

**RETRASOS E INCUMPLIMIENTOS EN LA LEGISLACIÓN DE
PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES; LOS CASOS COMISIÓN v.
ESPAÑA**

[Comentarios a las S.TJUE de 26 de septiembre de 1996 (C-79-95) y 12 de
enero de 2006 (C-132/04)]

Gregorio Tudela Cambronero y Yolanda Valdeolivas García
Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 102, 2013, págs..
91 a 125.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El proceso evolutivo del marco regulador de la seguridad y salud de los trabajadores en la UE y su seguimiento por el TJCE.- 3. El marco normativo europeo de la prevención de riesgos laborales y su interpretación por el Tribunal de Justicia.- 3.1. *La Directiva Marco*.- 3.2. *Las Directivas específicas*.- 4. Plazo de transposición y tiempo de silencio [la STJCE 26 sep. 1996, Caso Comisión v. España (C-79/1995)].- 5. La vocación expansiva de la DM y otras cuestiones de interés [la STJCE(2ª) de 12 en. 2006, Caso Comisión v. España (C-132/04)].- 6. Los costes del incumplimiento estatal en orden a las directivas: sobre la responsabilidad patrimonial del Estado.

1. Introducción

La adopción de la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 jun. 89 (*DO* 29), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, más conocida como Directiva Marco (en adelante DM), supondría un significativo punto de inflexión en el devenir normativo de la regulación de la seguridad y salud de los trabajadores en el ámbito de la UE, y dejaría sentir sus repercusiones, inevitablemente, sobre el conjunto de regulaciones de los Estados miembros, y, desde luego, en España¹. Lo que no puede extrañar, de una parte, por tratarse de una materia altamente sensible, que se ha situado en el epicentro de la conformación de lo que se ha convenido en denominar, con no poca dosis de voluntarismo, por no decir imprecisión, el “modelo social europeo”; y, de otra, por la obsolescencia de la normativa vigente en nuestro país en el momento en que se adopta dicha directiva.

Los perfiles, con frecuencia difusos, de no pocos de los contenidos que integran el dibujo inacabado de ese “modelo social”, y, más concretamente, del singular contenido que aquí interesa, esto es, la seguridad y salud de los trabajadores -por utilizar la terminología al uso en el ámbito europeo- o la prevención de riesgos laborales -si nos atenemos a nuestra terminología legal-, han sido objeto de frecuente precisión por la jurisprudencia del TJCE, que, desde temprano, se aplicaría, de una parte, a exigir el cumplimiento de las normas comunitarias en la materia por los distintos Estados miembros, y de forma muy significativa, el de las Directivas comunitarias, instrumento

¹ En la Comunicación COM(2004)62, de 5 feb., la Comisión Europea señalaba a nuestro país como uno de los seis -junto con Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo y Portugal-, en los que el impacto jurídico de la DM fue considerable, dado que, en el momento de su adopción, “la legislación de que disponían estos países en la materia no era adecuada o estaba anticuada”.

regulador básico en la materia, velando por su efectiva o adecuada transposición en tiempo y forma, así como clarificando el cabal sentido de no pocos de sus preceptos que, dada la naturaleza propia de ese instrumento normativo, presenta, con abrumadora frecuencia, elevadas dosis de ambigüedad.

El presente trabajo trata de ofrecer una breve reseña del proceso evolutivo del marco normativo de la seguridad y salud en el trabajo en el ámbito comunitario, con indicación puntual de algunos pronunciamientos que sobre el mismo ha emitido el TJCE, para centrarse, luego, en la regulación contenida en la propia DM y en sus directivas específicas, cuya adopción tendría importantes repercusiones en nuestro derecho interno, planteando no pocas cuestiones de interés, sobre las que también se pronunciaría dicho Tribunal. Buen ejemplo de ello es la relacionada con el momento temporal de transposición de aquellas directivas a nuestro ordenamiento interno, o la relacionada con el propio contenido de la tardía norma de transposición, especialmente en lo que se refiere a la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación. Sintetizando, podría decirse que la transposición de la DM y de algunas de sus directivas específicas a nuestro ordenamiento interno se realizaría tarde, fuera del plazo previsto al efecto por ella misma, y de forma incorrecta en algún aspecto muy concreto, como es el caso específico de la delimitación del ámbito subjetivo de la Ley 31/1995, de 8 nov. (BOE, 10), de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL), en la redacción original de su art. 3, en relación con el art. 2.2 de la propia DM. Ambas cuestiones, sometidas al juicio del TJCE, devendrían en dos condenas a España por sendos incumplimientos, según establecen sus SS 26 sep. 96 y 12 en. 06.

Pero, al hilo de esos pronunciamientos de condena, se plantearían otras cuestiones, de no menor interés, como las relativas a la adecuación o no de determinados instrumentos jurídicos para vehicular eficazmente la transposición del Derecho comunitario o del significado del escrito motivado de la Comisión, en el marco del procedimiento de incumplimiento ante el TJCE, como momento final para llevar a cabo una transposición tardía, pero sin consecuencias judiciales, con independencia de la fecha o plazo de transposición que establezca una directiva concreta, lo que, en ocasiones, puede suponer una notable ampliación de dicho plazo.

Con carácter general, cabe afirmar que la intervención del TJCE en materia de seguridad y salud de los trabajadores se ha centrado, además de en las cuestiones antedichas, en unos pocos asuntos, sin duda de interés, relacionados con la delimitación del tipo de responsabilidad del empresario o sobre algunos problemas relativos a lo que se denominan, de forma tan genérica como imprecisa, servicios de prevención, por ejemplificar. De la mayoría de ellas se da noticia en lo que sigue.

A modo de anticipada conclusión, puede decirse que, valorando la relativamente escasa litigiosidad sobre este bloque de regulación derivada de los pronunciamientos del TJCE que le afectan, y en especial si contrastada aquella con el prolijo y extenso volumen normativo de la materia, puede concluirse que el cumplimiento de los Estados miembros de aquel conjunto ordenador de la seguridad y salud en el trabajo es, a fecha de hoy, bastante aceptable, con la salvedad de la protección de colectivos específicos, y, singularmente, de la protección de la mujer embarazada que, por su carácter poliédrico, presenta un alto grado de litigiosidad. Ciertamente, desde un entendimiento más amplio de lo que es la seguridad y salud de los trabajadores, comprensivo ahora de cuestiones relativas al tiempo de trabajo o a la duración del contrato de trabajo, la afirmación pudiera matizarse. Y aún en mayor medida cabría dudar de que el más correcto cumplimiento de las normas reguladoras de este bien jurídico se compadezca con la más efectiva garantía de la seguridad y salud en los lugares de trabajo que, desde luego en el

caso de España, es manifiestamente mejorable. Lo que con probabilidad sitúa en el debate aspectos extrajurídicos que advierten sobre el hecho de que la sola previsión legal, sin otro tipo de actuaciones, no siempre alcanza el mejor aseguramiento y consecución de los propósitos perseguidos.

2. El proceso evolutivo del marco regulador de la seguridad y salud de los trabajadores en la Unión Europea y su seguimiento por el Tribunal de Justicia

Como es sabido, al igual que ocurriera en el proceso de formación histórica de no pocos ordenamientos laborales nacionales –y, sin duda, en el nuestro–, la seguridad y salud en el trabajo o la mejora de las condiciones de vida y trabajo se sitúa, como se ha dicho, en el núcleo duro de conformación del derecho social europeo, reproduciendo el proceso de regulación de la seguridad y salud en el trabajo, a grandes rasgos, el tránsito por las cuatro genéricas y típicas fases o períodos que han marcado la evolución del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma: 1ª) De subordinación de la cuestión social al factor predominantemente económico; 2ª) De tibia regulación sobre aspectos concretos; 3ª) De expansión de la actividad reguladora, a partir del núcleo básico que constituye la DM; y 4ª) De consolidación normativa y estímulo de los agentes sociales y de su instrumento típico de actuación, la negociación colectiva. Lógicamente, cada uno de esos momentos es susceptible de desgranarse en subperíodos, en función de ciertas circunstancias políticas o hechos normativos de interés, aunque, sintéticamente, cabe afirmar que la perspectiva estrictamente económica derivada de los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea variará sensiblemente su rumbo, tras un largo y dificultoso recorrido, hacia la incorporación de elementos germinales de lo que, luego, será el mencionado “modelo social europeo”, de entre los que destaca con particular relevancia la seguridad y salud en el trabajo.

Así, este bloque regulador trasciende a nivel europeo de su importancia como materia sobre la que las instancias europeas desarrollan una intensa actividad legislativa, para mostrarse como un ámbito normativo que atrae hacia sí, amplificando, el total de materias de contenido social que terminarán componiendo el acervo comunitario laboral. No en vano a la seguridad y salud de los trabajadores quisieron asimilarse otros aspectos y elementos de regulación jurídico-laboral que contaban con más estrictas reglas ordenadoras limitativas de la aprobación de normas específicas, en un voluntarista intento de extender la actividad legislativa europea sobre aspectos más sociales que económicos. Con todo, al tiempo, aquel primer bloque se irá dotando a su vez de un perfil propio y diferenciado respecto de otras materias de contenido social, hasta llegar a ocupar ahora un lugar central en el ordenamiento social europeo, con una fuerte proyección e incidencia en las regulaciones internas de los diversos Estados miembros. A ello ha contribuido, sin duda de forma significativa, la jurisprudencia europea. Aunque ha de dejarse constancia de que, con carácter general, hoy se aprecian síntomas claros de un abierto retorno a la primera fase del proceso, por más que los esfuerzos para escudriñar elementos de avance se concreten en propuestas de amplio impacto, como las doctrinales y normativas en torno al concepto de flexiseguridad o flexiguridad.

La primera fase, de subordinación de la cuestión social al factor económico, abarca desde los Tratados fundacionales al giro social de los setenta. Sabido es que, en la redacción original de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, los objetivos sociales eran una cuestión puramente instrumental frente a los prioritarios, si no exclusivos, objetivos de carácter económico. Lo “social” no encontraba adecuado

espacio para su desarrollo en ese marco, aunque en los Tratados que integran el llamado derecho originario se aludiera genéricamente a objetivos conectados con la seguridad y salud en el trabajo. Tal es el caso de la mención a “la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso” (art. 117 TCCEE), que supone una genérica formulación que llama, entre otras cuestiones, a la seguridad y salud en el trabajo. Con tan escasos mimbres, y para promover la colaboración entre los Estados miembros (art. 118 TCCEE), se inicia una fase de estudio y estadística por parte de las instancias comunitarias, promoviéndose la elaboración de estudios, dictámenes y la evacuación de consultas sobre diversas materias, como la protección contra los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la higiene en el trabajo. Ello apenas oculta el fuerte sesgo económico que impregna al Tratado, ni su filosofía subyacente, según la cual el progreso social debía ser una consecuencia derivada y necesaria del mero funcionamiento del mercado común, traduciéndose en la ausencia de obligaciones para los Estados miembros en materia social, que se mantendrá en la esfera de su exclusiva competencia, y la negación de derechos sociales a favor de los trabajadores comunitarios. Estrecho margen de actuación jurídica que trataría de desbordarse, como se ha anticipado, acogiendo a otras previsiones del TCCEE que permitían adoptar al Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas para aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros con incidencia directa en el establecimiento o funcionamiento del mercado común (art. 100 TCCEE)².

También es sabido que el impacto de la crisis económica de principios de los 70 determinaría un importante incremento del desempleo y de los desequilibrios interregionales, evidenciando las fisuras de los postulados originales sobre los que se sustentaba el proceso de construcción europea: la integración económica era insuficiente por sí sola para generar progreso social. Ello avocaría al giro social de la política comunitaria europea producido en esa década, que sería decisivo para la aprobación del *I Programa de Acción Social*, en el que se trazaban las líneas generales y objetivos de una genuina política social comunitaria, independiente de los objetivos económicos dominantes, fracturando, así, los postulados básicos de los tratados fundacionales que sometían el logro de los objetivos sociales al funcionamiento del mercado común, tomando conciencia de la necesidad de actuar directamente, a nivel europeo, para posibilitar el progreso social de los diferentes Estados miembros. Uno de los objetivos del programa era, precisamente, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, para cuya obtención se fijan medidas que incluyen el establecimiento de “un programa de acción en favor de los trabajadores, tendente a la humanización de dichas condiciones y, sobre todo, la mejora de la seguridad y de la higiene en el trabajo”, además de “la eliminación progresiva de las constricciones físicas y psíquicas” de los lugares y

² Cobertura jurídica que abriría paso a las primeras actuaciones en materia de seguridad y salud laboral, aun a través de instrumentos de escasa eficacia jurídica, como es el caso de la Rec. 23 jul. 62 (DO, 31 ag.), por la que se adopta una lista europea de enfermedades profesionales; de la Rec. 1966/462/CEE, de 20 jul. (DO, 9 ag.), sobre las condiciones de indemnización de las víctimas de enfermedades profesionales; de la Rec. 166/464/CEE, de 27 jul. (DO, 17 ag.), sobre control médico de los trabajadores expuestos a riesgos particulares; o, en fin, de la Rec. 1967/125/CEE, de 31 en. (DO, 13 feb.), sobre protección de los jóvenes en el trabajo. El propio TJCE tendría oportunidad de manifestar que tales recomendaciones “no pueden, por sí mismas, crear derechos en favor de los justiciables que estos pudieran ejecutar ante los jueces nacionales” aunque estos estén “obligados a tener en cuenta las recomendaciones al resolver los litigios de que conocen, en especial cuando pueden aclarar la interpretación de otras disposiciones nacionales o comunitarias [STJCE 13 dic. 89 (C-322/88)].

puestos de trabajo, básicamente a través de “la mejora del medio ambiente y la búsqueda de medios que permitan el enriquecimiento de las tareas”. Objetivos de ese primer programa de acción debían ser la higiene y seguridad en el trabajo, la salud de los trabajadores y la ordenación de las tareas, con atención preferente a los sectores de actividad donde las condiciones de trabajo son más penosas³. Así, se aprobaría el *I Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de seguridad y de higiene en el trabajo (1978-1982)*⁴, claro avance de la acción comunitaria en la materia. En él se definen las líneas de actuación de este y sucesivos programas, partiendo de la consideración de que la expansión económica no es un fin en sí mismo, sino que debe permitir, prioritariamente, atenuar la disparidad de las condiciones de vida y traducirse en una mejora de la calidad y del nivel de vida de los europeos. Dado que la protección contra los accidentes y las enfermedades profesionales y la higiene en el trabajo se incluyen entre las materias y objetivos del art. 118 TCCEE, debe reforzarse la colaboración entre instancias comunitarias y Estados miembros para lograr “una prevención eficaz” de dichos accidentes y enfermedades, cuyo elevado número se considera “un grave problema”, sin merma de los esfuerzos realizados “en el campo de la prevención de los accidentes y de la protección de la salud en el trabajo”, de resultados beneficiosos económica y socialmente. Las instancias comunitarias deben, pues, adoptar las medidas adecuadas “para mantener o crear un medio de trabajo a la

³ Período en el que surge un conjunto de directivas con vocación universalista en su ámbito subjetivo de protección, aun proyectándose sobre riesgos que tienen una indudable incidencia sobre el trabajo, como la Dir. 1977/312/CEE, de 29 mar. (DO, 28 feb.), sobre vigilancia biológica de la población contra el peligro de saturnismo. Otras se proyectan, más claramente, sobre cuestiones relevantes para la protección de los trabajadores; así la Dir. 1976/579/EURATOM, de 1 jun. (DO, 12), sobre fijación de las normas básicas relativas a la protección sanitaria de la población y de los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes; la Dir. 1977/576/CEE, de 25 jul. (DO, 7 sep.), sobre señalización de seguridad en el centro de trabajo; y la Dir. 1978/610/CEE, de 29 jun. (DO, 22 jul.), sobre protección sanitaria de los trabajadores expuestos al cloruro de vinilo monómero. Al tiempo, se sientan las bases para la creación de un entramado institucional de soporte de la acción comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo, al contemplar, dentro del objetivo de fomento de la participación de los interlocutores sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad y de la participación de los trabajadores en la vida de las empresas, la creación de un Comité General Europeo de Seguridad del Trabajo [*Comité Consultivo General para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en los lugares de trabajo* (1974), regulado por la Decisión 2003/C 218/01, del Consejo, de 22 jul. 2003 (DO, 13 sep.), que deroga las Decisiones 74/325/CEE (DO, 9 jul.) y 74/326/CEE; es un órgano tripartito que colabora con la Comisión en el fomento de la coordinación entre los Estados miembros en la protección de la seguridad y salud en el trabajo, para lo que asiste a la Comisión en la preparación y aplicación de las actuaciones que lleva a cabo en este terreno] y la extensión de las competencias del órgano permanente para la seguridad y la salubridad en las minas de hulla, así como la creación de una *Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo (EUROFOUND)* (1975), creada por Regto. 1365/75/CEE, modificado por Regto. 1649/2003, de 18 jun. 2003, (DO 29 sep.) y por el Regto. 1111/2005, de 24 jun. (DO, 14 jul.), organismo también tripartito cuya función es contribuir a la planificación y creación de mejores condiciones de vida y de trabajo en Europa; su actividad se centra en la evaluación y análisis de las condiciones de vida y trabajo, emitiendo dictámenes autorizados y asesorando a los responsables y principales actores de la política social; contribuye a la mejora de la calidad de vida e informa de la evolución y las tendencias en este ámbito, en particular de los factores de cambio. Proceso que culminará con la creación de la *Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo* (1994), por Regto. (CE) 2062/94, de 18 jul. 94 (DO, 20 ag.), sucesivamente modificado por el Rgto. (CE) 1643/95, de 29 jun. 95 (DO, 7 jul.), por el posterior Regto. (CE) 1654/2003, de 18 jun. 2003 (DO, 29 sep.) y, últimamente, por el Regto. (CE) 1112/2005, de 24 jun. 2005 (DO, 15 jul.), y constituida en 1996; supondría un paso importante en la acción comunitaria en materia de seguridad y salud laboral, siendo su objeto fomentar la mejora del medio de trabajo para proteger la seguridad y salud de los trabajadores.

