

LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Fernando Valdés Dal-Ré

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción 2. Participación, derechos de participación y derecho de participación 3. Configuración general de los derechos de participación 4. El derecho de información 5. El derecho de consulta 6. El derecho de participación: generalidades 7. Los Delegados de Prevención a. Aspectos organizativos y de funcionamiento a'. El modelo legal b'. El papel de la negociación colectiva b. Competencias y facultades. c. Garantías y deberes 8. El Comité de Seguridad y Salud.

1. INTRODUCCIÓN

1. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL) dedica su capítulo V a "la consulta y participación de los trabajadores". En una primera impresión pudiera pensarse que, bajo semejante rúbrica, el texto legal regula el conjunto de derechos comprensivos de la intervención de los trabajadores, de sus representantes o de ambos en las cuestiones relativas a la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. O por decido con el difundido lenguaje del ordenamiento comunitario, disciplina los derechos de "información, consulta y participación", derechos éstos, por cierto, sobre los que las autoridades de la hoy Unión Europea han venido ejerciendo un intenso activismo con vistas a lograr la armonización de las legislaciones de los países miembros.

Es ésta, sin embargo, una falsa correspondencia que quiebra por defecto y por exceso. Ni en el capítulo V de la ley se disciplinan todas las modalidades participativas de los trabajadores en lo que a la prevención de riesgos laborales concierne ni todo el contenido normativo de los preceptos que integran su articulado pertenece a esta común familia de derechos, al menos si se les entiende como derechos de ejercicio horizontal en la empresa.

Por lo pronto y apartándose de la sistemática que el párr. segundo del art. 2º de la ley ya sugiere al formular el

cuerpo de "principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la seguridad y de la salud", entre los que precisamente se mencionan "la información, la consulta (y) la participación de los trabajadores (...) en materia preventiva"², y que el último párrafo del art. 14.1 reitera; y separándose igualmente de la rúbrica del art. 18, cuyo título coincide plenamente con el de aquél principio general, el Capítulo V se ocupa solamente de dos derechos participativos. o por enunciar la idea con mayor rigor, el de información no tiene una concreción formal distinta de la que le atribuye el propio art. 18, el cual, no obstante, remite sus formas de ejercicio y su contenido a las previsiones estatuidas en dicho capítulo. Guiada acaso por un exagerado y reverencial mimetismo con la dicción empleada por la Directiva Marco³ o movida tal vez por el designio de afirmar una y otra vez su condición de norma de transposición, la LPRL termina sacrificando su estructura y sistemática internas.

Pero además de ello, el Capítulo V contiene un precepto, el art. 40, cuyo contenido normativo, bien que instituye fórmulas de intervención de los trabajadores en materias preventivas, no se inscribe o no sólo se inscribe en una relación de horizontalidad entre empresarios y trabajadores

¹ Cfr. ROCELLA, M.- TREU, T., "Diritto del Lavoro della Comunità Europea", 2a ed., Milán (Ed. Cedam) 1995, pág. 394.

² Reproduciendo con ello lo previsto en el art. 1.2 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

³ Cfr. la rúbrica del art. 11 de la Directiva 89/391/CEE.

en el marco interno de las organizaciones productivas. Su finalidad, con la que se da cumplida satisfacción a lo previsto en el art. 11.6 de la Directiva Marco, es instaurar cauces de información y consulta de los trabajadores enderezados a promover y garantizar la efectividad de las funciones de control sobre la seguridad y salud en el trabajo por parte de la Inspección de Trabajo en un doble nivel: en el de cada empresa en concreto y en el de un conjunto de empresas definidas por algún denominador común (actividad o dimensión, por ejemplo) y que plasma en la elaboración de programas y planes periódicos de vigilancia.

El objeto del presente estudio no es examinar la integridad de derechos de naturaleza participativa regulados por la LPRL. Con menor ambición, me propongo analizar este tipo de derechos, vengan o no regulados en el Capítulo V de la Ley 31/1995, pero limitadamente a su ejercicio en el ámbito de la empresa, entendida la expresión en su sentido más estricto y riguroso. Extramuros de éste estudio quedan, primeramente, las fórmulas de participación institucional de trabajadores y empresarios a través de sus organizaciones más representativas en materia de prevención de riesgos laborales . y en segundo lugar, los derechos de participación de los que son titulares los funcionarios y el personal estatutario de las Administraciones Públicas. y es que, como es bien sabido, el ámbito de imputación normativa de la legislación en materia de prevención de riesgos, constituido por la LPRL y sus disposiciones de desarrollo, no coincide con el que tiene como propio el ordenamiento laboral. Dicha legislación igualmente se aplica, bien que con ciertas peculiaridades, en las Administraciones Públicas y en las sociedades cooperativas, peculiaridades a las que en ésta ocasión no prestaré atención.

2. PARTICIPACIÓN, DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y DERECHO DE PARTICIPACIÓN

2. Aún cuando el término participación pertenece al catálogo de aquellas instituciones laborales de las que es dable predicar unos contornos conceptuales imprecisos y unos contenidos sustantivos ambiguos, la literatura viene designando por tal el conjunto de instrumentos a través de los cuales los trabajadores intervienen de algún modo en las decisiones del empresario. O como dijera hace ya tiempo el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas, "el conjunto de medios de que disponen los trabajadores en las decisiones que adopta la empresa para

la que trabajan"⁵ y que forman un heterogéneo grupo de derechos que suele presentarse a modo de escala, limitada en sus grados inferior y superior, respectivamente, por el derecho de información y por las fórmulas de cogestión paritaria. La participación de los trabajadores en la empresa aparece así como un derecho de contenido complejo en el que se cobijan distintas modalidades que, teniendo como denominador común su capacidad de incidir en las políticas de gestión empresarial, difieren en el modo y en la intensidad con la que se manifiesta esa capacidad.

Es ésta, ciertamente, una noción de participación típicamente "descriptiva" en la que quedan sin cerrar aspectos de capital importancia. Pero frente a otros conceptos más prescriptivos , el que ahora se ofrece tiene algunas ventajas nada desdeñables, al margen de la que le presta su generalizada difusión y aceptación. En primer lugar, abre un abanico de opciones que, a la postre, representan otros tantos modelos o, al menos, vías de concreción y desarrollo de la propia idea de participación de los trabajadores en las decisiones empresariales. Y en segundo lugar y en un orden de consideraciones más cercano a nuestro ordenamiento, facilita su conversión en concepto normativo, pues la participación que enuncian los arts. 129.2 CE y 4.1.g ET responde a esta orientación descriptiva y amplia.

No es ésta, al menos en apariencia, la perspectiva elegida por la LPRL que no sólo alude en diversos pasajes de modo diferenciado, conjunta o separadamente, a los derechos de información, consulta y participación; también los trata diferenciadamente, pretendiendo así dotar a cada uno de un contenido sustantivo y autónomo. Pudiera pensarse, en suma, que el texto legal incurre en ese tropo⁸ consistente en confundir la parte con el todo (*pars pro toto*) .

No obstante y si se logra vencer la tentación de los nominalismos, se advierte que la LPRL, en cuantas ocasiones se refiere a ella (arts. 2, 14.1, 18.2,34 y 38), está utilizando la expresión "participación" no como género que ampara una pluralidad de medios a través de los cuales se

⁵ Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, "Libro Verde sobre participación de los trabajadores y estructura de las empresas", Madrid (Ed. Ministerio de Trabajo), 1976, pág. 37.

⁶ La calificación la tomo de RODRIGUEZ-SAÑUDO, F., "La participación de los trabajadores en la empresa", RPS núm. 121 (1979), pág. 417.

⁷ Un amplio cuadro de definiciones, en DE LA VILLA GIL, LE., "La participación de los trabajadores en la empresa" Madrid (IEE) 1980, págs. 19 y ss.

⁸ "Así lo entienden SALA FRANCO, T.- ARNAU NAVARRO, F., "Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales", Valencia (Ed. Tirant lo blanch) 1996, pág. 137.

⁴ Vid. arts. 12 y 13 de la LPRP

articula la intervención de los trabajadores en materia preventiva sino como una singular modalidad de incidencia de los trabajadores en las políticas empresariales de seguridad laboral. En los términos de la rúbrica del art. 34, la participación es la expresión jurídica del derecho reconocido a los trabajadores de instituir o de incorporarse a unos órganos de dimensión empresarial, especializados en el área de la prevención de riesgos laborales y en los que domina, hasta erigirse en nota característica, la idea de cooperación y colaboración.

Las consideraciones expuestas no terminan de dar cuenta, sin embargo, de las complejas relaciones que la ley establece entre el derecho de participación y las restantes modalidades participativas. Ni tampoco de las diferencias que existen, si alguna, entre aquél y el derecho de representación. En lo que concierne al primer aspecto y sin perjuicio de cuanto ha de indicarse más adelante, conviene ya anticipar que la participación ex art. 34 LPRL es al tiempo un derecho autónomo, que se sustancia, conforme ya se ha hecho notar, en una vertiente orgánica, y un derecho instrumental, pues sirve, en determinados casos, como cauce obligado para el ejercicio de otras fórmulas de participación, señaladamente la información y la consulta. Por este lado, se evidencian las diferencias estructurales entre los derechos de información y consulta, por una parte, y el de participación, por otra. Mientras que aquellos primeros tienen una dimensión dinámica y funcional, ejerciéndose cada vez y cuantas veces concurran los supuestos de hecho enunciados en la norma, éste otro, además de aquél alcance, adiciona una dimensión estática y orgánica, la cual, por una parte, se ejerce una sola vez dentro de un determinado período, y, por otra, actúa como precondition jurídica para la satisfacción del derecho de participación, en su vertiente funcional.

En lo que toca al segundo punto, un sector de la doctrina ha avanzado la siguiente hipótesis: mientras la ley utiliza siempre el término "participación" para referirse a los órganos de presencia de los trabajadores en materia de seguridad laboral que ella misma instituye, la "representación" se reserva para aludir a los órganos, unitarios o sindicales, "de defensa de los intereses de los trabajadores en la empresa". Una estricta inteligencia del párr. segundo del art. 34.1 del texto legal, a tenor del cual "la participación de éstos (de los trabajadores) se canalizará a través de sus representantes y de la representación especializada que se

regula en este capítulo", no solamente no avala el criterio de diferenciación propuesto sino que lo contradice abiertamente. Con la fórmula "representación especializada" se está de seguro aludiendo a los órganos de actuación específicos; esto es, al derecho de participación que la ley enuncia y organiza. Pese a ello, se trata de una hipótesis ordenadora y racionalizadora del formidable embrollo semántico que el legislador propicia y que puede compartirse; pero más como útil criterio hermenéutico que como expresión normativizada.

Resumiendo todo lo hasta aquí expuesto, cabe concluir afirmando que la participación de los trabajadores, en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo se articula en dos grandes áreas: de un lado, en el interior de las empresas y, de otro, fuera de ellas, en un ámbito más propiamente institucional. En el marco de la empresa, la participación se manifiesta, básicamente, a través de una triada de derechos: información, consulta y constitución de órganos especializados. Para éste último es para el¹⁰ que la ley reserva *el nomen iuris* de "participación".

3. CONFIGURACIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

3. Ya se ha hecho notar que la LPRL enuncia una serie de derechos a través de los cuales se pretende promover la intervención de los trabajadores en el campo de la seguridad y salud laborales, intervención ésta que, a su vez, forma parte del más genérico derecho a la "protección eficaz" de los trabajadores en éste campo (párr. 4º, art. 14.1). Cada uno de estos derechos cuenta, de su lado, con un régimen jurídico propio, cuyo examen pormenorizado se acometerá más adelante. El propósito de las observaciones que a continuación siguen es ofrecer una visión general de todos ellos.

El primer interrogante que conviene plantear y al que hay que dar respuesta es el relativo a la titularidad de los mencionados derechos de participación. En relación con éste aspecto, la Directiva Marco mantiene una calculada indefinición, atribuyendo los derechos de información, consulta y participación a los trabajadores, a sus representantes o a ambos de manera simultánea¹¹. No parece haber

⁹ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S.- AP ARICIO TOY AR, J., "Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales", Madrid (Ed. Trona) 1996, pág. 230.

¹⁰ En el presente estudio, utilizaremos el término "derechos de participación" para referirnos al concepto amplio y descriptivo de participación, reservando la expresión "derecho de participación" para aludir al concepto legal de participación.

¹¹ Vid. arts. 10 ("El empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores y/o sus representantes en la empresa <...>"), 11.1 (los empresarios consultarán a los trabajadores y/o a sus representantes y

sido ese el criterio mantenido por nuestro legislador, que descarta las concepciones orgánicas de los derechos de participación. Así lo sugiere terminantemente el empleo de dicciones tales como "los derechos de información, consulta y participación <...> forman parte del derecho de los trabajadores <...>" (art. 14.1), "el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias <...>" (art. 18.1), "el empresario deberá consultar a los trabajadores, y permitir su participación <...>" (art. 18.2), "el empresario deberá consultar a los trabajadores <...>" (art. 33.1) o, en fin, "los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa <...>" (art. 34.1).

De titularidad personal de los trabajadores, los derechos de participación que consagra la LPRL no siempre se ejercen *uti singuli*. El sistema ideado por la ley no responde, sin embargo, al típico esquema de división entre titularidad individual y ejercicio colectivo¹²; obedece a otro algo más complicado en cuya construcción intervienen distintas variables, la principal de las cuales es la existencia de lo que, con criticable ambigüedad, el texto legal denomina "representantes de los trabajadores". Sin entrar por el momento a discernir quiénes son esos representantes - si los generales, unitarios o sindicales, o los específicos que la LPRL instituye -, el ejercicio de los derechos de información, como regla general, y de consulta, sin excepción, corresponde a dichos representantes, cuando los haya y a los trabajadores *uti singuli*, en otro caso. Respecto del derecho de información, así lo dispone el párr. 2º del art. 18.1 que, no obstante, enuncia en su inciso final una excepción que opera en el área de la información relativa a "los riesgos específicos que afecten al puesto de trabajo o función y a las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos", que ha de suministrarse a cada trabajador. Y en relación con el derecho de consulta, así también lo establecen, con no menor contundencia, los arts. 18.2 y 33.2. Por último, el ejercicio del derecho de participación tampoco corresponde a los trabajadores. En su dimensión estática u orgánica, pertenece a los "representantes del personal", entendiendo por tales, como se razonará más adelante, los órganos de representación unitaria; y

en su vertiente dinámica y funcional, a los órganos de "representación especializada".

