPRL le plantea en punto a garantizar, en el marco de la «seguridad integrada» a diseñar en todas las fases del proceso, la seguridad y salud de los trabajadores. El modelo de gestión empresarial de recursos debe inspirarse, en consecuencia, en dos factores que, adecuadamente conjugados, brindan unas ciertas garantías en la realización de ese sistema de seguridad integrada. Por un lado, en un nivel organizacional que dinamice la actualización de los sistemas de prevención diseñados en función de las variaciones y/o necesidades, estructurales y coyunturales, de los diversas fases del proceso productivo. Por otro, en una toma de decisiones que afronte los problemas con firmeza, fomentando la transmisión de toda la información disponible sobre los riesgos existentes a los trabajadores y sus representantes y catalogando adecuadamente los nuevos riesgos como premisa para su adecuada neutralización⁴⁰¹.

⁴⁰⁰POOLE, M.: *Relaciones Industriales. Modelos y orígenes de la diversidad nacional*, MTSS, Madrid, 1993, págs. 81-82.

⁴⁰¹FRICK, K.: «Can management control health and safety at work?», *Economic and Industrial Democracy*, vol. 11, 1990, págs. 382-383; JAMES, P., «Reforming British Health and Safety Law: a framework for discussion», pág. 84.

A raíz de la necesidad de listar un repertorio completo y de combatir eficazmente los riesgos existentes en el lugar de trabajo, actualizándolos y revisándolos a través de la evaluación de riesgos (art. 15.1.b LPRL) como principio crucial para la previsibilidad y evitabilidad de los mismos (art. 15.1.a LPRL), sobre el empresario se cierne una dialéctica en ocasiones estructural, en ocasiones coyuntural, pero siempre latente con toda intensidad. Esa dialéctica atañe, en ambos casos, a la modulación y atemperación del adecuado cumplimiento del contenido de la obligación de seguridad, que vendrá, las más de las veces, condicionada por dos parámetros que barnizan externamente dicho cumplimiento: tecnología practicable y coste de la inversión a practicar, encauzadas a través de la planificación de la prevención (art. 15.1.g LPRL), para remozar-actualizar-mejorar los sistemas preventivos existentes⁴⁰², en punto a combatir los riesgos en su origen (art. 15.1.c LPRL).

Desde un plano sociológico, resulta innegable que el planteamiento empresarial siempre tiene por trasfondo la óptica de la relación coste de la inversión-beneficio obtenido con dicha inversión, de forma que la opción preventiva en seleccionar una u otra tecnología preventiva siempre tiene, con independencia del grado o estándar de diligente cumplimiento jurídicamente establecido (y exigido) en el Ordenamiento de referencia (variado, como veremos, según nos enmarquemos en el área anglosajona o en los Estados europeos continentales), el acicate de la rentabilidad (esto es, el nivel de seguridad eficaz y rentable es aquél que, en términos

⁴⁰²BALANDI, G.G.: «Il contenuto dell'obbligo di sicurezza», op.cit., pág. 84.

de beneficio económico, no supone un coste que haga decrecer sustancialmente el nivel de beneficio, y, en términos humanos, garantiza un sistema de prevención eficaz⁴⁰³; aunque cuestión bien distinta es que el Ordenamiento le dé o no cobertura jurídica a ese baremo económico implícitamente subyacente al cumplimiento de la obligación de seguridad, ya general, ya específica-s).

De esa suerte, la seguridad e higiene en el trabajo se canaliza a través de sistemas preventivos, en línea de principio, relativos (porque no pueden garantizar *a priori* la seguridad absoluta⁴⁰⁴), mejorables (por la propia dinamicidad de la obligación general de seguridad, que exige, por su carácter abierto, la continua actualización y mejora de los sistemas preventivos) y conflictuales (dado que el propio concepto de seguridad participada plantea la óptima articulación, tecnológica y económica, de la controversia entre el interés económico empresarial y su contrapunto, el interés de los trabajadores a la máxima seguridad tecnológicamente factible⁴⁰⁵).

⁴⁰³CASTILLO, J.J.-PRIETO, C.: *Condiciones de trabajo. Un enfoque renovador de la sociología del trabajo*, op.cit., pág. 75; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: «La protección de la seguridad e higiene en el trabajo», op.cit., pág. 86; MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 22.

⁴⁰⁴GREENBERG, L.: «Aplicación de la legislación sobre seguridad del trabajo», op.cit., pág. 490; EBERLIE, R.F., «The New Health and Safety Legislation of the European Community», *TILJ*, volume 19, number 2, june 1990, pág. 95; BALANDI, G.G.: «Il contenuto dell'obbligo di sicurezza», op.cit., pág. 87; CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: «La determinación del contenido del deber de seguridad del empresario: el sistema norteamericano de estándares», en AA.VV.: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, op.cit., págs. 689 y 691.

⁴⁰⁵LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, op.cit., pág. 28.

La dispar incidencia en los sistemas jurídicos de prevención de los riesgos profesionales de los parámetros tecnología practicable-coste de la inversión en sistemas preventivos, ha generado una cruenta segmentación entre los estándares (o parámetros objetivos de medición del cumplimiento eficaz de la prevención del riesgo) requeridos en el área anglosajona, por un lado, y en el área continental europea, por otro. Segmentación que tiene, como se verá, en los condicionamientos económicos su nudo gordiano diferencial.

Así, en el Ordenamiento anglosajón, el criterio empleado, defendido “a capa y espada” por el Gobierno británico durante la fase de elaboración del contenido de la DM, en propuesta que no prosperó⁴⁰⁶, es el de lo razonablemente (*so far as is reasonably practicable*⁴⁰⁷),

⁴⁰⁶SALERNO, A.: *Diritto Comunitario della sicurezza del lavoro*, Cedam, Padova, 1990, págs. 240-242; VOGEL, L.: *Prevention at the workplace. An initial review of how the 1989 Community framework Directive is being implemented*, European Trade Union Technical Bureau for Health and Safety, BTS-TUTB-TGB, 1994, págs. 260-262. En síntesis, el problema se planteó en relación al contenido de la DM en los siguientes términos: A.- Para el *Department of Employment* no existen razones para modificar la HSWA, dado que los *general duties* de ésta receptionan suficientemente los contenidos de las normas comunitarias, y también los de la DM; B.- El excesivo detalle, en cuanto a técnicas de prevención de riesgos y a concreción de tipos de riesgo, de la DM no acoge, con todo, determinadas obligaciones recogidas específicamente en la HSWA, por lo que no es precisa su implementación; C.- Mientras el criterio modulador “so far as is reasonably practicable” recae sobre el empresario, que debe escoger u optar por las medidas preventivas a utilizar, el dinero y los medios para alcanzar un adecuado nivel de seguridad, *a fin de eludir su responsabilidad probando la razonabilidad practicable de los mismos*, “la DM sólo contempla como causa de exclusión de la responsabilidad la fuerza mayor”, concepto que permite a los tribunales de otros sistemas diversos al anglosajón una completa “flexibilidad” interpretativa en la aplicación de las normas, caso totalmente contrario al inglés, en el que los tribunales, si se implementara la DM, deberían aplicar la estricta letra legal; D.- Como la Directiva sólo recaba la convergencia armonizadora de objetivos, no hay razón alguna para modificar el sistema de estándares británico, porque ello no beneficiaría ni a empresarios ni a trabajadores. Cfr. EBERLIE, R.F.: «The New Health and Safety Legislation of the European Community», op.cit., págs. 94-96.

⁴⁰⁷ Aunque es cierto que no todos los deberes empresariales en materia preventiva están sujetos en el Reino Unido al lábil parámetro de “reasonably practicable”, porque junto a él, como criterio general, coexisten puntualmente bien parámetros más exigentes (v.gr., la

contenido en la sección 2-1 de la *HSWA* de 1974, como parámetro medidor del cumplimiento de la obligación general de seguridad, a su vez integrada por cinco obligaciones específicas⁴⁰⁸. Este criterio incorpora un marcado componente económico (la relación coste-beneficio, que para el empresario supone un condicionante --y un paraguas de las consecuencias derivadas del incumplimiento-- directo para la adopción y mantenimiento de sistemas preventivos⁴⁰⁹) que es extraño, como estándar de cumplimiento de la obligación de seguridad, en otros Ordenamientos. Resultando, por lo demás, que es una realidad en el Reino Unido, harto discutible pero de generalizado reconocimiento, aun con ciertas reticencias, por la doctrina, que el componente económico en que se escuda el estándar de lo “razonablemente practicable” genera un cúmulo de comportamientos en las empresas (desde la perspectiva de la competitividad, la eficiencia económica y la descentralización

sección 14^a de la *Factories Act* de 1961 impone una obligación en términos absolutos al señalar que “every dangerous part of machinery shall be securely fenced”, dotándole el término *shall* de esa imperatividad y desbancando plenamente así a los criterios económicos del cumplimiento correcto de esa obligación), bien parámetros diversos (v.gr., “so far as is practicable” o “best practicable means to avoid hazards”, estándares que, sin configurar la obligación como absoluta, introducen un *parámetro más exigente* porque la *mejor tecnología disponible tendrá que utilizarse, en punto a la prevención de los riesgos, al margen de sus condicionantes económicos*). Cfr. BALDWIN, R.: «Chapter seven: the United Kingdom», en AA.VV.: *Harmonization and Hazard*, op.cit., pág. 214.

⁴⁰⁸Cfr. BALDWIN, R.: «Chapter seven: the United Kingdom», en AA.VV.: *Harmonization and Hazard*, op.cit., págs. 206 y 210; WOOLF, A.D., «Robens Report-The Wrong Approach?» TILJ, vol. 2, nº 2-1973, pág. 90.

⁴⁰⁹JAMES, P.: «Reforming British Health and Safety Law: A Framework for Discussion», op.cit., pág. 86; VOGEL, L.: *Prevention at the workplace. An initial review of how the 1989 Community framework Directive is being implemented*, op.cit., pág. 262; SELWYN, N.: *Law of health and safety at work*, Butterworths, London, 1982, págs. 20-21. Denuncian la fuerte presión de “los empleadores para hacer admitir el modelo de cálculo coste-beneficio como un elemento esencial de legitimación de las políticas de prevención”, VELÁZQUEZ, S.: «La salud laboral...», op.cit., pág. 31, y VOGEL, L.: «La evaluación de

productiva), que revierten en una desvirtuación de la inversión en seguridad bajo la cobertura, especialmente, del análisis de costes-beneficios, de forma que se achaca turbadoramente a esa inversión un baremo de costes que socava la obtención de beneficios a partir de un determinado nivel casuísticamente fijado empresa por empresa⁴¹⁰, factores anudados que no permiten fomentar, más bien lo contrario, la apología del referido estándar.

A mayor abundamiento, el planteamiento subyacente al criterio de “lo razonablemente posible”, refractario de suyo hacia la inversión incondicionada en seguridad, suele camuflarse bajo la capa de tres teorías estadístico-economicistas (*self-interest*⁴¹¹, *risky bussines*⁴¹² y, especialmente, *cost-benefit*⁴¹³), a las que coadyuva una cuarta teoría,

los riesgos en los centros de trabajo y la participación de los trabajadores», CRL nº 7-1995, pág. 25.

⁴¹⁰MOORE, R.: *The price of safety: the market, workers' rights and the law*, op.cit., págs. 5, 9 y 17.