⁴ Res. del Consejo 29 jun. 78 (DO, 11 jul.)

medida del hombre y de sus legítimas aspiraciones”, teniendo en cuenta la eficacia de las medidas y el costo de su aplicación, debiéndose mejorar las condiciones y el medio de trabajo “de una manera global y llegar a la totalidad de los sectores de la economía”. La eficaz prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la elevación del “nivel de protección respecto a los riesgos profesionales de cualquier naturaleza” sirvió para diseñar acciones relativas a la “etiología de los accidentes de trabajo y de las enfermedades ligadas al trabajo”, la “protección frente a sustancias peligrosas”, la “prevención frente a los peligros y los efectos nocivos de las máquinas” y la vigilancia e inspección para la mejora del comportamiento humano. Acciones cuyo propósito común es uniformar las metodologías, los aspectos tecnológicos y los criterios utilizados para el análisis y protección frente a determinados riesgos en los distintos Estados miembros.

Otra pieza angular de la ordenación de la materia a nivel europeo y, desde luego, interno es la idea de que, en las decisiones y acciones sobre seguridad, higiene y protección de la salud en el trabajo, la participación de los interlocutores sociales es obligada a todos los niveles y, en particular, en la empresa, concretándose en la previsión de que esa función de diálogo social se ejerza en órganos consultivos específicos con representación de asociaciones sindicales y empresariales, sin perjuicio de otras acciones surgidas de los propios agentes sociales. En este sentido, el *II Programa de Acción en materia de seguridad y de higiene en el trabajo (1984-1988)*⁵ insistiría en las acciones del anterior y, de este modo, sobre la base de ambos Programas, surgirán una serie de Directivas cuyo rasgo común es la ordenación de riesgos específicos, desde una perspectiva eminentemente técnica dirigida básicamente a establecer valores límite de exposición frente a tales riesgos y a obligar a la previsión de controles médicos sobre sus efectos⁶.

⁵ Aprobado por Res. del Consejo 27 feb. 84 (DO, 16 mar.).

⁶ En este momento tiene especial importancia la Dir. 80/1107/CEE, de 27 nov. (DO, 3 dic.)—comúnmente conocida como Directiva Marco de Seguridad e Higiene—, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo, modificada por la Dir. 88/642/CEE, de 16 dic. (DO, 24), y que daría lugar a la aparición de un conjunto de directivas focalizadas en la protección de los riesgos derivados de determinados agentes peligrosos. Así, las Dirs. 80/836/EURATOM, de 15 jul. (DO, 17 sep.) y 84/467/EURATOM, de 3 sep. (DO, 5 oct.), sobre radiaciones ionizantes, por cuya transposición fuera de plazo sería condenada Italia [STJCE 7 may. 91 (C-246/88)] y Bélgica por algunos incumplimientos más concretos [STSJ 25 nov. 92 (C-376/90)], país este último que sería objeto de posterior condena por falta de transposición en plazo de la Dir. 90/641/EURATOM del Consejo, de 4 dic. (DO, 13), relativa a la protección operacional de los trabajadores externos con riesgo de exposición a radiaciones ionizantes por intervención en zona controlada [STJCE 6 jun. 2002 (C-146/101)]; la Dir. 82/605/CEE, de 28 jul. (DO, 23 ag.), sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos derivados de la exposición al plomo metálico y a sus compuestos iónicos durante el trabajo; la Dir. 83/477/CEE, de 19 sep. 83 (DO, 24), sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo, por cuya falta de transposición sería condenada, nuevamente, Italia (STJCE 13 dic. 90), luego completada con la Dir. 87/217/CEE, de 19 mar. (DO, 28), sobre prevención y reducción de la contaminación del medio ambiente producida por el amianto, invocada por la STJCE 26 may. 2011 (C-165/09 a 167/09)]; la Dir. 86/188/CEE de 12 may. (DO, 24), sobre protección de los trabajadores contra los riesgos debidos a la exposición al ruido durante el trabajo; o la Dir. 88/364, de 9 jun. (DO, 9 jul.), relativa a la protección de los trabajadores mediante la prohibición de determinados agentes específicos y/o determinadas actividades. Otras preocupaciones específicas de la normativa comunitaria en la materia se plasman en la Dir. 82/501/CEE, de 24 jun. (DO, 5 ag.), sobre riesgos de accidentes graves en determinadas actividades industriales, por cuya inadecuada transposición serían condenados los Países Bajos [STJCE 20 may. 92 (C-190/90)] y, una vez más, Italia [STJCE 17 jun. 99 (C-326/97)], modificada por la Dir. 87/216/CEE, de 19 mar. (DO, 28) y la Dir. 88/610/CEE, de 24 nov. (DO, 7 dic.); o en la Dir. 89/392/CEE, de 14 jun. (DO, 29), sobre aproximación de las legislaciones de los Estados

La firma del Acta Única Europea (1986), junto con la reforma del TCCEE, supuso un fuerte respaldo al desarrollo de una más genuina política social y, desde luego, a su concreto contenido sobre seguridad y salud en el trabajo, abriendo una fase expansiva de regulación que culminará con la DM. El Acta reconoce expresamente la competencia de las instancias comunitarias sobre las cuestiones relativas a dicha materia, permitiendo proceder a su armonización legislativa a través de directivas y potenciar el desarrollo de actuaciones globales y coordinadas dirigidas a la mejora del medio de trabajo y la seguridad y salud de los trabajadores. Por su parte, el nuevo art. 118 A resalta la importancia, entre otras cuestiones, de la seguridad y salud en el trabajo y flexibiliza el procedimiento de adopción de decisiones sobre ella, auspiciando la adopción de directivas por mayoría cualificada del Consejo, en sustitución de la rígida exigencia de unanimidad, para la mejora del medio de trabajo o la seguridad y salud en el trabajo. Se quiebra, pues, el tradicional obstáculo de exigencia de unanimidad del Consejo para la adopción de directivas sobre cuestiones sociales (art. 100 TCCEE), freno al desarrollo de la política social comunitaria y su normativa. Por su parte, el reconocimiento expreso del papel del diálogo social comunitario, aun sin reconocer todavía medios colectivos para su real y efectiva implantación, cierra el contorno del nuevo boceto. Emanada, así, un objetivo europeo de armonización de las legislaciones nacionales para garantizar un fin común, cuya obtención puede alcanzarse por mecanismos diversos, y compatible con las especificidades propias de las diversas regulaciones nacionales. A tal efecto, se fijan unos mínimos homogéneos para el conjunto de Estados miembros, susceptibles de mejora por estos y aplicables progresivamente en el plazo máximo de transposición fijado por la Directiva⁷.

En el marco del AUE se aprueba el *III Programa de Acción Social*⁸, que diseña una acción comunitaria más articulada, general y omnicomprensiva, proyectada, a efectos aplicativos, sobre todos los centros de trabajo, poniendo de manifiesto una vocación armonizadora más intensa en materias como la seguridad y ergonomía en el lugar de trabajo; la salud e higiene en el trabajo; la elaboración de una lista comunitaria de valores límite de exposición a agentes peligrosos, sustancias carcinógenas y prohibición de agentes específicos, entre otras cuestiones; la información y formación sobre todas las sustancias para las que se proponen directivas en el ámbito de la seguridad y la salud; la formación de responsables en materia de seguridad y de los propios trabajadores; la adopción de iniciativas específicas para las PYMES, a los efectos de que la aplicación de la normativa no obstaculice su creación y desarrollo; y, en fin, el diálogo social. La introducción del art. 118 A y la Res. de 1987 recién citadas, junto a cuatro resoluciones del Parlamento Europeo (1988) en las que se invitaba a la Comisión a elaborar una directiva-marco que sirviera de base a directivas específicas

miembros sobre máquinas, prácticamente coetánea ya de la DM, codificada luego por la 98/37 tras varias modificaciones, y sobre la que se pronunciaría la STJCE 8 sep. 2005 (C-40/04).

⁷ La STJCE 12 nov. 1996, Reino Unido v. Consejo (C-84/94), señaló que la expresión “disposiciones mínimas” del art. 118 A del Tratado, que se reproduce en múltiples directivas, significa que los Estados miembros pueden adoptar normas más severas que las que son objeto de la intervención comunitaria, de suerte que los Estados miembros tienen libertad para adoptar medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo; en el mismo sentido, la STJCE 17 dic. 98, Caso Società italiana petroli SpA (IP) contra Borsana SRL (C. 2/97). *Modus operandi* que mantienen básicamente las ulteriores reformas del Tratado operadas en Ámsterdam (1997) y Niza (2001), sin apreciarse tampoco novedades de interés en la materia en el fracasado proyecto de Constitución Europea (2004), ni en el Tratado de Lisboa (2007), aunque todos estos instrumentos incorporan avances en la línea de consolidación de la política social comunitaria.

⁸ Res. del Consejo 21 dic. 87 (DO, 3 feb. 88).

que dieran cobertura a todos los riesgos relativos al ámbito de la seguridad y de la salud en el lugar de trabajo serían el germen de la aprobación de la paradigmática DM, que estimularía la política comunitaria en materia de protección de la seguridad y salud en el trabajo.

Finalmente, la adopción de la DM y de sus directivas específicas, junto con otras complementarias en materia de seguridad y salud en el trabajo, abrirá una fase de consolidación normativa, que se verá complementada por el estímulo de los agentes sociales, a través del desarrollo de Estrategias Comunitarias en materia de seguridad y salud. Ello no empece la existencia de algunos otros hitos de interés en la materia, como la aprobación de la *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales* (1989) que vendría a actualizar un impulso definitivo a la política social comunitaria y, desde luego, la aprobación del Tratado de Maastricht (1992) (TUE), donde se advierte ya una apuesta clara por la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros, del que surge el acuerdo de política social, anexo a un Protocolo del TUE, con el propósito de ahondar en la senda marcada por la citada Carta Comunitaria. Entre sus objetivos se mantiene la mejora de las condiciones de vida y de trabajo y el diálogo social⁹. En este marco se desarrolla el *IV Programa de Acción Social* (1994-2000), entre cuyos objetivos se incluye la mejora de la seguridad y salud en el trabajo a través de la mejora de la organización de la práctica laboral para influir en las actitudes hacia la seguridad y salud en el trabajo, buscando reducir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, lo que se acompaña de ayudas para acciones formativas concretas, de nuevo con una especial atención hacia las PYMES. Supondrá un decisivo cambio de orientación porque, frente al impulso de nuevas iniciativas legislativas, se opta ahora por la adopción de medidas de carácter no legislativo que doten de mayor eficacia a la normativa europea. Ciertamente, si la última década del siglo XX puede definirse como de consolidación normativa de la regulación en materia de seguridad y salud en el trabajo, la primera del XXI es de fijación de estrategias sobre dicha cuestión¹⁰.

Queda claro, pues, que para alcanzar el objetivo de armonización de la regulación y protección de la seguridad y salud en el trabajo en los Estados miembros, la política europea se apoya en la Directiva como instrumento normativo básico, adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, a través del

⁹ Respecto de este último, el acuerdo lo fomenta y abre importantes vías de actuación comunitaria al efecto, como los acuerdos entre agentes sociales europeos, cuya aplicación puede concretarse por la negociación colectiva propia de cada Estado miembro o, a petición de los firmantes, merced a la adopción de una directiva del Consejo.

¹⁰ Con el precedente de la Comunicación de la Comisión (1995), sobre un programa comunitario en el ámbito de la seguridad, la higiene y la salud en el lugar de trabajo (1996-2000), a través de la Comunicación de la Comisión, de 11 mar. 2002, se establecerá la *Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo* (2002-2006), en la que se propician múltiples actuaciones, de mayor o menor grado de concreción, que abordan la práctica totalidad de los aspectos conectados con la seguridad y salud en el trabajo. Por su parte, la *Estrategia Comunitaria de Salud y Seguridad en el Trabajo* (2007-2012) [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al CES Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 feb. 2007, "Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)"], siguiendo los pasos de la anterior, parte del elevado coste humano y económico de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, proponiéndose reducir en un 25% el índice de siniestralidad laboral en el periodo de referencia. La premisa es que una buena salud en el trabajo no solo mejora la salud pública en general, sino la productividad y la competitividad de las empresas, además de reducir el elevado coste que generan para los sistemas de protección social que generan los problemas de salud y seguridad en el trabajo. Para la prosecución de dicho objetivo se prevén una serie de actuaciones en torno a diversas cuestiones.

procedimiento legislativo ordinario, regulado hoy en el art. 294 TFUE, y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (art. 153.2.b TFUE). Como se sabe, la exigencia de mayoría cualificada para la aprobación de estas Directivas es un interesante aliciente para la armonización de la protección de la seguridad y salud en el trabajo en los Estados miembros, promoviendo su más fácil consecución.

Esta política de armonización en materia de seguridad y salud laboral presenta dos elementos básicos: 1º) Las Directivas establecen unos mínimos de protección, susceptibles de mejora por parte de los Estados miembros, de suerte que el proceso armonizador no obsta que dichos Estados mantengan o introduzcan “medidas de protección más estrictas”, siempre y cuando resulten “compatibles con los Tratados” (art. 153.4 TFUE), permitiéndose a las legislaciones nacionales elevar los mínimos de armonización fijados por las directivas, cuyo propósito no es sino garantizar un cierto nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en cada Estado miembro¹¹. 2º) Respeto a las singularidades propias de los distintos Estados miembros, debiéndose tener en cuenta “las condiciones y reglamentaciones técnicas” que existen en cada uno de ellos (art. 153.2 TFUE), de manera que el proceso armonizador se efectúe de forma progresiva, lo que elude una eventual homogenización de esta materia, que se conforma con aproximar las legislaciones internas y garantizar un suelo mínimo y común.

La directiva obliga a los Estados miembros a alcanzar un determinado fin u objetivo, permitiéndoles elegir el modo en que se alcance. Por ello requiere un complemento con normas estatales (heterónomas o autónomas) de desarrollo y adaptación interna. Es vinculante solo cuando ha sido objeto de tal desarrollo o transposición al derecho interno, siendo necesario un complemento formal -su recepción en los ordenamientos nacionales requiere de una disposición que sea convenientemente publicada y aplicada en el Estado miembro, no bastando la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea para atribuirle obligatoriedad directa- y material -la norma interna de recepción exige la aprobación de contenidos jurídicos que la articulen y hagan efectiva-. Se trata de una fuente más dinámica y flexible que el reglamento, por su mismo carácter incompleto y por respetar las peculiaridades de los ordenamientos y sistemas jurídicos de los Estados, lo que resulta especialmente útil en determinadas materias, como la que aquí nos ocupa.