4. De cuanto se acaba de exponer, cabe extraer una primera e importante conclusión. En el conjunto de los derechos de participación que instituye y regula la LPRL, la condición de "derecho-estrella" la ostenta el derecho de participación, y ello no sólo o no tanto por situarse en el tramo superior de la escala que gradúa la intensidad de la intervención de los trabajadores en las políticas empresariales de prevención de riesgos laborales. La importancia de esta modalidad participativa se debe a razones más propiamente normativas, derivadas de las ya comentadas relaciones entre ésta y las restantes variedades de participación.

Pese al atributo asignado, el brillo del derecho de participación es, en su dimensión orgánica, de tono menor; o, si se prefiere, de segundo grado o reflejo. De entre las distintas posibilidades que al legislador se le ofrecían a la hora de configurar los órganos encargados de encarnar el derecho de participación, la definitivamente elegida es la más conservadora¹³, aún cuando probablemente es, también, la más razonable¹⁴. Descartada que fue a lo largo del dilatado proceso de elaboración de la ley la opción relativa a la constitución de unos órganos de participación distintos y desvinculados de los de carácter general, la solución finalmente plasmada en el texto legal ha sido la de aprovechar las estructuras de representación ya existentes, atribuyendo a ciertos representantes de los trabajadores, en su condición de tales, las funciones específicas que en materia de seguridad y salud en el trabajo la ley establece. Solamente en un sentido impropio o derivado cabe hablar, tal y como hace el art. 34.1, de "representación especializada", adjetivo éste que corresponde, con mayor propiedad, a las funciones. Como con toda razón se ha señalado por los primeros comentaristas de la LPRL, la norma no crea un nuevo órgano de representación que entre en concurrencia con los ya previstos por la legislación; más bien potencia las funciones de éstos "mediante una particular¹⁴ identificación competencial" de algunos de sus miembros¹⁴.

Si orgánicamente la solución legal resulta conservadora, este mismo juicio merece la opción normativa desde

permitirán su participación <...> ") 11.2 (los trabajadores o los representantes de los trabajadores <...> participarán de forma equilibrada") y 11.6 ("Los trabajadores y/o sus representantes tendrán el derecho de recurrir <...>").

¹² Así parece entenderlo FERNÁNDEZ MARCOS, L., "El contenido de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: puntos críticos", AL núm. 48 (1995), pág. 827 Y "Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales" Madrid (Ed. Dykinson) 1996, pág. 165.

¹³ Vid. las atinadas observaciones que sobre las distintas posibilidades que se le abrían al legislador con anterioridad a la promulgación de la LPRL hace CRUZ VILLALON, J., "La representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales", Temas Laborales núm. 26 (1993), págs. 14 y SS.

¹⁴ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios..." cit. pág. 218.

una vertiente funcional. La LPRL no solamente se ha ahorrado la constitución de nuevas instituciones de representación en el interior de las empresas a través del expediente de especializar a algunos componentes de la representación unitaria en tareas de seguridad y salud laborales. Renunciando a llevar hasta sus últimas consecuencias este principio de especialización, la LPRL ni ha atribuido a las instancias de actuación *ad hoc* en materia preventiva todas y cada una de las funciones y cometidos en el campo de la prevención de riesgos laborales ni ha canalizado a través de tales instancias la integridad de los derechos de participación que el ordenamiento confiere a los trabajadores en esta misma área. El principio de especialización, bien que intenso, no es completo.

Y no lo es por cuanto los delegados de prevención y los Comités de Seguridad y Salud (CSL) exclusivamente asumen las funciones y encauzan los derechos de participación que la LPRL instituye *ex novo* o remodela sobre la plantilla de la vieja Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Dicho en otras palabras, la ley no ha procedido a transferir a los "nuevos" órganos de participación las competencias que en materia de seguridad y salud laboral las leyes postconstitucionales (ET, LORAPA y LOLS) habían ido confiriendo a las instituciones de representación general, tanto a las unitarias como a las sindicales. Tal es el terminante sentido del art. 34.2 LPRL, que mantiene en la esfera de los representantes genéricos las competencias que aquellas disposiciones legales les reconoce "en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y tribunales competentes".

En relación con la negociación colectiva y con el ejercicio de acciones, la medida parece de todo punto acertada. Una solución distinta, además de introducir un formidable factor de confusión y complejidad añadida en dos de las instituciones clave de nuestro entero sistema de relaciones laborales, habría resultado extravagante o errática en el marco de los criterios de colaboración y cooperación que informan la actuación de los representantes específicos. Como con toda razón ha hecho notar Cruz Villalón, el fortalecimiento de los órganos de representación en materia de prevención de riesgos laborales pide un "contexto de separación, orgánica o funcional, de las relaciones estrictamente de conflicto" de¹⁵ aquellas otras que afectan a la seguridad y salud laboral .

Juicio bien distinto merece aquella medida respecto de las otras materias que enuncia, formulado ese juicio en términos de racionalidad y racionalización funcionales. Probablemente, las causas de la ruptura del principio de especialización funcional deban buscarse en los espacios de la oportunidad política; esto es, en la voluntad del legislador de no alterar los equilibrios de poder ya alcanzados entre los dos canales tradicionales de representación de los trabajadores en la empresa. En la medida en que, en efecto y al menos en el diseño legal, la representación especializada surge de la representación unitaria, de la que es una mera prolongación funcional, la concentración en los delegados de prevención del ejercicio de todos los derechos de información y consulta en materia preventiva hubiera significado vaciar de competencias a la representación sindical.

5. Antes de dar por concluida esta panorámica general de los derechos de participación instituidos por la LPRL, es conveniente aludir a un último punto; a saber: el papel de la autonomía negocial en la conformación y desarrollo de esos derechos.

En este orden de consideraciones, no estará de más comenzar por recordar, por obvio que ello resulte, que la seguridad y salud laboral constituye una materia que puede ser objeto de tratamiento por la negociación colectiva. Es esta una posibilidad directamente deducible, en primer lugar, del derecho a la negociación colectiva constitucionalmente consagrado en el art. 37.1 CE, de cuyo contenido esencial forma parte la libertad de contratación. Y en segundo lugar, de lo establecido en dos pasajes del ET: en el art. 82.2., que atribuye genéricamente a los convenios colectivos la finalidad de disciplinar "las condiciones de trabajo", entre las que se ubica la seguridad y salud de los trabajadores; y en el art. 85.2, que confiere a la actividad negocial colectiva la facultad, enunciada en términos no menos genéricos, de regular 11 materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo".

Como cualquier otro derecho, incluidos los derechos constitucionales, la facultad reconocida a los "representantes de los trabajadores y a los empresarios" de establecer reglas ordenadas a prevenir los riesgos profesionales no es absoluta. La libertad de que disponen los grupos sociales organizados de incorporar al contenido de sus pactos colectivos condiciones relativas a la seguridad y salud de los trabajadores tiene su límite natural en "el respeto a las leyes", conforme ordena el propio art. 85.1 ET. La expresión "respeto a las leyes" comprende la exigencia de atenerse a los mínimos de derecho necesario, entendidos, en

¹⁵ Cfr. CRUZ VILLALÓN, "La representación..." cit. pág. 8.

su versión primera y esencial, como conjunto de garantías enderezadas a promover un estado de salud y a preservar la integridad de quienes prestan un trabajo por cuenta ajena, incorporándose a una organización productiva. Comprometidos los poderes públicos, por expreso mandato constitucional (art. 40.2 CE), a velar por la seguridad e higiene en el trabajo, la normativa dictada por el Estado, tanto de carácter general y básico como especial y complementario, ha sido extensa. Esta normativa actúa frente a la autonomía colectiva, en su mayor parte, como un bloque normativo inderogable en sentido relativo. Por otra parte, a la legislación estatal nacional ha venido a sumarse la legislación procedente de la Unión Europea, dotada de importantes competencias en esta materia por obra de lo previsto en el art. 118 A del Tratado, reformado por el Acta única¹⁶, y a cuyo amparo el Consejo aprobó por unanimidad la Directiva 89/391 cuyos mandatos también resultan inderogables para nuestra negociación colectiva¹⁷.

Pese a que la seguridad y salud en el trabajo ha venido mereciendo la atención por parte de los poderes públicos, el ámbito de actuación de la negociación colectiva en este terreno es amplio. El convenio colectivo puede, primeramente, cumplir la tradicional función de mejorar las condiciones fijadas en el ordenamiento estatal, en lo que toca tanto a la vertiente individual de la seguridad e higiene como a su dimensión colectiva¹⁸. Pero también puede la norma colectiva cumplir otras funciones no menos relevantes; e, incluso, más relevantes en aquellos casos en los que, como ha venido sucediendo tradicionalmente en España hasta la promulgación de la ley 31/1995, la intervención del Estado ha girado básicamente en torno a una concepción defensiva, en lugar de ofensiva, de la seguridad laboral. Tales relevantes funciones son: la aplicativa o de ejecución de esa legislación; la integrativa o de regulación de los aspectos no tratados por las normas estatales o, en fin y en relación no exhaustiva, la complementaria o de desarrollo de los aspectos básicos fijados en dichas normas. Precisamente estas últimas funciones - que piden, normalmente, una más estrecha relación de colaboración entre los órdenes normativos estatal y convencional - han recibido

un nada desdeñable impulso por parte de la Directiva Marco, que incentiva, para la ejecución de sus mandatos, la concurrencia de estos dos órdenes, asignando a las fuentes estatales la misión de ejecutar "el contenido prioritario de la directiva" y atribuyendo a los convenios colectivos¹⁹ el cometido de complementar y desarrollar dicho contenido.

La apenas recién estrenada normativa nacional no se caracteriza, al menos en su enunciado formal, por fomentar o estimular fórmulas de activismo negocial en el área que disciplina. Aparte de la calificación de las disposiciones sobre seguridad y salud laboral contenidas en convenios colectivos como "normativa sobre prevención de riesgos laborales" (art. 1.1) calificación ésta cuyo efecto más importante se refleja en el campo de la vigilancia y control²⁰ - , la LPRL se limita a destacar "el carácter mínimo de derecho necesario indisponible" de las disposiciones laborales enunciadas en la propia ley y sus normas reglamentarias, pudiendo ser una y otras "mejoradas y desarrolladas por los convenios colectivos" (art.2.2).

Al margen de esta mención y salvo error u omisión, la ley no contiene ninguna otra remisión o llamada a la negociación colectiva. Ciertamente es que la cláusula utilizada abre a nuestra negociación un importante campo de posibilidades, máxime si se tiene en cuenta que las funciones expresamente encomendadas, que son la de suplementar y complementar el bloque de la legalidad estatal, nacional o supranacional, sólo pueden ser entendidas como excluyentes de aquella otra que contraría la naturaleza atribuida a dicho bloque; esto es, la función de supletoriedad. Pero es igualmente cierto el valor promocional que juegan las técnicas de remisión expresa a los efectos permitidos, sobre todo ponderando la tradicional y crónica mendicidad reguladora de la prevención de riesgos laborales que aqueja a nuestra negociación colectiva²¹.

La configuración de las normas laborales estatales como derecho necesario relativo experimenta, sin embargo, una importante excepción, que afecta al derecho de participación en sentido estricto. Más adelante se han de analizar los términos de esta excepción. Lo que interesa hacer notar ahora es que, apartándose de lo que constituye la regla general, el art. 35.4 atribuye a la autonomía negocial la

¹⁶ Vid. SALISH, Y.H., "Sulla nozione di ambiente di lavoro e sul campo de applicazione dell'art. 118 A del Trattato CEE, Rivista di Diritto Europeo 1990, pp. 146 y ss.

¹⁷ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, F., "La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación en el ordenamiento español", RL núm. 8 (1991), pág. 48.

¹⁸ Sobre esta doble vertiente, vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Derecho a la salud y control de los trabajadores", RL núms. 6-7 (1990), págs. 83 y ss.

¹⁹ Cfr. PÉREZ DE LOS COBOS, "La Directiva Marco...", cit. pág. 48

²⁰ Vid. por ejemplo, arts. 7.1 y 9.1 LPRL.

²¹ Vid. GOERLICH PESET, J.M., "Aproximación al estado de la seguridad e higiene en la negociación colectiva", RPS núm. 143 (1984), págs. 23 y ss y VALDES DAL-RÉ, F., "La prevención de riesgos profesionales en la negociación colectiva", RL 1994-1, págs. 13 y ss.

facultad de desplazar la regulación orgánica de los delegados de prevención que la propia ley instituye y que, por consiguiente, se convierte en norma dispositiva. En esta materia y sólo en ella, la negociación colectiva puede abrir con la ley un diálogo de supletoriedad.

Para cerrar esas consideraciones generales respecto del papel de la autonomía negocial en la regulación de los derechos de participación relativos a la seguridad y salud laboral, una última resta aún por realizar. Es bien sabido que la ley 11/1994 ha modificado intensa y extensamente las bases normativas de la estructura contractual colectiva, sobre todo en lo que concierne a las relaciones entre las distintas unidades de contratación y a las reglas de la concurrencia con vencial²². Con vistas a facilitar la descentralización contractual en el doble ámbito territorial y funcional, el principio de no-afectación de un convenio por otro, durante su vigencia, ha perdido su condición de regla universal, bien que de carácter dispositivo o de segundo grado, para la solución de los conflictos de concurrencia opositiva entre normas colectivas, habiendo procedido el nuevo art. 84 ET a diversificar los criterios ahora utilizables para sustanciar ese tipo de conflictos. En lo que aquí importa destacar, el párr. 2º de ese precepto quiebra el monopolio aplicativo hasta entonces conferido al convenio *prior in tempore*, habilitando al convenio (y al acuerdo) supraempresarial posterior e inferior a modificar lo establecido en el anterior superior siempre que la decisión de afectación hubiere obtenido "el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación". Es ésta, sin embargo, una facultad limitada por razón de los contenidos, declarándose una serie de "materias no negociables" entre las que se mencionan "las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo".