⁴¹¹El modelo del “self-interest” sostiene que las empresas siguen voluntariamente las estrategias preventivas bajo la presión del mercado y del constriñente marco legal de responsabilidades y sanciones; pero ello sólo es parcialmente cierto, “dada la elevada siniestralidad existente, la falta de preocupación empresarial por la seguridad siempre y cuando no se manche su nombre comercial”, y el alivio que supone el “sistema de aseguramiento de la responsabilidad empresarial, sobre todo frente a la reclamación civil de daños del trabajador accidentado”, factores que desvirtúan la certeza de esa visión teórica. Cfr. MOORE, R.: *The price of safety: the market, workers' rights and the law*, op.cit., págs. 9-10.

⁴¹²La teoría del “risky business” parte de la base de que la prevención es una mera cuestión técnica de la que se encargan unas *empresas asesoras externas* que, científica y empíricamente, informan y asesoran a la empresa sobre los riesgos potenciales de la actividad desarrollada; mas su actuación es criticable, porque muchas de esas empresas asesoras *camuflan la realidad de los riesgos en el trabajo* y no toman en consideración la “asimétrica diferencia entre los riesgos y las cargas de responsabilidad que soportan los trabajadores frente al poder de dirección empresarial”, de modo que *la identificación de los riesgos se reduce a meras estadísticas externas de probabilidad de aparición*, que no tienen en cuenta ni consultan a quien a diario convive con los riesgos. Cfr. MOORE, R.: *The price of safety: the market, worker's rights and the law*, op.cit., págs. 10-12.

denominada *structural-funcionalist*, que postula la estrecha relación entre la estructura interna de la organización empresarial y del proceso productivo con la estabilidad y viabilidad económica de la empresa, por un lado, y la influencia de los factores contextuales del mercado como severo límite y condicionante de las decisiones empresariales, por otro⁴¹⁴. Ahora bien, como con acierto se ha constatado doctrinalmente, la mejora y el “progreso en el cumplimiento de los estándares de seguridad y salud en el trabajo” no inciden sustancialmente en la pérdida de posición y viabilidad financiera de la organización empresarial, por lo que el tema de la seguridad y salud laboral se reduce, en términos no necesariamente económicos, a una cuestión de “tecnología utilizada, control de la siniestralidad y adecuada estructura organizativa de la empresa”⁴¹⁵.

En otros Ordenamientos del área europea, los parámetros de medición del alcance y contenido de la obligación general de seguridad son diversos al utilizado en el marco anglosajón. Así, en el Ordenamiento

⁴¹³La teoría analítica de coste-beneficio, se basa en diversos criterios de cómputo de costes (horas perdidas, gastos médicos, pérdidas en la producción, daños a la maquinaria, etc.) que conducen a priorizar la eficiencia productiva y a relegar a un segundo plano las estrategias preventivas en función de su coste. De esta forma, “los costes por muerte y siniestralidad lesiva son resultado de la cascada de riesgos que envuelven a los trabajadores”, mientras los empresarios tienden a cobijarse bajo la coartada o alibi de que “han aplicado el parámetro legal de lo razonablemente practicable, como consecuencia de la compleja valoración de la inversión en seguridad basada en el análisis coste-beneficio” (cfr. MOORE, R.: *The price of safety: the market, worker's rights and the law*, op.cit., págs. 12-13). El parámetro de “lo razonablemente posible”, con sus implicaciones en términos coste-beneficio sobre los estándares dictados por el *Secretary of Labor* en desarrollo de la *Occupational Health and Safety Act*, también es el utilizado en Estados Unidos (cfr. CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: «La determinación del contenido del deber de seguridad del empresario: el sistema norteamericano de estándares», págs. 682 y 688-689).

⁴¹⁴JAMES, P.: *Health and safety: a case of economic necessity?*, Faculty of Business Studies and Management, Working Paper number 6, 1983, Middlesex Polytechnic, págs. 1-2.

⁴¹⁵JAMES, P.: *Health and safety: a case of economic necessity?*, op.cit., págs. 18 y 21.

italiano se combinan, de modo dialéctico, dos principios⁴¹⁶: el de la máxima seguridad tecnológicamente factible (*massima sicurezza tecnologicamente fattibile*, criterio teleológico ex art. 2087 Cc italiano, pilastra del sistema preventivo, que atiende prioritariamente a la tecnología practicada y es el criterio auspiciado por la mayoría de la doctrina⁴¹⁷) y el de la máxima seguridad razonablemente practicable (criterio introducido en la *contrattazione collettiva*⁴¹⁸, que atiende, en la formulación del juicio de posibilidad, a la conjugación de los parámetros tecnológico y económico, siendo un criterio, con todo, duramente criticado por la doctrina⁴¹⁹).

Por su parte, en el Ordenamiento francés la obligación de seguridad bascula sobre el principio de seguridad integrada, razón por la cual la doctrina francesa se ha mostrado renuente a los dictados de aquellas normas de la OIT y de la Comunidad Europea que siguen, como veremos,

⁴¹⁶ BALANDI, G.G.: «Il contenuto dell'obbligo di sicurezza», op.cit., págs. 84 y 90.

⁴¹⁷D'ANTONA M.: «Mercato unico europeo de aree regionali debile: le conseguenze giuridiche», LD, 1992, pág. 59; ROCCELLA, M.-TREU, T.: *Diritto de lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 1995, págs. 292-293; GALANTINO, L.: «Il contenuto dell'obbligo di sicurezza», en AA.VV.: *La sicurezza del lavoro. Commento ai Decreti Legislativi 19 settembre 1994, n. 626 e 19 marzo 1996, n. 242*, Giuffrè, Milano, 1996, pág. 4; LAI, M.-LEBRA, A.: «La massima sicurezza tecnológicamente fattibile», *Diritto e Pratica del Lavoro* n° 24-1990, págs. 1531 y 1534; TAMPIERI, A.: «L'applicabilità del DLGS n° 626/1994 alle pubbliche amministrazioni», en AA.VV.: *La sicurezza del lavoro...*, op.cit., pág. 156; LEACI, E.-CAPUTO, L.: «La nuova organizzazione per la sicurezza del lavoro nell'ambito delle normative comunitarie», *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro* n° 1-1995, pág. 130; CANEVARI, F.M.: «Profili civilistici dell'obbligo di sicurezza nella giurisprudenza», IDL n° 6-1992, pág. 505.

⁴¹⁸RENGA, S.: «La sicurezza del lavoro nelle prospettive nazionali e comunitarie», LD n° 2-1991, págs. 246 y 263.

⁴¹⁹DE SIMONE, G.: «Chapter four: Italy», en AA.VV.: *Harmonization and Hazard...*, op.cit., págs. 101-102.

la terminología anglosajona de lo “razonablemente practicable”⁴²⁰, por entender que dicho parámetro obstruye el modelo francés configurador del empresario como garante de seguridad⁴²¹, que prescribe un sistema mayor de protección basado en principios generales y que es antagónico con la categoría de “riesgo consentido” que, a través de la razonabilidad y la factibilidad, “reconoce para el trabajador una zona de peligro dominada por los valores atinentes a la producción”⁴²².

Finalmente, en el Ordenamiento alemán, el estándar comúnmente empleado para medir el contenido de la obligación empresarial es el “estado de la técnica” (*state of the art, stand der technic*), si bien recibe plurales denominaciones (“estándares técnicos generalmente aceptados”, “conocimientos específicos de la técnica”, “lo técnicamente apto, adecuado y necesario”, entre otros), siendo un parámetro, lógicamente, de carácter dinámico y continuamente remozable⁴²³, al que un sector de la doctrina ha declarado como un *posterius* subsiguiente a un criterio previo

⁴²⁰SEILLAN, H.: «Sécurité du travail et ordre public», op.cit., pág. 372.

⁴²¹Como se ha subrayado, en Francia no existe un estándar equivalente al británico del “so far as reasonably practicable”, siendo la imposibilidad de cumplimiento por *force majeure* el parámetro exonerador de la responsabilidad empresarial comúnmente utilizado por la jurisprudencia. Cfr. CHAUMETTE, P.: «Chapter two: France», en AA.VV.: *Harmonization and Hazard...*, op.cit., págs. 29 y 34-36.

⁴²²FRANCO, M.: «Adeguamento al Diritto Comunitario in materia di sicurezza degli ambienti di lavoro de evoluzione dell forme di tutela e di responsabilità negli ordinamenti giuridici nazionali», QDLRI n° 14-1993, págs. 213-214 y 217.

⁴²³WANK, R.: «Chapter three: Germany», en AA.VV.: *Harmonization and Hazard...*, op.cit., págs. 55-56. En la doctrina alemana, se ha señalado que los niveles de protección en Alemania son superiores, por regla general, a los estándares comunitarios (cfr. SIMITIS, S.-KORNER DAMMANN, M.: «L'influenza della disciplina sul diritto del lavoro tedesco», QDLRI n° 10-1991, pág. 159).

un tanto más etéreo y lábil, si cabe: la protección de los riesgos “en la medida que lo permita la naturaleza de la empresa”⁴²⁴.

¿*Quid iuris* en el Ordenamiento español?. Sencillamente, el criterio doctrinal ha venido pivotando sobre el parámetro de la posibilidad como criterio que delimita “bien que de forma imprecisa, los límites de la obligación”⁴²⁵. En menor medida, se ha aludido a la razonabilidad como criterio complementario⁴²⁶ al de la posibilidad. Ahora bien, el criterio de la posibilidad no implica, necesariamente y por sí sólo, una protección eficaz de la vida, integridad y salud del trabajador, porque una medida posible puede generar un riesgo diverso al que se pretende evitar, perdiendo de esta forma su eficacia y efectividad⁴²⁷.

Este último aserto, no hace sino confirmar que el empresario, en el cumplimiento de su deuda de seguridad, debe tomar en consideración los riesgos adicionales que pueden implicar las medidas adoptadas (art. 15.4

⁴²⁴DAÜBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, págs. 572 y 578. De todas formas, ello debe entenderse en el sentido de que “la total eliminación del riesgo en el trabajo es imposible”, porque no pueden exigirse “medidas de seguridad tecnológicamente inadaptables o que no muestren una relación económicamente racional entre costes y efectos” positivos de las mismas (cfr. WANK, R.: «Chapter three: Germany», op.cit., pág. 59).

⁴²⁵FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Derecho de seguridad e higiene en el trabajo*, op.cit., pág. 161; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Seguridad e higiene», op.cit., págs. 79-81; MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 82.

⁴²⁶“La razonabilidad y la posibilidad como límites del deber de prevención del empresario en una materia de tan imprecisos contornos legales” es un “elemento definidor fundamental”. Cfr. FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «El Anteproyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales», op.cit., pág. 15.

⁴²⁷GONZÁLEZ LABRADA, M.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», AL nº 7-1996, pág. 178.

LPRL), de modo que las mismas sólo podrán activarse cuando el riesgo de la medida implementada sea inferior al riesgo que se pretende evitar, estableciéndose de esta forma un principio de ponderación en la aplicación eficaz de las medidas preventivas, también denominado “principio de prevención sustitutoria” o “principio de sustitución de prevenciones”⁴²⁸. Ese principio de sustitución de prevenciones, junto al “principio de reducción del tiempo de exposición al peligro en lo posible” (reducción cuantitativa de la exposición al riesgo inevitable, tanto del número de personas expuestas, cuanto del tiempo de exposición⁴²⁹) se integra en el más genérico principio posibilista laboral o de reducción en lo posible de los riesgos del trabajo⁴³⁰.

