

GARANTÍAS DE LOS TRABAJADORES DESIGNADOS PARA LAS LABORES PREVENTIVAS

EIDER LARRAZABAL ASTIGARRAGA

MIKEL URRUTIKOETXEA BARRUTIA

Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

ABSTRACT

■ *En este artículo analizamos las garantías que poseen los trabajadores designados para la prevención y los miembros de los servicios de prevención propios. Para ello abordamos las diferentes garantías a las que reenvía el art. 30.4 lprl, teniendo muy en cuenta las resoluciones judiciales sobre esta materia.*

Palabras clave: Técnicos en PRL. Trabajadores designados. Servicio de prevención Propio. Garantías.

■ *Artikulu honetan, prebentziorako izendatutako langileek eta prebentzio zerbitzu propioen kideek dituzten bermeak aztertzen ditugu. Horretarako, LAPLaren 30.4 artikulua eragortzen dituen bermeak ikertzen ditugu, bereziki kontutan hartuz materia honen gaineko ebazpen judizialak.*

Gako hitzak: LAP-an Teknikoak. Izendatutako langileak. Prebentzio Zerbitzu Propioa. Bermeak.

■ *In this article we analyze the protection afforded to workers designated for prevention and members of own prevention services. To do this we address the different*

warranties which forwards the art. 30.4 LPRL, taking into account judgments on this subject

Key words: Technicians in ORP. Designated workers. Own Prevention Services. Warranties.

1. Introducción

Como es conocido existen diversas maneras de que el empresario cumpla sus obligaciones preventivas: mediante un servicio de prevención propio, contratando un servicio ajeno, designando a trabajadores para desarrollar esas labores o, en determinados casos, ejerciendo él directamente esas funciones. Se suele denominar como prevencionistas a las personas que actúan al servicio del empresario en estas labores preventivas, incluyendo tanto a los técnicos en prevención como trabajadores sanitarios u otros.

Para el caso de que el empresario designe a uno o más trabajadores para que desarrollen esas labores preventivas el art. 30.4 LPRL establece una serie de garantías a su favor, garantías que se extienden a los trabajadores del servicio de prevención propio del art. 31 LPRL. En paralelo a esas garantías también se establece la obligación de guardar sigilo profesional sobre la información de la empresa conocida en el ejercicio de sus funciones.

En este trabajo analizaremos las garantías, interrogándonos por su función y las dificultades que entraña el recurso a las garantías de los representantes de los trabajadores en supuestos en los que no existe tal representación. Ahora bien, el trabajo no aborda el análisis de las diversas formas de organizar la prevención, ni pretende efectuar un análisis de las garantías del art. 68 LET, salvo en la medida necesaria para ilustrar su juego posible en este ámbito concreto. Después de abordar la función de estas garantías, sopesaremos las dificultades de la técnica empleada, el reenvío a las garantías de los representantes de los trabajadores.

Seguidamente, indagaremos si, más allá de los trabajadores designados y miembros del servicio de prevención propio, estas garantías son aplicables a otros colectivos. Por último, examinaremos cada una de las garantías y su apreciación judicial, para acabar extrayendo unas conclusiones sobre lo expuesto.

2. Función y dificultades de estas garantías

De entrada, existe una salvaguarda general establecida por el art. 7.2 de la Directiva 1989/391/CEE, de 12 de junio, y expresamente reiterada al comienzo del

párrafo 4 del art. 30. Ley de Prevención de Riesgos laborales en el sentido de que *Los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa*¹. Esta garantía general advierte de que el cumplimiento de las actividades preventivas dentro de su cometido laboral pudiera llevar a estos trabajadores a chocar con los intereses económicos del empresario y les garantiza una esfera de incolumidad para cumplir con sus cometidos. Más allá de las garantías incorporadas en el derecho español, esta cláusula general posibilitaría reclamar contra cualquier perjuicio sufrido por el trabajador designado como consecuencia del ejercicio diligente de esas funciones preventivas, pero en este supuesto la carga de la prueba residirá en el trabajador.

Para la concreción de esa cláusula general de salvaguarda de perjuicios a los trabajadores prevencionistas, se ha recurrido al establecimiento de una serie de garantías, mediante el reenvío a las que ostentan los representantes de los trabajadores en el art. 68 Ley del Estatuto de los Trabajadores pero solo a las contenidas en las letras a, b y c y al derecho de opción en caso de despido improcedente contemplado en el art. 56.4 LET. Se puede afirmar que estas garantías funcionan más como salvaguarda o defensa a posteriori de las injerencias del empresario que como garantía del ejercicio independiente en sí (Cordero 1998)².

Estas garantías son más limitadas que las reconocidas a los delegados de prevención en el art. 37 LPRL (STSJ Andalucía de 3 de marzo de 2000, rec. 812/2000), pues a estos al igual que a otros representantes de los trabajadores, se les reconocen un crédito horario para el ejercicio de representación y a la libertad de expresión en el ejercicio de su representación, incluyendo el derecho a la publicación y distribución de informaciones de contenido laboral (art. 68 d y e de la LET)³, extremos que no concurren para los trabajadores designados o miembros del Servicio de Prevención Propio.