Qué deba entenderse por "normas mínimas", expresión ésta que actúa sintácticamente como un sustantivo de lo que la ley 31/1995 ha venido a denominar prevención de riesgos laborales, es un interrogante que no se presta a una respuesta ni rápida ni sencilla. Instalada en un precepto

²² Vid. CASAS BAAMONDE, M.E., "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas de sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", en Casas/Valdés (Coord.), "La reforma del Estatuto de los Trabajadores", Madrid (Ed. La Ley) 1994, pp. 292 Y ss; y ALDES DAL-RE, F., "Notas sobre el nuevo marco legal de la estructura de la negociación colectiva", en Del Rey Guanter (Coord.), "La reforma de la negociación colectiva", Madrid (Ed. M. Pons) 1995, pp. 119 Y ss Y MARTÍN VALVERDE, A., "Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo", en Borrajo (Coord.) "Comentario a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores" t. XII, vol. 2º, 2a ed., Madrid (Edersa) 1995, pp. 3 y ss.

cuya finalidad no es simplemente ordenar las relaciones entre convenios colectivos de distinto nivel sino, adicionalmente, enunciar un principio de exclusión competencial entre convenios de distinto nivel, esta cláusula no puede referirse ni a regulaciones establecidas en el bloque de la legalidad estatal ni, tampoco, a todo el contenido convencional sobre seguridad y salud laboral pactado en el convenio anterior superior. Una interpretación distinta pugnaría no sólo con la dicción legal sino con la propia lógica a la que obedece la prohibición de negociar.

Ausente de nuestro ordenamiento cualquier indicación o pista sobre la materia de seguridad e higiene constitutiva de normas mínimas *ex* 84.3 ET, entiendo que corresponde a la competencia de la unidad negocial superior su definición, tarea ésta en la que habrá de respetarse un doble requisito. Desde un punto de vista formal, el convenio o acuerdo que pretenda hacer uso de la cláusula de exclusión competencial ha de mencionar de modo expreso cuáles, de entre las estipulaciones pactadas sobre seguridad y salud laboral, tienen la condición de mínimas. Desde un punto de vista material, esa reserva ha de resultar congruente y servir a la finalidad perseguida por el legislador al exceptuar un grupo de condiciones de trabajo del general principio de descentralización. Ha de tratarse, en suma, de una materia que por sus singularidades sea refractaria a ser tratada en niveles descentralizados. Más adelante hemos de verificar si, respecto de los derechos de participación, alguna materia reúne esta característica. Por el momento, baste con haber dejado apuntado el problema y su genérica solución.

4. EL DERECHO DE INFORMACIÓN

6. Ubicado en los umbrales inferiores de la escala que gradúa los medios de que disponen los trabajadores para incidir en las decisiones adoptadas por el empresario, el derecho de información en materia de prevención de riesgos laborales es, en su versión primera, un instrumento ordenado a promover la participación. En cuanto que su objeto versa sobre hechos o datos con relevancia en la seguridad y salud laboral, este derecho, además de tener una sustantividad propia, actúa como soporte lógico y jurídico para el ejercicio de otras fórmulas de participación más intensas²³.

Pero el derecho de información no sólo tiene una vertiente participativa. También contribuye a la más adecuada

²³ Vid., ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L., "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores", Madrid. (Ed. Civitas) 1992, especialmente págs. 98 y ss.

y eficaz protección de los trabajadores en la medida en que les facilita un conocimiento de los elementos ambientales de su lugar de trabajo y de las circunstancias en las que han de ejecutar su prestación laboral. Es esta segunda perspectiva la que, precisamente, aparece con un mayor énfasis en el art. 18.1 de la LPRL, que desde su inicio establece una estrecha vinculación entre el derecho de información de los trabajadores y la deuda de seguridad que recae sobre el empresario. "A fin de dar cumplimiento al deber de protección establecido en la presente ley - comienza diciendo el citado pasaje legal -, el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban las informaciones necesarias (...)"

El art. 18.1 de la ley 31/1995 constituye el precepto de cabecera del derecho de información en materia de prevención de riesgos laborales, pues instituye el marco general de su régimen jurídico: define el modo de ejercicio y enuncia el contenido. Pero la LPRL también se ocupa de este derecho en otros lugares, primando en unos casos la vertiente participativa (por ejemplo, arts. 36.2.c. y 39.2) y en otros la vertiente de protección individual (así, art. 22.3).

En el marco del art. 18.1 LPRL, sujeto receptor de la información y contenido de los hechos o datos sobre los que la información versa son elementos del derecho de información estrechamente relacionados entre sí. El esquema de la leyes dualista, diferenciando entre informaciones de carácter general, que afectan al conjunto o a un grupo de trabajadores, e informaciones singulares, que atañen a cada trabajador *uti singuli*.

En la primera hipótesis, los receptores de las informaciones son, si los hay, los "representantes de los trabajadores", expresión ésta que ha de ser referida, primeramente, a los representantes específicos (delegados de prevención) y, caso de no contar la empresa con ellos, a los representantes comunes, unitarios o sindicales, cuyas competencias en materia preventiva *ex LPRL* son siempre de segundo grado; tienen un carácter subsidiario, ejerciéndose en tanto no se constituya el órgano de representación *ad hoc*.

De no existir representantes de los trabajadores en el sentido expuesto, el empresario no queda liberado de su deber de informar; antes al contrario, el deudor de seguridad ha de adoptar todas aquellas medidas necesarias para que la información llegue a conocimiento de los trabajadores. La prevalencia que el art. 18.1 atribuye a la vertiente protectora de este tipo de información avala esta interpretación. Por lo demás, contenido de éste primer grupo de informaciones son: a) los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, tanto los que afectan a la empresa en su conjunto como a "cada tipo de puesto de trabajo o función"; b)

las medidas de prevención y protección aplicables a esos riesgos y c) las medidas adoptadas en las situaciones de emergencia reguladas en el art. 20²⁴. A este catálogo, ha de adicionarse la información relativa a los "riesgos graves e inminentes" así como a las medidas adoptadas o que se vayan a adoptar para su protección (art. 20.1.a.).

En la segunda hipótesis, el receptor de la información, haya o no delegados de prevención, es siempre el trabajador individual, que ha de conocer los riesgos que afecten a su puesto de trabajo y las medidas de protección y prevención adoptadas. En el contexto del art. 18.1, la expresión riesgo ha de ser entendida como equivalente a "posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo" (art. 4.2°). Extramuros de éste contenido queda, pues, la información relativa al "riesgo grave e inminente".

5. EL DERECHO DE CONSULTA

7. Situado éste derecho en un tramo intermedio en la escala de los medios de intervención de los trabajadores en la gestión de la empresa, en la regulación que de él hace la LPRL prima la vertiente participativa. Así lo confirma la literalidad del art. 33.1 a tenor del cual el empresario ha de consultar a los trabajadores "la adopción de las decisiones" que seguidamente se indican.

Atribuido a los trabajadores con el resuelto designio de permitirles influir en las decisiones que sobre la prevención de riesgos laborales acuerde el empresario, la materia sobre la que versa la consulta no responde, en el diseño legal, a un esquema dualista sino unitario. Sí sigue siendo dualista, sin embargo, el modo de ejercicio del derecho.

Comenzando el análisis del derecho de consulta por este último aspecto, el art. 33.2 de la LPRL, reiterando el criterio ya previamente afirmado en el art. 18.2, dispone que "en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores", las consultas se llevarán a cabo con ellos. Haciendo uso de una calculada indefinición, el legislador utiliza una y otra vez una dicción abierta a plurales interpretaciones. Al menos las tres siguientes, ya sostenidas por los primeros comentaristas de la ley. Cabe entender, primeramente, que "representantes de los trabajadores" son los representantes *ad hoc* que la propia ley instituye; es decir, los delegados de prevención²⁵. Pero también puede atribuirse esa condición acumulativamente a los representantes

²⁴ El art. 18.1 transpone el art. 10.1 de la Directiva Marco.

²⁵ Así lo entiende FERNÁNDEZ MARCOS, L, "Comentarios a la Ley..." cit. pág. 163.

comunes, unitarios o sindicales, de la empresa y a los específicos en materia de seguridad y salud laboral²⁶. Finalmente, para un sector de la doctrina el derecho de consulta se satisface mediante la audiencia preceptiva por parte del empresario a los representantes unitarios de la empresa²⁷.

Una adecuada respuesta a la cuestión abierta requiere, a mi juicio, traer a colación algunos de los principios que informan los derechos de participación. Una interpretación conjunta o sistemática de esos principios puede arrojar luz sobre el interrogante enunciado. En este orden de cosas, ya se ha señalado que la ley ha optado por un principio de especialización funcional, encomendando a ciertos componentes de la representación unitaria, salvo que otra cosa se disponga en la negociación colectiva, el ejercicio de las nuevas competencias participativas que la ley estatuye en materia de seguridad laboral. Siendo ello así, como me parece que es, el ejercicio del derecho de consulta queda reservado, en las empresas que cuenten con ellos, a los delegados de prevención. Así se deduce sin margen alguno de incertidumbre de lo dispuesto en el art. 36.l.c. del texto legal, que expresamente se remite a las decisiones mencionadas en el art. 33. Con éste reenvío, la ley no está reconociendo a las opiniones vertidas por los delegados de prevención una posición de preeminencia en caso de discrepancia con las que pudieran sostener los órganos de representación común²⁸. El reenvío tiene un carácter funcionalmente excluyente, de modo que, habiendo delegados de prevención, es a ellos y sólo a ellos a los que el empresario debe dar audiencia. Y sólo su parecer ha de ser tomado en consideración previamente a la adopción de las oportunas decisiones.

El verdadero problema se plantea a la hora de discernir si, en el supuesto posible aún cuando poco probable de no haber órganos de representación específica, el preceptivo trámite de consulta ha de abrirse con los órganos de representación común y, en caso afirmativo, con ambos de manera simultánea o con uno solamente. La respuesta a este interrogante ha de sustanciarse, nuevamente, con el auxilio de los principios generales que rigen los derechos de participación. En la medida en que la representación

específica no es sino una prolongación orgánica de la representación unitaria, caracterizada por un principio de especialización funcional, aquél trámite ha de cumplimentarse obligadamente con los representantes unitarios - comité de empresa o delegados de personal - si los hubiere. Dado, sin embargo, que los representantes sindicales tienen derecho, *ex art. 10.3.35 de la LOLS*, a ser "oidos por la empresa previamente la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general", también los delegados sindicales, en la hipótesis que ahora se contempla, habrán de ser consultados. Entonces y sólo entonces, el empresario vendrá obligado a escuchar a los representantes comunes, cuya actuación en el ámbito de las competencias y funciones establecidas por la LPRL es, como ya se ha indicado, subsidiaria y no simultánea respecto de la intervención de los representantes específicos.

En defecto de todos ellos, el deber de consulta a cargo del empresario habrá de cumplimentarse mediante fórmulas de consulta directa con los trabajadores. La LPRL no establece regla alguna sobre este procedimiento de consulta directa, que puede instrumentarse a través de muy diversas modalidades. La asamblea es una de ellas, pero no la única²⁹. La finalidad de la consulta directa no es la formación de una opinión mayoritaria de los trabajadores sino permitirles a todos ellos expresar su parecer con vistas a influir en la adopción de las decisiones que adopte el empresario. Y esa finalidad también puede satisfacerse, sin merma alguna del interés protegido, mediante reuniones o conversaciones informales. En última instancia, la regularidad jurídica del procedimiento utilizado y, con ello, el cumplimiento del trámite por parte del empresario son cuestiones que habrán de responderse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, ponderando aspectos tales como la dimensión de la empresa, la materia sobre la que versa la consulta, su complejidad técnica o la efectiva emisión por todos los trabajadores de un juicio sobre la decisión que se pretenda adoptar.

8. En su vertiente pasiva, la consulta se configura como un deber a cargo de la dirección de la empresa que nace cada vez y cuantas veces se pretenda adoptar una medida empresarial relativa a la prevención de los riesgos laborales. El art. 33.1 LPRL se encarga de enumerar las decisiones empresariales que, antes de su adopción, han de ser objeto de consulta. El sistema empleado no responde, sin

²⁶ Esta tesis es la defendida por GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la Ley...", cit., pág. 208, para quienes la consulta es acumulativa.

²⁷ Cfr. SALA FRANCO - ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la ley..." cit. pág. 134, que expresamente excluyen a los delegados sindicales pero sin mencionar a los de prevención.

²⁸ Como así lo entienden GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios...", cit. págs. 208-209.

²⁹ No son de este parecer SALA FRANCO - ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 134, para quienes, además, en tales casos, juegan "las disposiciones del ET acerca del derecho de reunión". En el mismo sentido que el que aquí se mantiene, GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 209.

embargo, al sistema de materias cerradas o tasadas; antes al contrario³⁰, se combina éste criterio con el de una cláusula general³¹ a tenor de la cual el empresario vendrá obligado a escuchar el juicio o parecer en "cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores" (apar. D. Si a este dato se adiciona que algunas de las decisiones constitutivas de la lista vienen definidas, como se razonará de inmediato, en términos enormemente genéricos, la conclusión que cabe extraer es la amplitud con la que la ley enuncia el objeto del derecho de consulta, que cubre prácticamente todos los proyectos de gestión empresarial con significativa incidencia sobre la seguridad y salud laboral.