El parámetro de la posibilidad como estándar de conducta del empresario en punto a la valoración del cumplimiento de su deuda de seguridad, ya opere como factibilidad (técnica), ya como razonabilidad (económica), hunde sus raíces en normas de la OIT⁴³¹ y de la Comunidad Europea⁴³². No menos cierto es que en nuestro Ordenamiento se ha

⁴²⁸LLUIS y NAVAS, J.: «La posible inseguridad de los medios de seguridad», RTL n° 64-1995, pág. 219.

⁴²⁹*Ibidem*, op.cit., pág. 220.

⁴³⁰*Ibidem*, op.cit., pág. 234.

⁴³¹Sin ánimo exhaustivo, v.gr. Convenio OIT n° 148-1977, de 20 de junio (ratificado por Instrumento de 24 de noviembre de 1980, BOE 30.12), sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), art. 9 (“en la medida de lo posible”); Convenio OIT n° 155-1981, de 22 de junio, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (ratificado por Instrumento de 26.7.1985, BOE 11.11), arts. 16.1 y 16.2 (“en la medida en que sea razonable y factible”).

⁴³²Dicho parámetro se recaba originariamente en el art. 3.1 (“razonablemente factible”) de la Directiva Marco 80/1107 CEE, 27 noviembre, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos

recogido también en normas reglamentarias reguladoras de fuentes de riesgo específicas⁴³³, sentando así obligaciones en términos relativos o indeterminados, mas hay que convenir en que, sin pretender “heroismos o elevados estándares de protección, tales como cancelar {totalmente} el riesgo ambiental”⁴³⁴, la concepción anglosajona de la razonabilidad como parámetro economicista no tiene cabida alguna en nuestro Derecho, porque encierra una dialéctica conflictual entre costes y beneficios que no sólo ofrece la “motivación preventiva” más tenue de todos los parámetros existentes⁴³⁵, sino que además está proscrita en nuestro ordenamiento,

durante el trabajo (DOCE 3.12.1980). Se recoge también en los arts. 8.4 Directiva 82/605, de 28 de julio, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con una exposición al plomo metálico y a sus compuesto iónicos durante el trabajo (DOCE 23.8.1982), y 11.1 Directiva 83/477, de 19 de septiembre, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo (DOCE 24.9.1983).

⁴³³Cfr., v.gr., Orden Ministerial 31.10.1984 (BOE 7.11), por la que se aprueba el Reglamento sobre trabajos con riesgo de amianto, art. 5.1 (“técnicamente sea posible”); Orden Ministerial 9.4.1986 (BOE 6.5), aprobatoria del Reglamento para la prevención de riesgos y protección de la salud por la presencia del cloruro de vinilo monómero en el ambiente de trabajo, art. 5.1 (“valores más bajos posibles”); Orden Ministerial 9.4.1986, por la que se publica el Reglamento para la prevención y protección de la salud de los trabajadores por la presencia de plomo metálico y sus componentes iónicos (BOE 24.4), art. 5.1 (“razonablemente posible”); RD 1316/1989, de 27 de octubre, sobre medidas de protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de su exposición al ruido (BOE 2.11), arts. 2.1 y 7.1.3º (“técnica y razonablemente posible”).

⁴³⁴MONTUSCHI, L.: «La sicurezza nei luoghi di lavoro ovvero l'arte del possibile», op.cit., pág. 414. Ello entronca con la utopía (plausible, pero pura teoría) del “riesgo cero”, como objetivo teleológico a alcanzar, en el marco de la cultura preventiva, por los sujetos en ella implicados. Cultura preventiva que, en cualquier caso, debe tender a arrinconar “los sentimientos fatalistas” y profundizar “en la prevención y la anticipación, teniendo presentes los principios de prevención en cualquier decisión, comenzando por las fases mismas de concepción, diseño y proyecto, tanto de equipos y productos como de procesos, puestos de trabajo, organización y métodos de trabajo” (cfr. PIMENTEL, M.: «Desarrollo de una política nacional de seguridad y salud en el trabajo como aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», Prevención de Riesgos Laborales-PRL. Revista de salud, seguridad y trabajo, UGT-Fundación Largo Caballero, nº 1-1996, pág. 6).

⁴³⁵El estándar de lo razonablemente posible es el menos exigente, “porque permite atemperar las obligaciones del empresario a la luz de los costes económicos de las medidas de

tanto con anterioridad a la LPRL⁴³⁶ cuanto, con mayor virulencia, tras la entrada en escena de la LPRL (norma en la que “se ha desterrado expresamente toda referencia a criterios de razonabilidad”⁴³⁷), como ya habían discernido con lucidez algunos grupos parlamentarios, mentores de la supresión (o de la modificación terminológica, cuando menos, de “razonable” por “posible”) del término “razonable”, inicialmente recogido en el art. 15 del Proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁴³⁸.

seguridad”. Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «El empresario como deudor de seguridad en la directiva 89/391...», op.cit., pág. 36.

⁴³⁶APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar...», op.cit., págs. 728-729.

⁴³⁷GONZÁLEZ LABRADA, M.: «La Ley de Prevención de Riesgos Laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», op.cit., pág. 181.

⁴³⁸El tenor del art. 15.4 *in fine* del Proyecto LPRL rezaba “alternativas razonables más seguras” (BOCG serie A, nº 99-1, 12.1.1995, pág. 10). *proponiendo el Grupo federal IU-IC. mediante enmienda nº 106*, la supresión del término “razonable”, justificándola en que “la idea de razonabilidad como estándar de comportamiento del empresario” es “extraña en nuestro Derecho”, e implica “el nivel más bajo y de menor compulsividad en la determinación de la obligación empresarial”, al dar entrada a consideraciones tales como “los costes de los medios técnicos”, de forma que “induce a realizar un contrapeso entre los inconvenientes que apareja la prevención del riesgo con la probabilidad del siniestro”, contrapeso que “remite a un balance coste-beneficio”, proponiendo, empero, su sustitución por la de “alternativa posible más segura” --BOCG serie A, nº 99-5, 17.3.1995, págs. 100-101; en iguales términos, proponiendo la sustitución de “razonable” por “posible”, enmienda nº 33 del Grupo vasco, y enmienda nº 182 del Grupo popular, ambas en el mismo texto parlamentario recién citado, págs. 76 y 127, respectivamente; nuevamente propuso la inclusión de “posible” el Grupo vasco en el Senado, BOCG-SE, nº 83-b, serie II, 12.9.1995, enmienda nº 64, pág. 54--, alternativa que no prosperó, porque el texto propuesto por la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso ya rezaba “alternativas más seguras” ---BOCG serie A, nº 99-10, 2.6.1995, pág. 154--, y también en el aprobado por el pleno del Congreso --BOCG serie A, nº 99-12, 20.6.1995, pág. 186--, siguiendo así el “ajuste técnico” de supresión del término “razonable” propuesto por el Grupo socialista --BOCG serie A, nº 99-5, 17.3.1995, enmienda nº 73, pág. 90--, versión que, tras los trámites oportunos en el Senado --Informe de la Ponencia, BOCG-SE, serie II, 18.9.1995, pág. 93; Dictamen de la Comisión, BOCG-SE serie II, 25.9.1995, nº 83-d, pág. 125; Texto aprobado por el Senado, BOCG-SE, serie II, 3.10.1995, nº 83-e, pág. 159-- devino definitiva.

Sentado lo anterior, y excluida la validez del parámetro de la razonabilidad en nuestro Ordenamiento, por estar los condicionamientos económicos remarcadamente proscritos en el plano de la legalidad⁴³⁹ y de la constitucionalidad (ex art. 15 CE)⁴⁴⁰ y, sobre todo, en el plano del propio Derecho comunitario tras la DM⁴⁴¹, es el principio del mayor nivel de protección eficaz del trabajador (y de interdicción implícita de una interpretación peyorativa del entramado preventivo, ex art. 16.2 LPRL) el que supone, a su vez, la aplicación del principio de norma más favorable a modo de instrumento hermenéutico que permite soslayar los inconvenientes que presentan las obligaciones específicas que puedan aludir al detractable criterio de la razonabilidad⁴⁴², primando la obligación general siempre que tenga un parámetro de mayor exigencia tutelar⁴⁴³.

⁴³⁹En este sentido, la LPRL es muy clara al señalar en su art. 14.5 (trasunto del art. 6.5 DM) que “el coste de las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo no deberá recaer de modo alguno sobre los trabajadores”.

⁴⁴⁰APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar...», op.cit., pág. 729; GONZÁLEZ LABRADA, M.: «La Ley de prevención de riesgos laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», op.cit., pág. 181.

⁴⁴¹Ha señalado PÉREZ DE LOS COBOS que, con la DM, “se supera definitivamente el estándar de lo razonablemente practicable o posible, y se exige el de la máxima seguridad tecnológicamente factible”. Cfr.: «El empresario como deudor de seguridad en la Directiva 89/391 y en el anteproyecto de Ley de prevención de riesgos laborales», op.cit., pág. 36.

⁴⁴²Si bien hay que convenir en que resulta sumamente complicado “aseverar qué significa un “mayor nivel de protección”, porque muchos aspectos preventivos no pueden valorarse en términos estrictamente cuantitativos, y muchas normas comunitarias que aluden a lo razonablemente practicable establecen un nivel de protección sujeto a interpretaciones variables” (cfr. *Promoting health & safety in the european community. Essential information for trade unions*, BTS-TUTB-TGB, European Trade Union Technical Bureau for Health and Safety, Bruxelles, 1991, pág. 74), razón por la que la operatividad del principio de norma más favorable ha de ser *sumamente cautelosa y casuística*, a fin de eludir peligros como acompañar a una determinada medida preventiva adoptada en base al principio de la máxima seguridad razonablemente practicable “una compensación de tipo económico para los trabajadores”, monetizando de ese modo la prevención (GONZÁLEZ LABRADA, M.: «La ley de prevención de

La admisión del principio del mayor nivel de protección eficaz del trabajador, supone, en primer lugar, que el componente económico no sea un condicionante que exonere, en nuestro sistema jurídico, del adecuado cumplimiento de la obligación de seguridad al empresario⁴⁴⁴. En segundo lugar, que el estado o la “evolución de la técnica” (art. 15.1.e LPRL) se configure como un criterio decisivo en la conformación de la obligación general de seguridad, pero siempre que se entienda en el sentido dinámico de que el empresario-deudor debe prestar una protección eficaz que no queda subordinada a la mera posibilidad técnica fijada en la normativa reglamentaria (actualizable, ex art. 6.2 LPRL, “de acuerdo con la experiencia de su aplicación y el progreso de la técnica”), porque ésta puede quedar obsoleta y su contenido, petrificado, de forma que el cumplimiento de la deuda debe corresponderse con el estado real y actual, en tiempo, lugar y espacio, de la técnica⁴⁴⁵. En tercer y último lugar, que la tecnología o estado de la técnica disponible no es el único vector de medición de la conducta prestacional diligente del empresario-deudor, sino que deben concurrir otras circunstancias diseminadas a lo largo de la LPRL, como la adecuada evaluación de riesgos y su actualización

riesgos laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», op.cit., pág. 181).

⁴⁴³Vide APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar...», op.cit., págs. 729-730.