La técnica empleada, a través de la equiparación parcial con los representantes de los trabajadores, no deja de ser ambigua y compleja, pues aquí no se defiende la autonomía de la representación de los trabajadores, incluida la libertad sindical, sino la independencia técnica de la prevención (véase en este sentido González y Aparicio, 1996, 198); el legislador parece querer proteger a los trabajadores encargados de la organización de la prevención frente al empresario que

¹ Algunas sentencias, como la STSJ Madrid 1043/2011 de 2 diciembre, utiliza esta salvaguarda general para hacer una comprensión restrictiva que limita las garantías, en este caso el expediente contradictorio, a los cometidos preventivos.

² Las referencias en cuanto al ejercicio en sí de las funciones de los trabajadores designados son escasas, se precisa que tendrán derecho de acceso a la información de los artículos 18 y 23 LPRL (art.30.3 LPRL) y que dispondrán de tiempo y medios necesarios para cumplir sus funciones (art. 30.2 LPRL)

³ Alarcón Caracuel (1996, 125) entiende que gozan de todas las garantías pues el resto son prerrogativas de los representantes y no garantías en sentido estricto.

ostenta el deber de protección (Álvarez de la Rosa, 1997, 62). Como precisa la STSJ Asturias 1600/2013, 26 de julio *de lo que se trata es de proteger su independencia frente al poder empresarial... para que... pueda realizar sus funciones sin temor a poder ser represaliado por la empresa vistos los conflictos que pueden surgir por razón del ámbito en el que se mueve la relación laboral.*

Pero con los representantes de los trabajadores, incluidos los delegados de prevención, es factible dissociar la actividad laboral y la representativa. Sin embargo, en los técnicos de prevención el objeto de garantía es la propia actividad laboral, no existe doble cualidad, lo que plantea problemas de aplicación de esas garantías (Moreno Márquez, 2010, 543). Por eso, es necesario un proceso de adaptación de las garantías a la situación concreta de estos trabajadores como comentaremos más adelante.

Algunos autores (Fernández Marcos, 2004, 188) consideran excesivo cuasi igualar las garantías entre los trabajadores preventivos y los representantes de los trabajadores⁴, porque entienden que se equiparan las garantías de los representantes de los trabajadores y los representantes del empresario en la función preventiva. Sin embargo, se puede matizar que los trabajadores objeto de garantía no son los representantes del empresario en la prevención (art. 38.2 LPRL), sino los técnicos encargados de la prevención (STSJ Andalucía, Málaga, 1751/2012, de 31 de octubre), por lo que la crítica parece infundada. Por otro lado, se trata de una equiparación en el instrumento protector, no en la causa que justifica el mismo.

Entendemos que se recurre a la protección objetiva de los trabajadores designados como garantía de la no intromisión indebida del empresario en el ámbito preventivo. En el fondo, tras esta salvaguarda y el establecimiento de las garantías se evidencia que los intereses económicos empresariales y la lógica preventiva pueden verse enfrentadas y discurrir por caminos distintos, y también se vislumbra una cierta desconfianza a la labor preventiva de los empresarios (Cordero 1998b). Se articulan así una serie de garantías *ad personam* como fórmula de proteger valores trascendentes de toda la colectividad, como la prevención de riesgos laborales y, a su través, la propia integridad y vida de los trabajadores. Por supuesto que las garantías no suponen inmunidad frente a la negligencia del trabajador, ni limitan el derecho del empresario para revocar la designación por motivos objetivos. Tampoco supone la anulación de la responsabilidad penal de los técnicos⁵, ni frente a otras responsabilidades por daños con respecto a terce-

⁴ En un texto anterior este autor (Fernández, 1997, 176) afirma que estas garantías desequilibran el fiel de la balanza en contra del empresario, entendiendo a su juicio que esta equiparación con los representantes de los trabajadores es inadecuada, huelga decir que discrepamos de su valoración.

⁵ Ejemplos de responsabilidad penal donde se condena al técnico de prevención, entre otros sujetos, por homicidio imprudente: SAP Burgos (Sección 1.ª) 218/2005, de 30 diciembre, SAP Lugo (Sección 2.ª) de 16 de febrero de 2012, (rec. 18/2012) y SAP Coruña (Sección 2.ª) 421/2012, de 23 noviembre

ros, ya que las garantías solo se articulan con respecto al empresario, aunque sí se sostiene que esta salvaguarda general bloquea la responsabilidad del trabajador en el recargo de prestaciones de la Seguridad Social (Lousada, 2003).

Quizás una justificación de la defensa de los técnicos de prevención (trabajadores designados o miembros del SPP) puede descansar en esta exigencia creciente de responsabilidad penal a los técnicos de prevención, lo que aboga a favor de una mayor independencia frente al poder empresarial.

Además, podríamos intuir que la necesidad de materializar esas garantías y salvaguardas se corresponde con la inexistencia de la prevención como una profesión sometida a una cierta *lex artis*, al menos, en el momento inicial de promulgación de la LPRL. Otros profesionales (médicos, abogados,...) pueden verse sometidos en el ámbito de actuación de presiones e intentos de conculcación de su independencia técnica, pero si por esas presiones cometen negligencias profesionales se exponen a sanciones incluso profesionales e incluso penales. Al intentar formular un ámbito de actuación nuevo, o de manera novedosa, se conforma un estatuto profesional más reforzado (Cordero 1998) para que su implementación sea factible.