Al margen de la cláusula general, el deber de consulta recae sobre cinco grupos o tipos de materias, cuyo enunciado viene formulado con un grado distinto de concreción: muy amplio en los casos previstos en los apar. a) y b) del art. 33.1 y más preciso en los restantes supuestos, todos los cuales hubieran entrado, sin violencia interpretativa alguna, en el apar. b), pues no son sino singularizadas manifestaciones relativas a la organización y desarrollo de las actividades de protección. La referencia separada tal vez se explica por ese designio de nuestro legislador de transponer miméticamente el contenido de la Directiva Marco, olvidando, no obstante, que el art. 33.1.b. de nuestra ley no tiene equivalente en ninguno de los apartados del art 11.1 de la norma comunitaria. O mejor todavía, los comprende a todos ellos, a excepción del que forma el *pendant* de nuestra cláusula general. Sea como fuere, esas referencias autónomas contribuyen a dotar de mayor certeza al contenido del derecho de consulta y, de seguro, servirán para ahorrarnos algunos conflictos. El riesgo de las cláusulas abiertas es que pueden terminar disolviéndose en su propia genericidad a resultas de esa inexorable ley no escrita sobre el juego de la relación inversamente proporcional que existe entre el grado de cumplimiento de un deber y su concreción: a menor concreción, mayores son los márgenes para la inobservancia.

Conforme establece el art. 33.1, las decisiones sometidas a consulta son las siguientes: a) "La planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías", siempre que la innovación tecnológica repercuta sobre la seguridad y salud de los trabajadores. Se trata de una decisión que, en realidad, comprende todos los aspectos de la actividad productiva, máxime dadas las circunstancias que el propio precepto menciona como

susceptibles de producir riesgos³¹ y que son "la elección de los equipos de trabajo"³², "la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo"³³ y "el impacto de los factores ambientales en el trabajo". b) "La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos laborales", fórmula ésta que, rectamente entendida, abarca la totalidad de las decisiones que el empresario deba adoptar en el marco de la propia LPRL. No obstante esta amplitud, la ley menciona de modo expreso, probablemente por su singular relevancia y significación, dos supuestos concretos reconducibles a este grupo. De un lado, la designación de los trabajadores encargados de atender las actividades de protección; esto es, el servicio de prevención interno (art. 30); de otro, "el recurso a un servicio de prevención externo" (art. 31). c) "La designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia", de las que se ocupa el art. 20.d) "Los procedimientos de información y documentación" a que se refieren, respectivamente, los arts. 18.1 y 23.1 de la ley. Repárese que en ésta hipótesis la consulta no recae, obviamente, sobre el contenido ni de la información ni de la documentación sino sobre los aspectos formales de una y otra; esto es y por ilustrar la idea con un ejemplo, sobre el modo como se va a facilitar esa información o conservar la documentación (en soporte papel o soporte informático) y e) "El proyecto y la organización de la formación en materia preventiva", términos éstos que comprenden la integridad del régimen de los deberes de formación a cargo del empresario que enuncian los arts. 19 y 37.2 para con los trabajadores y los delegados de prevención, respectivamente.

9. Bien escasas son las reglas relativas al procedimiento del derecho de consulta. Por lo pronto y por lo que se refiere a sus aspectos temporales, el art. 33.1 exige al empresario que la consulta tenga lugar "con la debida antelación", sin concretar plazo alguno. Con no mayor precisión se manifiesta el art. 36.1.c. que, al enunciar las competencias de los delegados de prevención, incluye la relativa a "ser consultados por el empresario, con carácter previo a su ejecución, acerca de las decisiones" a que se refiere aquél otro precepto.

³¹ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 212.

³² La LPRL entiende por equipo de trabajo "cualquier máquina, aparato, instrumento o instalación utilizada en el trabajo" (art. 4.5°).

³³ La condición de trabajo se define como "cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador" (art. 4.7°).

³⁰ Reproducción de lo previsto en art. 11.2.a de la Directiva Marco.

La "debidamente" constituye un estándar jurídico del que el legislador se sirve para delimitar temporalmente el correcto cumplimiento por parte del empresario del deber de consulta. Por consiguiente, la tarea de enjuiciar si el preceptivo trámite de audiencia se ha atendido o no a la exigencia legal es una tarea que apela al método del caso concreto. Primeramente, a la valoración de las concretas circunstancias de la consulta, entre otras la materia sobre la que versa, la complejidad técnica de la misma, las características de las actividades y procesos productivos de la empresa y el grado de incidencia de la decisión a adoptar sobre la seguridad y salud de los trabajadores. En segundo lugar, también será preciso ponderar si, con el plazo concedido, la finalidad del derecho de consulta ha quedado razonablemente satisfecha. Ya se ha dicho y repetido que el derecho de consulta es un medio de participación de los trabajadores en la toma de decisiones por parte de la dirección de la empresa con el que se pretende que aquellos o sus representantes tengan la oportunidad de expresar su parecer y, con ello, poder influir en la adopción de la propia decisión, que queda aplazada interina y pasajeramente hasta que no concluya el proceso consultivo. Desde esta perspectiva, la consulta se habrá producido con "debidamente" cuando las ideas y pareceres hayan satisfecho su objetivo primero y esencial, integrándose "lealmente" en el proceso de decisión³⁴. Una consulta tardía equivale a una decisión no participada.

La LPRL no contiene prescripción alguna sobre la forma a la que ha de atenderse la consulta, que en verdad puede expresarse de maneras muy variadas: informes o dictámenes, consultas conjuntas o examen conjunto y audiencia previa, entre otras³⁵. De seguro, la petición de consulta por escrito por parte de la dirección de la empresa y la respuesta igualmente por escrito por los trabajadores o sus representantes puede resultar la opción más aconsejable³⁶, ya que acredita fehacientemente, en un supuesto, el hecho mismo de su solicitud y el momento en que ésta se produjo y, en el otro, el contenido de las opiniones, ideas y pareceres vertidos sobre los proyectos empresariales. En todo caso y si la contestación a la consulta se formalizase por escrito por los delegados de prevención, su informe habrá de elaborarse "en un plazo de quince días o en el tiempo imprescindible cuando se trate de adoptar medidas dirigi-

das a prevenir riesgos inminentes", transcurrido el cual sin haberse formulado, "el empresario podrá poner en práctica su decisión" (art. 36.3). El plazo de quince días cumple así una doble función; delimita el periodo mínimo de antelación con que el empresario ha de recabar el parecer de los representantes con funciones especializadas en materia preventiva y define el periodo máximo del que disponen éstos para formular su dictamen.

El incumplimiento por parte del empresario del deber de consulta, que es preceptivo pero no vinculante, es una conducta constitutiva de infracción grave (art. 47. 11), sancionable en vía administrativa. Pero la gran cuestión que cabe suscitar es la de discernir si la omisión del citado deber produce o no la ineficacia de la decisión empresarial adoptada y ejecutada. Es ésta una cuestión, cuya inteligencia y solución remite a otra previa y más general, que afecta a la configuración del derecho de consulta en la LPRL.

La consulta puede obedecer, en efecto, a dos distintos modelos o sistemas. Puede entenderse, primeramente, como una forma de control externo al procedimiento de elaboración de los proyectos de gestión empresarial. Pero también puede concebirse como un trámite interno incorporado al proceso de adopción de la propia decisión empresarial³⁷. La configuración del derecho de consulta conforme a un u otro sistema tiene una transcendental importancia en orden a delimitar de las responsabilidades del empresario por la inobservancia del correlativo deber de consulta que sobre él recae. En la primera hipótesis, el incumplimiento de éste deber no lleva aparejado una sanción jurídica de ineficacia de la decisión empresarial, lo que sí sucede en la segunda hipótesis, en la que la omisión de la consulta produce una irregularidad en el proceso de adopción de la correspondiente decisión empresarial, en el que cabe apreciar la vulneración de un principio de procedimentalización.

A cuál de estos modelos responde el derecho de consulta regulado en el art. 33 LPRL, es interrogante abierto a distintas interpretaciones o, lo que es igual, refractario a soluciones categóricas. Con todo, entiendo que la facultad consultiva atribuida en ese precepto aparece configurada más como un mero control externo que como un trámite interno, inserto en el procedimiento de toma de decisiones empresariales. La generalidad y amplitud con la que se configura el propio derecho de consulta, la naturaleza del órgano de representación con funciones especializadas en

³⁴ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 211.

³⁵ Vid. MONEREO, "Los derechos de información...", cit. pág. 104.

³⁶ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cil. pág. 211.

³⁷ Cfr. MONEREO PÉREZ, "Los derechos de información,..."cit., pág. 111.

materia preventiva y, sobre todo, la ausencia en la ley de reglas precisas de procedimentalización son indicios que fundamentan este criterio. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que la negociación colectiva haya procedido a incorporar el derecho de consulta, en todos o en algunos supuestos, a un procedimiento interno, en cuyo caso la omisión podría significar la invalidez del acto empresarial.

6. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN: GENERALIDADES

10. Tercero y último de los medios puestos a disposición de los trabajadores para intervenir en las políticas empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, el derecho de participación tiene, en el marco de la LPRL y como ya se ha hecho notar, dos vertientes. La primera, de carácter orgánico y que actúa como condición necesaria y suficiente para la activación de la segunda, se sustancia en el derecho de los trabajadores a contar con órganos de representación propios, que se colocan en una posición ajena o externa a la estructura jurídica de la empresa aún cuando, lógicamente, operan en el ámbito de ésta. La segunda vertiente es de carácter funcional, manifestándose mediante el ejercicio, por parte de esos órganos, de determinadas funciones o cometidos de muy diversa naturaleza.

Pese a que los arts. 14.1, 18.2 Y 34.1 de la LPRL confieren el derecho a participar en la empresa "a los trabajadores", sin introducir mayores distinciones ni matizaciones, no es éste un derecho de alcance tan general. En realidad su ámbito se ciñe a los trabajadores que presten su actividad en "empresas o centros de trabajo" con un bien definido umbral de efectivos humanos; en concreto, en aquellas que cuenten con seis o más trabajadores (párr. 2º, art. 34.1). Posponiendo para más adelante la interpretación del sintagma "empresas o centros de trabajo", lo que ahora importa destacar es el carácter limitado del derecho de participación, cuyo presupuesto de hecho queda vinculado legalmente a un dato externo y ajeno a la condición de trabajador por cuenta ajena, cual es el censo de la empresa.

Dispone el párr. 2º del art. 34.1 LPRL que la participación de los trabajadores "se canalizará a través de sus representantes y de la representación que se regula en este capítulo". Apreciado desde su dicción literal, el precepto transcrito parece estar enunciando la existencia de dos cauces orgánicos de participación: de un lado, los representantes y, de otro, la representación especializada. Las dudas nacen cuando se pretende llenar de contenido sustantivo ambos conceptos normativos, cuyo empleo una vez más vuelve a poner de manifiesto la calculada y, en oca-

siones, irritante imprecisión de la que hace gala el legislador. Las opciones que se abren al intérprete, nada fáciles de despejar y que pueden terminar poniendo en discusión el dualismo orgánico proclamado, son numerosas. La expresión representantes: ¿alude exclusivamente a los delegados de prevención, a los que el art. 35.1 define como "representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo?", ¿comprende a los representantes comunes, unitarios o sindicales, o sólo a éstos? El término representación especializada: ¿es redundante respecto del de representantes?; ¿se refiere a los delegados de prevención, al Comité de Seguridad y Salud o a ambos simultáneamente?

Descartando la hipótesis de que la ley haya querido utilizar las expresiones a examen de modo sinónimo, cabe intentar una reconstrucción de este embrollo semántico. A mi juicio, el párr. 2º del art. 34.1 de la LPRL está enunciando dos canales de participación, cada uno de los cuales se corresponde con las dos instancias representativas en materia de prevención de riesgos laborales que la ley instituye: de un lado, los delegados de prevención, a los que, como ya se ha hecho notar, la norma atribuye la cualidad de "representantes"; de otro, el Comité de Seguridad y Salud, al que la ley también configura como "órgano de participación de la empresa" (art.38.1).

Delegados de prevención y Comité de Seguridad y Salud son los cauces a través de los cuales se ejerce el derecho de participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales³⁸. Sin embargo y como también se ha razonado, no son los únicos, ya que la LPRL no ha llevado hasta sus últimas consecuencias el principio de especialización funcional. Los órganos de representación común, unitarios y sindicales, también articulan ese derecho, aún cuando de forma limitada y residual.

En el ámbito de imputación normativa de la ley 31/1995, las relaciones entre los representantes comunes y los delegados de prevención no responden al esquema de la concurrencia funcional sino de la división funcional³⁹. Aquellos primeros conservan sus facultades informativas,

³⁸ En sentido diferente al aquí sostenido, SALA FRANCO-ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la Ley..." cit., pág. 136, para quienes los términos "representantes" y "representación especializada" aluden, respectivamente, a los representantes comunes y a los delegados de prevención.

³⁹ Vid. otra interpretación en GONZÁLEZ ORTEGA - AP ARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley..." cit. págs. 217 y ss, quienes defienden la tesis de que las competencias de participación pertenecen a la representación general (unitaria o sindical), sin que la LPRL las haya limitado o reducido.

consultivas y de vigilancia y control que sus normas reguladoras les han atribuido. Estos otros actúan con competencia originaria el conjunto de derechos de participación reconocidos por la LPRL. Por lo demás, la circunstancia de que los delegados de prevención acumulen, en el diseño legal, que es dispositivo para la negociación colectiva, la cualidad de representantes unitarios o, incluso, lleguen en algún caso a confundirse con ellos no altera las bases del modelo expuesto. El derecho de participación se canaliza a través del delegado de prevención, categoría ésta que no se limita a añadir un plus funcional a la de representante unitario; constituye la condición jurídica para el ejercicio de las competencias y de las facultades atribuidas en el art. 36 de la LPRL.

7. LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN

11. Configurados legalmente como los representantes genuinos o por excelencia de los trabajadores en los asuntos relativos a la seguridad y salud laboral, su régimen jurídico se contiene en los arts. 35 a 37 de la LPRL.

a. Aspectos organizativos y de funcionamiento

a'. El modelo legal

12. De conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 LPRL, "los Delegados de Prevención serán designados por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación previstos en las normas a que se refiere el artículo anterior <...>". Utilizando una dicción que no es ningún modelo de claridad, el presente pasaje legal regula el régimen de designación de los delegados de prevención al tiempo que delimita su base organizativa de constitución y fija su composición.