Las directivas son claro exponente del principio de cooperación y colaboración entre el derecho europeo y los ordenamientos internos, pues necesariamente debe existir una regulación nacional que complemente y desarrolle el derecho comunitario; además, es imprescindible adoptar medidas administrativas y judiciales que permitan su más eficaz aplicación. Al obligar al Estado miembro sólo al resultado (art. 288 TFUE), es un instrumento que evita la aplicación uniforme del derecho comunitario para sustituirla por una aproximación de los ordenamientos nacionales compatible con el mantenimiento de sus particularidades internas. Así, los Estados realmente conservan su soberanía legislativa en las materias objeto de su regulación, reservándose un margen de libertad o de decisión en relación con los medios necesarios o adecuados para conseguir el fin previsto. Libertad que afecta tanto a la elección del concreto instrumento normativo interno de recepción como a su contenido, siempre que se garantice el objetivo perseguido por la directiva y se respeten, en su caso, los principios esenciales o pautas de funcionamiento contemplados en ella. Tal rasgo hace de la directiva un

¹¹ Así, las SSTJCE 12 nov. 96, Caso Reino Unido v. Consejo (C-84/94) y 17 dic. 98 Caso Società italiana petroli SpA (IP) contra Borsana Srl (C-2/97).

instrumento más débil que el reglamento, pues su propósito puede verse defraudado por la no transposición o por una transposición incorrecta o meramente parcial e incompleta en los ordenamientos internos, como demuestran los innumerables pronunciamientos del TJCE al respecto.

Por lo demás, y de interés aquí, recuérdese que la directiva y su eficacia normativa se ven afectadas por dos principios que delimitan su espacio y contenido regulador. De una parte, el principio de exclusividad; de otra, el principio de primacía. El primero cuenta con una especial virtualidad en el derecho social, dado que en este ámbito se ha optado por un modelo armonizador de los ordenamientos internos de los Estados miembros que no les impone una normativa idéntica y uniforme, sino la sola adaptación de sus disposiciones al derecho europeo; siendo tal la técnica propia de la directiva y asegurando simplemente el mínimo común denominador en la regulación de las materias tratadas, resulta obvio que el más frecuente título de atribución de las directivas en el ámbito laboral será el art. 115 TFUE, cuya formulación supone una suerte de atribución privativa y excluyente de competencias en favor de la directiva que no encuentra parangón del lado de los reglamentos. El principio de primacía, en el supuesto de las directivas no se manifiesta en una eficacia automática e inmediata, sino en la necesidad de su previa transposición al ordenamiento nacional; la vigencia del principio se asienta en el Tratado de Adhesión de España a la Comunidad, que prevé aceptar tales efectos normativos, reconociendo *ab initio* una cesión de soberanía nacional a favor de las instituciones europeas y de cuantos instrumentos normativos emanan de ellas. Por ello, si adoptadas conforme a las reglas recogidas en los Tratados europeos y en el marco de sus competencias, las directivas se imponen a la normativa nacional de sentido contrario a aquellas. El Estado carece de toda capacidad legislativa incompatible con el derecho europeo, resultando exigible no solo la inaplicación de la norma interna contraria a la comunitaria sino su derogación expresa, obligando a los Estados miembros a depurar su legislación¹². Ello evita confusiones aplicativas y elude la necesidad de que los particulares tengan que reclamar ante el TJCE una irregular aplicación de una norma nacional contraria a la comunitaria; debiendo quedar derogada esa primera, el juez no puede imponerla en contra de la europea, haciendo innecesario emprender aquella actividad judicial. En definitiva, el juez nacional siempre debe considerar como inexistente la disposición interna, aun sin recurrir a una cuestión de inconstitucionalidad o a una cuestión prejudicial ante el Tribunal europeo, en base exclusivamente a los principios de primacía y efecto directo de las normas comunitarias en consideración a un criterio competencial que en nada predetermina la jerarquización o diferenciación de rangos entre las normas en juego¹³.

Del análisis de las diversas directivas aprobadas en materia social se infiere que la regulación laboral encuentra su anclaje en la consideración de su incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado interior (art. 115 TFUE) o en el cumplimiento de un objetivo común de la Unión (art. 352 TFUE). La libre competencia económica entre los países es el trasfondo de este tipo de regulaciones; esa imbricación con el factor

¹² STJCE. 15 oct. 86 Caso Comosión v. Italia; 27 sep. 88 Caso O. Lenoir contra Maritimes (C-313/86); 19 jun. 90 Caso The Queen contra Secretary of State for Transporte y otros (C- 213/89).

¹³ En lo relativo al control de constitucionalidad, lo normal es que las directivas europeas no afecten al bloque de constitucionalidad, por lo que la única vía de articular aquel control solo podría venir del análisis acerca de la adecuación o no de la disposición europea a las competencias que los Tratados de la Unión atribuyen a la misma. Tampoco cabe aquí papel alguno del Tribunal Constitucional español, toda vez que ese análisis corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia europeo (SSTC. 64/1991, 180/1993, 265/1994 y 45/1996).

económico ha permitido arrancar de los Tratados un tipo de legislación inicialmente externa a ella. Todo ello sin perjuicio de que el art. 153 TFUE sí reconoce una mayor cobertura a las materias allí contempladas como un ámbito de regulación laboral *per se*. Aspectos como las condiciones de trabajo, la seguridad social y la protección social de los trabajadores, la información y consulta a los trabajadores, la representación y defensa colectiva de trabajadores y empresarios, incluida la cogestión, las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países residentes legales en territorio de la Unión, la integración de las personas excluidas del mercado laboral, la igualdad entre mujeres y hombres en relación con las oportunidades en el mercado laboral y con trato en el trabajo, la lucha contra la exclusión social, la modernización de los sistemas de protección social y, sobre todo, la mejora del entorno de trabajo para proteger la salud y seguridad de los trabajadores, si entendida tal mejora en su sentido más amplio, vienen a reconocer, sin duda, un significativo y creciente espacio regulador de la Unión en competencias laborales y sociales. Y ello en base tanto a uno como a otro fundamento regulador expresados por aquellos preceptos del derecho originario europeo.

Con todo, al margen otras cuestiones extrajurídicas, conviene no olvidar que el principio de subsidiariedad constituye una importante rémora para el desarrollo de la acción social europea. En materia de política social, existe aún un notable número de competencias compartidas entre los Estados y la UE, pudiendo intervenir esta última solo en la medida en que los objetivos de la política social no puedan lograrse de forma suficiente por los Estados miembros y puedan alcanzarse mejor en el ámbito europeo. Dificultad de avance a la que se añade la diversidad misma de los sistemas sociales de los Estados miembros y el todavía notable recelo de estos últimos a ceder soberanía en cuestiones sociales. No es discutible que este elemento también desenvuelve sus efectos sobre la cuestión que aquí más interesa.

3. El marco normativo de la prevención de riesgos laborales y su interpretación por el TJCE

3.1. La Directiva Marco

La escasa atención prestada históricamente a la seguridad y salud en el trabajo por parte del legislador, agentes sociales, jurisprudencia y doctrina científica daría un notable giro en la última década del siglo pasado tras la promulgación de la LPRL, norma desencadenante de un proceso aluvional de intensa actividad normativa, de un creciente interés de los agentes sociales por la materia, de un ingente material doctrinal y, en fin, de una intervención judicial significativa. Aunque su promulgación se vería empañada por la mácula de su tardía transposición al derecho interno, lo que determinó la condena por incumplimiento del TJUE¹⁴, en una sentencia zigzagueante, en la que el tiempo y la forma de transposición inicial, o de incompleta transposición del marco normativo de referencia, serían determinantes, no cabe duda de que tan drástico cambio se explica por el impacto en nuestro derecho interno de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo producida en el marco de la Europa común, auspiciada especialmente por la DM. Presentando esta última, como todo instrumento normativo de igual naturaleza, un alto grado de ambigüedad o, si se quiere, flexibilidad a efectos de conseguir su propósito, esto es, sentar las bases mínimas de regulación común a todos los Estados miembros, dejándoles un cierto margen temporal e instrumental para ello, lo cierto es que su aprobación marcaría un hito inexcusable en la implantación de la

¹⁴ Nos referimos a la conocida STJCE 26 sep. 96, Caso Comisión v. España, a cuyo comentario más detenido se procede luego.

seguridad y salud en el trabajo a nivel europeo y nacional. Inevitable ambigüedad de la norma europea que da la clave de la importancia de la intervención del TJCE en la vigilancia y control del adecuado proceso de transposición que, como en otras materias, ha tenido importantes repercusiones en nuestro ordenamiento jurídico interno, aunque no solo en él. Conviene, pues, hacer un breve recordatorio de la evolución del proceso normativo de referencia en el seno de la actual UE y de las decisiones que sobre el mismo ha emitido dicho Tribunal, con especial, que no exclusiva, referencia a nuestro ordenamiento jurídico interno.

A partir de los anteriores presupuestos generales, la adopción de la DM supone una fuerte apuesta a favor de una política de armonización global de la protección de la seguridad y salud para todos los Estados miembros. La protección frente a riesgos concretos deja paso a una acción preventiva integral frente a todos los riesgos laborales. La DM se convierte, así, en la piedra angular de la normativa comunitaria en esta materia, consolidando un ámbito de acción normativa que, lejos de conformarse con la regulación misma que contiene, anuncia un vasto programa de desarrollo remitido a la aprobación de un notable número de Directivas específicas, como se verá.

La DM parte de la idea-fuerza de que son los propios Estados miembros quienes han de promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores. Pero la necesidad de su aprobación viene avalada por la constatación de dos premisas. De una parte, las divergentes regulaciones estatales sobre la materia que, objeto de eventual mejora, a veces se complementan también mediante normas técnicas y convencionales que determinan niveles de protección diversos susceptibles de afectar a la mejor protección de la seguridad y salud laboral. De otra, el elevado número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el mercado de trabajo europeo, que urgía a adoptar medidas de prevención para preservar la seguridad y salud de los trabajadores y garantizar un mayor nivel de protección en la actividad laboral. Ello exige que tanto los trabajadores como sus representantes estén informados de los riesgos laborales, así como de las medidas necesarias para su evitación o reducción, contribuyendo con su participación equilibrada, conforme a las legislaciones y usos nacionales, a la adopción de las medidas de protección necesarias, a través de los procedimientos e instrumentos previstos en dichas legislaciones o usos. Ello requiere el imprescindible concurso de los empresarios, obligados, además, a informarse de los progresos técnicos y de los conocimientos científicos relativos al diseño de los puestos de trabajo, habida cuenta los riesgos inherentes para sus empresas, así como a informar a los representantes de los trabajadores, para garantizar un mejor nivel de protección de su seguridad y salud. El interés del planteamiento descrito acrece por el hecho de reafirmarse que la mejora de la seguridad, higiene y salud de los trabajadores en el trabajo es un objetivo que no puede subordinarse a consideraciones de carácter meramente económico.

Estructuralmente, la DM, tras delinear su objeto y ámbito de aplicación (arts. 1 y 2), cuestión sobre la que se volverá luego, fija unos principios generales y regula los deberes empresariales de protección de la seguridad y salud en el trabajo, así como las responsabilidades derivadas de los riesgos profesionales (arts. 5, 6 y 9)¹⁵, continuando

¹⁵ Sabido es que la DM fija un conjunto de obligaciones del empresario en materia de salud laboral, estableciéndose a su cargo un deber general de "garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo" (art. 5.1), traducida en su obligación de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores (art. 6.1). Deber general de prevención caracterizado por ser un deber *integral* -se proyecta sobre cualesquiera aspectos relacionados con el trabajo-; *irrenunciable* -no le exime del mismo ni el eventual apoyo técnico necesario para aplicarlo (arts. 5.2 y 7.1), ni el incumplimiento de las obligaciones de los

con la ordenación de la participación de los trabajadores en la materia, directamente o a través de sus representantes, a través de cauces de información y consulta (arts. 10 y 11)¹⁶, la formación de los trabajadores (art. 12), las obligaciones preventivas de estos últimos (art. 13), la vigilancia de su salud (art. 14), la protección de colectivos específicos (art. 15), así como la organización de los servicios de prevención en las empresas (art. 7)¹⁷. Además, prevé la existencia de una serie de Directivas específicas

trabajadores (art. 5.3)-; y *dinámico* -requiere su constante adaptación y mejora (art. 6.1.2º)-, que plantea el problema de determinar su alcance o el grado de responsabilidad empresarial que deriva de la obligación general de seguridad, lo que puede llevar a cuestionar si se trata de una obligación de medios o de resultado, susceptible de justificar una responsabilidad objetiva. Sobre esta cuestión se pronunciaría la STJCE 14 jun. 07, Caso Comisión v. Reino Unido e Irlanda del Norte (C-127/05), señalando que lo que establece el art. 5.1 DM es una obligación general de seguridad del empresario, sin que ello determine su responsabilidad objetiva; el hecho de que el empresario no quede exento de responsabilidad por actuaciones externas o por las obligaciones de los trabajadores no permite concluir que exista una concreta forma de responsabilidad en caso de accidentes; máxime cuando la propia DM reconoce la posibilidad de que los Estados miembros limiten la responsabilidad empresarial “por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada” (art. 5.4). Ello niega, en opinión del TJCE, que el legislador europeo pretendiera imponer a los Estados el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva del empresario. Con todo, del precepto se deriva una responsabilidad cuasiobjetiva, porque el deber de diligencia resulta tan extenso y despliega tal entramado de deberes que casi deja sin espacio posible la existencia de un riesgo laboral que no sea imputable a un incumplimiento de deberes preventivos; en la práctica, ello permite presumir la responsabilidad empresarial ante la concurrencia de determinados hechos, salvo prueba en contrario que neutralice tal responsabilidad. El art. 14 LPRL traspone el mandato del art. 5 DM, y en él el “derecho a una protección eficaz” de los trabajadores se traduce en un “deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales”, configurando una obligación contractual de seguridad que ha sido objeto de polémica doctrinal e interpretativa por parte de nuestros Tribunales. La polémica doctrinal sobre si es una obligación de medios o de resultado, pese a la diversidad de argumentos, conduce finalmente a parecidas conclusiones, como tuvimos oportunidad de anticipar en nuestro libro *Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo. Comentarios, jurisprudencia, concordancias, doctrina*. Madrid (Colex), 2002, págs. 129 y ss.). Por lo demás, el TJCE considera, más concretamente, que se incumplen las obligaciones derivadas de la DM cuando no se establece en la legislación interna de un Estado miembro la obligación del empresario de evaluar todos los riesgos para la salud y la seguridad existentes en el lugar de trabajo con arreglo a los fines de la DM, teniendo en cuenta que dichos riesgos evolucionan constantemente en función, entre otros factores, del desarrollo progresivo de las condiciones de trabajo y de las investigaciones científicas en materia de riesgos profesionales, por lo que limitar la evaluación a la tres clases específicas de riesgos mencionados en la DM es contrario a la misma, dado el carácter no exhaustivo de la enumeración contenida en el art. 6.3 DM (STJCE 15 nov. 2001, Caso Comisión v. República de Italia, C-49/2000). Asimismo, en cuanto a las obligaciones *documentales* previstas en el art. 9 DM, si bien se modulan en función de las actividades y el tamaño de las empresas, conviene recordar que el TJCE condenó a quien no garantiza que la obligación de disponer de una evaluación de riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo [art. 9.1.a)] fuera de aplicación en cualesquiera circunstancias a los empresarios con diez o menos trabajadores [STJCE 7 feb. 2002, Caso Comisión v. República Federal de Alemania (C-5/2000)].

¹⁶ Sobre estos derechos puede verse la STJCE 6 ab. 2006, Caso Comisión v. Austria (C-428/04).