A los efectos de este artículo es oportuno precisar que los miembros del Servicio de prevención Propio se deben dedicar de forma exclusiva a esos cometidos preventivos (art.15.1 RSP), extremo que no concurre con los trabajadores designados que pueden cumplir estos cometidos preventivos con exclusividad o en concurrencia con otras funciones, dependiendo del tamaño y complejidad de la empresa⁶.

3. Trabajadores a los que se extienden

El texto legal del art. 30.4 LPRL comprende en esta garantía a los trabajadores designados y en el siguiente párrafo del mismo precepto la extiende a los trabajadores integrantes del servicio de prevención propio de la empresa (regulados en el art. 31 LPRL). La diferencia entre ambas situaciones, trabajadores designados y miembros del servicio de prevención propio, es producto de la norma española, de ahí que se mantenga que la garantía de incolumidad general y sus concreciones afectan a ambos casos (STSJ Asturias 1600/2013 de 26 julio). La jurisprudencia específica entiende que las garantías son de aplicación aún el caso de que el trabajador fuera un cargo de alta dirección de la empresa (STSJ Andalucía, Sevilla, 812/2000, de 3 de marzo). En todo caso es evidente que las garan-

⁶ Es habitual que el trabajador designado se ocupe además de otros cometidos. Por ejemplo, en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 3 de marzo de 2000, el trabajador además de ser responsable de la prevención es el jefe de la asesoría jurídica y de los recursos humanos.

tías se articulan frente al propio empresario, dentro de una relación laboral, no extendiéndose allá donde ese poder empresarial no existe ya que *cual resulta innecesaria cuando la labor se desarrolla para quien no es el empleador* (STSJ Asturias 1600/2013, 26 de julio⁷).

Sin embargo se puede plantear la extensión o no de estas garantías a otro tipo de trabajadores:

Recursos preventivos. Esta figura, introducida por la Ley 54/2003, según la NTP 994 goza de las garantías del art. 30.4 LPRL si se trata de trabajadores designados o trabajadores del SPP (art. 32.bis a y b LPRL), no en otros casos (art. 32. Bis 4 LPRL) esto es, no se extiende a los trabajadores de la empresa que sean meros recursos preventivos sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados (Pérez de los Cobos, Thibault y Torollo, 2008, 689⁸).

En general, la jurisprudencia no extiende las garantías del art. 30.4 LPRL a los meros recursos preventivos del art. 32 LPRL (STSJ Andalucía, Sevilla, 1509/2012 de 10 mayo), aunque existen resoluciones que sostienen que deberían de ser de aplicación también a todos los recursos preventivos en el entendimiento que *en el texto original de la LPRL, se otorga a todos los trabajadores del empresario dedicados a la actividad preventiva, única interpretación que estima compatible con el art 7.2 de la Directiva* (STSJ País Vasco 1114/2013, de 11 de junio⁹). El Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo 83/2010, sobre la presencia de recursos preventivos en las empresas, centros y lugares de trabajo, no resuelve esta duda, entendiendo que será la jurisprudencia quien deba resolverla, dejando constancia tan solo de que la Dirección General de Trabajo, en consulta de fecha 27 de febrero de 2009, mantiene que no les asiste a los meros recursos preventivos las garantías del art. 30.4 LPRL.

De todas formas, más allá de las denominaciones, trabajador designado o asignado, los tribunales diferencian ambas figuras en que la designación es permanente para el desarrollo de la actividad preventiva en su centro de trabajo, mientras que el trabajador al que el empresario puede asignar la presencia de forma expresa, conforme a lo previsto en el art. 32.bis.4 de la LPRL, tiene una designación coyuntural y temporal (STSJ Andalucía, Sevilla, 2082/2012, de 28

⁷ Esta resolución defiende sí se extienden las garantías a los trabajadores que atienden la prevención en una obra la prevención de los trabajadores de la demandada que prestan servicios en otra empresa, empresa principal que subcontrata la obra.

⁸ Estos autores, sin embargo, creen que a estos meros recursos preventivos también es de aplicación la prohibición de despido, sanción y discriminación, pero, no creen, por ejemplo, de aplicación el expediente contradictorio para sancionarles (Pérez de los Cobos, Thibault y Torollo, 2008, 690). No entendemos el por qué de estas diferenciaciones.

⁹ Esta resolución sostiene que la diferencia entre trabajadores designados y recursos preventivos es producto de la legislación española, por lo que deviene intrascendente.

de junio)¹⁰ y se limitan a vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas (STSJ Andalucía, Sevilla, 1509/2012 de 10 mayo).

De acuerdo con lo previsto en el art. 14.3 del RD 171/2004 de 30 de enero, sobre coordinación de actividades empresariales en el centro de trabajo, los recursos preventivos que deban estar presentes en el centro de trabajo podrán ser los encargados de la coordinación preventiva, situación que daría lugar a la aplicación de las garantías del art. 30.4 LPRL.