⁴⁴⁴STSJ Cantabria, Sala de lo Social, 13.5.1991 (AS 3257); STS --Sala de lo Penal-- 18.1.1995 (Ar. 136).

⁴⁴⁵De modo que, a la hora de evaluar los riesgos, de determinar su evitabilidad y de adoptar las medidas necesarias para reducir sus efectos, la evolución o estado de la técnica preventiva “marca la frontera hasta donde debe llegar el esfuerzo y el deber empresarial” de protección. Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., pág. 114.

preventiva acompañada a las variaciones en las condiciones de trabajo, el control periódico de la influencia de los factores ambientales en el trabajo, la investigación empresarial de las causas de insuficiencia preventiva cuando existan indicios de tal situación, la adopción, en su caso, de medidas de emergencia, entre otras cuestiones. Y todo ello por mor del carácter variable, mutable y dinámico de la obligación general de seguridad, que exige “la adopción de cuantas medidas sean necesarias” para “garantizar la seguridad de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo”.

Una vez se ha visto la exclusión del criterio de la razonabilidad, y las matizaciones sobre el criterio doctrinal de la posibilidad técnica (al que he denominado como principio del mayor nivel de protección eficaz del trabajador) hay que convenir en que dos son las opciones terminológicas, a mi modo de ver sustancialmente idénticas en su alcance (la única diferencia estriba en que una se formuló, brillantemente, con anterioridad a la LPRL, y la otra, con posterioridad), que pueden ofrecerse desde el estrado doctrinal para definir el alcance del diligente cumplimiento de la obligación de seguridad por parte del empresario.

La primera de ellas, es el principio de la máxima seguridad tecnológicamente posible y practicable, esto es, aplicar el mejor medio posible y disponible de acuerdo con los avances y conocimientos de la técnica en un momento concreto para prevenir un determinado riesgo, previsible, conocido y repertoriado⁴⁴⁶.

La segunda, es el principio de protección cuasi-objetiva, reflejo del papel de garante del empresario respecto a la vida, integridad y salud de sus trabajadores, como criterio orientador de la actividad preventiva y cuyo único condicionante o fisura (de ahí que me refiera a que es cuasi-objetiva) es la admisibilidad, ex art. 15.4 LPRL, de un cierto grado de riesgo tolerado o consentido, cuando no aparezcan alternativas más seguras (parámetro que se obtendrá previa evaluación de los riesgos que, aun conocidos, no se puedan evitar, art. 15.1.b LPRL) y siempre que la magnitud del riesgo adicional sea inferior al riesgo que se quiere controlar. En otras palabras, debe existir una “ganancia neta de seguridad”, como contundentemente se ha expresado⁴⁴⁷, de forma que

⁴⁴⁶APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar...», op.cit., págs. 724 y 728; APARICIO TOVAR, J.: «Chapter six: Spain», op.cit., pág. 180. Una hipótesis para encauzar el repertorio de riesgos conocidos y dispensarle la prevención adecuada, ha sido propuesta por CARRERO DOMÍNGUEZ, autora que señala que “la determinación de promedios óptimos o nivel máximo adecuado de protección del trabajador para cada uno de los riesgos que le afectan”, constituiría “el nivel máximo posible de seguridad a tenor de las condiciones que rodeen las relaciones de trabajo”, ganándose con ello en seguridad jurídica para los empresarios, y en conocimiento de lo que puede exigir el trabajador. No obstante, el defecto de esa construcción (por lo demás, sumamente interesante), reconocido implícitamente por la propia autora, es que con ello se entra en el terreno del “análisis de coste-beneficio”, al sentar un suelo mínimo homogéneo por sectores que “puede producir un efecto reductor” en los estándares. A mi modo de ver, con la hipótesis comentada se corre el riesgo de desincentivar a los empresarios en punto a dinamizar el contenido de la deuda de seguridad, yendo más allá del molde de los “promedios óptimos” y garantizando una protección eficaz dinámica que vaya allende del plano estático de los promedios (aunque puedan éstos actualizarse periódicamente). De este modo, a mi juicio, la fijación de promedios óptimos no garantiza una protección eficaz en todos los aspectos cotidianos de la prestación de trabajo, que por su propia dinamicidad y mutabilidad es un tanto refractaria hacia el estaticismo normativo. Véase CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: «La determinación del contenido del deber de seguridad del empresario...», op.cit., págs. 680-681.

⁴⁴⁷GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., págs. 116-117; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., págs. 152-154.

debe tenderse, v.gr., a la sustitución de “lo peligroso” por “lo que entrañe poco o ningún peligro”, ex art. 15.1.f LPRL, aplicando a dicho efecto el que hemos denominado como principio de ponderación en la aplicación eficaz de las medidas preventivas.

En definitiva, y como con todo acierto estilístico se ha escrito, se trata, por encima de consideraciones terminológicas y, en todo caso, arrumbando hipótesis o condicionamientos económicos execrables en su propia esencia, de hacer “cuanto sea humanamente posible para hacer que el ambiente de trabajo no resulte nocivo o peligroso para los trabajadores”⁴⁴⁸, sin que esa garantía de una eficaz protección para los trabajadores encuentre más límite ontológico que el plasmado en el brocardo latino *ad impossibilia nemo tenetur*⁴⁴⁹. Limitación la de la técnica preventiva que, en todo caso, entra en el terreno de la exoneración de responsabilidad del empresario (a quien corresponde probar dicha imposibilidad), mas no delimita íntegramente el predio del cumplimiento eficaz de la deuda de seguridad, que reviste un carácter mucho más amplio: la planificación de la seguridad integrada, como método de articulación de la prevención “que tenga en cuenta la técnica” (como uno de los factores cruciales de esa planificación), pero también, ex art. 15.1.g LPRL, que proyecte-programe “la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo”⁴⁵⁰, de forma que se dé cumplida satisfacción,

⁴⁴⁸ PERA, G.: *Compendio di Diritto del Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1996, 3ª ed., pág. 173.

⁴⁴⁹ MONTROYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, pág. 71. Brocardo que indica con todo acierto que “el Derecho se detiene ante las puertas de lo imposible” (NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*, op.cit., pág. 144).

atendiendo a las situaciones y circunstancias particulares concurrentes⁴⁵¹, al trabajador en su derecho a la protección eficaz de su vida, integridad y salud⁴⁵².

2.1.2.- La naturaleza jurídica de la seguridad e higiene en el trabajo (y de la deuda de seguridad): una necesaria reflexión sobre el desacertado rumbo de los términos del debate.

Puede afirmarse, sin temor a error, que una de las controversias más peculiarmente sobredimensionadas en la doctrina científica, con un tono incluso mítico --dicho sea sin ánimo alguno de desdoro-- es, a no dudar, el debate en torno a la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene en el trabajo. Debate que, si se me exige anticipadamente una opinión clara, a mi parecer ha deambulado peregrinamente (y sigue deambulando aún en épocas recientes) tras la estela de un craso error de focalización.

Por acérrima que pueda parecer la anterior afirmación aisladamente considerada, debo subrayar mi absoluto convencimiento de que la polémica

⁴⁵⁰GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., pág. 114.

⁴⁵¹STS --Sala de lo Penal-- 9.4.1990 (Ar. 3216); STSJ Andalucía 11.10.1993 (AS 4423) y 15.10.1993 (AS 4586); STSJ Madrid 7.7.1993 (AS 3672).

⁴⁵²De ahí que se haya sostenido que “la eficacia en la protección del derecho del trabajador y el principio general de adaptación (arts. 36.5 TRLET y 15.1.d LPRL)” son “criterios objetivos que modulan el cumplimiento del deber {del empresario} y las exigencias del derecho {del trabajador}”, a la par que “conceptos mucho más expansivos que el de posibilidad”. Cfr. GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo...*, op.cit., pág. 246 y nota a pie n° 54.

suscitada adolece, desde su propia base, de un doble orden causal de errores, que voy a examinar separadamente con todo detalle y extensión:

A.- El primero de tales errores estriba, a mi entender, en haber hipertrofiado y maximizado una construcción doctrinal de cuño preconstitucional, que bifurcaba la naturaleza de la seguridad e higiene en un doble perfil: como obligación contractual jurídico-privada, de un lado, y, por otro, como deber legal jurídico-público, cuya “paternidad” se atribuye, quizás sin pleno rigor, a FERNÁNDEZ MARCOS⁴⁵³. Y digo que no es excesivamente rigurosa esa atribución al referido autor de la originalidad de ese planteamiento dual, por cuanto ya había sido esgrimido tanto en la doctrina foránea⁴⁵⁴, cuanto, en menor medida cuantitativa, en la nuestra (si bien en esta última, probablemente sin tanta claridad y rotundidad en la forma expositiva, pero sí en la argumentación de fondo⁴⁵⁵). Cuestión distinta, sin

⁴⁵³FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, op.cit., págs. 60 y 266-269.

⁴⁵⁴En la doctrina italiana, LEGA, C.: *Introduzione al Diritto Prevenzionistico*, op.cit., págs. 120, 125-126 y 132-134; RIVA SANSEVERINO, L.: *Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova, 1971, pág. 301; SMURAGLIA, C.: *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 12 y 83; MARINO, G.: «Art. 9: Tutela della salute e dell'integrità fisica», en AA.VV. (dir. UBALDO PROSPERETTI): *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1975, págs. 246-247. En la doctrina alemana, también subrayaron la dual consideración (deber u obligación contractual privada/deber jurídico-público) de la seguridad e higiene en el trabajo, HUECK, A.-NIPPERDEY, H.C.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963 (traducción de RODRÍGUEZ-PIÑERO y DE LA VILLA GIL), págs. 163 y 223-229.

⁴⁵⁵En concreto, creemos que LLUIS y NAVAS ya había subrayado esa naturaleza dual al escribir lo siguiente: la seguridad e higiene en el trabajo “no es sólo una contraprestación que en el ámbito del contrato de trabajo debe proporcionar el empresario al trabajador, sino que también, más allá de una obligación contractual, el empresario tiene la facultad sancionadora por ministerio de la ley”, y, en cita al profesor Alonso García que no concreta (porque no cita fuente alguna de localización, aunque imagino que debe referirse a alguna de las ediciones, anteriores a 1969, del *Curso de Derecho del Trabajo* del citado autor) dice con rotundidad de las normas de seguridad e

duda, es que se trata del autor que más veces ha hecho “de su capa un sayo” a la hora de postular con reiteración su posicionamiento dual (obligación jurídico-privada y deber jurídico-público), dedicando multitud de páginas a perfilarlo, y mutando con el paso de los años el peso específico de su argumentación, dado que con anterioridad al primigenio Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/80, de 10 de marzo) ha dado preponderancia al componente jurídico-público⁴⁵⁶, para, con posterioridad, bascular sobre el componente jurídico-privado el papel principal y basilar de su construcción⁴⁵⁷.

Sucede que esa embrionaria visión ecléctica o mixta de la seguridad e higiene en el trabajo, que se alinea, por lo demás, con la perenne coexistencia de facetas jurídico-públicas y jurídico-privadas que componen la propia urdimbre del tejido social ordenado y regulado por el Derecho del Trabajo⁴⁵⁸,

higiene que “su naturaleza es a la vez pública y privada” (cfr. *La responsabilidad laboral, penal y civil por falta de adopción de medidas de prevención de accidentes de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1969, págs. 14 y 19). Por otro lado, también MONTROYA había resaltado, si bien en relación al deber de protección y seguridad del empresario respecto a sus trabajadores, el carácter dual de la ordenación de la materia (“obligación-deber contractual” del empresario frente al trabajador, y “deber jurídico-público del empresario frente al Estado”), en «Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo», en AA.VV.: *Homenaje al profesor Giménez Fernández*, volumen II, Sevilla, Facultad de Derecho, 1967, págs. 588 y 592.