¹⁷ Sin perjuicio de las obligaciones atribuidas al empresario, este debe designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales de la empresa o del centro de trabajo, quienes no pueden sufrir perjuicio alguno como consecuencia del desarrollo de tales actividades y han de disponer de un tiempo apropiado para el cumplimiento de sus obligaciones (art. 7.1 y 2). No se exige que tengan una actividad exclusivamente preventivista, admitiéndose diversas fórmulas de compatibilización de actividad laboral y actividad de prevención de riesgos laborales solo limitadas por el principio de eficacia de la acción preventiva y, desde luego, por el principio de competencia o cualificación de tales trabajadores designados. Pero tal designación puede ser insuficiente para organizar las actividades preventivas, por lo que se prevé que el empresario recurra a personas o servicios ajenos a la empresa o centro de trabajo, debiendo informarles sobre los factores, conocidos o probables, de riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores y permitirles el acceso a

(art. 16) que se han venido aprobando con posterioridad. En general, el propósito de la DM es mantener como mínimo el nivel de protección alcanzado en el conjunto de los Estados miembros frente a factores ambientales peligrosos a los que pueden verse expuestos los trabajadores en el lugar de trabajo, con especial atención a no dificultar la creación y desarrollo de las PYMES que era un objetivo que ya formaba parte de las políticas europeas en este ámbito¹⁸.

las informaciones a que se refiere el art. 10 DM (art. 7.3 y 4). Ello significa, en doctrina del TJCE, que la obligación principal del empresario es designar uno o varios trabajadores para desarrollar las actividades preventivas, siendo subsidiario el recurso a personas o servicios ajenos, que se condiciona a la insuficiencia de la designación anterior [S. 22 may. 2003, Caso Comisión v. Luxemburgo (C-441/01)], lo que no siempre es asumido así por los ordenamientos internos, pretendiéndose dar preferencia al modelo organizativo de la prevención en la empresa que se estima más garantista de la protección de la seguridad y salud en el trabajo, aquel que se asegura con medios internos, complementados, cuando fuera necesario y con el alcance oportuno, con medios ajenos. Porque la internalización de la prevención es comúnmente percibida como la que mejor protege el bien jurídico de que aquí se trata. Sean trabajadores designados o personas o servicios externos, han de tener la capacidad y disponer de los medios necesarios para desarrollar su función o las aptitudes y medios personales y profesionales necesarios. Además, tanto unos como otros han de ser suficientes en número para hacerse cargo de las actividades de prevención, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa o centro de trabajo, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores y de su distribución en el conjunto de la empresa o centro de trabajo (art. 7.5). La competencia para definir tanto las capacidades y aptitudes necesarias, cuanto la suficiencia del número de estos recursos preventivos, es materia que se deja a criterio de los Estados miembros (art. 7.8), quienes también han de definir el tipo de empresas en las que el empresario, si reúne las capacidades necesarias, puede asumir personalmente las funciones preventivas, aunque se han de tomar en consideración el carácter de las actividades y el tamaño de la empresa (art. 7.7). En definitiva, la prevención de los riesgos para la seguridad y la salud, cuando no se da asunción empresarial, debe garantizarse por uno o varios trabajadores, mediante un solo servicio o mediante servicios diferentes, ya sean internos o externos a la empresa o centro de trabajo, debiendo colaborar cuando sea necesario (art. 7.6). Se admiten, pues, múltiples fórmulas organizativas de estos servicios, y no se recoge de forma cerrada sus funciones, lo que vuelve a otorgar una considerable discrecionalidad a los ordenamientos internos en el desarrollo de la articulación de los servicios de prevención, sin prejuzgar, siquiera, el carácter vinculante o no para el empresario de las decisiones o acuerdos adoptados en su seno. Es una regulación que utiliza, de forma intencionada e inevitable, conceptos jurídicos indeterminados, aunque determinables, que facilitan la adecuación, conforme a las opciones del derecho interno, a las circunstancias de las empresas y riesgos de que se trate, con una vocación claramente finalista y pragmática que deja amplio margen de actuación a la legislación nacional. Se sigue aquí el esquema típico de las directivas, fijando un resultado para cuya consecución los Estados disponen de amplia libertad, pudiendo ser heterogénea la determinación interna de los medios; ello permite adecuar el mandato comunitario a las eventuales especificidades de los tejidos productivos y marcos laborales de los países europeos, garantizando la flexibilidad necesaria para no terminar provocando el incumplimiento de la obligación y evitando dar al traste con el verdadero deber de organizar la prevención en la empresa que una rígida imposición de un modelo más riguroso, pero excesivamente cerrado, pudiera provocar. El peligro de tal sistema es que deja mayores vías de escape a la más completa y eficaz actividad preventiva, abriendo espacios a la no menos grave situación de cumplimiento meramente nominal de la acción de prevención. Para conjurarlo, el TJCE ha considerado que se incumplen las obligaciones derivadas de la DM en esta materia cuando la legislación estatal permite al empresario decidir si recurre o no a servicios externos de protección o prevención cuando los medios internos de la empresa sean insuficientes, y cuando no define la capacidad y aptitudes exigibles a las personas responsables de las actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales para la salud y seguridad de los trabajadores [STJCE 15 nov. 2001, Caso Comisión v. Italia (C-49/00)]. De modo que la obligación de recurrir a medios ajenos a la empresa es subsidiaria, exigible solo cuando los medios propios son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y prevención, estableciéndose una jerarquía entre las obligaciones que se imponen a los empresarios que deben reflejarse en los derechos nacionales; porque, se reitera, permitir al empresario que opte por organizar las actividades preventivas en el seno de la empresa o recurrir a medios externos a ella no contribuye a garantizar el efecto útil de la DM, constituyendo un incumplimiento de la misma [SSTJCE 22 may. 03, Caso Comisión v. Países Bajos (C-441/01) y 26 ab. 06, Caso Comisión v. Austria (C-428/04)].

¹⁸ Ello no obstante, las previsiones del art. 8.2.1º DM, relativo a la designación de los trabajadores para

3.2. Las Directivas específicas

El citado art. 16 DM contiene un mandato al Consejo, a propuesta de la Comisión, para la adopción de un conjunto de directivas específicas sobre las materias listadas en el Anexo DM, que constituye una lista no cerrada, dada la fórmula utilizada –entre otras-, y que incluye contenidos relativos a los lugares de trabajo, equipos de trabajo, equipos de protección individual, trabajos con equipos provistos de pantalla de visualización, manipulación de cargas pesadas que entrañe riesgos lumbares, obras temporales y móviles, y pesca y agricultura. La cascada de Directivas específicas aprobadas por las instancias comunitarias a lo largo de las dos últimas décadas supone un importante esfuerzo legislativo de alcance europeo que, a día de hoy, exige una labor de simplificación, adaptación y reordenación de un conjunto normativo de gran envergadura que, por su dispersión, obstaculiza su más eficaz ejecución, como reconocen diversas instancias comunitarias. Siguiendo su propia numeración, el conjunto de directivas específicas es el siguiente:

- 1ª. Dir. 89/654/CCE del Consejo, de 30 nov. (DO, 30 dic.), sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo, traspuesta a nuestro derecho interno, fuera de plazo, mediante RD 486/1997, de 14 ab. (BOE, 23).
- 2ª. Dir. 2009/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 sep. (DO, 3 oct., sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo, que deroga la anterior Dir. 89/655/CEE del Consejo, de 30 nov. (DO, 30 dic.), traspuesta a nuestro derecho interno, fuera de plazo, mediante RD 1215/1997, de 18 jul. (BOE, 7 ag.)¹⁹.
- 3ª. Dir. 89/656/CEE del Consejo, de 30 nov. (DO, 30 dic.), sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud laboral para la utilización por los trabajadores de equipos de protección individual, traspuesta, fuera de plazo, por RD 773/1997, de 30 may. (BOE, 12 jun.).
- 4ª. Dir. 90/269/CEE, del Consejo, de 29 may. (DO, 21 jun.), sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañen riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, traspuesta, fuera de plazo, por el RD 487/1997, de 14 ab. (BOE, 23).
- 5ª. Dir. 90/270/CEE, del Consejo, de 29 may. (DO, 21 jun.), sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización, cuya transposición se efectuaría, fuera de plazo, por RD 488/1997, de 14 ab. (BOE, 23).

atender a los primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores es una medida obligatoria, con independencia del carácter de las actividades y del tamaño de la empresa o centro de trabajo, pues aunque es evidente que las PYMEs tienen características propias y necesidades específicas, que pueden influir en las medidas necesarias que han de adoptarse, dichas particularidades no afectan al nivel intrínseco de peligro existente en la empresa y no puede inferirse de éstas que la obligación de designación de trabajadores encargados de aplicar las medidas en cuestión no es aplicable a tales empresas. Las tareas que estos trabajadores deben realizar están relacionadas con acontecimientos que pueden producirse en los lugares de trabajo, con independencia del tamaño de la empresa y/o del establecimiento, siendo obligación del empresario designar a los trabajadores responsables de los primeros auxilios, la lucha contra incendios y la evacuación de los trabajadores, con independencia del tamaño de la empresa y/o del establecimiento así como del carácter de las actividades que en él se ejercen, como declarara la STJCE 6 ab. 2006, Caso Comisión v Austria (C-428/04).

¹⁹ Sobre esta específica normativa pueden verse las SSTJCE 14 jul. 83, Caso Sandoz (C-174/82) y 17 dic. 98, Caso Società italiana petroli ApA (IP) v. Borsana SRL (C-2/97)

- 6ª. Dir. 2004/37/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 ab. (DO, 30), sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo, que deroga la Dir. 90/394/CEE, del Consejo, de 28 jun. (DO, 26 jul.), esta última sería tardíamente transpuesta por RD 665/1997, de 12 may. (BOE, 24), modificado por RRDD 1124/2000, de 16 jun. (BOE, 17) y 349/2003, de 21 mar. (BOE, 5 ab.)²⁰.
- 7ª. Dir. 2000/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 sep. (DO, 17 oct.), sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo, que derogaría la anterior 90/679/CEE, de 26 nov. (DO, 31 dic.); esta última sería tardíamente transpuesta a nuestro ordenamiento por RD 664/1997, de 12 may. (BOE, 24) y OM 25 mar. 98 (BOE, 30)²¹.
- 8ª. Dir. 92/57/CEE, del Consejo, de 24 jun. (DO, 26 ag.), sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud que deben aplicarse en las obras de construcción temporales o móviles, transpuesta fuera de plazo por RD 1627/1997, de 24 oct. (BOE, 25).
- 9ª. Dir. 92/58/CEE, del Consejo, de 24 jun. (DO, 26 ag.), sobre disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y de salud en el trabajo, transpuesta, fuera de plazo, por RD 485/1997, de 14 ab. (BOE, 23)
- 10ª. Dir. 92/85/CEE, del Consejo, de 19 oct. (DO, 28 nov.), sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, siendo, sin duda, la que mayor intervención del TJCE ha requerido²². Esta

²⁰ Véase la STJCE 12 nov. 96, Caso Reino Unido v. Conejo (C-84/94), además de la 17 dic. 98, recién citada.

²¹ Sobre esta normativa y las consecuencias de su falta de trasposición pueden verse las STJCE 14 jun. 01, Caso Comisión v. Austria (C-473/99) y 11 oct. 2001, Caso Comisión v. Austria (C-110/00).

²² Considera a las trabajadoras que se encuentran en tales circunstancias como un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles, lo que exige la adopción de medidas relativas a su salud y seguridad. Vino a desarrollar la excepción prevista por la hoy derogada Dir. 76/207, en virtud de la cual la protección de la maternidad permite excepcionar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, no considerándose discriminatorias las medidas favorables para la mujer que puedan adoptar los Estados miembros a efectos de su protección, por la diferente condición biológica de hombre y mujer. Su contenido es necesariamente ambiguo, por la necesidad de conciliar intereses dispares, asegurando que la protección de su salud no obstaculice la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. En consecuencia, la empresa debe evaluar los riesgos existentes y, en su caso, tomar las medidas adecuadas. Dado que en las empresas y centros de trabajo existen ciertas actividades que pueden entrañar un riesgo específico para las trabajadoras que se encuentran en las situaciones mencionadas, tales actividades han de evaluarse y, si existe riesgo, se han de prever mecanismos de protección alternativos y graduales (art 4). Así, el art. 5 prevé, primero, la modificación de condiciones de trabajo –especialmente, el horario; en este sentido, la trabajadora no puede ser obligada a permanecer o ser adscrita al trabajo nocturno si ello afectara a su salud o la del hijo, lo que debe acreditarse a través de certificación médica y, de ser así, ha de adscribirse a un horario diurno, siempre que sea posible y razonable para la empresa (art. 7); si no es posible o no se neutraliza el riesgo, ha de procederse al cambio de funciones; y, en fin, como solución final, cabe acogerse a la suspensión del contrato de trabajo, mientras dure la situación que la justifica, manteniendo los derechos derivados de su contrato, salvo la retribución (art. 11). Además, debe concederse un permiso ininterrumpido a las trabajadoras por maternidad, fijado en 14 semanas, garantizando una protección económica adecuada por parte de la Seguridad Social, nunca inferior a la reconocida en caso de incapacidad temporal por enfermedad (art. 8) –cuestión sobre la que se han pronunciado las SSTJCE 13 feb. 96, Caso Joan Gillespie y otros v.

directiva se transpuso por el art. 26 LPRL, luego modificado por la LCVF y la LOIMH, y desarrollada por el RD 295/2009, de 6 mar. (BOE, 21), por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural; además, el RD 298/2009, de 6 mar. (BOE, 7), modifica el art. 4 RSP, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia²³.

- 11ª. Dir. 92/91/CEE, del Consejo, de 3 nov. (DO, 28), sobre disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas por sondeos, transpuesta, fuera de plazo, por el RD 150/1996, de 2 feb. (BOE, 8 mar.).
- 12ª. Dir. 92/104/CEE, del Consejo, de 3 dic. (DO, 31), sobre disposiciones mínimas destinadas a mejorar la protección en materia de seguridad y de salud de los trabajadores de las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas, transpuesta, fuera de plazo, por el RD 1389/1997, de 5 sep. (BOE, 7 oct.).
- 13ª. Dir. 93/103/CE, del Consejo, de 23 nov. (DO, 13 dic.), sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca, transpuesta, fuera de plazo, por el RD 1216/1997, de 18 jul. (BOE, 7 ag.) y RD 258/1999, de 12 feb. (BOE, 24), sobre protección de la salud y asistencia médica de los trabajadores del mar.

Northern Health and Social Services Board y otros y 27 oct. 98, Caso Margaret Boyle y otros v. Equal Opportunities Commission (C-411/96)-, así como permisos para exámenes prenatales, sin pérdida de salario (art. 9). Su art. 10 establece expresamente la prohibición de despedir a las mujeres embarazadas por razones inherentes a su estado, así como el mantenimiento de sus derechos vinculados al contrato de trabajo [véanse, sobre esta cuestión, las SSTJCE 27 oct. 94, Caso Ladbroke Racing Limited (C-32/93), 29 may. 97, Caso Handels- og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark, en represe v. Dansk Handel and Service, en representación de Fotex Supermarked, 4 oct. 2001 (2 sentencias), Caso María Luisa Jiménez Melgar v. Ayuntamiento de Los Barrios (C-438/99) y Caso Tele Danmark A/S v. og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark (HK) (C-109/00), 11 oct. 2007, Caso Nadine Paquay v. Société d'architectes Hoet+Minne SPRL (C-460/06) y 29 oct. 2009, Caso Virginie Pontin v. Comalux S.A. (C-63/08), entre otras]. Cuestión esta última sobre la que existe una frontera vidriosa para determinar cuando un despido resulta atentatorio del bien jurídico protegido por esta Directiva o afecta a otros bienes jurídicos igualmente susceptibles de protección, aun de carácter más general. Frontera cuyas lindes se han difuminado aún más por el fuerte impacto de los avances técnicos en materia de reproducción asistida. Así, la STJCE 26 feb. 08, Caso Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner (C-506/06), analiza el despido de una mujer que, sometida a un proceso de fecundación in vitro, es despedida antes de que se produzca la implantación de óvulos; en opinión del TJCE, dicho despido no atenta contra la protección de la maternidad, derivada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, sino que atenta contra el principio de igualdad de trato, siendo, pues, discriminatorio, salvo prueba fehaciente de la justificación de la medida y la inexistencia de todo móvil discriminatorio. Naturalmente, los mínimos de protección de las trabajadoras embarazadas o en situación de parto reciente previstos son susceptibles de mejora por los ordenamientos de los Estados miembros. Pueden verse, además, las SSTJCE 21 oct. 99 Caso Susanne Lewen v. Lothar Denda (C-333/97) y 18 mar 2004, Caso María Paz Merino Gómez v. Continental Industrial del Caucho, S.A. (C-342/01). Quede noticia de que, actualmente, existe una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2008, de modificación de la Dir. 92/85, en la que, entre otras mejoras de la protección que incorporan criterios emanados de las SSTJCE, se propone la ampliación del permiso de maternidad de 14 a 18 semanas.

²³ Dicha normativa es fiel a las previsiones de la DM, cuando no mejora los niveles de protección, estableciendo, por ejemplo, un permiso ininterrumpido de 16 semanas, en lugar de las 14 previstas en la DM.