El modo de designación de los delegados de prevención constituye, de seguro, el aspecto más debatido de cuantos componen la regulación legal del derecho de participación, habiendo sido avanzadas por la doctrina todas las hipótesis imaginables, incluidas algunas privadas de razonable consistencia jurídica⁴⁰. Desde luego, no cabe plantear

⁴⁰ Tal ocurre con la tesis que atribuye la condición de electores de los delegados de prevención a la representación unitaria o a la representación sindical, entendiendo por tallas secciones sindicales legalmente constituidas en la empresa. Cfr. AGUT GARCÍA, C., "La designación de los delegados de prevención en el ámbito de la representación de los trabajadores en la empresa", Comunicación presentada al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, "La prevención de riesgos laborales., funciones, contenido, efectos", Valladolid 1996, págs. 3 y ss (de su ejemplar mimeografiado). Las secciones sindicales son, desde luego, órganos de representación sindical, pero en modo alguno ostentan la categoría de "representantes del personal", que actúa como condición

duda alguna sobre la inteligencia del giro gramatical "por y entre", con el que no otra cosa se quiere poner de manifiesto la coincidencia entre el cuerpo de electores y el de elegibles, que es único y el mismo. Los problemas de interpretación se concentran en la delimitación de ese cuerpo, al que la ley se refiere con el término "representantes del personal".

No es cuestión ahora de abrir debate sobre la ya vieja polémica abierta entre nosotros acerca del sentido y alcance del término "representantes" de los trabajadores, debate que ha de considerarse zanjado en favor de una interpretación amplia, de suerte que ostentan esa cualidad tanto los representantes unitarios como los estrictamente sindicales⁴¹. De lo que se trata es de discernir, a los limitados efectos del art. 35.2 LPRL, el cuerpo de electores y elegibles de los delegados de prevención, cuerpo que, en mi opinión, está compuesto exclusivamente por los representantes unitarios⁴².

En favor de ésta tesis milita, primeramente, una interpretación literal del art. 35.2, que, a diferencia de otros pasajes legales (párr. 2º art. 18.1; art. 33.2 y párr. 2º, art. 34.1), no emplea la más genérica y omnicomprendiva noción de "representantes de los trabajadores" o, más sencillamente, la de "representantes". La expresión ahora utilizada es la de "representantes del personal". En este sintagma, el complemento del nombre tiene un claro sentido delimitativo. Si personal es el conjunto de trabajadores al servicio de una empresa y no de los afiliados a un sindicato que prestan servicio en una misma empresa, sus representantes no pueden ser otros que los unitarios.

A esta misma conclusión se llega en base a lo establecido en la Disposición Adicional 4ª de la LPRL. Este pre-

jurídica para demarcar el cuerpo de electores y elegibles de los delegados de prevención. A ello no obsta que el art. 35.2 se remita al art. 34.2, el cual a su vez alude a los "representantes sindicales". Sin entrar a discutir que ha de entenderse por tales, lo que importa señalar es que el reenvío que aquél precepto hace a éste otro no es a efectos de designación de delegados sino, y ello es bien distinto, a efectos de delimitación del ámbito organizativo en el que la designación misma se produce. En breve, a los efectos de la definición de la base de constitución de los representantes específicos en materia de prevención de riesgos laborales.

⁴¹ Por todos, vid. los términos de éste debate en CASAS BAAMONDE, M.E., "Los nuevos derechos de información de los representantes legales de los trabajadores. ¿Qué representantes?", RT núm. 100 (1990), págs. 335 y ss.

⁴² Es ésta interpretación mayoritaria en la doctrina. Vid. SALA FRANCO - ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la ley..", cit. pág. 141; GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 223; FERNÁNDEZ MARCOS, L., "Comentarios a la Ley...", cit. pág. 170.

cepto enuncia una regla especial en lo que a la designación de delegados de prevención toca en un supuesto de hecho que se define del modo siguiente: "en los centros de trabajo que carezcan de representantes por no existir trabajadores con la antigüedad suficiente para ser electores o elegibles en las elecciones para representantes del personal <...>". De la dicción literal de la norma se evidencia que, en el contexto normativo de la LPRL, la noción de representantes del personal se utiliza en su sentido más técnico y riguroso, como equivalente a representantes elegidos por todos los componentes de la comunidad laboral (empresa o centro de trabajo) y no por una fracción de ella, delimitada por un principio de afiliación sindical.

En tercer lugar, la Disposición Transitoria 12.2 de la LPRL también corrobora esta interpretación. Conforme a lo previsto en esta norma intertemporal, los convenios colectivos que estuvieran vigentes en la fecha de entrada en vigor de la ley que regularan órganos específicos en materia de prevención de riesgos laborales podrán continuar, bajo ciertas condiciones que no hace ahora al caso reseñar, en el ejercicio de sus funciones, en sustitución de los delegados de prevención, "salvo que por el órgano de representación legal de los trabajadores se decida la designación de éstos conforme al procedimiento del artículo 35". En esquemática síntesis y en lo que ahora importa destacar, el sentido del precepto transcrito es claro: la continuidad o no de los representantes especializados, distintos de los legalmente previstos y constituidos con amparo en cláusulas convencionales, depende de la voluntad de un órgano que, sea cual fuere, ha de coincidir con aquél que tiene la facultad de designar *ex art.* 35.2 a los delegados de prevención⁴³. Ahora bien, dicho órgano -y repárese que la ley habla de órgano de representación, y no de representantes - se define como el de la "representación legal de los trabajadores", cualidad ésta que sólo la ostenta la representación unitaria. Ciertamente es que tanto la representación unitaria como la sindical son objeto de regulación legal. Pero es más cierto que aquella es la única que tiene una base legal en su constitución, dependiendo la constitución de la otra de la voluntad estatutaria de las organizaciones sindicales.

Por último y por si los argumentos anteriores no hubieran despejado definitivamente las dudas interpretativas sobre el órgano de representación que designa a los delegados de prevención, el párr. 2º del art. 35.2 resulta concluyente. En esencia, éste pasaje legal no hace otra cosa

que concretar, respecto de las empresas con un censo de trabajadores inferior a cincuenta, las previsiones que en relación con el modo de designación de los delegados de prevención (y el número de estos) establece el párr. 15 de ese mismo art. 35.2. En tales supuestos, el delegado de prevención es elegido "por y entre los Delegados de Personal".

La designación de los delegados de prevención por los representantes unitarios se configura como una regla general que la LPRL excepciona en el supuesto de hecho de no haber trabajadores con la antigüedad suficiente para ser electores o elegibles en las elecciones para representantes del personal. En ésta limitada hipótesis, que en realidad se reduce a los supuestos de hecho de empresas o centros de trabajo en las que, contando con seis o más trabajadores, no se hubieren podido celebrar elecciones por no concurrir los requisitos de ejercicio del sufragio activo o pasivo (empresas⁴⁴ de nueva creación o empresas con altas tasas de rotación), la ley autoriza a los trabajadores, constituidos en asamblea, a elegir a uno de entre ellos para que ejerza las competencias propias de los delegados de prevención, cesando en sus funciones una vez que han sido removidos los obstáculos legales para la aplicación del régimen general.

Al margen de los efectos derogatorios que ésta regla especial produce sobre el modo legalmente establecido de designación del delegado de prevención, dicha regla también excepciona o modera el principio general de vinculación entre la representación unitaria y los representantes de los trabajadores con funciones especializadas en materia de prevención de riesgos laborales. Se trata, en realidad, del único supuesto contemplado por la ley en el que delegado de prevención cuenta con un perfil orgánico, y no ya meramente funcional, autónomo y sustantivo.

Girando ahora el razonamiento hacia otras consideraciones, ya se ha comentado el carácter limitado del derecho de participación reconocido a los trabajadores, que sólo alcanza a las empresas que cuenten con un censo laboral superior a seis trabajadores. También se ha hecho notar que la ley define como cuerpo de electores y elegibles de los delegados de prevención a los representantes unitarios. De estas dos previsiones normativas no se infiere de un modo mecánico, sin embargo, que en todas aquellas empresas que superen ese umbral mínimo concurren las condiciones necesarias para que los trabajadores pueden ejercer su

⁴³ Vid. SALCEDO BELTRAN, M.C., "El concepto de representantes de los trabajadores en la elección de los delegados de prevención", en VII Congreso Nacional..., cit., pág. 9 (de su ejemplar mimeografiado)

⁴⁴ Vid. art. 69.2 ET. Vid. la acertada crítica que a la definición del supuesto de hecho hacen GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. 317 y ss.

derecho de participación en los asuntos de seguridad y salud laboral a través del cauce que brinda el delegado de prevención. Ello se debe a que, como es bien sabido, en aquellas empresas o centros de trabajo que cuenten entre seis y diez trabajadores, la decisión de contar o no con delegados de personal queda remitida a la voluntad mayoritaria del personal (art. 62.1 ET). Si en este tipo de microempresas no hay delegado de personal, tampoco hay delegado de prevención (párr. 3º, art. 35.1 LPRL). La ausencia de disposiciones legales al respecto fuerzan a esta conclusión, siendo de todo punto criticable que el legislador haya mantenido en términos tan férreos el principio de correspondencia entre la existencia de la representación unitaria y la del representante especializado en materia de prevención. Esta discordancia o falta de sintonía entre las prescripciones de los arts. 34.1 LPRL y 62.1 ET puede producir, dada la estructura de nuestro tejido productivo, una merma de las garantías no tanto o no sólo participativas cuanto materiales o de efectiva protección frente a los riesgos laborales que la figura del delegado de prevención (sus competencias y facultades) aporta. Una vez más, corresponde a la negociación colectiva cubrir los huecos o vacíos dejados por el legislador. Pero de ello se hablará más adelante.

13. Como ya se ha hecho notar, el art. 35.2. de la LPRL no se limita a enunciar el modo de designación de los delegados de prevención. También define la base de constitución de los representantes con funciones específicas en materia de seguridad y salud laboral y su composición.

La base de constitución de los delegados de prevención se rige por un sencillo principio. Es éste el principio de correspondencia o correlación entre los ámbitos de organización de aquellos y de quiénes forman su cuerpo de electores y elegibles. Si el de éste es el (un) centro de trabajo (comité de empresa o delegados de personal), el centro de trabajo será igualmente la unidad en la que han de designarse los delegados de prevención. Si lo son varios centros de trabajo (comité de empresa conjunto), serán también éstos los que han de formar la estructura organizativa de actuación y funcionamiento de los citados delegados.

Este ámbito de organización de los representantes con funciones específicas, delimitado *per relationem* al ámbito de los representantes unitarios, es el relevante, a los efectos de cálculo del censo de trabajadores y, lógicamente, de determinación del número de delegados de personal con arreglo a la escala que el propio art. 35.2 contiene y que se mueve entre dos y ocho delegados. Para las empresas (o

centros de trabajo) con un censo inferior a 50 trabajadores pero superior a seis, la ley contempla un único delegado de prevención, que, en las empresas de hasta treinta trabajadores, coincide además con la persona del representante común.

El art. 35.3 formula unas reglas complementarias para computar los trabajadores temporales a efectos de fijar la dimensión de la plantilla y que no vienen a ser sino una fiel reproducción de las establecidas en el art. 72.2 ET a similares efectos, bien que en relación con los representantes comunes. Un sector de la doctrina ha criticado estas reglas, calificándolas de superfluas por entender que, dado el modo de designación de los delegados de prevención por los representantes unitarios y la coincidencia de los ámbitos de organización de unos y otros, solo en casos "excepcionales" o si la designación de aquellos primeros se realiza en una secuencia temporal distante de la elección de estos segundos, puede "tener sentido un nuevo cómputo de la plantilla"⁴⁵. La inutilidad de estas prescripciones no resulta, sin embargo, tan evidente como pudiera pensarse en una primera interpretación.

Lo primero que conviene señalar es que nos encontramos ante unas reglas que tienen, desde el punto de vista de su estructura lógico-formal, una doble y bien definida naturaleza que se oculta en razón de su ubicación sistemática. Se trata, primeramente, de reglas con una vocación de ordenación permanente, enderezadas a facilitar, cada vez y cuantas veces tenga lugar la designación de delegados de prevención, el cálculo del censo de trabajadores. Pero además de esta primera naturaleza, que comparte con las restantes previsiones de su entorno, el art. 35.3 establece unas reglas de carácter provisional (regla *una tantum*), entendiéndose por tales aquellas que regulan de forma pasajera situaciones jurídicas nuevas con el objetivo de facilitar la aplicación definitiva de la nueva ley⁴⁶. Las disposiciones del art. 35.3 no pueden reputarse superfluas, sea cual fuere la perspectiva de análisis que se acometa.

En cuanto normas provisionales (que no transitorias), las reglas del art. 35.3 de la LPRL han de ser utilizadas obligadamente, al menos, la primera vez que, en cualquier empresa del territorio nacional, se proceda a la designación de los delegados de prevención con arreglo a las previsiones que la propia ley instituye. Para calcular el número de

⁴⁵ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cit. pág. 224.

⁴⁶ Vid. VIVER PI-SUNYER, C., "Disposiciones transitorias", en AA.VV., "La calidad de las leyes" Vitoria (Ed. Parlamento Vasco) 1989, págs. 256 y ss.

representantes con funciones específicas, no valdrá por tanto en esa ocasión remitirse al censo elaborado con ocasión de la celebración de las elecciones a representantes unitarios; será preciso actualizarlo conforme a lo que prevé el art. 35.3, teniendo en cuenta las oscilaciones a la baja o al alza que hubieron podido producirse.