⁴⁵⁶FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, op.cit., pág. 60.

⁴⁵⁷FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Derecho de seguridad e higiene en el trabajo*, op.cit., pág. 55; «Seguridad e higiene», en *Comentarios a las Leyes Laborales*, op.cit., pág. 41.

⁴⁵⁸Ya antaño puso de relieve el maestro BAYÓN CHACÓN la dual naturaleza jurídica del propio Derecho del Trabajo, en «Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo», RT n° 23-1941 (págs. 254-ss) y n° 24-1941 (págs. 408-ss). Subordenamiento del Derecho del Trabajo en el que, como rasgo genérico secular y parafraseando a Otto VON GIERKE, “los límites entre el Derecho público y el privado (...) son inseguros” (cfr. *Las raíces del contrato de servicios*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 49), dado que la unidad dogmática del

ha tenido amplísimo (y un tanto desmedido) eco posterior, con remozados y renovados fundamentos al compás de la evolución legislativa y jurisprudencial, entre la doctrina científica⁴⁵⁹, razón de más para atender al contenido de dichos planteamientos.

Derecho, desde el plano constitucional, no permite desgajar como “las dos mitades de una manzana” los engranajes del Derecho del Trabajo, “fuertemente ensamblados de componentes jurídico-públicos y jurídico-privados” (cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 158). En definitiva, como con toda claridad se ha escrito, el Derecho del Trabajo “se sitúa en las antípodas de una radical separación entre Derecho Público y Derecho Privado”, porque, siendo su naturaleza “mixta”, tiene “un espíritu y dos almas” al convivir en su seno una dimensión privada (“la tutela de la persona del trabajador”) y una dimensión pública (“la interrelación entre del Derecho del Trabajo y la realidad económica general”). Cfr. ROJO TORRECILLA, E.: *Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo*, Institut d’Estudis Laborals, Document de Treball nº 9607, octubre de 1996, págs. 21-22.

⁴⁵⁹El propio FERNÁNDEZ MARCOS, expresando las rentas de su pensamiento original y con cierta iteración argumental levemente modificada al compás de la evolución de otros planteamientos doctrinales, ha perseverado en sus argumentos iniciales (v.gr., vide «Condiciones de trabajo y condiciones de seguridad e higiene en el trabajo. Dos acepciones de un mismo término», AL nº 20-1988, pág. 1128; «Seguridad e Higiene», en AA.VV.: *Comentarios a la leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1985, tomo V, págs. 41-47; *Derecho de seguridad e higiene en el trabajo*, op.cit., págs. 53-56; «La autonomía del derecho de seguridad e higiene», AL nº 39-1995, pág. 688). Asimismo, esa concepción dual (mayoritaria) ha sido recabada por una pléyade de autores, como SERRANO CARVAJAL, J.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, FDUCM, Madrid, 1980, pág. 87; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «Health and safety at work in the European Economic Community and the impact on Spain», TIJCLLIR vol. 6, 1990, issue 3, pág. 162; DETTORI, S.E.: «Il diritto alla sicurezza tra diritto alla salute e diritto all’ambiente salubre», DdL, 1983, págs. 273-274; GÓMEZ CABALLERO, P.: «Concurrencia procedimental y recargo de prestaciones económicas del artículo 93 de la Ley General de la Seguridad Social», en *VIII Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 1991, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pág. 260; LÓPEZ LÓPEZ, J.: «Derecho a la salud y ambiente de trabajo», en AA.VV.: *Derecho y medio ambiente*, Centro de Estudios de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente (CEOTMA), Serie Monografías, nº 4, MOPU, Madrid, 1981, pág. 493; CANEVARI, F.M.: «Profili civilistici dell’obbligo di sicurezza nella giurisprudenza», IDL nº 6-1992, nov-dic., año LXVI, pág. 497; GARCÍA VALVERDE, M.D.: «Seguridad e higiene en el trabajo: peculiaridades en la relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares», en AA.VV.: *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, op.cit., págs. 764-766; MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. La modernidad de una institución tradicional*, op.cit., pág. 25; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1995, 16ª de., págs. 396 y 399; ARROYO ZAPATERO, L.: *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, op.cit., pág. 53; MORENO VIDA, M.N.: «La seguridad y salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales...», op.cit., págs. 555-560; RUIZ

B.- El segundo de los yerros detectados en el tópico y arquetípico debate sobre la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene en el trabajo, que cabe detractar desde estas páginas, atañe al olvido de la difuminación, bajo la égida constitucional, de los límites entre el Derecho Público y el Derecho Privado, máxime si tenemos en cuenta que aun cuando el Derecho del Trabajo, desde hace ya largo tiempo, ha discurrido siempre entre los cauces de ambos segmentos del Ordenamiento, desde 1978 reluce, en su estructura de subsistema normativo, la impronta constitucional que informa todas las ramas de aquél⁴⁶⁰.

Resultando aseveración indubitada que la Constitución es el punto de partida de todo el Derecho, tanto del público como del privado⁴⁶¹, y que nos hallamos inmersos, doctrinal y jurisprudencialmente, en un proceso reflexivo de recomposición constitucional de la relación de trabajo asalariado, en una “reevaluación paulatina de la estructura laboral a la luz de los parámetros

DE LA CUESTA CASCAJARES, R.: «La responsabilidad civil derivada...», op.cit., pág. 333; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J.: «De la seguridad e higiene en el trabajo a la seguridad y salud laboral: fundamentos tradicionales y principios inspiradores de la nueva regulación», TS nº 70-1996, págs. 30-31; MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 78; BERNAL HERRER, J.: *Formación general de seguridad e higiene del trabajo. Aspectos teóricos, prácticos y legales de la salud laboral*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 59; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de sus trabajadores», op.cit., págs. 110-112.

⁴⁶⁰Y es que, como con todo acierto se ha señalado, “el Derecho del Trabajo ha sido probablemente una de las piedras de toque más importantes y significativas de la crisis de la tradicional división del Derecho objetivo entre *ius publicum* y *ius privatum*”. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo...*, op.cit., pág. 153; en parecidos términos, MOLINA NAVARRETE, C.: «Otra vez a vueltas con el problema...», op.cit., págs. 808 y 816-817. Esa difuminación no hace sino corroborar que “el Ordenamiento es unitario, sin divisiones claras, ni rígidas, ni fijas” (ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, 5ª ed., pág. 16).

⁴⁶¹PÉREZ ROYO, J.: «El Derecho Constitucional en la formación del jurista», op.cit., pág. 57.

constitucionales⁴⁶², es un auténtico despropósito que la doctrina, ceñida sobremanera en la tipología de mecanismos tutelares (públicos o privados) como premisa para calificar la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene⁴⁶³, haya permanecido anclada en un posicionamiento más que discutible.

A mi modo de ver, la tutela diseñada por el legislador no predetermina la naturaleza jurídica de la institución sometida a análisis⁴⁶⁴, dado que la seguridad e higiene en el trabajo, como se verá, es preexistente a la instrumentación normativa infraconstitucional de dicha tutela. Por eso, es hasta cierto punto criticable que la doctrina haya sido reacia a superar, salvo alguna meritoria y reseñable excepción⁴⁶⁵, los dogales que el dato jurídico-

⁴⁶²REY GUANTER, S.: *Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en AA.VV.: *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991...*, op.cit., pág. 32.

⁴⁶³Así, MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud*, op.cit., pág. 244: "si el derecho del trabajador a la seguridad y salud en el trabajo tuviera una pura dimensión contractual y no tuviera al tiempo una dimensión jurídico-pública, carecería de sentido que el Ordenamiento estableciera, como establece, un doble sistema punitivo público (penal y administrativo) para sancionar su violación (que es al tiempo violación de normas jurídicas)". Parecidas argumentaciones en MONTOYA MELGAR, A.- GALIANA MORENO, J.-SEMPERE NAVARRO, A.V.-RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, op.cit., pág. 91; y en FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «El marco jurídico de la prevención. Obligaciones y responsabilidades. Sujetos...», op.cit., págs. 72-73.

⁴⁶⁴Por eso es importantísimo destacar el brillante argumento de GONZÁLEZ ORTEGA, quien, discrepando de la inercial tendencia a dualizar la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene, manifestó sus dudas al respecto, apuntando que "la afirmación de esa doble naturaleza constituye una proyección excesiva sobre el ámbito de la calificación jurídica de lo que no es sino una manifestación, tan típica por otra parte, de la intervención pública en las relaciones laborales, sobre todo en el plano individual", aserto incidental que, con el tiempo, se ha convertido en el punto de partida de un plausible intento de «revisitación» del debate, sobre el que trataremos en breve. Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Derecho a la salud y control de los trabajadores», RL tomo I-1990, pág. 241.

⁴⁶⁵Con anterioridad a la LPRL, las consideraciones incidentales, remarcando el carácter exclusivamente contractual de la seguridad e higiene en el trabajo, de GONZÁLEZ

positivo (y la tradicional dialéctica obligación contractual/deber jurídico-público) ha impuesto a la construcción dogmática, lo que ha conducido a un curioso juego de monólogos encontrados que, a la par, han originado un debate en gran medida de resultado estéril⁴⁶⁶. Por ende, en ocasiones ese debate ha girado sobre prismas en realidad no coincidentes, amén de que algunas recurrentes alusiones al tema se han convertido en auténticas reiteraciones argumentales meramente mecánicas, y lo que es aún más preocupante, no siempre fidedignas a la versión original de la que pretendidamente traen razón⁴⁶⁷.

ORTEGA, S.: «Derecho a la salud y control de los trabajadores», op.cit., págs. 241-242, y APARICIO TOVAR, J.: «Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo», op.cit. pág. 718, cuando menos, *brindaron una respuesta alternativa al acomodado criterio dual*. Una interesante revisión crítica del debate, tras la LPRL, aun cuando el hilo expositivo resulta algo confuso en su redacción y un tanto plúmbeo por iterativo en su contenido, ha sido planteada por GONZÁLEZ LABRADA, M.: «La Ley de prevención de riesgos laborales y la obligación contractual de seguridad e higiene: significado y contenido», AL nº 7-1996, págs. 175-177, y, más extensamente, en *Seguridad y salud en el trabajo...*, op.cit., págs. 223-247. Resulta, asimismo, sumamente interesante la reciente (y mucho más clara) argumentación contenida en SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., págs. 36-41.

⁴⁶⁶Como estéril, en cuanto a sus resultados y repercusiones prácticas, ha sido igualmente la polémica en torno a la naturaleza, pública o privada, del Derecho del Trabajo. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo...*, op.cit., pág. 153.

⁴⁶⁷En el tema de la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene en el trabajo se ha generado, con lamentable frecuencia y sin ánimo de entrar en polémicas particularizadas, una problemática similar, a mi juicio, a la denunciada por NIETO GARCÍA en relación a la "erudición inútil" que, en el seno del Derecho administrativo sancionador, reproduce meramente "lo que han dicho los demás", pero no en base a versiones originales sino a partir de resúmenes de ideas de "segunda o tercera mano" recogidas por otros autores distintos a los originales, amén de la "mala inteligencia" que en ocasiones se detecta al contrastar el resumen utilizado y el original presuntamente extractado. Cfr. *Derecho Administrativo Sancionador*, op.cit., págs. 19-20.