Miembros del comité de de seguridad y salud por parte del empresario. Los miembros del Comité de Seguridad y Salud en nombre de los trabajadores son los delegados de prevención (art. 38.2 LPRL), objeto de garantías por el párrafo 1 del artículo 37 LPRL, por ser ya representantes de los trabajadores. Sin embargo, los representantes de la empresa en este órgano carecen de esas garantías (STSJ Andalucía, Sevilla, 4881/2002, de 19 de diciembre). Ahora bien, pueden acceder a las mismas en cuanto hayan sido designados por la empresa como «*responsables técnicos de la prevención*» (STSJ Andalucía, Sevilla, 812/2000, de 3 marzo y STSJ Cantabria 520/2010, de 29 de junio¹¹)

Desentrañando un poco más esta situación, intentamos diferenciar la posición de los trabajadores del art. 30.1 LPRL, trabajadores designados o miembros del servicio de prevención propio (art. 31 LPRL), de los representantes del empresario en el Comité de seguridad y Salud (art. 38.2 LPRL). Los trabajadores designados por el empresario para ejercer las funciones preventivas del art. 30.1 LPRL son los responsables técnicos de la prevención, mientras que aquellos miembros del Comité de seguridad y salud por parte de la empresa, se limitan a representar al empresario, sin cometidos técnicos, por lo que no necesitan que se refuerce su posición frente al empresario¹². Ello no es óbice para que cuando, efectivamente, sean los trabajadores designados además los representantes del empresario en el Comité de Seguridad y Salud deban de gozar de las garantías del art. 30.4 LPRL¹³.

¹⁰ En este sentido, la STSJ Madrid, Secc 2.ª, 869/2013, de 17 de diciembre, aplica las garantías al entender que es un trabajador designado y no meramente asignado como sostiene la empresa pues el único trabajador en la empresa que ostenta la formación necesaria para ejercer esas funciones y que viene ejerciéndolas desde el 2004.

¹¹ En la STSJ Andalucía, Málaga, 1751/2012, de 31 de octubre, la argumentación de la empresa reside en que el trabajador es un mero representante del art. 34 LPRL, representante de comité de prevención y salud laboral, extremo que el tribunal desestima porque entiende que además es un trabajador designado para las labores preventivas

¹² Algunos autores, sin embargo, creen que deberían reconocérseles esas garantías también a los miembros del comité de seguridad y salud, porque a su juicio los trabajadores designados son igualmente representantes del empresario (Aguilera, Pérez de los Cobos y Thibault, 2008, 786).

¹³ Aguilera Izquierdo (2000) sin embargo, si bien reconoce la aplicabilidad en el supuesto de que el representante de la empresa en el comité de salud sea a la vez el trabajador designado para la prevención, entiende al ser un representante de la empresa y no de los trabajadores la aplicación de ser ponderando esa diferencia radical entre ambas situaciones, es decir aboga por una interpretación

Trabajadores de los servicios preventivos mancomunados (art. 21 RSP). En principio, al tratarse de un conjunto de empresas, los trabajadores de estos servicios mancomunados pueden ostentar diferentes situaciones jurídicas con respecto a los distintos empresarios; es posible incluso que esa prevención mancomunada posea personalidad jurídica específica como tal servicio. Aún así, el párrafo 3 del art. 21 RSP especifica que los servicios mancomunados tendrán la consideración de servicios propios de las empresas por lo que debe entenderse que poseen las mismas garantías que aquellos. La jurisprudencia ha aplicado las garantías del art.30.4 LPRL al coordinador de un servicio mancomunado (STSJ Madrid 706/2012 de 9 julio)¹⁴.

Trabajadores de SPA, en principio parece claro que las garantías son frente al propio empresario, por eso ni a los trabajadores de SPA ni a los trabajadores de la Mutua que asesoran a otras empresas (STSJ Islas Canarias, Las Palmas 109/2004 de 30 enero) se les aplica estas garantías¹⁵.

4. Análisis de las garantías

Como hemos comentado anteriormente las garantías no se enuncian directamente, sino que el texto del art. 30.4 LPRL efectúa una remisión a otras normas. En concreto dice que esos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del la LET. Ha de advertirse que estas garantías funcionan como mecanismos objetivos, formales, y no supeitados a una intención aviesa por parte del empresario. Entendemos que la remisión a las garantías de los representantes no comprende solo el reenvío a la literalidad de estos artículos, sino también a otros preceptos que los desarrollan (por ejemplo, procesales como el art. 106.2 LRJS que obliga a presentar el expediente contradictorio con la demanda en el caso de los representantes de personal y que aquí también será pertinente) y a la jurisprudencia generada sobre estas garantías, de tal manera que salvo argumentación expresa, no sea sostenible a

restrictiva en este caso. En realidad, a nuestro entender no es adecuada esta interpretación, ya que su presencia no es en cuanto representante del empresario, sino como técnico de prevención.

¹⁴ En la STSJ Madrid 83/2008, de 31 enero, se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecta a un trabajador (sanitario) inserto en el área sanitaria del Servicio Mancomunado de prevención de riesgos laborales, la justificación de declarar la nulidad radical de esa decisión descansa más en los motivos antisindicales que la impulsan que las garantías de los trabajadores preventivos.

¹⁵ Algún autor (Sánchez, 2014) entiende que podría hacerse valer la protección cuando el técnico de Servicio Prevención Ajeno combine actividades en empresas contratantes y actividades para el propio SPA, como empresa, en condición de trabajador designado o como miembro/colaborador del SPP, supuesto que el mismo autor entiende dudoso por la exigencia de exclusividad.

nuestro juicio una interpretación diversa en este caso que la efectuada en la aplicación en origen.