Pero tampoco atendiendo a su naturaleza más común u ordinaria, puede afirmarse con rotundidad que la aplicación del art. 35.3 resulta excepcional. Ciertamente es que, una vez designados los primeros delegados de prevención, lo normal será que los posteriores nombramientos coincidan cronológicamente con la elección de representantes unitarios, por lo que el censo preparado para éstos puede valer para aquellos otros. Pero ésta situación de normalidad solamente es predicable en aquellos casos en los que el modelo legal de representante con funciones específicas no haya sido modificado por la negociación colectiva. Y esta no sólo ha sido habilitada para alterar el cuerpo de electores y elegibles de los delegados de prevención. También lo está, como más adelante ha de razonarse, para crear otros nuevos desvinculados de las estructuras de representación general tanto desde una perspectiva orgánica como, y es lo que aquí interesa destacar, desde sus respectivos ritmos de elección y mandato. En tales supuestos de falta de coincidencia temporal de las elecciones a representantes comunes y específicos, el art. 35.3 de la LPRL se convierte en regla de aplicación ordinaria. Lejos de resultar inútiles, estas previsiones legislativas tienen el resuelto propósito de cubrir todas las posibles hipótesis (la legal, pero también las convencionales), que no hubieran sido posibles de atender, más que con el recurso a la analogía, por el art. 72.2 ET. E indican claramente que el momento hábil para computar los trabajadores temporales - cuya movilidad es ocioso recordar, sobre todo en empresas con ciclos de actividad muy acusados - a los efectos de fijar la dimensión de la empresa es, en cualquier circunstancia, la elección de los representantes con funciones específicas.

Cuestión distinta es que a las reglas del art. 35.3 de la LPRL le puedan resultar aplicables, no por vía de la analogía sino mediante interpretaciones analógicas (argumentaciones del tipo *asimile*), los criterios hermeneúticos elaborados a propósito del art. 72.2 ET⁴⁷. En todo caso, la similitud de los contenidos de ambos preceptos no puede ni debe hacer olvidar el ámbito de imputación normativa autónomo y propio de cada uno de estos preceptos.

Cuestión estrechamente relacionada con las que ahora son objeto de consideración es la relativa a determinar la duración del mandato del representante con funciones específicas, extremo éste sobre el que la LPRL mantiene un acertado silencio. En aquellos casos en los que la figura del delegado de prevención responde al patrón legal (designación por y entre los representantes unitarios, en el ámbito de organización de éstos), va de suyo que su mandato, carente de autonomía propia y diferenciada, sigue las vicisitudes del de origen. Este criterio no resultará aplicable, sin embargo, en todas aquellas hipótesis en las que el convenio colectivo, haciendo uso de las facultades que le confiere el art. 35.4, haya procedido bien a modificar el cuerpo de electores o de elegibles (o de ambos simultáneamente) de los delegados de prevención bien a constituir estructuras de representación específicas, desvinculadas orgánicamente de las comunes. El convenio colectivo habrá de contener, entonces, cláusulas reguladoras sobre la duración del mandato.

La LPRL no contiene previsiones relativas al funcionamiento de los delegados de prevención. Pese al silencio legal, no parece discutible el carácter unipersonal de éste órgano de participación. La denominación elegida así lo sugiere. Como tampoco resulta discutible que sus funciones y facultades se ejercen mancomunadamente. Los delegados de prevención actúan de común acuerdo, bien que ha de reputarse⁴⁸ admisible la decisión por mayoría, en caso de discrepancia.

b'. El papel de la negociación colectiva

14. Ya se ha hecho notar en reiteradas ocasiones que la LPRL, al regular la figura del representante con funciones específicas, se aparta de la genérica función asignada a las normas estatales en materia de seguridad y salud laborales. En concreto y por lo pronto, el criterio de designación del delegado de prevención legalmente diseñado constituye una norma dispositiva para la negociación colectiva. Dispone, en efecto, el párr. 10 del art. 35.4 del texto legal que "en los convenios colectivos podrán establecerse otros sistemas de designación de los Delegados de Prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los trabajadores".

El precepto transcrito contiene una clara habilitación al convenio colectivo para modificar el régimen de elec-

⁴⁷ Por todos, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. - PÉREZ BORREGO, G., "Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios", Pamplona (Ed. Aranzadi) 1995, pp. 266 Y ss.

⁴⁸ La decisión mayoritaria la exige la LPRL en alguna ocasión, como por ejemplo para la paralización de las actividades de los trabajadores expuestos a riesgos graves e inminentes (art. 21.3).

ción de los representantes con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales, modificación ésta que puede alterar la integridad de los elementos constitutivos de la regla general de origen legal dentro del respeto, no obstante, de unas garantías. que han de estimarse de orden público. Por lo pronto, puede cambiar el cuerpo de electores, atribuyendo la elección a los trabajadores mayores de dieciséis años mediante un sistema de sufragio personal, directo, libre y secreto, limitadamente a quienes tengan la antigüedad de, al menos, un mes en la empresa⁴⁹ o incondicionadamente a todos. Más dudoso resultar decidir si el convenio puede establecer fórmulas de designación conjunta entre representantes del personal y los propios trabajadores (por ejemplo, elección por los trabajadores de entre una lista elaborada por los representantes) o, incluso, de repart. entre ambos (por ejemplo, asignando a cada colectivo la elección por mitades o por otra proporción del total de delegados de prevención). El empleo por el art. 35.4 de la partícula disyuntiva "o", en lugar de la copulativa "y", es un argumento que milita en contra de esta posibilidad. Pero cabe entender, y me parece la interpretación más plausible, que aquella partícula, en la economía interna del precepto, no introduce una regla de disyunción entre la elección por representantes o por trabajadores sino que su finalidad es externa; esto es, persigue definir los límites de la habilitación modificativa conferida al convenio.

El art. 35.4 no sólo autoriza a la negociación colectiva a cambiar el cuerpo de electores; también faculta para alterar el otro elemento del sistema de designación que el art. 35.2 enuncia: el cuerpo de elegibles, sin que, en tal caso, la norma legal incorpore a su articulado restricciones. Delegado de prevención podrá ser un trabajador no representante o un representante no unitario. Por el aparentemente modesto procedimiento de modificar el sistema de designación de los delegados de prevención, la negociación colectiva dispone de un ancho campo para proceder a la constitución de representantes en materia de prevención de riesgos profesionales cuyo perfil de especialización sobrepase el ámbito estrictamente funcional, alcanzando a la vertiente orgánica. En semejante hipótesis, dichos representantes tendrán la condición de delegados de prevención en plenitud de efectos; esto es, ejercerán, ostentarán y disfrutarán, como mínimo, las competencias, funciones y garantías legalmente establecidas.

15. Con mucho mayor calado, el párr. 2º del mencio-

⁴⁹ Por convenio colectivo creo que no se podrían introducir mayores plazos de antigüedad que los previstos para los representantes unitarios *ex* art. 69.2 ET.

nado pasaje legal lleva a cabo una completa dispositivización del régimen de ordenación de éste representante, habilitando a ciertos instrumentos contractuales a constituir órganos de participación a los que pueden encomendárseles las "competencias" que la ley reconoce en favor de las instancias representativas que instituye. Muchos y variados son los problemas que plantea esta autorización legal. Al estudio de los principales se dedican las observaciones que siguen.

Por lo pronto, la habilitación parece conferirse a dos diferentes instrumentos contractuales: a "la negociación colectiva", de un lado, y "a los acuerdos a que se refiere el artículo 83, apartado 3, del Estatuto de los Trabajadores", de otro. Así parece sugerirlo el empleo de la partícula "o", interpuesta entre aquella y estos. La formulación técnica elegida no ha podido ser, sin embargo, más defectuosa, ya que enuncia dos instituciones que no se encuentran en posición disyuntiva: los acuerdos *ex* art. 83.3 ET no son algo distinto, y menos opuesto, a la negociación colectiva, pues de ella nacen. De seguro, el propósito de la ley ha sido abrir la modificación del régimen legal del delegado de prevención al par convenio colectivo/ acuerdo colectivo concertado en el marco del art. 83.3 ET; Y de hacerlo en régimen de paridad. Pero por encima de las facultades que ha de reconocerse a uno y otro instrumento contractual para apartarse de la disciplina instituida por la ley, la expresa invocación por el párr. 2º de los acuerdos colectivos - que, a mi juicio, tiene un carácter declarativo y no constitutivo⁵⁰ -insinúa, más que formula, un doble principio, con el que no se persigue imponer restricciones a la autonomía colectiva sino ofrecerle pistas o criterios de orientación no normativizados.

El primero es la preferencia por la propia figura de los acuerdos, a la que probablemente se la contempla, en atención a los requisitos de legitimación requeridos por el ET, como el medio negocial más apto para organizar fórmulas de participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales distintas a las establecidas en la ley. El segundo principio afecta a la distribución de competencias entre niveles contractuales. La limitada referencia que hace el párr. 1º a los convenios colectivos, silenciado la alusión a los acuerdos, así como la pedagógica concreción que el párr. 2º hace de las facultades modificativas que se atribuyen a convenios y acuerdos son datos que,

⁵⁰ En razón de que la diferencia entre convenio y acuerdo no es, en nuestro ordenamiento, sustantiva sino de contenidos. Así he tenido oportunidad de razonado más ampliamente en el "Preámbulo" a los "Comentarios al Convenio General de la Construcción", Madrid (Fundación Anastasio de Gracia) 1993, págs. 17 y ss.

interpretados sistemáticamente, quieren dibujar, sin terminar de hacerlo, fórmulas de repart. funcional entre niveles de negociación en los espacios dispositivizados por la ley. Mientras que la modificación de los modos de designación de los delegados de prevención parece labor más apropiada de niveles descentralizados (empresa o sector territorial provincial), la alteración de los elementos más estructurales del modelo legal es tarea más apta para los niveles centralizados (acuerdos o convenios estatales o de Comunidad Autónoma).

Enormemente amplio es el contenido de la habilitación, que ya no se limita, como hace el enunciado normativo del párr. 1º, a un aspecto parcial de la regulación heterónoma de los representantes con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales; antes al contrario, alcanza a la regulación en su conjunto, incluidos los elementos estructurales o definidores del modelo legal, a los que ya nos hemos referido. Con una mera finalidad orientativa, la ley ha procedido a especificar que los órganos de representación en materia preventiva creados por la negociación colectiva podrán asumir, en los términos que se pacten, "competencias generales respecto del conjunto de los centros de trabajo incluidos en el ámbito de aplicación del convenio o del acuerdo, en orden a fomentar el mejor cumplimiento en los mismos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales". Como ya ha sido advertido por los primeros comentaristas de la ley, con semejante concreción la ley está expresamente reconociendo la posibilidad de constituir estructuras de representación de carácter supraempresarial⁵¹ con las que poder cubrir la ausencia de representantes con funciones específicas en las empresas de pequeñas dimensiones (de censo inferior a seis). A la negociación colectiva se la habilita, en suma, para romper las propias barreras del derecho a la participación establecidas por la ley mediante la creación de figuras al estilo de los delegados territoriales de prevención.

Dos últimas cuestiones quedan aún por despejar. La primera es la relativa a discernir si los órganos de representación en materia de seguridad y salud laboral de extracción convencional se encuentran o no equiparados a todos los efectos, desde la propia LPRL, a los delegados de prevención constituidos con arreglo al modelo legal. En una primera impresión y a tenor de la dicción del párr. 2º del art. 35.4, pudiera acaso entenderse que dicha equiparación tiene un carácter limitado a las "competencias", esti-

mando estrictamente como tales las que la propia LPRL enuncia en el art. 36.1. Sin perjuicio de lo que se dirá de inmediato, no me parece ésta la interpretación dotada de mayor consistencia jurídica. Las competencias, facultades y garantías legalmente previstas se atribuyen genéricamente y sin distinción alguna a los delegados de prevención (arts. 36.1, 36.2 y 37) y ésta condición la ostentan, de manera indiferenciada en atención a su fuente constitutiva, tanto los órganos *ad hoc* que hubieren podido implantarse por la negociación colectiva como los representantes unitarios con funciones específicas en materia de prevención de riesgos. La excepción a esta regla general se establece respecto de los órganos a los que un convenio o acuerdo colectivo les haya asignado "competencias generales" en el ámbito supraempresarial. En tal caso, las funciones, los poderes y las garantías serán las previstas en la norma colectiva; todas ellas se ejercerán y disfrutarán "en los términos y conforme a las modalidades que se acuerden".

Mayores dificultades - y se trata de la segunda de las cuestiones a examen - comporta el decidir si la regulación convencional sobre delegados de prevención que altera el modelo legal tiene o no la naturaleza de "bases mínimas de seguridad e higiene" a los efectos de lo prevenido en el párr. 3º del art. 84 ET. Aún cuando como ya se ha hecho notar la LPRL no ofrece pauta alguna para descifrar tan enigmática expresión, me inclino por una respuesta negativa salvo, acaso, en las hipótesis en las que el convenio o el acuerdo colectivo hubieron decidido atribuir al órgano de representación creado unas competencias generales que sobrepasan el ámbito supraempresarial. La ordenación llevada a cabo por el convenio o acuerdo anterior superior cumple aquí las condiciones materiales que pueden justificar la moderación al principio general de descentralización contractual.

16. Hasta el presente se ha venido reflexionando sobre la incidencia de la negociación colectiva en el modelo legal de delegados de prevención. Ahora conviene reflexionar sobre los efectos de la LPRL sobre los órganos de representación en materia de prevención de riesgos laborales introducidos por los convenios colectivos que estuvieren vigentes en la fecha de su entrada en vigor.

El problema apenas apuntado, de carácter típicamente intertemporal, viene resuelto por la Disp. Transitoria 12.2 de la ley 31/1995, que ha optado por una solución que ha de calificarse como equilibrada respecto de los intereses en presencia: de un lado, el respeto a la autonomía negocial; de otro, la afirmación del carácter mínimo de las competencias, funciones y garantías que la propia ley confiere a los delegados de prevención. El resultado de la conjunta

⁵¹ Vid. SALA FRANCO - ARNAU NAVARRO, "Comentarios a la ley..", cit. pág. 142 Y GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley..", cit. pág. 227.

valoración de estos intereses no puede haber sido más acertado. La regla general es la del mantenimiento de los órganos de representación de origen convencional, siempre que sus competencias, funciones y garantías respeten el contenido mínimo establecido en los arts. 36 y 37 de la ley, y a los que luego nos hemos de referir. No obstante ello, se confiere a los representantes unitarios la facultad de suprimidos y configurar otros nuevos con arreglo al sistema legal.

b. Competencias y facultades

17. En otro lugar del presente estudio, ya se ha hecho notar que el principio de especialización funcional, que actúa como eje de la política legislativa que informa el derecho de participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, no se ha llevado por la LPRL hasta sus últimas consecuencias. En nuestro ordenamiento jurídico, tanto los representantes comunes como los representantes con funciones específicas tienen atribuidas funciones en el campo de la seguridad y salud laborales. Sin embargo y como también se ha hecho notar, las actuaciones de unos y otros responden más a un principio de división funcional que de concurrencia funcional.