En definitiva, la doctrina ha seguido, mayoritariamente, bajo el influjo de una pesada inercia, incapaz de proceder a una más rigurosa y creativa reconstrucción dogmática del debate, evidenciando una escasa disposición para repensarse críticamente a sí misma, dejando de lado reiterativas tendencias y fórmulas rituales, trasplantadas de modo puramente traslaticio, irreflexivo y típico, y dando un paso cualitativo, firme y decidido, en punto a la que, a mi modo de ver, es la auténtica naturaleza jurídica de la seguridad e higiene en el trabajo: jurídico-constitucional (aseveración que, como se razonará, no constituye ninguna perogrullada), pues la Constitución es la clave de bóveda de la que parten los instrumentos jurídico-públicos y jurídico-privados correspondientes, que constituyen el armazón jurídico bajo el que anida el bien jurídico tutelado (la vida, integridad y salud del trabajador), punto nodal de cuya razón traen causa unos y otros.

No obstante, para alcanzar el objetivo descrito, será preciso convenir previamente en el paulatino proceso de relativización de la diatriba Derecho Público-Derecho Privado (bipartición más propia de la concepción liberal del Estado capitalista finisecular, y su ensalzamiento del individualismo capitalista y del abstencionismo del Estado⁴⁶⁸, que del moderno sistema de Estado Social y Democrático de Derecho⁴⁶⁹ en que se asienta el capitalismo maduro, en el que se entrelazan con naturalidad “los intereses de la sociedad

⁴⁶⁸CERRONI, U.: *La libertad de los modernos*, Martínez Roca, Barcelona, 1972, pág. 83.

⁴⁶⁹Porque hay que recordar que, en el análisis jurídico, “el Estado Social de Derecho es una realidad de la que hay que partir”. Cfr. FORSTHOFF, E.: «Concepto y esencia del Estado Social de Derecho», en ABENDROTH, W.- FORSTHOFF, E.-DOEHRING, K.: *El Estado Social*, CEC, Madrid, 1986, pág. 71.

política y los de la sociedad civil⁴⁷⁰, esto es, los intereses públicos y privados), menester que pasa por asumir que esa distinción “no es estrictamente técnico-jurídica, basada en el Derecho mismo, sino primordialmente de orden político-jurídico”, careciendo de fundamento alguno en el Derecho positivo⁴⁷¹.

Al tiempo, habrá que convenir en que la técnica normativa en materia de seguridad e higiene, instrumentalizadora de una obligación de seguridad contractual (delimitadora del correlato débito o deuda empresarial de seguridad-derecho subjetivo del trabajador a una protección eficaz) impregnada de deberes jurídicos-legales que la modalizan sobremanera desfigurando en gran medida su «morfología natural» (pues tal aserto, con certeza y de lege data, es perfectamente correcto en términos jurídicos⁴⁷²), no es un fin en sí misma ni define por sí sola la calificación de la naturaleza jurídica de una institución, dado que una cosa es el objetivo a alcanzar (preservación de un bien jurídico: el derecho fundamental a la vida, integridad y salud ex art. 15 CE), y otra bien distinta son los medios necesarios y/o escogidos para conseguir tal fin (instrumentos jurídico-

⁴⁷⁰MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 159.

⁴⁷¹MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, op.cit., págs. 155 y 158, citando a KELSEN y a ROSS.

⁴⁷²Esa modalización jurídico-pública de la obligación contractual comporta la “alteración de su natural morfología” guiada por el “propósito de eficacia preventiva”, como, por ejemplo, sucede con la imputación al empresario “de las conductas negligentes del trabajador (15.3 LPRL)” o “de los incumplimientos correspondientes a aquellas entidades especializadas cuya colaboración debe concertar el empresario” (14.4 y 30-32 LPRL). Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 40.

públicos y jurídico-privados de tutela diseñados, con mayor o menor suerte de acierto, por el legislador)⁴⁷³.

A partir de la premisa precedente, una vez se han puesto de relieve los dos errores que han marcado, a mi parecer, el debate sobre la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene, voy a tratar de reconstruir sus términos. Para ello, expondré, en primer término, los posicionamientos doctrinales, anteriores y posteriores a la LPRL, existentes sobre esta cuestión, señalando los puntos críticos de cada planteamiento (epígrafes 2.1.2.1 y 2.1.2.2). Una vez llevada a cabo dicha tarea, pasaré a exponer los parámetros en que debe cimentarse, a mi modo de ver, la reformulación de la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene, y el papel que, en el marco de dicho análisis, corresponde asumir a la deuda de seguridad (epígrafe 2.1.2.3). Tarea toda ella encaminada en aras a plantear una hipótesis resolutive del debate planteado.

⁴⁷³Dado que, como se ha señalado, la “técnica normativa no es un fin en sí misma”, sino “instrumental respecto a las opciones de política jurídica” a alcanzar. Cfr. MONEREO PÉREZ, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 29.

2.1.2.1.- Consideraciones en derredor a las diversas posiciones sobre la naturaleza jurídica de la seguridad e higiene en el trabajo y la deuda de seguridad.

No por sobradamente conocido resulta inane recordar que, durante mucho tiempo, ha reinado, entre nuestra doctrina y sin apenas discusión, el pareado tradicional que atribuía a la seguridad e higiene en el trabajo una doble naturaleza: deber jurídico-público, por un lado, y obligación contractual, por otro.

El pretendido fundamento jurídico-público de la seguridad e higiene en el trabajo se fundamentaba originariamente, según la perspectiva referida de FERNÁNDEZ MARCOS, en la conjunción de dos coordenadas. Por un lado, en la invocación de la recurrente presencia de normas heterónomas de derecho público en su configuración⁴⁷⁴, cuya justificación radica en que es el Estado el destinatario-garante de concretar el contenido y velar por el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, “en su vertiente de interés público tutelable”⁴⁷⁵, dado que la seguridad e higiene en el trabajo es “un

⁴⁷⁴Como gráficamente señalara SERRANO CARVAJAL, “la actividad legislativa en materia de seguridad e higiene ha sido una de las fuentes más espectaculares en cuanto al nacimiento de normas intervencionistas en el marco jurídico-laboral” (cfr. «El deber de protección del empresario», en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, op.cit., pág. 96).

⁴⁷⁵Esta concepción también deriva de la doctrina italiana, que negaba la existencia de derecho subjetivo alguno a la seguridad del trabajador, ex art. 2087 CC italiano, en beneficio de su calificación como “mero interés legítimo”, concretable en un mero derecho de *ius resistendae* voluntario para el trabajador (basado en la *exceptio inadimpleti contractus*) no tutelable judicialmente (cfr. D'EUDEMIA, G.: *Diritto del Lavoro*, Jovene, Napoli, 1949, pág. 259; ZANOBINI, G.: «Interessi legittimi nel diritto privato», en *Studi in memoria di F. Ferrara*, T. II, Milano, 1943, págs. 702-ss). Critica fundadamente esta concepción DETTORI, S.E.: «Il diritto alla sicurezza tra diritto alla salute e diritto all'ambiente salubre», DdL, 1983, págs. 271-272, remarcando la existencia, ex art. 2087 CC, de un auténtico

bien jurídico protegido de alto interés comunitario⁴⁷⁶ y de "gran importancia" para la comunidad ciudadana por razones "sociales, económicas y jurídicas", que aconsejan que el Estado no deje "en manos de los particulares, empresarios y trabajadores" la "política de prevención"⁴⁷⁷. Por otro, aludiendo al hecho de que, dado el interés público en juego, resulta lógica la "imposición al empresario de rigurosas obligaciones {legales} en materia de seguridad e higiene"⁴⁷⁸, a las que se anuda "incluso" la tutela penal, "porque la vida, salud y bienestar de los trabajadores subordinados es esencial para el propio Estado"⁴⁷⁹. Y la cláusula de cierre, más reciente en las

derecho subjetivo del trabajador a la seguridad y salud en el trabajo. En torno al debate en la doctrina italiana sobre el art. 2087 CC y su atribución al trabajador de derecho subjetivo, y no de interés legítimo, vide MONTUSCHI, L.: *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, op.cit., págs. 49-83; ZOLI, C.: *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, págs. 40-ss; LEGA, C.: *Introduzione al Diritto Prevenzionistico*, op.cit., págs. 47-48.

⁴⁷⁶Interés comunitario recogido, según Fernández Marcos, como "principio constitucional informador de la legislación social" en la "Declaración II del Fuero del Trabajo de 1938" (cfr. *La seguridad e higiene como obligación contractual y como deber público*, op.cit., págs. 56-57). En algún trabajo posterior, dirá FERNÁNDEZ MARCOS que "la regulación jurídico-pública de la seguridad e higiene", como "bien jurídico del más alto interés comunitario", tiene su fundamento "en que el interés que se trata de proteger tiene para el Estado una altísima significación respecto de la que no puede permanecer indiferente", interés que no es otro que la "preservación de la salud física, intelectual y moral de los trabajadores", que es "asumido por el Estado como propio". Cfr. «Seguridad e higiene», en AA.VV.: *Comentarios a la las leyes laborales*, op.cit., pág. 44; *Derecho de seguridad e higiene*, op.cit., pág. 55.

⁴⁷⁷FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, op.cit., págs. 56-58.

⁴⁷⁸FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, op.cit., pág. 88.

⁴⁷⁹Cfr. «Seguridad e higiene», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales*, op.cit., pág. 44; *Derecho de seguridad e higiene*, op.cit., pág. 55. Por cierto que ya desde antaño existía la tradicional conjunción, en nuestro Ordenamiento, de una "pluralidad de responsabilidades por infracción de la obligación de seguridad empresarial", tanto "patrimoniales" o jurídico-privadas, como "administrativo-policiales y penales" o jurídico-públicas (cfr. PÉREZ BOTIJA, E.-PALANCAR, M.: «El principio de seguridad en el Derecho del Trabajo (especial consideración en materia de prevención de accidentes)», *Revista de Derecho del Trabajo*, Madrid, nº 16-1956, pág. 75).

opiniones del citado autor, de ese componente jurídico-público es su inclusión o incorporación al contrato “como suelo de las obligaciones contractuales y como límite de su posible contenido”⁴⁸⁰, configurándose, de esta forma, como un “deber privado contractual de observancia de las normas públicas de seguridad e higiene”⁴⁸¹.

Más recientemente, el estandarte jurídico-público caracterizador de la seguridad e higiene en el trabajo, se ha enarbolado por la doctrina en base a dispares y no siempre coincidentes argumentaciones. Incluso se ha propugnado recientemente una visión iuspublicista plena y “dura” de la materia, orillando o, cuando menos, dejando un papel marginal o residual a la perspectiva iusprivatista.

En un esfuerzo de síntesis, cabe señalar que en la doctrina italiana, acérrimo postulador hasta sus últimas consecuencias de la visión exclusivamente iuspublicista de la seguridad e higiene en el trabajo, negándole por ello todo componente o carátula contractual, ha sido ANASTASI. Este autor ha defendido el carácter de “deber jurídico-público de la seguridad e higiene frente al Estado”, afirmando que sobre éste pesa el deber de “tutela de un interés jurídico-público: la integridad psico-física del

⁴⁸⁰FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Seguridad e higiene», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales*, op.cit., pág. 47; *Derecho de seguridad e higiene*, op.cit., pág. 56. Criterio ya señalado con anterioridad por HUECK, A.-NIPPERDEY, H.C.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, cit, pág. 225.