- 14ª. Dir. 98/24/CE, del Consejo, de 7 ab. (*DO*, 5 may.), sobre protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo, que deroga las Dirs. 80/1107/CEE, del Consejo, de 27 nov. (*DO*, 3 dic.), 82/605/CEE, del Consejo, de 28 jul. (*DO*, 23 ag.) y 88/364/CEE, del Consejo, de 9 jun. (*DO*, 9 jul.), modificada por las Dirs. 2000/39/CE, de la Comisión, de 8 jun. (*DO*, 16); 2006/15/CE, de la Comisión, de 7 feb. 06 (*DO*, 9), por la que se establece una segunda lista de valores límite de exposición profesional indicativos en aplicación de la Directiva 98/24/CE; y 2009/161/UE, del Parlamento y del Consejo, de 17 dic. (*DO*, 19), por la que se establece una tercera lista de dichos valores. Su transposición se lleva a cabo por el RD 374/2001, de 6 ab. (*BOE*, 1 may.).
- 15ª. Dir. 99/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 dic. (*DO*, 28 en. y 17 jun. 2000), sobre disposiciones mínimas para la mejora de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores expuestos a los riesgos derivados de atmósferas explosivas durante el trabajo, transpuesta por el RD 681/2003, de 12 jun. (*BOE*, 18).
- 16ª. Dir. 2002/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 jun. (*DO*, 6 jul.), sobre disposiciones de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores contra los riesgos derivados de los agentes físicos (vibraciones), modificada por Reglamento (CE) 1137/2008, de 22 oct. (*DO*, 21 nov.), transpuesta por RD 1311/2005, de 4 nov. (*BOE*, 5).
- 17ª. Dir. 2003/10/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 feb. (*DO*, 15), sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido), igualmente modificada por el Reglamento (CE) 1137/2008, recién citado, transpuesta, al límite, por RD 286/2006, de 10 mar. (*BOE*, 11).
- 18ª. Dir. 2004/40/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 29 ab. (*DO*, 30), sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (campos electromagnéticos), modificada por Dir. 2008/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 ab. (*DO*, 26), por el Reglamento (CE) 1137/2008, ya citado, y por la Dir. 2012/11/UE, de 19 ab. (*DO*, 24).
- 19ª. Dir. 2006/25/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 5 ab. (*DO*, 27), sobre disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (radiaciones ópticas artificiales), transpuesta por RD 486/2010, de 23 ab. (*BOE*, 24, rect., 6 may.).

Aun sin el carácter de Directiva específica, también conviene dejar constancia, por su importancia en la materia, de las siguientes directivas:

- Dir. 91/383/CEE, del Consejo, de 25 jun. (*DO*, 29 jul.), por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal²⁴. Esta normativa comunitaria sería objeto de

²⁴ Como es sabido, en la década de los 90, la política social comunitaria revelará un especial interés por la protección de la seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales, siendo resultado de tal preocupación la Directiva que se comenta. El trabajo temporal sería objeto de diversas tentativas

tardía transposición por el art. 28 LPRL y, así como por la LETT y el RD 216/1999, de 5 feb. (BOE, 24).

- Dir. 94/33/CE, del Consejo, de 22 jun. (DO, 20 ag.), sobre protección de los jóvenes en el trabajo. Aun sin el carácter de específica, la directiva se ocupa de otro colectivo objeto tradicionalmente de especial atención²⁵. Las prescripciones de esta directiva serían transpuestas, específicamente, por el art. 27 LPRL, a las que han de sumarse las limitaciones establecidas, con carácter general, en los arts. 6, 34.3.3º o 37.1 ET, por ejemplificar.
- Dir. 96/29/EURATOM, del Consejo, por la que se establecen normas básicas relativas a la protección sanitaria de los trabajadores y de la población contra los riesgos que resultan de las radiaciones ionizantes (DO, 29 jun.; rect. 4 dic.), traspuesta por el RD 1836/1999, de 3 dic. (BOE, 31; rect. 26 en y 5 y 9 feb. 2000), por la que se aprueba el Rgto. Sobre instalaciones nucleares y radiactivas, y por el RD 783/2001, de 6 jul. (BOE, 26), por el que se aprueba el Rgto. Sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.
- Dir. 2008/104/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 19 nov. (DO, 5 dic.), sobre el trabajo a través de empresas de trabajo temporal, que vino a establecer, entre otras cuestiones, la necesidad de revisar las restricciones o prohibiciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETTs que se justifica, entre otras limitadas razones, en exigencias de salud y seguridad en el trabajo. Previsión incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por el RDL 10/2010, de 16 jun. (BOE, 17) y la L 35/2010, de 17 sep. (BOE, 18), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
- Dir. 2009/148/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 nov. (DO, 16 dic.), sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al amianto durante el trabajo, que vino a sustituir a la anterior

frustradas, iniciadas en los años 80, para aprobar una Directiva sobre esta materia, que sólo culminarían con la aprobación de la que nos ocupa. Su finalidad era contener el importante número de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que, según las estadísticas comunitarias, afectaban a este tipo de trabajadores, de progresiva mayor presencia en el espacio comunitario y, desde luego, en España. A tal fin, garantiza a los trabajadores temporales el mismo nivel de protección, en cuanto a derechos y garantías fijos en materia de seguridad y salud de los trabajadores. Y ello a través del reconocimiento de derechos de información (art. 3), formación (art. 4) y vigilancia de la salud adecuadas, desde el inicio de la relación laboral (art. 5). A ETTs y empresas usuarias, más concretamente, se imponen obligaciones en materia de información a los trabajadores “en misión”, quienes han de conocer las características del concreto puesto de trabajo, recibiendo la oportuna información. Además, los servicios o personas designados que llevan a cabo las actividades de prevención de riesgos han de ser informados de su presencia en la empresa o centro de trabajo para su adecuada protección.

²⁵ Ciertamente, la tradicional política social comunitaria de prohibición del trabajo infantil [*Carta Social Europea* (1965); *Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales* (1989)] culmina con la Directiva que se comenta, cuyo objetivo es, manteniendo la prohibición del trabajo infantil en su diseño, los menores de 15 años, regular un mínimo exigible para el acceso al trabajo, así como sobre las condiciones en que dicho trabajo se presta por los jóvenes, entre 15 y 18 años. La prohibición del trabajo infantil no es absoluta, admitiéndose en condiciones concretas, como actividades culturales, artísticas, deportivas o publicitarias, siempre con autorización administrativa (art. 4). El trabajo de los jóvenes se somete al cumplimiento de obligaciones concretas por parte del empresario a efectos de proteger su seguridad y salud como, por ejemplificar, la necesidad de evaluar los riesgos que les impiden prestar determinados trabajos, la especial vigilancia de su salud y la información sobre posibles riesgos para su seguridad y salud. Junto a las anteriores obligaciones, se incluyen previsiones relativas al tiempo de trabajo, trabajo nocturno y períodos de descanso diario, incluidas las pausas, semanal y anual.

83/477/CEE, del Consejo, de 19 sep. (DO, 24), que había sido transpuesta por el RD 396/2006, de 31 mar. (BOE, 11 ab.).

Junto a las directivas recién mencionadas, existen otras que presentan un indudable interés en materia de seguridad y salud laboral, como son las siguientes:

- Dir. 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 nov. (DO, 18), sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que refunde y deroga la Dir. 93/104/CEE, del Consejo, de 23 nov. (DO, 13 dic.)²⁶. Esta normativa ha de tenerse por transpuesta por los arts. 34 y ss. ET y RD 1561/1995, de 21 sep. (BOE, 26).
- Dir. 96/71, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 dic. (DO, 21 en. 97), sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios desplazados temporalmente por el empresario, en el desarrollo de su prestación laboral, desde un Estado miembro a otro Estado miembro. Establece la obligación de aplicar la ley del Estado de destino en una serie de materias, entre las que destaca la seguridad y salud en el trabajo y las medidas de protección de las trabajadoras embarazadas, los niños y los jóvenes [art. 3.e) y f)]. Regla general que no debe impedir la aplicación de condiciones de trabajo y empleo más favorables para los trabajadores²⁷.

4. Plazo de transposición y tiempo de silencio [la STJE 26 sep. 1996, Caso Comisión v. España (C-79/1995)]

La intervención normativa de transposición de los Estados miembros dentro del plazo que en cada caso se prevea es el elemento al que se condiciona la aplicabilidad directa de dicha norma. Transposición que se realiza por los poderes y conforme a los instrumentos específicos previstos en cada derecho interno. Esto es, el Estado es libre de elegir el concreto método de transposición de las directivas, con la sola limitación de asegurar que se alcanza su objetivo²⁸, aun cuando el mayor o menor margen de apreciación acerca de la técnica concreta a utilizar depende del contenido de la directiva misma y de su carácter más o menos necesitado de complementación estatal, así como, en su caso, de la previsión en la norma europea de formas o medios concretos para su

²⁶ Su interés radica en que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo (art. 1.1), protegiendo la seguridad y salud de los trabajadores en el medio de trabajo con un planteamiento coincidente con el de la DM, en la medida en que entiende que la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores es un objetivo no subordinado a consideraciones de carácter puramente económico. Su propósito es armonizar las legislaciones nacionales en materia de descanso diario, incluidas las pausas, semanal y anual, así como algunos aspectos relativos al trabajo nocturno y a turnos, estableciendo disposiciones mínimas sobre estas cuestiones, sin perjuicio de facultar a los interlocutores sociales para el establecimiento de excepciones a sus disposiciones, a través de acuerdos o convenios colectivos, facultad esta que conforma un elemento característico y esencial de la directiva que se comenta. Sobre esta directiva, y su íntima relación con la DM, se ha pronunciado el TJCE en diversas ocasiones, como en sus SS 12 nov. 96, Caso Reino Unido v. Consejo; 3 oct. 2000, Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana (C-303/98); 26 jun. 2001, Caso The Quenn v. Secretary of State for Industry (C-173/99); 5 oct. 2004, Caso Bernhard Pfeiffer y otros v. Deutsches Rotes Kreuz, Kresverband Waldshut eV (C-397 a 403/01), entre otras.

²⁷ Sobre ella se han pronunciado las SSTJCE 12 oct. 2004, Caso Wolff and Müller GmbH and Co. KG contra José Filipe Pereira Félix (C-60/03), 14 ab. 2005, Caso Comisión v. Alemania (C-341/02) y 19 jun. 2008, Caso Comisión v. Luxemburgo (C-319/06).

²⁸ Sobre la cuestión, véase la STJCE 4 jun. 09 Caso Finanzamt Düsseldorf-Süd v. Vermietungsgesellschaft mbH and Co. (C-102/08).

ejecución. De no existir restricciones de tal tenor en el texto de la directiva, hay que admitir como válida tanto la transposición efectuada mediante la aprobación de normas nacionales que incorporan las disposiciones de la directiva, como la técnica de la remisión o reenvío a la norma comunitaria. Segunda fórmula esta que presenta inconvenientes, porque casi siempre el contenido de la directiva requiere adaptaciones al sistema interno y porque dificulta el conocimiento por los ciudadanos del instrumento normativo europeo, así como la labor del intérprete, de ahí la preferencia por la técnica de transposición, que combina el respeto a la literalidad y significado de la directiva con su integración e incorporación material y formal al derecho nacional, revisando el conjunto normativo interno que afecta a la materia. Por el contrario, no es necesaria la recepción de la directiva mediante una norma interna de transposición cuando el ordenamiento del Estado miembro ya cuenta con una legislación sustancialmente coincidente con ella o cuando contenga un mandato de abstención o no hacer, que no reclama una actividad normativa sino un espacio de no intervención.

Con todo, recuérdese que la especial naturaleza de las directivas y su obligación de transposición no niega el carácter vinculante para el Estado del resultado a alcanzar, que debe garantizarse en la complementación normativa que está llamado a realizar. Para ello, normalmente los Estados disponen de un plazo de ejecución que las propias directivas suelen determinar, como lo hace la DM que aquí importa, sin perjuicio de que, de no existir plazo, el Estado tampoco se desvincula de su obligación de transposición, aun disponiendo de un margen indefinido para efectuarla, que implica no poder considerársele incumplidor de su obligación, dificultando, pues, la aplicación de la directiva. Pero la previsión de plazo provoca que, superado el mismo, quepa recurrir por incumplimiento ante el TJCE, como preveían, para el caso que nos ocupa, los arts. 226 y 227 TCEE, para reaccionar contra la falta de ejecución de la directiva. Recurso insuficiente, porque, aun declarado el incumplimiento, no se asegura en el Estado reprobado la efectiva aplicación de la directiva (art. 228 TCEE).

Centrándonos ya en la norma que interesa, sabido es que la DM sería transpuesta a nuestro derecho interno por la LPRL, tras un proceso de elaboración ciertamente complejo y dilatado en el tiempo, que determinaría la amplia superación del plazo de transposición impuesto por aquella. En efecto, el plazo previsto en el art. 18 DM, rotulado como disposición final, para la puesta “en vigor de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento” a la DM era, “a más tardar el 31 de diciembre de 1992”, esto es, el retraso se prolonga casi tres años. Ciertamente, promulgada la LPRL en noviembre de 1995, ello suponía, en la práctica, casi duplicar el plazo previsto por la norma comunitaria para la necesaria intervención estatal, sin que, en este caso, fuera posible dar por cubiertas las previsiones normativas contenidas en la DM por disposiciones internas ajustadas a sus contenidos y fines. Dicha dilación temporal, más explicable en clave interna por el deseo del legislador y gobierno del momento de obtener un producto normativo pactado con los agentes sociales, como en no pocas ocasiones anteriores, que por una dejación de sus obligaciones, tendría un efecto dominó que culminaría, finalmente, en la condena por parte del TJCE por incumplimiento en la transposición de algunas directivas específicas derivadas de la DM, hecho este último que determinaría la condena en costas de España declarada por dicho Tribunal, consecuencia del incumplimiento, a través de la sentencia enunciada. Porque, en efecto, como se anticipó, la DM contenía la previsión de adopción de directivas específicas sobre un amplio conjunto de materias. La falta de sincronía entre la actividad legislativa del Consejo y nuestro legislador sería determinante para que la falta de transposición en plazo de la DM condicionara la

sucesiva falta de transposición de algunas de aquellas directivas específicas, como la 1ª, 2ª –en su versión inicial-, 3ª a 5ª y 6ª, también en su versión inicial, siendo la falta de transposición de estas últimas el motivo de condena.

Ya en 1993 la Comisión había iniciado procedimientos de infracción contra los Estados miembros que no habían comunicado a su debido tiempo la legislación nacional por las que se procedía a la transposición de las directivas. Como consecuencia de estos procedimientos, la mayoría de esos Estados aceleraron sus esfuerzos legislativos y adoptaron las medidas legislativas necesarias para transponer dichas directivas antes de llegar a las últimas fases de los procedimientos de infracción; tan solo en el caso de España aquellos procedimientos iniciados por falta de comunicación de las medidas nacionales para la transposición de las directivas específicas llevaron al pronunciamiento del Tribunal europeo contenido en la STJCE 26 sep. 96²⁹.

Según el relato de hechos contenido en la sentencia, de la que fue ponente John Loyola Murray, el 16 mar. 95, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso recurso de incumplimiento³⁰, conforme al art. 169 TCCE, a efectos de que se declarara que España había incumplido las obligaciones de su incumbencia en aplicación de la DM y de las directivas específicas mencionadas, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para el cumplimiento de aquellas³¹. La Comisión, en su escrito de alegaciones, recordaría que, conforme al art. 189.3º TCE, “las Directivas obligan a los Estados miembros destinatarios en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios que deban utilizarse”, y que los Estados miembros están obligados a “adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de

²⁹ Véase, sobre estas circunstancias, la Comunicación COM(2004)62, de 5 feb.

³⁰ Como ha reiterado la doctrina del TJCE en el marco del procedimiento por incumplimiento corresponde a la Comisión probar la existencia del incumplimiento alegado y aportar al Tribunal los datos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de dicho incumplimiento, sin que la Comisión pueda basarse en cualquier presunción. Pueden verse, sobre la cuestión, las SSTJCE de 25 de mayo de 1982, Caso Comisión v. Países Bajos (C-96/81); 20 mar. 90, Caso Comisión v. Francia (C-62/89); 29 may. 97, Caso Comisión v. Reino Unido (C-300/95); 9 sep. 1999, Caso Comisión v. Alemania (C-217/97) y 12 may. 2005, Caso Comisión v. Bélgica (C-287/03); 6 ab. 2006, Caso Comisión v. Austria (C-428/04); 14 jun. 2007, Caso Comisión contra Reino Unido e Irlanda del Norte (C-127/05). Porque, como también declara el Tribunal, aun en materias diversas de las mencionadas, la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente que sus disposiciones se reproduzcan formal y textualmente en otra disposición legal o reglamentaria expresa y específica, bastando un contexto jurídico general, a condición de que asegure efectivamente la plena aplicación de la directiva de un modo bastante claro y preciso, pues para garantizar la seguridad jurídica es especialmente importante que las disposiciones de una directiva sean ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa a fin de que los particulares disfruten de una situación jurídica clara y precisa que les permita conocer la plenitud de sus derechos y obligaciones [así, las SSTJCE 13 mar. 97, Caso Comisión v. Francia (C-197/1996) y 15 nov. 01, Caso Comisión v. Italia (C-49/2000)].