Las garantías concretas son:

- a) Apertura de expediente contradictorio para sancionarle por faltas graves o muy graves (art 68.a. LET)
- b) Prioridad de permanencia en la empresa, respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas (art. 68.b LET)
- c) No ser despedidos ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones preventivas, y no ser discriminados en su promoción económica o profesional, en razón del desempeño de sus funciones (art. 68.c LET)
- e) En los supuestos de despido improcedentes le corresponde al trabajador la opción entre la readmisión o la indemnización (art. 56.4 LET)

A continuación procedemos a efectuar un análisis somero de cada una de estas garantías.

a. Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves (art. 68.a LET)

Se consideran requisitos esenciales del expediente contradictorio, que condicionan su validez, que el expedientado conozca el cargo que se le imputa y que se oiga a los restantes miembros del comité de empresa o delegados de personal (STS de 18 de julio de 1989¹⁶).

Esta garantía al ser de carácter formal y que posee antecedentes en la anterior legislación de seguridad e higiene¹⁷, se aplica también en los supuestos en que los incumplimientos no tengan que ver con las actividades preventivas (STSJ Madrid (Sección 2.ª) 1122/2005 de 27 diciembre)¹⁸. En nuestra opinión este criterio es el más adecuado porque coincide con la línea jurisprudencial utilizada con respecto a los representantes de los trabajadores de exigir el expediente contradictorio aunque las conductas a sancionar no tengan que ver con representación (STS de 18 de febrero de 1989). Según la doctrina (Sempere y Pérez, 2004, 32) la razón de esta aplicación incluso en asuntos no implicados en

¹⁶ La práctica de la prueba no se considera necesaria pues el expediente no es un antejuicio (SSTS de 16 de marzo de 1991 y de 21 de octubre de 1991)

¹⁷ El art. 96 del Reglamento de Servicios Médicos de empresa de 20 de noviembre de 1959 contemplaba que las faltas del personal sanitario de los servicios médicos de empresa se sancionasen mediante expediente y previa audiencia al interesado.

¹⁸ Sin embargo, la STSJ Andalucía, Granada, 1221/2011 de 11 mayo no aplica la garantía del expediente contradictorio porque los motivos del despido nada tiene que ver con las labores preventivas, la resolución defiende que las garantías lo son en el ejercicio de las funciones preventivas.

la representación es que se trata de una garantía procedimental y no una inmunidad material, por lo que su aplicación no acarrea ninguna impunidad; extremos que también se puede sostener en el supuesto que nos ocupa.

De no cumplirse esta garantía formal el resultado es que el despido será reputado como improcedente (STSJ Andalucía Sevilla 4881/2002, de 19 diciembre y STSJ Andalucía, Sevilla, 812/2000, de 3 de marzo). Como el texto original prevé la audiencia del interesado y el comité de empresa otros delegados, pudiera entenderse que en este caso lo pertinente es que se oyeran a los restantes encargados de la prevención en la empresa (Nieves Pérez de los Cobos y Thibault, 2008,606¹⁹). Sin embargo, dado la literalidad del precepto las resoluciones judiciales suelen referirse al comité de empresa, sin entrar en otras disquisiciones.

b. Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas (art. 68.b LET)

Aunque la referencia se limita a estos dos casos se entiende extendida a otros supuestos de despido colectivo u objetivo (organizativos o por razones productivas) al igual que con los representantes de los trabajadores o a los supuestos de movilidad geográfica (Nieves, Pérez de los Cobos y Thibault, 2008, 606)²⁰. Estas extensiones son habituales, por ejemplo en el art. 37.1 LPRL se limita a establecer que serán de aplicación a los delegados las garantías del art. 68 ET, silenciando cualquier otra referencia (por ejemplo, el derecho de opción en caso de despido disciplinario del art. 56.4 ET) lo cual no ha sido obstáculo para que la doctrina considere de aplicación el resto de garantías de los representantes (Casanova, Pérez de los Cobos y Thibault, 2008, 751.)

En origen estamos ante un garantía defensiva de carácter sustantivo que, al proteger al representante, evita un menoscabo de la representación (Sempere y Pérez, 2004, 65 y 66); en el supuesto que nos ocupa, salvando las distancias, la ecuación se mantiene, aunque aquí se intenta proteger la independencia técnica de la prevención.

De no respetarse la preferencia de empleo, se considera despido improcedente con derecho a opción a favor del trabajador (STSJ Madrid 353/2014, de 25 de abril)

¹⁹ Algún autor (Cordero 1998 b) apunta la audiencia doble. Quizás una comprensión adecuada sería que fueran oídos los delegados de prevención, que por definición son representantes de los trabajadores. Así se respetaría la literalidad y no se desvirtuaría la materia preventiva

²⁰ Sánchez (2014) limita a las causas económicas y no a las productivas. Esto chocaría según él con la potestad empresarial de dimensionar su modalidad preventiva acorde a sus necesidades, ya sea por readaptación a la Orden TIN 2504/2010 o por amortización por concierto con SPA

De todas formas, existen diversas resoluciones que entienden que no es operativa la prioridad cuando se dan circunstancias productivas u organizativas (STSJ Asturias, 1130/2013, de 17 de mayo y STSJ Comunidad Valenciana 1862/2013, de 10 de septiembre) pero su justificación descansa en la pura literalidad del texto, por lo que choca con la interpretación jurisprudencial general al respecto. Alguna autora (Moreno, 2010, 545) entiende que la garantía de permanencia debe ser entendida desde el punto de vista del mantenimiento de la función preventiva, pero a nuestro juicio, es ir más allá de la literalidad del precepto y obviar que la garantía es personal.