Aún cuando la LPRL no termina de dibujar con nitidez las relaciones entre ambos órganos de representación, sí ofrece suficientes pistas para intentar una reconstrucción teórica de las bases sobre las que se asienta el enunciado principio de división funcional.

Por lo pronto, se aprecia un designio del legislador de mantener a los delegados de prevención al abrigo de posiciones de conflicto o, lo que es igual, una voluntad de ubicados en zonas más propias de la colaboración que de la confrontación con el empresario. De ahí, que las funciones más propiamente reivindicativas en asuntos de prevención de riesgos, como son la negociación colectiva y el ejercicio de quejas y acciones, se mantengan como privativas de los representantes comunes, asignándose a los representantes específicos aquellas otras funciones de naturaleza cooperativa.

Pero en segundo lugar y como claro reflejo del propósito legislativo de no alterar el *statu quo* entre las representaciones comunes unitarias y las sindicales, las funciones cooperativas reconocidas a los delegados de prevención son sólo las nuevas que la propia LPRL instituye y no las que otras normas hubieran podido conferir a aquellas representaciones comunes. Dicho en otras palabras, la ley 31/1995 no ha operado una subrogación o transferencia de anteriores competencias y funciones estrictamente partici-

pativas en favor de los delegados de prevención.

Este principio de división funcional tampoco se ha llevado a sus últimas consecuencias, pues en ocasiones se confiere una misma competencia a los representantes tanto comunes como específicos, que entran así en situación de concurrencia. Con todo, dicha situación no tiene idéntica significación en todas las hipótesis que cabe imaginar: es más aparente que real cuando en una misma persona coinciden ambas representaciones (modelo legal) y, por el contrario, es más efectiva que ficticia en aquellos supuestos de desvinculación del órgano de participación con funciones específicas de las estructuras representativas de carácter unitario (modelo convencional). Como de inmediato se dirá, éste régimen concurrencial se produce en relación con la función relativa a la vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales. Por este lado, el citado principio de división funcional, al estilo del de especialización, termina actuando más como una tendencia que como una regla rigidamente normativizada.

18. Apartándose del esquema unitario formulado en el art. 64 ET, el art. 36 de la LPRL adopta una estructura dual, diferenciando entre "competencias" y "facultades". Aquellas delimitan el marco funcional de actuación de los delegados de prevención; éstas segundas, de naturaleza instrumental, definen los poderes que se ponen a disposición de los delegados para el ejercicio de sus funciones. En todo caso, el cuadro legal de competencias y facultades tiene carácter mínimo⁵² mejorable *pro futuro* través de la negociación colectiva.

El listado de competencias viene enunciado, como probablemente no podía ser de otro modo, en términos de amplitud. y también refleja la ya comentada voluntad del legislador de configurar el derecho de participación como un instrumento de cooperación al servicio de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el ámbito de la empresa. A esta orientación responden las competencias consistentes en "colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva" (36.1.a.), "promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales" (art. 36.1.b.) y "ser consultados por el empresario, con carácter previo a su ejecución, acerca de las decisiones a

⁵² *Pro pasado*, la Disposición Transitoria 12.1 LPRL señala que las competencias, facultades y garantías de los delegados de prevención recogidas en sus arts. 36 y 37 "se entenderán sin perjuicio del respeto a las condiciones más favorables para el ejercicio de los derechos de información, consulta y participación" previstas en los convenios colectivos "vigentes en la fecha de su entrada en vigor".

que se refiere el artículo 33" de la propia LPRL (art. 36.1.c).

En el borde o, incluso, extramuros de las funciones más propiamente participativas, se ubica la competencia consistente en "ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales" (art. 36.1.d.). Dos importantes precisiones han de realizarse en relación con dicha competencia. Por lo pronto, la misma, como ya se ha anticipado, quiebra o modera el principio de división funcional que regula las relaciones entre representantes unitarios y específicos en materia de seguridad y salud laboral, pues reitera, bien que concretando, la que con carácter omnicomprendivo atribuye el art. 64.9.a. ET a los comités de empresa y delegados de personal. Por otra parte, por "normativa de prevención de riesgos laborales" ha de entenderse, conforme dispone el art. 12 de la LPRL, la constituida no sólo por la propia ley y sus normas de desarrollo o complementarias sino, más ampliamente, por "cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito". Por lo demás, en la expresión "normas legales" han de incluirse tanto las de derecho interno como las de derecho comunitario, de directa aplicación.

Las competencias que se acaban de mencionar forman el capítulo de funciones comunes y mínimas atribuidas a todos los delegados de prevención. A ellas han de añadirse, en las empresas que no cuenten con Comité de Seguridad y Salud, por no alcanzar el número mínimo de trabajadores, las que legalmente se reconocen a éste otro órgano de participación colegiada y paritario. En tales hipótesis, los mencionados delegados actúan como único cauce a través del cual se canaliza el derecho de los trabajadores a participar en la empresa en los asuntos relativos a la prevención de riesgos laborales (art. 34.1) y, por consiguiente, acumulan la totalidad de las funciones en esta materia.

19. A diferencia de la genericidad con la que la LPRL menciona las competencias de los delegados de prevención, las facultades o poderes de que éstos disponen para el desempeño de sus funciones se enuncian por el art. 36.2 con un notable grado de concreción. Pese a que éste precepto contiene el núcleo duro de los derechos atribuidos a los representantes específicos, la relación no es exhaustiva. A las facultades allí mencionadas, han de adicionarse las que se recogen en otros pasajes legales.

No obstante su variedad, el conjunto de derechos, entendiendo por tales los sistemáticos y los extrasistemáticos, puede ser agrupado a efectos de claridad expositiva en

cuatro grandes apartados: informativos; de propuesta; de comunicación y actuación y de decisión.

a) Forman parte del primer grupo, las facultades contenidas en los apars. b), c) y d) del art. 36.2 LPRL. Por lo pronto, los delegados de prevención tienen derecho a acceder "a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones" (apar. b.). La norma alude expresamente a la información a la que se refiere el art. 18, que ya ha sido objeto de estudio, y a la documentación descrita en el art. 23. Pero el contenido de este derecho no se circunscribe a una y otra, comprendiendo cuantos hechos y noticias y cuantos documentos afecten a las materias de seguridad y salud en el trabajo, siempre que concurra un doble requisito, que definen los límites materiales del ejercicio de la facultad misma. El primero, de carácter interno, consiste en que el acceso a la información y documentación resulte obligado para poder ejercer la función consultiva, la tarea de control de las normas de prevención o, más en general, cualquiera de las competencias propias de los representantes específicos. El segundo, de carácter externo, deja extramuros de éste derecho los datos relativos a "la vigilancia de la salud de los trabajadores", de acceso reservado al personal médico y a las autoridades sanitarias y en relación a los cuales la información que pueden obtener tanto el empresario como los representantes se ciñe a las conclusiones que se deriven respecto de "la aptitud de trabajador para el desempeño del puesto de trabajo" (art. 22.4). Este límite, en realidad, constituye una garantía del derecho a la intimidad del trabajador.

En este mismo grupo de facultades, entra el derecho que asiste a los delegados de prevención a ser informados "por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél hubiere tenido conocimiento de ellos" (apar. c). Por daño ha de entenderse, tal y como prescribe el art. 4.3º LPRL, toda enfermedad, patología o lesión, sufrida con motivo u ocasión del trabajo. Por consiguiente, la información no sólo obliga al empresario a comunicar la producción de un accidente laboral sino, además, la manifestación de una enfermedad profesional, comunicación ésta, de otro lado, que ha de ser suministrada tan pronto como llegue a conocimiento del empresario. La inmediatez en facilitar la información se erige en elemento esencial para enjuiciar el cumplimiento del deber de informar; máxime si se tiene en cuenta que dicha información puede resultar instrumental para el eficaz ejercicio de las funciones encomendadas, tales como la vigilancia de la normativa en materia de prevención de riesgos o la consulta sobre la organización de las actividades de protección de la salud. De ahí, 'la facultad atribuida al representante de

presentarse, aún fuera de su jornada laboral, "en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos".

El capítulo de derechos informativos alcanza, finalmente, a los datos obtenidos por el empresario procedentes, de un lado, "de las personas u órganos encargados de las actividades de protección y prevención en la empresa"; esto es, de los servicios de prevención, al margen de su naturaleza interna o externa. De otro, "de los organismos competentes para la seguridad y la salud de los trabajadores" (apar. d), con independencia de la que pueden haber allegado directamente los representantes específicos de la Inspección de Trabajo en virtud de lo prevenido en el art. 40.3 de la propia ley 31/1995.

En la segunda categoría de facultades, cabe agrupar aquellas que confieren a los delegados de prevención un derecho de propuesta dirigido, primeramente, al empresario o al Comité de Seguridad y Salud a fin de que por aquél se adopten y por éste otro se discutan las medidas de carácter preventivo" y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y salud de los trabajadores" (apar. f). Pero el derecho de propuesta también puede tener como destinatario a los representantes unitarios con vistas a que por éstos se acuerde, conforme a lo prevenido en el art. 21.3, la paralización de las actividades de los trabajadores afectados por un riesgo grave e inminente (apar. g).

c) Dos son los derechos que entran en el capítulo de lo que se ha denominado facultades de comunicación y actuación. El primero se sustancia en el poder de acompañar a los técnicos encargados de efectuar las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente del trabajo así como a la Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas que éstos realicen al centro de trabajo, a los que pueden formular las observaciones que estimen pertinentes (apar. a). Es éste un derecho que no puede ser desconocido por el empresario, pero que, en relación con las actuaciones inspectoras, puede ser moderado por éstos funcionarios cuando, a su juicio, la comunicación con los representantes pudiera perjudicar "el éxito de sus funciones" (art. 40.21, *in fine*). El segundo de los derechos, de contenido claramente instrumental para el ejercicio de las labores de vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia de prevención y de control del estado de las condiciones de trabajo, consiste en realizar visitas a los lugares de trabajo, accediendo a "cualquier zona de los mismos" y comunicándose con los trabajadores "durante la jornada, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo" (apar. e).

d) Por último, los delegados de prevención están facultados para acordar la paralización de las actividades de

los trabajadores expuestos aun riesgo grave e inminente siempre que "no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal" (párr. 2º, art.21.3). Se trata de una facultad excepcional, cuya adopción ha de tomarse, además⁵³ por decisión mayoritaria de los delegados de prevención".

c. Garantías y deberes

20. Uno de los aspectos más relevantes de cuantos afectan al ejercicio de lo que, en términos deliberadamente amplios, cabe denominar como funciones de participación y representación en la empresa es el relativo a la protección de quienes las desempeñan: esto es, la tutela establecida a fin de posibilitar de manera efectiva y real el desarrollo de dichas funciones. A ello es a lo que la LPRL, siguiendo la ya acuñada fórmula de síntesis del ET y en ejecución de lo prevenido en el art. 11.5 de la Directiva Marco, se refiere bajo la rúbrica de "garantías".

El principio general del que parte la ley 31/1995 tiene, al menos en su apariencia, una factura jurídica impecable. "En su condición de representantes de los trabajadores", a los delegados de prevención les resulta de aplicación el conjunto de garantías contenidas en el art. 68 ET, reconocidas directamente en favor de los representantes unitarios y *per relationem* a los delegados sindicales (art. 10.3 LOLS)⁵⁴. A estas alturas de nuestro estudio, resulta ocioso señalar, sin embargo, que éste precepto no opera o, mejor todavía, no siempre opera una equiparación de garantías entre delegados de prevención y representantes comunes. No ocurre ello, desde luego, en lo que hemos venido en denominar el modelo legal de delegado de prevención. En ésta hipótesis, el representante con funciones específicas ya es titular, a todos los efectos, de las garantías del art. 68 ET, pues a la condición de delegado de prevención antecede y se superpone la de miembro del comité de empresa o delegado de personal. O enunciada la idea desde otra perspectiva, la comentada equiparación tan sólo produce eficacia constitutiva en aquellos supuestos en los que la negociación colectiva, haciendo uso de las facultades dispositivas que le confiere la ley, haya procedido a desvincular

⁵³ En las empresas en las que hay sólo 2 delegados de prevención, el acuerdo ha de adoptarse, en realidad, por unanimidad.

⁵⁴ Aún cuando el art. 37.1 se remita, al enunciar las garantías de los delegados de prevención, al art. 68 ET, no me parece dudoso que los representantes con funciones específicas también disfrutaran de aquellas otras garantías que el ET recoge extramuros de ese precepto, como por ejemplo la contenida en el art. 40.5 relativa a la prioridad de permanencia en los casos de movilidad geográfica.

ambas representaciones. En el bien entendido que la equiparación, entonces, se produce por mandato legal. Sea cual fuere la fuente de constitución del delegado de prevención, el art. 37 tiene el carácter de norma de derecho necesario relativo.

No son éstos momento ni lugar adecuados para entrar a analizar, ni tan siquiera superficialmente, el contenido de todas y cada una de las garantías de los representantes del personal que consagra el art. 68 ET. ss A los limitados efectos que aquí interesa, bastará con detenerse en las prescripciones que la LPRL enuncia sobre el disfrute de la concreta garantía consistente en el crédito horario por parte de los delegados de prevención en quienes coincida la cualidad de representante unitario. En éstas hipótesis, la regla general es la no duplicación del crédito horario. Tal es el terminante sentido del párr. 2º del art. 37.1, que imputa "el tiempo utilizado por los Delegados de Prevención para el desempeño" de sus funciones específicas al crédito horario que les corresponde en virtud del mandato representativo antecedente.