⁴⁸¹FERNÁNDEZ MARCOS, L.: «Seguridad e higiene», en AA.VV.: *Comentarios a las leyes laborales*, op.cit., pág. 47; *Derecho de seguridad e higiene*, op.cit., pág. 56. Criterio que habían apuntado HUECK, A.-NIPPERDEY, H.C.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág. 226.

trabajador", no revistiendo dicho deber el paralelo carácter contractual carácter de "deuda de seguridad" porque, por un lado, la situación "jurídico-subjetiva pasiva del empresario se configura fuera del sinalagma de la relación laboral" y, por otro, al tratarse de un deber público "concurren normas y sanciones de naturaleza pública" en orden a la tutela de un bien (la "salud individual y colectiva") de relevancia "pública y general". De este modo, para ANASTASI el Estado debe intervenir en la materia al ser el objeto de tutela no sólo la actividad laboral de los trabajadores, sino también la de "todas las personas" que, aun no desarrollando actividad laboral, "puedan acceder al medio ambiente de trabajo" existente en la fábrica⁴⁸².

De esta guisa, resulta que el referido autor confiere, a mi entender, naturaleza exclusivamente iuspublicista a la seguridad e higiene desde una triple argumentación:

A.- Que el deber de seguridad pesa sobre el Estado en orden a tutelar un bien jurídico colectivo, del que disfruta no sólo el trabajador sino el conjunto de la ciudadanía⁴⁸³.

⁴⁸²Cfr. ANASTASI, A.: *Lavoro subordinato e tutela antifortunistica. Premesse ad uno studio*, op.cit., págs. 121-123. Expresión la de "medio ambiente de trabajo", que con acoge reiteradamente el Convenio nº 155-1981 OIT, de 22 de junio (v.gr., arts. 5, 6, 7, 9,14).

⁴⁸³En parecidos términos, recalcando que las normas de seguridad e higiene no sólo tienden a organizar racionalmente la producción empresarial en base al principio de la seguridad integrada en interés de los trabajadores, sino también en interés de la colectividad ciudadana, LARGER, D.-MILOCH, F.: «Technique pénale et politique de prévention des accidents du travail: quelques thèmes de réflexion», DS nº 7-8/1984, pág. 498; LOY, G.: «Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute», QDLRI nº 14-1993, págs. 14-16; CANEVARI, F.M.: «Profili civilistici dell'obbligo...», op.cit., págs. 497-500. Y es que, como se ha subrayado en la doctrina italiana, el reconocimiento de la salud en el trabajo se bifurca en un "derecho fundamental del individuo y un interés de la colectividad"

B.- Que sobre el empresario no pesa deuda contractual de seguridad alguna, dado que dicha situación jurídica nace fuera del sinalagma contractual.

C.- Que la presencia de sanciones jurídico-públicas es, de suyo, factor autosuficiente para reivindicar la naturaleza jurídico-pública del deber de seguridad⁴⁸⁴.

De modo un tanto más *light* en la forma, pero con una rotundidad diáfana en orden a la potenciación de fondo del elemento iuspublicista, en nuestra doctrina y especialmente al compás de la DM y de la LPRL, varios autores han apuntado el robustecimiento, nominal y efectivo, del elemento jurídico-público en la configuración de la seguridad e higiene en el trabajo. Esa «revisitación al alza» del elemento iuspublicista, en detrimento y reduccionismo paralelo del elemento iusprivatista, ha sido propugnada desde diversos frentes adverativos.

ciudadana (cfr. SMURAGLIA, C.: «La tutela della salute del lavoratore tra principi costituzionali, norme vigenti e prospettive di riforma», en AA.VV.: *Tutela della salute negli ambiente di lavoro e malattie professionali*, Cedam, Padova, 1989, pág. 7; BALANDI, G.G.: «Il contenuto dell'obbligo di sicurezza», op.cit., pág. 80 GALANTINO, L.: «Il contenuto dell'obbligo di sicurezza», en AA.VV.: *La sicurezza del lavoro. Commento ai Decreti Legislativi 19 settembre 1994, n. 626 e 19 marzo 1996, n. 242*, Giuffrè, Milano, 1996, pág. 1; MAMMONE, G.: *Igiene e sicurezza dell'ambiente di lavoro...*, op.cit., pág. 18).

⁴⁸⁴Consideran que la tutela administrativa y penal concede carácter jurídico-público a la seguridad e higiene, MONTOYA MELGAR, A.-GALIANA MORENO, J.M.-SEMPERE NAVARRO, A.V.-RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, op.cit., pág. 91; MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 244.

Así, SÁNCHEZ CUBEL ha señalado, un tanto toscamente a mi modo de ver, que “los derechos del trabajador y las correlativas obligaciones empresariales {ex LPRL} derivan de una naturaleza pública y origen legal” que permite “romper con la clásica distinción dual mantenida en torno a la naturaleza pública y privada (basada ésta en el contrato de trabajo, arts. 4.2.d y 19 TRLET) de la seguridad e higiene en el trabajo, porque la obligación contractual, con estar presente en este nuevo modelo de relaciones industriales {se refiere al perfeñado por la LPRL} es de tal ínfima importancia y trascendencia que queda como algo residual”, máxime si se tiene en cuenta, según dicha autora, que “si originariamente la seguridad e higiene nace vinculada a la relación laboral, la ampliación subjetiva a trabajadores de regulación funcionarial, en definitiva, el carácter universal de la nueva norma, reflejan un sustancial giro legislativo hacia la deslaboralización de la seguridad y salud en el trabajo”⁴⁸⁵. La tosquedad de dicho argumento deriva de que nada tiene que ver, a mi juicio, la universalización del ámbito de la LPRL con la negación del carácter contractual de la seguridad e higiene en el trabajo, porque lo que define a la relación entre las partes es, precisamente, la conjunción de un deber del empresario y un derecho del trabajador, sea éste asalariado en régimen laboral, estatutario o funcionarial⁴⁸⁶ porque es en la relación de trabajo donde se pone en juego la vida y salud del trabajador, al ser frecuentes las situaciones de peligro y producirse el daño para el trabajador de forma más

⁴⁸⁵SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la nueva Ley...*, op.cit., pág. 40.

⁴⁸⁶MORENO VIDA, M.N.: «La seguridad y salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales...», op.cit., pág. 555.

reiterada⁴⁸⁷. Por otro lado, resulta que la configuración por parte de la LPRL de un deber empresarial de protección correlativo a un derecho del trabajador a dicha protección no hace sino realzar, en el marco de la indiscutible impregnación iuspublicista de dicha norma legal, “el significado contractual de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”, separándose de los esquemas que configuran la obligación empresarial de seguridad “como un conjunto de prescripciones de carácter reglamentario sujeto a una hipertrofia normativa”⁴⁸⁸.

Por tanto, los argumentos invocados por la referida autora no desvirtúan, por sí solos, la dual naturaleza postulada por la doctrina mayoritaria, y ello sin perjuicio, ciertamente, de la vocación formal de universalización que la LPRL ha introducido en el plano de su ámbito subjetivo, que incluye y excluye a colectivos que no necesariamente tienen vínculo de dependencia o subordinación⁴⁸⁹. Ahora bien, esa universalización

⁴⁸⁷Dado que la relación contractual de prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena “constituye el lugar en el que se produce la amenaza” para la vida, integridad y salud del trabajador que el Ordenamiento pretende “desactivar”, siendo el trabajo asalariado la vertiente de la vida de la persona “donde se incrementan los peligros de daño o lesión” (CRUZ VILLALÓN, J.: «La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos profesionales», en AA.VV.: *Jornadas de salud laboral. Aspectos jurídicos...*, op.cit., pág. 114; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: «El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo», op.cit., págs. 37-38; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 39). Y es que, como señalara GAYLER, el deber del empresario “es velar por la seguridad personal de sus trabajadores y no por la seguridad de sus bienes, y cuanto mayores sean las probabilidades de peligro para el trabajador, mayor cuidado debe exigirse al empresario” (cfr. *Derecho Industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, págs. 91-92).

⁴⁸⁸SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 153.

⁴⁸⁹Comoquiera que no constituye objeto directo de nuestro estudio, nos remitimos, para el análisis de la formal universalización del ámbito subjetivo de la LPRL, con una

es más un planteamiento formal o teórico que sustancial o práctico, dado que ni la aplicación de la LPRL es uniforme para todos los colectivos (hay notorias y variadas especialidades), ni ello desvirtúa la palmaria realidad, brillantemente detectada ya por la doctrina, de que “trabajar para otro, sea ente público o privado, con relaciones administrativas o laborales, es la realidad de base sobre la que está montada” la LPRL⁴⁹⁰. De ello se deduce que no sólo la mayor parte del entramado normativo de la LPRL continúa dirigiéndose de forma prioritaria a las relaciones laborales, como prototípico ámbito, sino también que la ampliación y universalización del ámbito subjetivo responde más a una “intención sistematizadora que al propósito de introducir un giro copernicano” en la cuestión⁴⁹¹.

En sintonía con la línea argumental dualista, MORENO VIDA ha subrayado que la seguridad e higiene se configura “como una obligación con un doble carácter, jurídico-público y jurídico-privado”, y defiende la mayor

precisa catalogación de inclusiones y exclusiones (pues en realidad, tal pretendida universalización se ve constreñida materialmente sobremanera por la propia norma referida), a SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., págs. 53-70; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.-PÉREZ BORREGO, G.: «Salud laboral y funcionarios públicos: una ampliación del ámbito de protección», en AA.VV.: *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, op.cit., págs. 39-71; MONTOYA MELGAR, A.-PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., págs. 72-78; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales...*, op.cit., págs. 33-36; GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., págs. 58-64.

⁴⁹⁰Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.-APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995...*, op.cit., pág. 59; SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 54.

⁴⁹¹ SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., pág. 54.

importancia cualitativa y cuantitativa del carácter jurídico-público desde un triple argumento:

A.- El empresario “es deudor no sólo frente al trabajador, sino también frente al Estado”.

B.- El intervencionismo público en la materia, “muy acentuado, no sólo deja muy limitada la autonomía de la voluntad”, sino que a veces “lleva a cabo una regulación exhaustiva” que “no deja margen alguno de intervención a las mismas”.

C.- Finalmente, alude a la amplia, compleja y detallada normativa heterónoma, presente desde los propios inicios del Ordenamiento laboral, y reavivada tanto por la exigencia constitucional (arts. 40.2 y 43.1 CE, que recaban de los poderes públicos una política de “prevención de riesgos y protección preventiva de la salud integral del trabajador”), cuanto por la estandarización comunitaria, que acentúa la vertiente jurídico-pública de la normativa de seguridad y salud laboral “a través de la incorporación a la norma legal de los estándares técnicos, y sus efectos protector (sujetan a los productos industriales a determinados requisitos para que puedan ser utilizados sin riesgos y diseñan las técnicas operativas para que su manipulación sea correcta y no ocasione daños), normalizador y de homologación, y regulador de costes y calidades”⁴⁹².

⁴⁹²MORENO VIDA, M.N.: «La seguridad y salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales...», op.cit., pág. 556-559.