Otro punto de fricción surge en la aplicación de esta prioridad de permanencia pues existe un criterio jurisprudencial consolidado que, sin negar la prioridad, entiende que la misma es relativa²¹ (STSJ Andalucía, Sevilla, 4881/2002 de 19 diciembre) y que es necesario determinar si es un puesto está individualizado o, por el contrario, es indiferenciado y polivalente (STSJ Andalucía, Sevilla 2082/2012, de 28 de junio). De todas formas como puntualiza la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso, 36/2013, de 18 de enero, *ese derecho de permanencia se produce cuando los puestos que subsisten son equivalentes, o entre trabajadores que cumplen la misma función*, produciéndose una inversión del *onus probandi* que obligará a la empresa a demostrar la falta de idoneidad para los puestos subsistentes o a plantear razones organizativas de peso²².

Por otro lado, en alguna resolución se afirma que la prioridad juega con respecto a otros trabajadores pero no con respecto a los que son ya trabajadores preventivos (STSJ Aragón 293/2006, de 21 de marzo) pues todos ostentan igual derecho a la permanencia. A nosotros nos surge la duda si así se cumple la garantía y no sería necesario exigir a la empresa una justificación de por qué permanecen unos y no otros, en aras de evitar que se premien o castiguen la independencia o se premie la sumisión a los dictados del empresario en contra de los criterios técnicos de la prevención. Por otro lado, cuando se trata de un servicio de prevención propio, algunas resoluciones han aceptado como correcto la amortización de puestos de trabajo cuando se externaliza la prevención con un servicio de prevención ajeno (STSJ Galicia, 5152/2009, de 20 noviembre).

²¹ Como precisa la STS de 27 de julio de 1989, dictada en un recurso de casación por infracción de ley, «...el presupuesto implícito para la aplicación de la garantía del art. 68 b) del Estatuto de los trabajadores es la existencia de dos o más trabajadores entre los que establecer algún tipo de prioridad o preferencia.»

²² Lousada (1998, 216) entiende que si chocarán el derecho de permanencia de un representante de los trabajadores y el de los técnicos de prevención debe prevalecer el del primero, pues se conecta más directamente con un derecho fundamental (art. 28 CE)

c. No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato y no ser discriminados en su promoción económica o profesional, en razón del desempeño de sus funciones (art. 68.c ET)

Nos encontramos con dos garantías distintas; por un lado la garantía de no ser sancionado ni despedido por el ejercicio de las funciones representativas y, por otro, el derecho a no ser discriminado por esas funciones.

Aquí es necesaria una adaptación pues la garantía en origen es para las actividades de representación, y en este ámbito debe entenderse referida a las actividades técnicas de prevención. Por eso la primera parte de esta garantía, la inmunidad, es de difícil adecuación a los prevenicionistas, porque al contrario que los representantes no es posible diferenciar la actividad de representación y la productiva, pues en este caso solo existe una única actividad, la preventiva) (Nieto, Pérez de los Cobos y Thibault, 2008, 606). Además, en este caso no existe fin del mandato determinado por lo que hemos de entender que la garantía se extiende durante un año tras la finalización de las funciones preventivas. Por otro, la alusión a la revocación de la representación contenida en el texto originario del art. 68. C ET tampoco tiene sentido²³, aunque, por el contrario, la referencia a la dimisión si mantiene su significado.

Dada la identidad entre labores productivas y preventivas se ha subrayado que no estamos ante una garantía absoluta, ni ante una salvaguarda contra la negligencia (Moreno Márquez, 2010, 546²⁴). Igartua Miró (2011, 265) entiende, con criterio que compartimos, que la garantía abarcaría el ejercicio diligente de las tareas preventivas, no así, claro, cuando se cumplen las funciones de forma negligente o se incumple las propias obligaciones contractuales. En definitiva, ninguna garantía debe interpretarse como una esfera de impunidad frente a los incumplimientos contractuales. Es una inmunidad por el ejercicio diligente de las funciones preventivas, que sanciona la retorsión empresarial por esa misma diligencia.

En cualquier caso, pasado el año desde el cese en las funciones preventivas no actúa esta garantía, STSJ Cataluña 6545/2013 de 14 octubre. Según esta resolución la revocación de la designación es posible sin más requisitos que los operados para su nombramiento.

²³ Aunque si puede existir revocación de la designación, y en este caso la garantía solo extendería hasta el año siguiente: STSJ Catalunya, 6545/2013. En la STSJ Castilla-La Mancha 720/2010, de 6 mayo, se considera intrascendente que la trabajadora haya sido cesada en las funciones preventivas inmediatamente antes del despido pues durante el año siguiente permanece la garantía, de manera similar a los representantes de los trabajadores.

²⁴ Sánchez (2014) plantea que no es aplicable al despido disciplinario ni a la ineptitud sobrevenida, defendiendo que la garantía actúa para proteger al trabajador en el despido no sea una sanción por su comportamiento diligente.