³¹ La existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado y los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el TJCE, aun cuando constituyan una adaptación correcta a la Directiva objeto del recurso por incumplimiento; así, las SSTJCE 30 nov. 00, Caso Comisión v. Bélgica (C-384/99); de 12 dic. 2000, Caso Comisión v. Portugal (C-435/99); 7 dic. 00, Caso Comisión v. Reino Unido (C-69/99); 8 mar. 2001, Caso Comisión v. Francia (C-266/99); 15 mar. 01, Caso Comisión v. Francia (C-147/00); 14 jun. 01, Caso Comisión v. Austria (C-473/1999); 11 sep. 01, Caso Comisión v. Alemania (C-71/1999); 11 oct. 2001 (dos sentencias), Comisión v. Austria (C-110 y 111/00); 4 jul. 02, Caso Comisión v. Grecia (C-173/01); 13 mar. 03, Caso Comisión v. España (C-333-2001); 16 dic. 04, Caso Comisión v. Austria (C-358/03) y 28 ab. 2005 (dos sentencias), Casos Comisión v. España (CC-31/04 y 157/04).

las obligaciones derivadas del Tratado o resultantes de los actos de las Instituciones” (art. 5 TCE). Obligación que reiteran, expresamente, tanto la DM, como las específicas mencionadas³², al señalar que la fecha para el efectivo cumplimiento de las obligaciones derivadas de tal conjunto normativo era el 31 dic. 92, debiendo informar de su cumplimiento inmediatamente a la Comisión.

El flagrante incumplimiento del plazo de transposición del conjunto normativo de referencia sería reconocido inevitablemente por el propio Gobierno español, quien, no obstante, alegaría en su descargo la presentación de un proyecto de ley³³, cuya finalidad era, precisamente, proceder a la adaptación del Derecho interno tanto a la DM como a otras Directivas, invocando, expresamente, la 92/85/CEE del Consejo (10ª específica) y otras relacionadas con la materia, como las citadas 94/33/CE y 91/383/CEE, ambas del Consejo, afirmando, al tiempo que, una vez aprobada la Ley de adaptación al derecho interno de la DM, las directivas específicas cuyo incumplimiento se le imputaba serían objeto de desarrollo mediante RD, añadiendo la coletilla del “sin perjuicio de las disposiciones ya vigentes”, en una referencia implícita a la vieja OGSHT de 1971 que, como queda dicho, ni por aproximación podía siquiera asimilarse a la filosofía y contenido de la DM.

Conviene reparar en que el Gobierno español omitía algunas circunstancias de contexto que, sin duda, ofrecen una explicación complementaria y tal vez más cabal a la diletancia en la transposición. Sin duda, el anunciado carácter de norma pactada de la LPRL, fruto de propuestas y contrapropuestas sindicales, acompañadas, frecuentemente, de discusiones con un punto de bizantinismo sobre aspectos nominales, tales como la pertinencia o no de hablar de prevención de riesgos laborales o de seguridad y salud en el trabajo, o, incluso, sobre si la salud debía ser prioritaria respecto de la seguridad, junto a no pocas reticencias de sectores empresariales sobre los diversos proyectos de transposición de la DM, cuando no sobre su propio contenido, contribuirían de forma significativa a la dilación del proceso y, en última instancia, al incumplimiento del plazo. Si a ello se añade el solapamiento del debate político, social y legislativo sobre la reforma laboral de 1994, estimada prioritaria por algunos sectores, se entenderán mejor las razones del retraso. Y ello al margen de que, desde una perspectiva estrictamente comunitaria, todo lo anterior fuera irrelevante, debiéndose recordar aquí la reiterada doctrina del TJCE en virtud de la cual un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva³⁴. De

³² Véanse los arts. 18.1 DM, 10.1 Dirs 89/654, 89/655 y 89/656, 9.1 Dir. 90/269, 11.1 Dir. 90/270 y 19.1 Dir. 90/394.

³³ *Proyecto de Ley de Prevención de Riesgos Laborales (BOCG, de 12 en. 95)*

³⁴ Pueden verse, en este sentido, aun para circunstancias diversas de las mencionadas, las SSTJCE de 6 ab. 95 (C-147/94), Caso Comisión v. España; 6 jul. 95 (C-259/94), Caso Comisión v. Grecia; 2 may. 96 (C-235/95), Caso Comisión v. Alemania; 17 oct. 96 (C-312/95), Caso Comisión v. Luxemburgo; 12 dic. 96 (dos sentencias; C-297/95 y C-298/95), Casos Comisión v. Alemania, en las que se invoca la competencia de los Laender sobre la materia necesitada de transposición, porque las situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluso las derivadas de su organización federal, no permiten justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva, como afirman las SSTJCE de 15 oct. 98 (C-326/97), Caso Comisión v. Bélgica; 13 ab. 00 (C-274/98), Caso Comisión v. España; 6 jul. 00, (C-236/99); 8 mar. 01, Caso Comisión v. Portugal (C-276/98); 11 oct. 01, Caso Comisión v. Austria (C-111/00); 16 dic. 04, Caso Comisión v. Austria (C-358/03); 28 ab. 05 (dos sentencias), Casos Comisión v. España (CC-31-04 y 157/04). Porque, si bien, en el orden interno, cada Estado miembro goza de libertad para atribuir, como considere oportuno, las competencias normativas, no es menos cierto que, en virtud del art. 226 CE, es el único responsable, frente a la Comunidad, del cumplimiento

igual modo que, por aludir a posibles justificaciones del incumplimiento estatal de las obligaciones que le competen en relación con las directivas, el TJCE tiene declarado que el conjunto de los documentos presentados por un Estado miembro debe poner de manifiesto, en cualquier caso, un plan conjunto que refleje un planteamiento global y coherente³⁵, incumpliendo su obligación de elaborar un programa global con vistas a la consecución de determinados objetivos mediante actuaciones materiales parciales o normativas fragmentarias³⁶; a lo que añade también que, aun cuando un comportamiento estatal consistente en una práctica administrativa contraria a las exigencias del Derecho comunitario puede constituir un incumplimiento a efectos del art. 226 TCE, dicha práctica debe presentar un grado suficiente de continuidad y generalidad³⁷.

En estas circunstancias, casi una semana después de su publicación en el BOE el Gobierno español, con fecha 16 nov. 95, remite copia al TJCE de la LPRL, por la que se adapta el Derecho interno la DM, lo que provoca un escrito de la Comisión, de 15 feb. 96, en el que desiste de su recurso en lo referente a la DM, pero mantiene su argumentación sobre la falta de adaptación al Derecho interno, dentro del plazo señalado, de las Dirs. 89/654, 89/655, 89/656, 90/269, 90/270 y 90/394, solicitando al TJCE la condena en costas de España. Tal es la pretensión que estima dicho Tribunal: la no adopción en plazo de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento al resto de Directivas citadas, condenando en costas a España, conforme a las previsiones del art. 69.2 del Reglamento de Procedimiento, según el cual la parte que pierda el proceso será condenada en costas.

5. La vocación expansiva de la DM y otras cuestiones de interés [la STJCE(2ª) de 12 en. 2006, Caso Comisión v. España (C-132/04)]

La sentencia de referencia nos sitúa ante tres problemas de diferente signo. Uno, de carácter material, relativo a la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la DM; otro, de carácter temporal, que afecta al plazo de transposición de las directivas comunitarias y las consecuencias de su incumplimiento; y, finalmente, un tercero, formal, relativo a los instrumentos, adecuados o no, para proceder a la trasposición de las directivas. En la medida en que, al hilo del comentario de la sentencia anterior ya nos hemos pronunciado sobre la cuestión temporal, nos centraremos ahora en las dos restantes.

La DM, contemplada desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, tiene una clara vocación universalista, al afectar a “todos los sectores de actividades, públicas o privadas”, salvo que resulte inaplicable por oponerse a ello “de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública”, sin perjuicio de que, en tales circunstancias, deba velarse para asegurar la seguridad y salud de los trabajadores “en la medida de lo posible” (art. 2). Con esa salvedad, la protección de la seguridad y salud ha de ser similar en el sector privado y en el público.

de las obligaciones que resultan del Derecho comunitario, según las SSTJCE 10 jun. 04, Caso Comisión v. Italia (C-87/02); 16 dic. 04, Caso Comisión v. Austria (C-358/03).

³⁵ Así, las SSTJCE de 17 oct. 91, Caso Comisión v. Alemania (C-58/89); 21 en. 99, Caso Comisión v. Bélgica (C-207/97); y 8 mar. 01 (dos sentencias), Casos Comisión v. Francia (C-266/99 y C-97/00).

³⁶ Así, las SSTJCE de 28 may. 98, Caso Comisión v. España (C-298/97) y 8 mar. 01 (dos sentencias), recién citadas.

³⁷ Véanse las SSTJCE de 29 ab. 04, Caso Comisión v. Alemania (C-387/99); 26 ab. 05, Caso Comisión v. Irlanda (C-494/01); y 12 may. 05, Caso Comisión v. Bélgica (C- 287/03).

Sobre el alcance de esa zigzagueante delimitación del ámbito aplicativo de la DM ya había tenido oportunidad de pronunciarse el TJCE en diversas ocasiones, contribuyendo a establecer criterios sobre la eventual inaplicación de la DM a concretas actividades en la función pública³⁸. En síntesis, el TJCE consideraba que las excepciones contempladas en el art. 2.2 debían ser objeto de interpretación restrictiva, dado que su fundamento no radicaba tanto en la pertenencia de los sujetos afectados a las actividades mencionadas, cuanto, exclusivamente, a ciertos cometidos específicos de tales sujetos, justificándose la exclusión precisamente por la necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad. Como ha afirmado el propio TJCE en las sentencias citadas, la aplicación de la excepción prevista exige el concurso de “acontecimientos excepcionales” en los que “el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que esta pueda alcanzarse”, siendo necesaria la adopción de “medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido” de tener que observarse todas las normas contenidas en la DM.

Con estos antecedentes, la STJCE(2ª) de 12 en. 2006, Caso Comisión v. España (C-132/04), de la que fue ponente Romain Schintgen, vino a incidir, nuevamente, en la precisión del ámbito de aplicación subjetivo de la DM, considerando inadecuada la transposición que, en este punto, había realizado el legislador español a través de la LPRL. El problema planteado, sintéticamente expuesto, era dilucidar si las previsiones contenidas en el art. 3 LPRL, en su versión original, se adecuaban a lo establecido por el art. 2 DM; o, dicho sea más claramente, si la exclusión del personal no civil al servicio de las Administraciones públicas -fuerzas armadas, policía o servicios de protección civil-, derivado del tenor literal del primero de los artículos citados encajaba en la previsión del segundo, cuestión que ya había planteado dudas interpretativas dentro de la doctrina³⁹. Para resolver la duda, la Comisión de las Comunidades Europeas interpuso recurso por incumplimiento, conforme a las previsiones del art. 226 TCE, en fecha 11 mar. 2004, solicitando al TJCE la declaración del incumplimiento de las obligaciones de España en virtud de los arts. 10 y 249 TCE y de la DM, en lo relativo al personal no civil de las Administraciones Públicas, por no haber adaptado, o haberlo hecho solo parcialmente, su ordenamiento jurídico interno a los arts. 2.1 y 2, y 4 DM.

Conviene recordar que el tenor literal del art. 2 DM define su ámbito de aplicación, afirmando, en su núm. 1, que “se aplicará a todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.)”, matizando, en su núm. 2, que “no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades

³⁸ Así, en sus SSTJCE de 3 oct. 2000, Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) v. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana (C-303/98), en la que considera incluida dentro del ámbito de aplicación de la DM la actividad de los médicos de Equipos de Atención Primaria. También sobre el efecto directo de determinados preceptos de la D. 93/104, que confieren a los particulares derechos concretos, SSTJCE 5 oct. 2004, Caso Pfeiffer y otros, asuntos acumulados (C-397/01, C-403/01) y ATJCE 14 jul. 2005, Caso Personalrat der Feuerwehr Hamburg contra Leiter der Feuerwehr Hamburg (C-52/04).

³⁹ En nuestra opinión, lo relevante a efectos de la exclusión no era tanto “la cualidad de tal del funcionario público o su simple pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, CCAA o entidades locales”, cuanto “el tipo de actividades que realiza y el riesgo inherente que las mismas conlleva, si resulta inconciliable con la legislación preventiva” (*Ley de Prevención de Riesgos Laborales y normativa de desarrollo...*, cit., págs. 58-59).

inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil”, en cuyo caso, no obstante, “será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible”, habida cuenta los objetivos de la DM. Por su parte, el art. 4 DM obliga a los Estados miembros a adoptar “las disposiciones necesarias para garantizar” que empresarios, trabajadores y los representantes de estos se sujeten a las disposiciones jurídicas necesarias para la aplicación de la DM, garantizando, en particular, un control y una vigilancia adecuados. Para ello, y conforme a las ya conocidas previsiones del art. 18.1 DM, dichos Estados han de promulgar “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias” para cumplir lo dispuesto en la DM, “a más tardar el 31 de diciembre de 1992”, cuestión esta última que ya ha sido objeto de atención.

En cumplimiento de tales previsiones, la LPRL, en la versión original de su art. 3, fijaría su ámbito de aplicación y el de sus normas de desarrollo, proyectándolo tanto sobre “las relaciones laborales” reguladas en el ET, cuanto sobre “las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal *civil* al servicio de las Administraciones públicas”, con las peculiaridades que, para estas segundas, se establecen en la propia LPRL o en sus normas de desarrollo. Añadiendo el precepto, en este su núm. 1, que la “referencia a trabajadores y empresarios”, incluye, en lo que aquí interesa, “de una parte, el personal *civil* con relación de carácter administrativo o estatutario y la Administración pública para la que presta servicios”, conforme a las previsiones de la DA 3ª LPRL. Por su parte, el núm. 2 de este artículo excluiría del ámbito aplicativo de la LPRL a “aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de: policía, seguridad y resguardo aduanero; servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública”, aun cuando la LPRL ha de inspirar “la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades”. Si bien se mira, el esquema formal de la regulación contenida en el art. 3 LPRL se adecuaba, desde esa perspectiva formal, al mandato del art. 2 DM, pero en términos materiales incurre, expresamente, en el error de circunscribir su ámbito de aplicación al personal *civil* de las Administraciones públicas.

El problema, pues, quedaba circunscrito al hecho de que la LPRL limitara su ámbito de aplicación al personal civil al servicio de las Administraciones públicas, excluyendo, en bloque, al personal no civil al servicio de dichas Administraciones. Para intentar sortearlo, el Gobierno español invocaría un conjunto normativo que, derivado de las previsiones de la LPRL en la fijación de su ámbito de aplicación, afectaban al personal al servicio de las Administraciones públicas⁴⁰.

⁴⁰ Conjunto normativo integrado por el RD 1488/1998, de 10 jul. (*BOE*, 17; rect. 31), de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado; el RD 1932/1998, de 11 sep. (*BOE*, 18), de adaptación de los capítulos III y V de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al ámbito de los centros y establecimientos militares; el RD 1449/2000, de 28 jul., por el que se modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio del Interior (*BOE*, 29 jul. 2000; rect. 23 sep.); la OM de 6 jun. 97, sobre responsabilidad de los servicios de sanidad en lo que respecta a la inspección médica de la Guardia Civil y del servicio de Psicología en lo concerniente a los estudios y a la acción psicosocial individual y colectiva; la Circular 1/2000, de 16 ab., relativa a la campaña de salud integral en el cuerpo de la Guardia Civil; y las Instrucciones de la Dirección de la Seguridad del Estado, sobre utilización de armas de fuego por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, adoptada en abril de 1983, y sobre formación e instrucciones de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en el uso

En el procedimiento previo administrativo⁴¹, la Comisión, en escrito de 25 oct. 2000, había requerido a España para que presentara sus observaciones sobre el problema planteado dentro de un plazo de dos meses, a lo que respondieron las autoridades españolas en fecha 19 en. 2001; respuesta que no satisfizo a la Comisión y provocaría que, el 23 en. 2002, aquella dirigiera un dictamen motivado a España, instando la adopción de las medidas necesarias para atenerse a la DM, en un plazo de dos meses a partir de la notificación de dicho dictamen. La contestación de España, en fecha 11 ab. 2002, ponía de manifiesto, en opinión de la Comisión, que no se habían adoptado las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones, lo que la llevaría a interponer el recurso de incumplimiento ante el TJCE.