A estos factores, que explicitan ciertamente el marcado tono jurídico-público de la normativa de seguridad e higiene, añade MORENO VIDA que, en los casos de contratas y subcontratas, se “establecen obligaciones de prevención respecto a la seguridad y salud de los trabajadores cuyo origen y dinámica no tiene carácter contractual, no se basan en la previa existencia de un contrato de trabajo que ligue a las partes, sino que se basa en la obligación legal impuesta por el Estado de protección del bien jurídico de la salud integral del trabajador”⁴⁹³. Planteamiento este último que puede conectarse con las argumentaciones de RODRÍGUEZ RAMOS, quien ha remarcado, en referencia a la relación triangular propia de las empresas de trabajo temporal, que si la deuda de seguridad sólo tuviera origen contractual (tal y como se ha postulado desde un sector doctrinal minoritario y sobre el que abundaré en breve), el empresario que materialmente se beneficia de los servicios del trabajador (empresa usuaria) quedaría exonerado de las consecuencias anudadas a los incumplimientos en la materia, cargando el empresario formal (la empresa de trabajo temporal) con todas las responsabilidades que dicha conducta infractora llevara aparejadas⁴⁹⁴.

Para cerrar los fundamentos del planteamiento iuspublicista, hay que apuntar un último posicionamiento doctrinal (sumamente interesante) que sostiene la “prevalencia del elemento jurídico público”, y postula el “carácter epifenoménico, relativo y accesorio de la naturaleza jurídico-privada de la

⁴⁹³ MORENO VIDA, M.N.: «La seguridad y salud en el trabajo: el deber de prevención de riesgos profesionales...», cit, pág. 560.

⁴⁹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva {CEE} sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales», AL n° 12-1992, págs. 198-199; en parecidos términos, SÁNCHEZ CUBEL, D.: *Todo sobre la Ley.*, op.cit., págs. 97-102.

seguridad e higiene en el trabajo” tras la LPRL⁴⁹⁵. En síntesis, los autores que subrayan esta situación basan su criterio en cuatro factores:

A.- La seguridad e higiene en el trabajo es una disciplina “esencialmente pública” por ser su componente principal, la prevención, “completamente independiente de la obligación privada de seguridad”, aseveración que fundamentan en que “sin negar la existencia de la deuda, y precisamente sobre ella, fue posible construir modelos exclusivamente reparacionistas”.

B.- La tutela pública característica del “subordenamiento de la seguridad y salud laboral” da cauce normativo a la pretensión estatal de “conseguir el respeto *in natura* del derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE y aquellos otros que a él están conectados”.

C.- Desde un plano cualitativo (anticipación de las barreras de protección del derecho fundamental ex art. 15 CE) y cuantitativo (vasto cuerpo normativo, muy superior al dirigido a otros derechos fundamentales, en conexión con el principio rector ex art. 40.2 CE), el elemento jurídico-público impregna y modaliza sobremanera el contenido de la deuda de seguridad, concretando y alterando su natural morfología jurídico-privada.

D.- La naturaleza jurídico-privada de la seguridad e higiene es relativa y accesorio, siendo lo realmente relevante la actuación pública, una de cuyas

⁴⁹⁵Cuanto sigue puede extraerse de la lectura de SEMPERE NAVARRO, A.V.-GARCÍA BLASCO, J.-GONZÁLEZ LABRADA, M.-CARDENAL CARRO, M.: *Derecho de la seguridad y salud en el trabajo*, op.cit., págs. 36-41.

manifestaciones es la integración externa del contrato de trabajo, pero cuya intervención no se ciñe a éste, razón por la cual “la seguridad e higiene puede extenderse a colectivos no vinculados por una relación de dependencia”.

Una vez delineados los sustratos doctrinales del carácter jurídico-público de la seguridad e higiene en el trabajo, procede analizar su fundamento jurídico-privado, a cuyo fin seguiremos la sistemática anterior y comentaremos, en primer plano, la construcción original, y, después, sus renovadas visiones doctrinales.

La construcción original que defiende la naturaleza jurídico-privada de la seguridad e higiene, fue dibujada en nuestra doctrina, desde planteamientos distintos, por LLUIS y NAVAS y por FERNÁNDEZ MARCOS. La visión de LLUIS y NAVAS partía de la consideración de que las normas de seguridad e higiene eran “medidas o deberes de policía laboral”, independientes de la contraprestación contractual y preexistentes a ella, que integraban su contenido, de forma que el contenido contractual de la seguridad e higiene “es admisible aclarando que no son obligaciones de autónomo establecimiento en el contrato (aunque se pueden establecer garantías complementarias a las legales en el contrato)”, esto es, “establecido el contrato, le son automáticamente aplicables estas prevenciones legales, preceptivas con miras a la existencia del mismo”⁴⁹⁶. De forma que, según

⁴⁹⁶LLUIS y NAVAS, J.: *La responsabilidad laboral, penal y civil por falta de adopción de medidas de prevención de accidentes de trabajo*, op.cit., págs. 19-20. Esa idea de inserción automática de los deberes legales en materia de seguridad e higiene en la relación contractual ya había sido apuntada, en la doctrina italiana, por LEGA, C.: *Introduzione al Diritto Prevenzionistico*, op.cit., págs. 20 (“el comportamiento prevencionista resulta debido por ley y obligatorio por contrato”) y 117 (“el contrato de trabajo viene integrado automáticamente por disposiciones de la legislación preventiva, con inserción automática en el contrato de obligaciones de naturaleza legal”).

creo, no hacía sino afirmar la dual naturaleza de la seguridad e higiene desde una postura ecléctica, conjugando las teorías contractualistas e incorporacionistas sobre el contrato y la relación de trabajo⁴⁹⁷, de forma que, entrecruzando en el contrato factores contractuales e institucionales⁴⁹⁸, disociaba la formalización del contrato (zona de derecho privado) y el contenido del contrato (zona de predominante configuración pública)⁴⁹⁹, entroncando así con la concepción, predominante en la doctrina laboral de la época⁵⁰⁰ y aún hoy defendida con carácter predominante⁵⁰¹, de que la relación laboral presenta dos fases: su constitución originaria (fuente constitutiva) y su regulación posterior (fuente reguladora).

De esa forma, LLUIS y NAVAS afirmó que las normas jurídico-públicas de seguridad e higiene en el trabajo no afectan a la validez del contrato (porque “no son requisitos de su existencia” originaria), sino a su licitud (porque son normas que integran el contenido del contrato), por lo que los incumplimientos en la materia “no dan lugar a la nulidad del contrato” sino “a responsabilidad por infracción de las reglas que regulan el contenido

⁴⁹⁷Sobre este tema, me remito a GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo...*, op.cit., págs. 283-290.

⁴⁹⁸PÉREZ BOTIJA, E.: «El contrato individual de trabajo en el derecho español», *Revista de Derecho del Trabajo* nº 4-1954, pág. 67.

⁴⁹⁹GARCÍA DE HARO, R.: *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Rialp, Madrid, 1963, págs. 130-131.

⁵⁰⁰BORRAJO DACRUZ, E.: «La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo», *Revista de Trabajo* nº 2-1963, págs. 184-ss.

⁵⁰¹GARCÍA BECEDAS, G.: *Introducción al Derecho Español del Trabajo...*, op.cit., págs. 283-284; FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *Derecho de seguridad e higiene en el trabajo*, op.cit., pág. 53.

de la relación derivada del mismo⁵⁰². Criterio doctrinal que debe complementarse con la matización de que, si esa disociación es tal (constitución-regulación del contrato como fases diferenciadas), necesariamente ha de convenirse en que la sancionabilidad por incumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo ni puede ni debe burlarse “con la alegación formal de que el trabajador ocupado carecía de un contrato de trabajo válido a su favor”⁵⁰³.

Por otra parte, la visión de FERNÁNDEZ MARCOS se cimentaba, desde un plano jurídico-privado diverso, en una hoy más que superada configuración doctrinal de la seguridad e higiene en el trabajo como materia imbricada en el denominado «deber de protección» del empresario, concebido, a su vez y en una especie de espiral argumentativa, como imbricado en el más genérico contenido ético del contrato que pesa sobre el empleador⁵⁰⁴. Contenido ético del contrato que, bajo la denominación genérica de “deber de protección del empresario” reúne, según FERNÁNDEZ MARCOS, “aquellos derechos y obligaciones que no tienen

⁵⁰²LLUIS y NAVAS, J.: *La responsabilidad laboral, penal y civil por falta de adopción de medidas de prevención de accidentes de trabajo*, cit, pág. 20.

⁵⁰³BORRAJO DACRUZ, E.: «La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo», *op.cit.*, pág. 197.

⁵⁰⁴El contenido ético del contrato, desde la perspectiva referida, incluía tres deberes ético-jurídicos a cargo del empresario: «deber de dignidad», «deber de protección» (y dentro de éste, la deuda de seguridad del empresario) y «deber de asistencia» (cfr. PÉREZ BOTIJA, E.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, 3ª ed., 1952, págs. 157-158). No obstante, criterio diverso sostuvo DE LA VILLA, quien apuntó que el “deber de asistencia” al trabajador y el respeto a su “dignidad” estaban subsumidos en el “deber genérico de protección” que pesaba sobre el empresario respecto del trabajador a su servicio (cfr. DE LA VILLA, L.E.: «Los deberes éticos en el contrato de trabajo. En torno al art. 72 de la LCT», *Revista de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1960, nº 38, marzo-abril, pág. 24).

contenido patrimonial o económico”, pero que integran “el contenido del contrato de trabajo, como relación jurídico-comunitaria personal”. De esta forma, el deber de protección del empresario, como correlato ético a los “deberes de obediencia, diligencia y buena fe del trabajador”, incluiría no sólo el deber de seguridad, sino también el “deber de ocupación efectiva, el deber de no discriminación o el deber de respetar la intimidad y la dignidad del trabajador, etc.”⁵⁰⁵. Como cláusula de cierre, se sostuvo que el correlato más importante a ese deber de protección, ligado a la naturaleza personalísima de la relación de trabajo, era el deber de fidelidad del trabajador, que también formaba parte del contenido ético del contrato de trabajo⁵⁰⁶.

Semejante construcción se hacía eco, a mi modo de ver, de las pautas marcadas, en primer lugar, por un sector de la doctrina italiana, que apuntó la existencia de un deber de protección espiritual que pesaba sobre el empresario respecto al trabajador a su servicio ex art. 2087 CC italiano -- precepto que acoge, según la doctrina italiana de la época, una obligación general de seguridad, inserta en el contrato de trabajo⁵⁰⁷ y que opera como norma de cierre en punto a extender sobre el empresario la obligación de

⁵⁰⁵FERNÁNDEZ MARCOS, *Derecho de seguridad e higiene en el trabajo*, op.cit., págs. 161-162. Visión amplia del deber de protección que también sostiene SERRANO CARVAJAL, J.: «el deber de protección del empresario», en AA.VV.: *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso y Calvo*, op.cit., págs. 94-104.

⁵⁰⁶FERNÁNDEZ MARCOS, L.: *La seguridad e higiene en el trabajo como obligación contractual y como deber público*, op.cit., págs. 78-79, 82 y 88.

⁵⁰⁷SPAGNUOLO VIGORITA, L.: «Responsabilità dell'imprenditore», en AA.VV.: *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova, 1971, pág. 453.