Algunos autores defienden que, de no probarse la procedencia por parte del empresario en virtud de esta garantía, el despido debe declararse nulo y no improcedente (Toscani, 2011, 28)²⁵, pero tal vez traslada de manera mecánica lo que ocurre con los representantes de los trabajadores donde puede entenderse que el despido ataca la libertad sindical, extremo que no ocurre en este caso²⁶.

La segunda parte de la garantía abarca en origen el derecho a no ser discriminado económicamente o profesionalmente por el ejercicio de esa labor de representación, extremo que a priori no plantea mayores problemas de traslación a los trabajadores preventivos, que no deben sufrir perjuicio económico o profesional por ejercer tales funciones.

d. En caso de despido improcedente la opción corresponde al trabajador, entendiéndose que de no efectuar la opción lo hace por la readmisión (art. 56.4 ET)

En la jurisprudencia esta última garantía se ha aplicado sin dificultad, entendiéndose que corresponde al trabajador el derecho de opción entre la readmisión o la extinción cuando el despido sea calificado como improcedente, siempre que no concurra causa disciplinaria ajena a sus funciones preventivas: STSJ C. Valenciana 1540/2002, de 6 marzo, STSJ Andalucía, Málaga, 1787/2002, de 17 octubre, SSTSJ Madrid 898/2009, de 4 diciembre y Madrid 706/2012 de 9 julio, STSJ Extremadura 550/2012, de 14 de noviembre²⁷,...

Es de señalar que la SJS 5 Murcia 9/2006, de 17 de febrero condena a la empresa por temeridad al no reconocer el derecho de opción del trabajador, también condena a éste por alegar lesión de derechos fundamentales sin argumentar nada al respecto, y ambas condenas fueron mantenidas por la STSJ Murcia 795/2006, de 17 julio.

Una cierta dificultad puede encontrarse en que empresario puede abonar el salario sin asumir la prestación laboral. En las garantías representativas eso no evita que el trabajador ejerza su representación aunque efectúe el trabajo por deseo expreso del empresario (cf. por ejemplo, lo dispuesto en el art 302 LRJS), pero en este caso eso no es así, sin incorporación no hay actividad preventiva (Moreno, 2010, 544).

²⁵ Este autor entiende que la garantía comprende la revocación del mandato ante un cumplimiento diligente, lo que es discutible pues supondría un límite a la libertad de organización difícil de justificar aunque se acuda a que la designación supone un aumento de trabajo sin contrapartida económica (Toscani, 2011, 31)

²⁶ De todas formas, al ostentar la siguiente garantía el derecho de opción entre la readmisión y la extinción indemnizada las diferencias entre ambas calificaciones no son tan trascendentes.

²⁷ En esta resolución el fin de contrato temporal se considera improcedente al estimarse que la relación laboral era permanente, entendiéndose que es aplicable el derecho de opción a favor del trabajador.

Como colofón debemos precisar que, aunque como señala Moreno (2010, 544), algunas garantías no presentan problemas de aplicación como en el derecho a no discriminación o en el derecho de opción en caso de despido improcedente. Sin embargo, en general sobre estas garantías ha existido una línea restrictiva. De tal manera que incluso se ha llegado a afirmar en una resolución que «no estaría justificada la concesión por la Ley de las garantías explicitadas» a estos trabajadores con relación común, carentes de representación (STSJ Islas Canarias, Las Palmas 109/2004 de 30 enero) en una interpretación abiertamente *contra legem*. En esta línea restrictiva se puede citar la STSJ Islas Baleares 39/2011, de 23 febrero que revoca la sentencia de instancia, donde se excluía al trabajador de la lista del ERE extintivo en aplicación de las garantías, contraviniendo el art. 30.4 LPRL sin más justificación que la alusión a que no es un delegado de prevención y que la inclusión en el ERE no se debe al ejercicio de sus tareas de prevención²⁸.

Ahora bien, existe otra línea jurisprudencial más reciente y contraria que, por ejemplo, sí procede a aplicar las garantías de permanencia de manera más abierta. Así, la STSJ Andalucía, Málaga, 1751/2012 de 31 octubre aplica el derecho de prioridad de permanencia del trabajador designado para el desempeño de las funciones de prevención de riesgos al haberse acreditado que existían en el mismo departamento en que estaba empleado otros trabajadores que realizaban similares cometidos. En este caso, se pondera expresamente que el fin de la designación, por concertar la empresa con un servicio externo, no conlleva el despido objetivo del trabajador designado para esas labores preventivas, sino la vuelta a las funciones originarias y previas para las que fue contratado inicialmente. En esta línea, la STSJ Madrid, Contencioso-Administrativo, 36/2013, de 18 de enero, anula la inclusión del trabajador designado en el ERE, por respetar su prioridad de permanencia²⁹.

Más recientemente, la STSJ Asturias 2502/2013, de 20 de diciembre aplica también la garantía de permanencia con respecto un jefe de prevención incluido en un ERE extintivo por causas organizativas y productivas, pactado con la representación de los trabajadores.

El tribunal entiende que la empresa no justifica las necesidades productivas u organizativas en el área de trabajo del actor; la empresa alegó que tal extremo no era necesario dado que existía acuerdo con los representantes

²⁸ Incluso hubo sentencias del TS que admitieron que si la empresa externaliza la actividad sanitaria ello era causa para calificar el despido objetivo del personal sanitario como procedente (STS de 3 oct. 2000), sin tener en cuenta que este personal podía gozar de las garantías del personal designado para las funciones preventivas.