En opinión de la Comisión, y así lo alegó ante el TJCE, el art. 2.2 DM no constituye más que una excepción en su ámbito de aplicación que debe interpretarse, conforme a reiterada jurisprudencia del TJCE, de manera estricta; de suerte que dicha DM se aplica a todos los sectores de actividades y solo las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas en la función pública pueden justificar su exclusión del ámbito de aplicación de la DM. En opinión conocida de la Comisión, el legislador comunitario utiliza un criterio basado en la naturaleza de las actividades de que se trata y no en categorías enteras de trabajadores, por lo que cabe prever excepciones a las normas de protección establecidas en dicha DM no en función de las previsiones de la legislación nacional –en este caso, el ET–, sino sólo en función de las misiones específicas realizadas por algunos de aquellos trabajadores. Afirma la Comisión, con buen criterio, como se verá, que las disposiciones nacionales invocadas por el Gobierno español no garantizan una adaptación completa de nuestro derecho interno a la DM, toda vez que la, manifestamente, la LPRL no resultaba aplicable al personal militar ni, en consecuencia, a la Guardia Civil, ni, con carácter general, al personal no civil de las Administraciones Públicas.

A lo anterior se suma el hecho de que ninguna otra normativa específica en materia de protección de la salud y la seguridad en el trabajo resultaba aplicable a dicho personal. En efecto, a la Comisión no pasa desapercibida la circunstancia de que tanto el

del arma, de abril y octubre de 1983, respectivamente.

⁴¹ El objetivo de este procedimiento, contemplado en el art. 226 TCE, es dar al Estado miembro interesado la ocasión de cumplir sus obligaciones derivadas del Derecho comunitario o de formular adecuadamente las alegaciones que, en su defensa, estime pertinentes frente a las imputaciones de la Comisión (así, la STJCE 13 dic. 01, Caso Comisión v. Francia (C-1/2000); la regularidad de dicho procedimiento administrativo previo constituye una garantía esencial querida por el Tratado, no sólo para la protección de los derechos del Estado miembro de que se trate, sino también para garantizar que el posible procedimiento contencioso tenga por objeto un litigio claramente definido. En efecto, sólo a partir de un procedimiento administrativo previo regular el procedimiento contradictorio ante el Tribunal de Justicia permite a éste apreciar si el Estado miembro ha incumplido efectivamente las obligaciones precisas cuya infracción alega la Comisión (así, ATJCE de 11 jul. 95, Caso Comisión v. España (C-266/1994) y STJCE 9 nov. 99, Caso Comisión v. Italia (C-365/97). Así, aunque, en principio, las pretensiones contenidas en el recurso no pueden ampliarse más allá de los incumplimientos alegados en el escrito de requerimiento y en las conclusiones del dictamen motivado, no es menos cierto que, cuando durante el procedimiento administrativo previo se produce una modificación del Derecho comunitario, la Comisión está legitimada para instar la declaración de un incumplimiento de las obligaciones cuyo origen se encuentra en la versión inicial de una directiva, posteriormente modificada o derogada, que hayan sido mantenidas por las disposiciones nuevas (así, la STJCE de 9 nov. 99, citada. Por el contrario, el objeto del litigio no puede ampliarse a obligaciones que se derivan de la nueva versión de una directiva que no tengan equivalente en la versión anterior de dicha directiva, so pena de incurrir en un vicio sustancial de forma en cuanto a la regularidad del procedimiento por el que se declare el incumplimiento [así, las SSTJCE 9 nov. 99, Caso Comisión v. Italia, recién citada y 10 ab. 2003. Caso Comisión v. Portugal (C-392/1999)].

RD 1488/1998, como el RD 1932/1998, incluyen en su ámbito de aplicación, exclusivamente, al personal civil, aunque este preste sus servicios en el ámbito de la Administración militar, como se deriva de la segunda de las normas citadas. Ni el hecho de que las Circulares e Instrucciones invocadas por el Gobierno español carezcan de carácter vinculante alguno y, en consecuencia, no sean instrumentos adecuados para la adaptación del ordenamiento interno a la DM, cuando no se refieren más a la organización de la estructura administrativa de los servicios que al contenido de las normas en materia de protección de la salud y la seguridad en el trabajo. Ni, en fin, el hecho de que, en el momento de que se trataba, aún no se había adoptado el Proyecto de RD por el que se regulaba la aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, invocado por el Gobierno español, y que, en todo caso, no abarca materialmente a la totalidad del personal no civil de la Administración Pública española, resultando insuficiente para suplir el carácter incompleto de la adaptación del ordenamiento jurídico español a la DM.

Frente a este planteamiento, el Gobierno español, ignorando o desatendiendo criterios ya establecidos por el TJCE y esbozados por la propia Comisión, alegaría que las particularidades inherentes a las fuerzas armadas y a la policía impedirían la aplicación de la DM a tales categorías de personal, afirmando que las peculiaridades de la Guardia Civil, como órgano armado de naturaleza militar, no permitían asimilar su régimen jurídico al del resto de trabajadores al servicio de la Administración Pública; abundando en su error, añadía que, a la espera de la adopción de una regulación específica, el personal de la Guardia Civil se encontraba ya protegido por todo un conjunto de disposiciones administrativas, encontrándose en fase de tramitación, pendiente solo del preceptivo dictamen del Consejo de Estado, un Proyecto de RD “por el que se regula la aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil de la normativa sobre prevención de riesgos laborales”.

Así planteado el contencioso, el TJCE recordaba que, tanto el objeto de la DM -promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo-, como el tenor literal de su art. 2.1, permiten concluir que su ámbito de aplicación ha de interpretarse de manera amplia y, en consecuencia, las excepciones previstas en el art. 2.2.1º han de ser objeto de interpretación restrictiva, por referirse a determinadas actividades específicas en la función pública destinadas a garantizar el orden y la seguridad públicos indispensable para un desarrollo armonioso de la vida en sociedad, siguiendo, con ello, planteamientos ya expresados en decisiones anteriores⁴², limitándose su alcance a lo que resulte estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que, según la DM, pueden proteger los Estados miembros⁴³. O, dicho de otra forma, esas excepciones solo caben con el fin de garantizar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad, salud y orden público en

⁴² Véase, en el mismo sentido, la STJCE 3 oct. 2000, Caso Simap v. Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana (C-303/98) y el ATJCE 3 jul. 2001, Caso CIG v. SERGAS (C-241/99), ambas sobre inclusión en el ámbito de aplicación de la DM de los Equipos de Atención Primaria; y la STJCE 5 oct. 2004, Caso Pfeiffer y otros (C-397/01 a C-403/01), sobre los servicios de socorro de emergencias, y el ATJCE 14 jul. 2005, Personalrat der Feuerwehr Hamburg (C-52/04), sobre la exclusión solo en determinadas actividades específicas de los servicios de protección civil –actividades de socorro a heridos o enfermos y servicio público de bomberos- de dicho ámbito aplicativo; más recientemente, la STJCE 14 oct. 2010, Caso Union Syndicale “Solidaires Isère” (C-428/09).

⁴³ Véase la STJCE 5 oct. 04, Pfeiffer y otros, citada, y el ATJCE 14 jul. 05 Personalrat der Feuerwehr Hamburg, también citado.

caso de circunstancias de gravedad importancia excepcional⁴⁴. Al tiempo, el TJCE insistiría en que el criterio utilizado por el legislador comunitario para determinar el ámbito de aplicación de la DM no se basa en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividades contemplados en su art. 2.2.1º, considerados globalmente, como las fuerzas armadas, la policía y el servicio de protección civil, sino solo en la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores, que justifica una excepción a las normas dictadas por la DM, en base a la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad⁴⁵. Esto es lo que justifica la excepción aplicativa de la normativa preventiva en el conflicto de bienes jurídicos tutelados que representa, de una parte, la garantía de seguridad de la colectividad, y, de otra, la seguridad del personal obligado a garantizar aquella, cuya prevalencia pondría en peligro la primera. Así, ese choque de intereses tutelados y la preferencia por uno de ellos es lo que justifica la inaplicación de la DM, lo que, en sentido contrario, cuando ese conflicto no surge por tratarse de personal con funciones profesionales que, aun dentro de dichos ámbitos, no se dirigen a preservar aquellos intereses de la colectividad, la inaplicación de la norma decae.

En consecuencia, en estos casos cabe aplicar la DM, dado que dichos cometidos se realizan en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata, aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza, imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad y/o su salud⁴⁶. Por el contrario, la excepción del art. 2.2 DM solo puede aplicarse en caso de “acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse”⁴⁷. Si acontecimientos excepcionales requirieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, la salud o la seguridad colectiva, cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido de observarse todas las normas contenidas en la DM, “la necesidad de no poner en peligro las imperiosas exigencias de preservación de la seguridad y de la integridad de la colectividad, habida cuenta de las características que revisten algunas actividades específicas, debe prevalecer transitoriamente sobre el objetivo” de la DM, que es garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores⁴⁸. Pero, aun en una situación excepcional de esta índole, el art. 2.2.2º DM exige a las autoridades competentes que velen para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas “en la medida de lo posible”⁴⁹.

En base a esos precedentes, el TJCE señala que el art. 3.1 LPRL, en su versión original, se refería únicamente al personal civil de las Administraciones Públicas, como reconoce expresamente el Gobierno español, al afirmar que el art. 3.2 LPRL excluye de su ámbito de aplicación las actividades de policía, seguridad y resguardo aduanero, y no solo determinados cometidos en estos sectores de actividades que, por su naturaleza

⁴⁴ Como afirma la STJUE 3 may. 2012, Caso Neidel (C-337/10).

⁴⁵ Como ya había hecho en su ATJCE 14 jul. 05 citado.

⁴⁶ Véase, nuevamente, el ATJCE 14 jul. 05 citado.

⁴⁷ También, el ATJCE 14 jul. 05 citado.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ De nuevo, el ATJCE 14 jul. 05 citado.

específica, pudieran justificar tal excepción, sin que los RRDD 1488/1998 y 1932/1998, invocados por el Gobierno español, se apliquen al personal no civil de las Administraciones Públicas. Ello determina la existencia de un vacío jurídico debido a la falta de normativa específica aplicable al personal no civil, que, en modo alguno, puede entenderse colmado por las Circulares e Instrucciones invocadas en su momento por el Gobierno español. Y es que las disposiciones de una directiva deben ejecutarse con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, de suerte que las meras prácticas administrativas, por naturaleza susceptibles de ser modificadas discrecionalmente por la Administración, y carentes de una publicidad adecuada, en modo alguno pueden considerarse constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones derivadas del derecho comunitario, al mantener, para los sujetos de derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a la extensión de sus derechos y obligaciones en los ámbitos regulados por dicho ordenamiento jurídico⁵⁰.

En este contexto, tampoco el resto de disposiciones invocadas por las autoridades españolas, relativas a la organización de la estructura administrativa de los servicios y no al contenido de las normas en materia de protección de la salud y la seguridad en el trabajo, constituyen medidas apropiadas de adaptación del ordenamiento interno a la DM. Más concretamente, por lo que se refiere al Proyecto de Real Decreto por el que se regula la aplicación al Cuerpo de la Guardia Civil de la normativa sobre prevención de riesgos laborales invocado por el Gobierno español, el TJCE se limita a recordar la reiterada jurisprudencia en virtud de la cual la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado⁵¹; de manera que, habiéndose acreditado que en ese momento no se había adoptado el referido Proyecto, los eventuales cambios producidos con posterioridad no pueden ser tomados en cuenta por el TJCE, y ello aun cuando esos cambios constituyan una adaptación correcta de la directiva objeto del recurso por incumplimiento⁵².

La consecuencia, en fin, es que el Tribunal considera fundado el recurso de la Comisión en lo relativo a la DM, sin que proceda pronunciarse por separado sobre la infracción de los arts. 10 y 249 TCE, alegada también por la Comisión, declarando que España ha incumplido sus obligaciones derivadas de la DM en cuanto al personal no civil de las Administraciones Públicas, por no haber adaptado íntegramente su

⁵⁰ Así, entre otras, las SSTJCE 17 nov. 92, Caso Comisión v. Irlanda (C-236/91); 26 en. 94, Caso Comisión v. Irlanda (C-381/92), 24 mar. 94 Caso Comisión v. Bélgica (C-80/92); 26 oct. 95, Caso Comisión v. Luxemburgo (C-151/94); 27 feb. 03, Caso Comisión Europea v. Bélgica (C-415/01) y 20 nov. 03, Caso Comisión v. Francia (C-296/01).

⁵¹ Véanse, las SSTJCE citadas en nota 32.

⁵² El TJCE ha declarado reiteradamente que la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado y que los cambios ocurridos posteriormente no pueden, por consiguiente, ser tomados en cuenta por dicho Tribunal (véanse, en particular, las SSTJCE 12 dic. 2000, Caso Comisión v. Portugal (C-435/99); 8 mar. 2001, Caso Comisión v. Francia (C-266/99); 30 may. 2002, Caso Comisión v. Italia (C-323/01); 9 jun. 2005, Caso Comisión v. Bélgica (C-510/04); 6 ab. 2006, Caso Comisión v. Austria (C-428/04). No adoptadas las medidas necesarias para la adaptación completa del Derecho interno a la Directiva antes de la expiración del plazo de dos meses fijado en el dictamen motivado, las medidas que dicho Estado miembro declare haber adoptado con posterioridad a la expiración del plazo, aun cuando constituyesen una adaptación correcta a la Directiva, no son pertinentes en el marco del recurso (STJCE 11 oct. 2001 (dos sentencias), Casos Comisión v. Austria (C-110 y 111/00).

ordenamiento jurídico interno a los arts. 2.1 y 2, y 4 DM, condenando en costas a España por así haberlo pedido la Comisión, conforme al art. 69.2 del Reglamento de Procedimiento.

El resultado de esta sentencia en nuestra normativa interna sería la supresión del adjetivo civil referido al personal al servicio de las administraciones públicas en el art. 3.1 LPRL y la expresa inclusión de la Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil en su art. 3.2, a través de la sibilina DF 2ª.1 de la L. 31/2006, de 18 oct., que señalaba que la LPRL no sería de aplicación en aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de: Policía, seguridad y resguardo aduanero; Servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública y, en fin, Fuerzas Armadas y actividades militares de la Guardia Civil, sin perjuicio de que dicha ley inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades. Casi simultáneamente a la sentencia que se comenta, se promulgaría el RD 2/2006, de 16 en. (BOE, 17), por el que se establecen normas de prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Un año después, la LO 11/2007, de 22 oct. (BOE, 23), reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, reconocería a estos, en su art. 31, el derecho a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo, con las peculiaridades propias de las funciones que tienen encomendadas, encomendando a la Administración General del Estado la promoción de las medidas necesarias para garantizar, en lo posible, la seguridad y salud de dicho personal al utilizar los medios y equipos puestos a su disposición, con especial atención a los riesgos específicos derivados de sus funciones, desarrollando una política activa de prevención de riesgos laborales y vigilancia de la salud, proporcionando los equipos de protección individual necesarios para el cumplimiento de su misión y facilitando la formación e información suficientes en materia de prevención.

Así, desde un punto de vista subjetivo, la DM se aplica a los trabajadores que presten su actividad en los sectores referidos. El problema es que el concepto de trabajador, como se sabe, dista mucho de ser homogéneo en el derecho europeo y en los Estados miembros, aunque la DM lo define como “cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices” [art. 3.a)]. A falta de mayor precisión, el TJCE, que reclama la necesidad de concretar dicha noción, considera útil el extrañe del antiguo art. 39 TCE, que entiende que es trabajador quien lleva a cabo una prestación real y efectiva de trabajo de valor económico, en condiciones de subordinación y mediante una contraprestación económica, incluyendo tres de los denominados presupuestos sustantivos (retribución, dependencia y ajenidad), dándose por supuesto el de libertad⁵³. Más explícita y contundente se muestra la DM en la exclusión de los trabajadores del servicio doméstico [art. 3.a)] e, implícitamente, en la de los trabajadores autónomos, conforme al tenor literal del mismo precepto.

Respecto de los primeros, la exclusión se confirma en nuestro derecho interno (arts. 13 RD 1424/1985 y 3.4 LPRL), sin perjuicio de que el titular del hogar familiar esté obligado a cuidar de que el trabajador realice su actividad en las debidas condiciones de seguridad e higiene, cuya deficiencia grave será justa causa de dimisión

⁵³ Además de las sentencias citadas en nota 32, véanse las SSTJCE 3 jul 86, Caso Lawrie-Blum (C-66/85); 6 nov. 03, Caso Nimi-Orasche (C-413/011); 23 mar. 2004, Caso Collins (C-138/02), y, más recientemente, 1 nov. 2010, Caso Dita Dañosa (C-232/09).

del empleado; el fundamento de la exclusión no es otro que la peculiar naturaleza del hogar familiar como ámbito en que se desarrolla la actividad laboral. Por lo que se refiere a los trabajadores autónomos, el art. 4.3.a) LETA reconoce a estos, en el ejercicio de su actividad profesional, el derecho a su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo, lo que se traduce, básicamente, en su deber de autoprotección.

El concepto de empleador incluye a “cualquier persona física o jurídica que sea titular de la relación laboral con el trabajador y que tenga la responsabilidad de la empresa y/o del establecimiento” [art. 3.b)]. A efectos aplicativos de la DM, no es relevante la dimensión de la empresa, de modo que las obligaciones preventivas se atribuyen tanto a las grandes empresas como a las PYMES⁵⁴. Con todo, en aras de la más correcta interpretación del art. 153 TFUE, que exige que los contenidos de las directivas eviten trabas a la creación y el desarrollo de las PYMES, y que la propia DM reitera en su preámbulo, lo cierto es que se tiende a flexibilizar algunas obligaciones en materia preventiva cuando estas se proyectan sobre PYMES, como también hace nuestro propio ordenamiento interno. Ejemplo paradigmático de ello son las previsiones relativas a la organización preventiva en las empresas.

6. Los costes del incumplimiento estatal en orden a las directivas: sobre la responsabilidad patrimonial del Estado

Situaciones como las referidas en las sentencias que condenan a España explican que el Tribunal europeo haya impuesto, progresiva y no siempre claramente, el efecto directo de las directivas, que asegura su aplicación en el derecho interno cuando, superado el plazo de transposición, no se ha procedido a su ejecución o se ha hecho contrariando el resultado perseguido. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria mantiene que las directivas pueden desplegar un efecto directo -ser invocadas por los particulares y aplicadas por los jueces- cuando sus preceptos se formulen en términos suficientemente claros, precisos e incondicionales, sin posible reserva de discrecionalidad o apreciación interpretativa⁵⁵. Si ese carácter discrecional reconocido por la directiva al Estado no se plasma en actuaciones estatales concretas, es evidente que no cabe utilizar control o intervención judicial alguna, prevaleciendo ese margen de apreciación; pero ejercitadas determinadas medidas estatales, la actuación judicial puede contrastar su ejercicio a los parámetros de la directiva, dejando sin efecto las que se aparten de sus contenidos. En definitiva, por mucho margen de apreciación que la directiva permita a los Estados, no se exonera a los jueces nacionales en caso de vacío normativo o de contradicción del derecho interno de aplicar aquella con la intensidad máxima que permitan sus disposiciones. Así, cuanto más detallada resulte la directiva más se asegura *a priori* su aplicación interna, con independencia de la inactividad o actividad incorrecta del Estado en cuestión.

⁵⁴ Recuérdese la STJCE 6 ab. 06, Caso Comisión v. República de Austria (C-428/2004).

⁵⁵ En este sentido, según jurisprudencia reiterada del TJCE, la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente que sus disposiciones se reproduzcan formal y textualmente en otra disposición legal o reglamentaria expresa y específica, de modo que, en función de su contenido, puede ser suficiente con un contexto jurídico general, siempre que asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de un modo bastante claro y preciso (SSTJE 16 nov. 2000, Caso Comisión v. Grecia (C-214/98); 7 dic. 2000, Caso Comisión v. Francia (C-38/99); 15 nov. 2001, Caso Comisión v. Italia (C-49/00); 7 de enero de 2004, Comisión v. España (C-58/02); 20 oct. 2005, Comisión v. Reino Unido (C-6/04).

El efecto directo de las directivas, de creación jurisprudencial⁵⁶, permitiría acercar a los ciudadanos el patrimonio jurídico europeo y el disfrute pleno de los derechos y facultades contenidos en la norma europea. Extiende hasta el límite su aplicación y eficacia, haciéndola invocable ante los tribunales nacionales, cualquiera que sea la actitud del Estado destinatario de la norma, resultado de lo cual ha sido la frecuente utilización de la directiva como norma detallada, a los fines de admitir poco margen al Estado y asegurar su efecto directo. Efecto directo que, sin embargo, tiene en su contra que quiebra en buena medida la clara frontera entre reglamento y directiva que los tratados fundacionales mantienen, al darles la misma eficacia, sin perjuicio de extender esta fórmula a directivas de toda clase, incluidas las de estricta armonización. Por ello, este tipo de directivas, que se comportan como reglamentos, habrían de considerarse de forma restrictiva, para no desvirtuar el verdadero significado de estas dos diferentes fuentes normativas. Es exigible una más rigurosa y limitada actuación de las directivas de detalle, reservándose a aquellos contenidos que exigen tal cualidad. En caso contrario, la limitación de los poderes estatales podría devenir ilegítima por situarse fuera del margen de atribuciones comunitarias, permitiendo avalar un recurso de los Estados por exceso o desviación de poder de la instancia europea que aprobó tales normas.

Dicho efecto se despliega, en su caso, solo frente al Estado incumplidor y solo a él cabe imponer deberes y responsabilidades en caso de incumplimiento, porque las directivas nunca crean obligaciones y derechos inmediatos exigibles en las relaciones entre privados. Ello ha permitido afirmar que las directivas no ejecutadas en plazo lo más que pueden llegar a tener es eficacia vertical (frente a los Estados) pero no horizontal (frente a los privados), lo que reduce su invocabilidad a las solas relaciones de los ciudadanos con el Estado. Pero esta interpretación parece confundir responsabilidad del Estado en la transposición de la directiva, que hace de él solo su destinatario formal, no sustancial, con imposibilidad de invocación por los particulares. Si, como dice el propio Tribunal de Justicia⁵⁷, una directiva de desarrollo de alguno de los preceptos del Tratado europeo es invocable por todos los ciudadanos europeos y contra todo tipo de sujetos, públicos y privados, es erróneo negar su efecto directo horizontal, aun no transpuesta en plazo o transpuesta irregularmente.

Por ello es más adecuado entender el efecto directo de las directivas no tanto como instrumento de sanción frente al Estado cuanto como mecanismo que traduce las consecuencias naturales de toda norma jurídica: su eficacia normativa. Así, superado el plazo de transposición de la directiva o desarrollada ésta de modo incorrecto, cabría desplegar la eficacia jurídica de dicha norma, de suerte que, de no obtenerse por la actividad o inactividad estatal, se hará responsable al Estado, por impedir que se produzca entre sus nacionales el efecto que tal norma pretende. Sostener la no aplicación del efecto directo de las directivas entre los particulares resultaría una

⁵⁶ Entre otras, SSTJCE; 12 jul. 90, Caso A. Foster y otros v. British Gas plc (C-188/89); 19 nov. 91, Caso Andrea Francovich y otros v. Italia (C-6 y 9/90); 4 dic. 97, Caso 1. Helmut Kampelmann y otros v. Lippe y otros (C-253 a 258/96); 3 oct. 2000, Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana (C-303/98); 18 oct. 2001, Caso Riksskatteverket contra Soghra Gharchveran (C-441/99) y el ATJCE 26 may. 2005 Caso Sozialhilfverband Rohrbach contra Arbeiterkammer Oberösterreich y otros (C-297/03). Jurisprudencia asumida por nuestros tribunales (STC 141/1993 y SSTS 7 mar. 94, 18 mar. 95, 28 nov. 97, 20 feb. 98).

⁵⁷ Véanse, por ejemplo, las SSTJCE 7 mar96, Caso El Corte Inglés v. Cristina Blánquez Rivera; 10 mar. 2005 Caso QDQ Media v. Alejandro Omeda Lecha (C-235/03) u 26 may. 06, Caso Sozialhilfverband Rohrbach v. Arbeiterkammer Oberösterreich y otros (C-297/03).

interpretación que en el contexto de las relaciones de trabajo podría conducir a consecuencias especialmente perniciosas. Y es que en dicho ámbito son precisamente los particulares -singularmente, las empresas- los sujetos destinatarios por excelencia de aquella normativa, reconociendo derechos a los trabajadores y obligaciones a los empleadores que no podrían hacerse valer hasta la adecuada recepción estatal.

En suma, cuando se trate de directivas cuyo contenido está llamado a crear derechos y obligaciones básicamente en las relaciones entre los particulares, lo que sucede típicamente en el marco del Derecho del Trabajo, el elemento puramente formal de ser sus destinatarios los Estados miembros no puede negar su aplicabilidad o eficacia material horizontal en supuestos de incumplimiento estatal de la obligación de transposición. Esta solución no altera *de facto* la condición de que las directivas obligan sólo a los Estados miembros, dado que el juez nacional que aplicará entre los particulares la directiva no recepcionada por el poder estatal constituye también un poder del Estado, vinculado, pues, por el instrumento comunitario⁵⁸. No reconocer por los jueces y no sancionar entre los particulares la actuación contraria a los mandatos de la directiva sería tanto como vulnerar por el propio órgano judicial el derecho europeo, que está obligado, además, a aplicar de oficio⁵⁹.

Aplicado lo anterior al supuesto concreto que nos ocupa, el Estado español hubiera podido ser objeto de la petición de exigencia de responsabilidad por incumplimiento no solo por parte de las instancias europeas, sino de los propios particulares, ciudadanos españoles, perjudicados por la falta de aplicación de los mandatos de la directiva en perjuicio de los derechos que hubieron debido desplegar efectos antes de superarse el período de transposición previsto. En efecto, el sistema de responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas intenta reconocer un mecanismo coercitivo eficaz que disuada a las instancias nacionales de cualquier resistencia a la recepción en sus ordenamientos internos de las disposiciones comunitarias. Se concretaba en el momento en que se sitúa esta obligación, conforme al artículo 228.2.3º TCE, en la imposición de una suma a tanto alzado o multa coercitiva a pagar por el Estado incumplidor, norma hoy reproducida por el art. 260 TFUE⁶⁰. La exigencia de responsabilidad sólo se produce como vía residual cuando el efectivo cumplimiento de la directiva no se pueda alcanzar por otros medios, tales como el ya mencionado efecto directo o cuando no puede aplicarse el derecho interno a la luz del ordenamiento comunitario. De este modo, la exigencia de responsabilidad económica del Estado frente a los sujetos perjudicados prácticamente se reduce a los casos en que aquel ha omitido completamente su obligación de transposición y no existe en su

⁵⁸ Véanse, entre muchas, las SSTJCE 13 jul 89 Caso Ingrid Rinner-Kühn contra Gebäudereinigung GmbH and Co.; 12 jul. 90, ya citada; 20 mar. 2003 Caso Helga Kutz-Bauer contra Freie und Hansestadt Hamburg (C-187/00); 18 nov. 2004 Caso Land Brandenburg contra Ursula Sass (C-284/02); 17 en. 2008 Caso Josefa Velasco Navarro contra Fondo de Garantía Salarial (C-246/06); 23 mar. 2009, Caso Danske Slagterier contra Bundesrepublik Deutschland (C-445/06); 19 nov. 2009 Caso Krzysztof Filipiak contra Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu (C-314/08).

⁵⁹ Véase la jurisprudencia recién citada.

⁶⁰ Como señala ese precepto, cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por considerar que un Estado miembro ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que, adaptado a las circunstancias, deba ser pagado por dicho Estado; por su parte, si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer a dicho Estado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión, surtiendo efecto la obligación de pago en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia.

ordenamiento interno norma alguna susceptible de ser aplicada por los jueces en un sentido compatible con el objetivo de la directiva.

La acción de responsabilidad del Estado pretende la compensación o resarcimiento económico del daño sufrido por un particular como consecuencia de la inaplicación de la directiva que dicho Estado se halla comprometido a ejecutar, sustituyendo el imposible ejercicio efectivo por los nacionales de los derechos contenidos en esa norma por una valoración económica del perjuicio causado por ello. Desde luego, hay que dar preferencia a la verdadera aplicación y ejecución in natura de la norma europea, porque la responsabilidad estatal no restituye realmente la posición lesionada, sólo la compensa en términos económicos, aun cuando caben supuestos en los que la efectiva aplicación de la directiva o la reparación económica por incumplimiento estatal conduzcan a idéntico resultado práctico. Tal es el caso en que la aplicación de la norma europea determine el ejercicio de un derecho de contenido económico⁶¹, fuera del cual la acción de responsabilidad del Estado viene a ser la única alternativa a la falta de ejecución de las directivas, como sucede en el supuesto que se viene analizando.

Al respecto, recuérdese que la exigencia de responsabilidad al Estado, que hubiera podido solicitarse por un particular en el caso de la falta de transposición de las directivas en materia de salud laboral cuya obligación incumbía a España, exige la concurrencia de tres requisitos⁶²: 1) Que dicho resultado lo sea a favor de los particulares. 2) Que su contenido sea identificable y esté suficientemente caracterizado en la directiva, lo que permite su reconocimiento a efectos de protección por el órgano jurisdiccional. Y 3) Que exista un nexo causal entre el incumplimiento de la obligación estatal y el daño sufrido por los sujetos afectados, imprescindible en toda acción de reclamación de daños y perjuicios.

El sistema y procedimiento concretos en que se ventile la responsabilidad y se plasme la reparación del daño dependerá del derecho interno, en una diversidad de opciones que ha de garantizar un modelo como mínimo igual al comunitario o más favorable. El Estado miembro ha de ser responsable por el incumplimiento de las directivas al menos en idéntica medida y en los mismos supuestos que lo sería la UE por vulneración de cualquiera de las instituciones del derecho europeo, porque ello asegura una responsabilidad del Estado común y uniforme frente a los particulares. Se persigue que una misma actuación estatal incumplidora no genere responsabilidad en unos sistemas sí y no en otros. No existiendo un procedimiento *ad hoc*, los órganos jurisdiccionales nacionales adoptarán las medidas oportunas para suplir esa ausencia, aplicando sistemas alternativos que permitan satisfacer la pretensión indemnizatoria, de acuerdo con las reglas e instituciones propias de cada derecho interno.

La indemnización del daño no requiere la previa constatación del incumplimiento por parte del Estado, como preveían los entonces aplicables arts. 227 y 228 TCEE que ahora contempla el citado art. 260 TFUE, sino que deriva automáticamente de las propias reglas de funcionamiento del derecho europeo que obligan a desenvolver sus

⁶¹ Como concreta las SSTJCE 19 nov. 91, Caso Andrea Francovich y otros v. Italia (C-6 y 9/90); 15 ab. 2008 Caso Impact contra Minister for Agricultura and Food y otros (C-286/06).

⁶² Véanse las SSTJCE 19 nov. 91, Caso Andrea Francovich y otros v. Italia (C-6 y 9/90); 10 jul 97 Caso Danila Bonifaci y otros v. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) y otros; 13 jun. 2006 Caso Traghetti del Mediterraneo SpA v. Italia (C-173/03); 25 en. 2007 Caso Carol Marilyn Robins y otros contra Secretary of State for Work and Pensions (C-287/05); 24 mar. 2009 Caso Danske Slagterier contra Bundesrepublik Deutschland (C-445/06).

efectos dentro de los derechos internos. Con todo, lo normal será que la puesta en marcha de la acción de responsabilidad pase por la declaración de incumplimiento del TJCE, en aplicación de los preceptos citados o a través del planteamiento de una cuestión prejudicial por un órgano jurisdiccional interno. En los restantes casos, pese a que la declaración de incumplimiento del derecho comunitario corresponde en exclusiva al Tribunal europeo y no a la jurisdicción nacional, la sentencia de esta última puede servir de base para la exigencia de responsabilidad si existe al respecto una jurisprudencia europea constante, consolidada y reiterada, que haga innecesario el recurso a la cuestión prejudicial⁶³.

Para concluir, el modelo español permite articular la posible exigencia de responsabilidad mediante la reclamación a cualquiera de los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo o judicial, según la autoridad de donde provenga el incumplimiento. Asimismo, la responsabilidad es extensible, en los mismos términos y condiciones, a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas cuando a ellas compete el cumplimiento o aplicación de la directiva en cuestión. Y es que el incumplimiento de las directivas en el sistema español puede desenvolverse por actuaciones no sólo normativas, relativas a la no transposición o transposición irregular de aquellas, sino también por actos administrativos en incorrecta ejecución de sus disposiciones, así como por actuaciones judiciales que prescindan de su aplicación o realicen una aplicación incorrecta. Sea cual sea el poder al que imputar el incumplimiento de la directiva, la acción de resarcimiento del daño se plantea ante el Gobierno, estatal o autonómico, pues la Administración pública es la responsable patrimonial de los perjuicios causados por cualquier poder público a los particulares, y se resuelve en el oportuno proceso contencioso-administrativo.

⁶³ Cfr. la STC 180/1993.