²⁹ En este caso, aunque se agrupan el prevención que ocupaba el trabajador con otras funciones en un nuevo puesto, la empresa no justifica ese agrupamiento ni explica porque no mantiene al trabajador dada la prioridad de permanencia.

de los trabajadores, extremo que el tribunal no comparte. De igual manera el tribunal desdeña el argumento de la empresa que la prioridad de permanencia sólo se refería a supuestos de suspensión o extinción por causas económicas o tecnológicas

5. Conclusiones

En primer lugar destacaríamos, frente a una cierta incompreensión y reticencia doctrinal y jurisprudencial, que las garantías no son un privilegio, pues en realidad a su través y de manera mediata se protegen valores constitucionalmente importantes como la salud y seguridad de todos los trabajadores.

En segundo lugar, se constata una cierta imprecisión y dudas en la aplicación de estas garantías con bastantes variaciones interpretativas de una norma que tiene ya casi 20 años en vigor.

En tercer lugar, creemos que la comprensión de las garantías no debe de ser diferente a la efectuada en origen para los representantes de los representantes de los trabajadores, salvo justificación expresa basada en las diferencias de ambas situaciones.

En cuarto y último lugar, se debe apreciar la difícil adecuación de algunas garantías, en especial la tercera, pero eso no debe acarrear su inaplicación, sino su aplicación modulada a las circunstancias.

6. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, R. (2000): «Sobre las garantías de los trabajadores que ejercen funciones preventivas», *Aranzadi Social*, núm. 16/2000
- AGUILERA, R.; PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT, J. (2008): «Artículo 38. Comité de Seguridad y Salud» en AAVV (2008): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 779-798.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R. (1996): «Los deberes del empresario respecto a la seguridad y salud de los trabajadores» 101-132 en Antonio OJEDA-AVILÉS, A. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. (Coords.) *La prevención de riesgos laborales. Aspectos claves de la Ley 31/1995*, Pamplona, Aranzadi
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1997): «El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales» en CASAS BAAMONDE, M. E. (COORD), PALOMEQUE LÓPEZ, M. C y VALDÉS DAL RE, F. (1997): *Seguridad y salud en el trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos laborales*, Madrid, La ley, 55-66
- CASANOVA, B; PÉREZ DE LOS COBOS, F y THIBAUT, J. (2008) «Art. 37. Garantías y sigilo profesional de los Delegados de Prevención» en AAVV (2008): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 747-777

- CORDERO SAAVEDRA, L. (1998): «Las garantías y responsabilidades de los técnicos en prevención de riesgos laborales», *Aranzadi social*, N.º 5/1998, págs. 429-446
- CORDERO GONZÁLEZ, J. (1998b): «La protección frente al despido disciplinario de los trabajadores integrantes del servicio de prevención propio» *Actualidad Laboral*, 1998, Ref. V, pág. 69, y ss
- FERNÁNDEZ MARCOS, L. (1998): «Artículo 30» en IGLESIAS CABERO, M. (Coord.) *Comentarios a la ley de Prevención de riesgos laborales*, Madrid, Civitas, 170-180
- FERNÁNDEZ MARCOS, L. (2004): *Comentarios a la ley de Prevención* (3.ª ed.), Madrid, Dykinson,
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOBAR, J. (1996): *Comentarios a la ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid, Trotta,
- GARCÍA, J.; PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT, J. (2008): «Artículo 31. Servicios de Prevención» en AAVV (2008): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 615-642
- IGARTUA MIRÓ, M. T. (2011): *Sistema de Prevención de riesgos laborales*, Madrid, Tecnos (2.ª ed.)
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (1998): «Artículo 30» en CABEZA PEREIRO, J y LOUSADA AROCHENA, J. F. (Coords.) *Comentarios a la Ley de Prevención de riesgos Laborales*, Granada, Comares, 215-218.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2003): «Las responsabilidades de los técnicos de prevención», *Revista de Derecho Social* 22/2003, 79-90
- MORENO MÁRQUEZ, A. (2010): «Servicios de Prevención (art.30)» en SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir) *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Cizur Menor, Aranzadi, 535-550.
- NIEVES NIETO, N., PÉREZ DE LOS COBOS, F. y THIBAUT, J. (2008): «Artículo 30. Protección y prevención de riesgos profesionales» en AAVV (2008): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 597-614.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F. THIBAUT, J. y TOROLLO, F. J. (2008): «Artículo 32 bis. Presencia de los recursos preventivos», en AAVV (2008): *Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 671-690
- RIOBELLO ALONSO, Moisés y PIQUÉ ARDANUY, Tomás «El recurso preventivo», *Notas Técnicas de Prevención* 994, INSHT
- SÁNCHEZ, A. (2014): «Garantías laborales de técnicos y sanitarios PRL», entrada en el blog Aspectos Jurídicos de la PRL, 29 de abril de 2014, (<http://aspectosjuridicosprl.blogspot.com.es/2014/04/garantias-laborales-de-tecnicos.html>)
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y PÉREZ CAMPOS, A. I (2004): *Las garantías de los representantes de los trabajadores (estudio del artículo 68 ET)*, Cizur Menor, Aranzadi
- TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2011): «Obligaciones y derechos de los trabajadores de funciones preventivas», *Gestión práctica de riesgos laborales* 87, págs. 26-31