Esta solución, cuya lógica interna responde a un criterio de economía en el uso del crédito horario, suscita dudas de ajuste con respecto a las previsiones de la Directiva Marco, cuyo art. 11.5 parece formular un mandato de aplicación directa⁵⁵. Pero aún cuando fuera distinta la interpretación de la norma comunitaria, el criterio legal no favorece o promueve o puede no favorecer o promover, sobre todo en empresas de grandes dimensiones o cuyas actividades, procesos, operaciones, equipos o productos sean "potencialmente peligrosos" en el sentido que a ésta expresión da el art. 4.5º, el deseable equilibrio en la dedicación del delegado de prevención entre sus funciones específicas en materia de seguridad y salud de los trabajadores y sus funciones de representación general.

La regla que se viene de comentar tiene un carácter general que la LPRL modera o cede en una serie de casos, en los que el tiempo dedicado a prevención de riesgos no es imputable al crédito horario. Tales supuestos corresponden al tiempo dedicado a: las reuniones del Comité de Seguridad y Salud (art. 37.1); a cualesquiera otras reuniones convocadas por el empresario y que tengan relación con la seguridad y salud de los trabajadores (art. 37.1); formación (art. 37.2); a presentarse en los lugares donde se

han producido daños a la salud de los trabajadores (art. 37.1, en conexión con el art. 36.2.c) y a acompañar a los especialistas en evaluaciones del medio ambiente de trabajo y a los Inspectores de Trabajo en sus visitas y verificaciones para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención (art. 37.2 en conexión con el art. 36.2.a.).

21. Al margen del cuadro de garantías que al delegado de prevención se le reconoce por su condición de representante, la LPRL incluye, en el precepto dedicado a regular este aspecto, una garantía adicional y autónoma, directamente vinculada con las funciones específicas y que se justifica en razón de la complejidad técnica de los asuntos relativos a la seguridad y salud de los trabajadores. Se trata de lo que la Directiva Marco denomina "derecho a una formación adecuada" (art. 12.3) y cuyo régimen jurídico se contiene en el art. 37.2 de la ley de transposición.

Por lo pronto, sujeto obligado a proporcionar la formación a los delegados de prevención es el empresario, bien mediante el sistema de concierto con organismos o entidades especializadas bien por sus propios medios. La formación, que lógicamente ha de versar sobre "la materia preventiva", ha de ser la necesaria "para el ejercicio de sus funciones". Las competencias se convierten, así, en el módulo de evaluación del contenido de la formación impartida, que ha de adaptarse, por otra parte, "a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos". Por este lado, el legislador configura la formación como un derecho deber continuo, que no se satisface en un sólo acto sino mediante una sucesión de actos. Así lo indica de modo rotundo la ley, cuando señala que la formación habrá de repetirse "periódicamente, si fuera necesario". Y lo será cada vez y cuantas veces cambien las actividades, procesos, equipos o productos y se introduzcan nuevas tecnologías. Por lo demás y como ya se ha señalado, el tiempo dedicado a la formación tiene la consideración legal de "tiempo de trabajo a todos los efectos", estando expresamente vedada toda fórmula a través de la cual se desplace, en todo o en parte, el coste formativo a la esfera del representante.

22. La equiparación que lleva a cabo la LPRL entre representantes con funciones específicas y representantes comunes no se detiene en el ámbito de las garantías. El art. 37.3 de ese texto legal también la extiende al deber de sigilo profesional que el art. 65.2 ET impone a los miembros de los comités de empresa y delegados de personal respecto de "las informaciones a que tuviesen acceso (los delegados de prevención) como consecuencia de su actuación en la empresa".

Dada la amplitud de su formulación, pudiera pensarse

⁵⁵ Para un examen de conjunto, vid. TUDELA CAMBRONERO, G., "Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa" 2ª ed., Madrid (Tecnos) 1991.

⁵⁶ Así lo entienden GONZÁLEZ ORTEGA - APARICIO TOVAR, "Comentarios a la ley...", cito págs. 241 y ss.

en una primera impresión que la presente obligación de guardar secreto comprende todo el caudal informativo conocido por los delegados de prevención en asuntos relativos a la seguridad y salud laboral; esto es, el conjunto de hechos, noticias o datos transmitidos u obtenidos de forma oral o suministrados mediante cualquier tipo de soporte documental en materia de prevención de riesgos laborales que afecte a la empresa. Semejante interpretación, sin embargo, ha de ser descartada de inmediato y, en su lugar, ha de mantenerse otra, que no ha de ser calificada como más flexible sino, sencillamente, como más adecuada o ajustada a la naturaleza de los datos que los delegados de prevención llegan a conocer en el ejercicio de sus funciones.

A la indiferenciada o indiscriminada inclusión de todo tipo de información en el ámbito del deber de sigilo se opone, por lo pronto, el régimen de titularidad de los derechos de información que la propia LPRL instituye. Como ya se ha hecho notar en otro lugar del presente estudio, las potestades informativas no pertenecen o, mejor aún, no sólo pertenecen a los delegados de prevención; también corresponden a los trabajadores.

Así lo dispone terminantemente, para las informaciones que menciona, el art. 18.1 del texto legal. Más aún, éste precepto, reiterando lo ya enunciado en el art. 14.1, no se limita a configurar el derecho de información como un derecho de titularidad individual al decir que "el empresario adoptará las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban las informaciones necesarias en relación con" los aspectos que indica. Igualmente declara que, en las empresas que cuenten con representantes, las anteriores informaciones "se facilitarán por el empresario a los trabajadores a través de dichos representantes"; previsión normativa ésta que, constituye un expreso reconocimiento de que los destinatarios últimos de ese conjunto de datos siguen siendo los trabajadores individualmente considerados, como no podía ser de otro modo pues el conocimiento de tales datos sirve al cumplimiento, por parte del empresario, de su deuda de protección. Desde el momento en que no pertenece a la libertad de los representantes transmitir o no a sus representados las informaciones recibidas por el empresario *ex art. 18.1 LPRL*, el deber de sigilo no puede invocarse para moderar o restringir la comunicación descendente de este tipo de informaciones.

Por otra parte, al deber de sigilo sobre las informaciones en materia de prevención de riesgos laborales le resultan aplicables, adicionalmente, los límites generales predicables del deber de sigilo derivado del ejercicio de las funciones representativas. Para que éste opere, es condición necesaria una declaración de confidencialidad por

parte del empresario. Pero no basta con requerir del empresario la confirmación del carácter reservado de la información suministrada; es preciso que se trate "de una información objetivamente reservada", entendiéndose por tal aquella cuya divulgación puede ocasionar daños para la empresa⁵⁷

8. EL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

23. Al igual que los representantes específicos, el Comité de Seguridad y Salud (CSS) se configura como el segundo órgano a través del cual se "canaliza" el derecho de los trabajadores a la participación en los asuntos relativos a la prevención de riesgos laborales. La común pertenencia de unos y otros al área del derecho de participación constituye, de seguro, el más importante de los elementos que comparten ambas instancias representativas que se diferencian, entre otros aspectos de tono menor, en su estructura, composición, competencias y funciones.

El art. 38.1 de la LPRL define al CSS como el "órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos". Pese a su carácter descriptivo, es ésta una noción que pretende condensar, aún cuando no acierte en el empeño, los rasgos orgánicos y funcionales del CSS, al que la Exposición de Motivos de la ley reconoce heredero de "la experiencia de actuación de una figura arraigada y tradicional de nuestro ordenamiento laboral". Bajo la solemnidad de la fórmula empleada, el legislador se está refiriendo, con toda evidencia, al viejo Comité de Seguridad e Higiene en el Trabajo creado en 1944 y recogido luego por la parcialmente derogada Ordenanza homónima.

El CSS no es un órgano de pura representación de los trabajadores; se trata, antes al contrario, de un órgano de estructura mixta, en el que toman asiento, como miembros de pleno derecho, representantes de los trabajadores y del empresario. Órgano mixto, el Comité es además una institución paritaria. Probablemente guiado por el designio de realzar los rasgos cooperativos del derecho de participación que el CSS encarna, el legislador ha optado por dotar al Comité de la manifestación más estricta y externa del paritarismo; esto es, la que alude a su vertiente orgánica y no solamente decisional. El CSS es paritario no por cuanto el voto de cada representación tiene igual valor sino por estar compuesto a partes iguales por representantes de los trabajadores y del empresario. Así lo dispone terminantemente el párr. 2º del art. 38.2 de la LPRL, del que se infie-

⁵⁷ Cfr. GARRIDO PÉREZ, E., "La información en la empresa", Madrid (CES) 1995, págs. 352 y ss; la frase entrecomillada, en pág. 353.

re que el número total de componentes del Comité dependerá del número de delegados de prevención, todos los cuales tienen la condición de miembros de pleno derecho.

Los delegados de prevención y el empresario o sus representantes, en número igual al de aquellos, forman el núcleo duro del CSS. Pero a sus reuniones pueden asistir, con voz pero sin votos, otras personas. En primer lugar, los Delegados Sindicales, cuya presencia en el Comité no podía ser orillada en virtud de lo previsto en el art. 10.3.25 de la LOLS. En segundo lugar, los responsables técnicos de la prevención en la empresa, es decir, los miembros del servicio interno de prevención siempre y cuando no forman parte ya del Comité como miembros de pleno derecho por su condición de representantes del empresario o de delegados de prevención. Finalmente, también pueden participar en las discusiones del Comité aquellos trabajadores de la empresa que cuenten con una especial cualificación o información respecto de las cuestiones que se debatan así como "técnicos en prevención ajenos a la empresa" si fuere solicitada su presencia por alguna de las representaciones estables o permanentes del propio Comité.

En otro orden de consideraciones, la LPRL atribuye al CSS la competencia de dictar su reglamento de funcionamiento, limitándose a señalar la periodicidad trimestral de sus reuniones, bien que condicionadamente a "que lo solicite alguna de las representaciones en el mismo" (art. 38.3). Nada dice la ley sobre el modo de adopción de acuerdos, aspecto éste que queda abierto a variadas hipótesis. Cabe, primeramente, que el Comité tome sus decisiones por mayoría de sus miembros; pero también cabe que la mayoría se predique de los componentes de cada una de las representaciones estables. En éste supuesto, el voto habrá de ser *per capita*, sin que, en modo alguno, puedan aplicarse fórmulas de proporcionalidad en atención a la corriente sindical de cada delegado de prevención que ostente, al tiempo, la condición de representante unitario. La naturaleza participativa y de especialización del CSS pugna con ésta fórmula de ponderación del voto del "banco" social.

24. Al estilo de lo que ocurre con los delegados de prevención, tampoco el derecho a la participación a través del CSS es un derecho abierto a los trabajadores de todas las empresas sino limitado a ciertas de entre ellas. En concreto, el art. 38.2 ordena la constitución de comités de esta naturaleza "en todas las empresas o centros de trabajo con más de 50 trabajadores".

El ámbito de organización del CSS coincide, en virtud de lo previsto en el precepto transcrito, con el propio de los delegados de prevención. Y ambos son plenamente coincidentes, como no podía ser de otro modo a la vista de las

opciones que han informado el modelo legal de participación, con la base de constitución de los órganos de representación unitaria: la empresa o el centro de trabajo, caso del comité de empresa, o varios centros de trabajo, caso del comité de empresa conjunto. La alineación organizativa del CSS y del órgano colegiado de la representación unitaria llega a tal extremo que la LPRL contempla una figura semejante a la del Comité Intercentros del art. 63.3 ET. En este sentido, la ley establece que las empresas "que cuenten con varios centros de trabajo dotados de Comité de Seguridad y Salud podrán acordar con sus trabajadores la creación de un Comité Intercentros, con las funciones que el acuerdo le atribuya" (párr. 2º, art. 38.3).

De entre los numerosos interrogantes que plantea la figura de éste Comité de segundo grado, la LPRL tan sólo ha querido resolver uno muy concreto, cual es el relativo a sus competencias: serán las que expresamente se acuerden. Nada dice la norma acerca de su composición o de su funcionamiento; e, incluso, no se precisa si las funciones encomendadas han de tener - y tal parece la tesis más plausible o no un - ámbito que comprenda a toda la empresa. Corresponde pues al acuerdo llenar de contenido sustantivo y adjetivo al Comité Intercentros, sin que a mi juicio pueda invocarse una mimética aplicación de las reglas normativas que rigen el otro Comité Intercentros o de los criterios de interpretación que se han elaborado al respecto. Así y por ilustrar la idea con un ejemplo, la previsión del art. 63.3 ET según la cual en la constitución del comité que regula se ha de "guardar la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente" no conviene al comité de la LPRL, cuyo perfil representativo, acusado en aquél, cede en beneficio de un componente más participativo y especializado.

Tal vez el punto más problemático sobre la constitución de este Comité de Comités de Seguridad y Salud es el relativo a determinar cuál es el instrumento contractual de constitución. A diferencia de la precisión empleada por el art. 63.3 ET, que reserva la constitución al convenio colectivo -"sólo por convenio colectivo", comienza rezando ese pasaje- estatutario el art. 38.3 de la LPRL utiliza el poco expresivo término de "acuerdo", que además ha de concertarse con los trabajadores.

Desde luego, la naturaleza no colectiva del "acuerdo" es una conclusión que ha de descartarse de manera rotunda. Sea cual fuere el instrumento de creación, el mismo ha de suscribirse no con una inorgánica representación de los trabajadores sino con sus representantes, unitarios o sindicales. Más dudoso resulta afirmar que la ley ha querido reservar al convenio colectivo y no al acuerdo de empresa

la decisión de constituir éste Comité; antes al contrario, más bien parece que ambas posibilidades son conformes a la ley. La literalidad de la norma así lo confirma.

25. Manteniendo el esquema formal legalmente establecido para delimitar las funciones y derechos de los delegados de prevención, el art. 38 vuelve a diferenciar, al regular este mismo aspecto en el ámbito del CSS, entre competencias y facultades.

En cuanto a las primeras, al CSS corresponde, primeramente, "participar en la elaboración puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa". Es ésta una fórmula amplia, que en realidad engloba el conjunto de proyectos a través de los cuales el empresario cumple los distintos aspectos de su compleja deuda de seguridad o, por decido en los términos legales, "su deber general de protección". En relación no exhaustiva, entran en la dicción legal los planes relativos a la evaluación inicial de los riesgos y su actualización, a la formación de los trabajadores, a la adopción de medidas en casos de emergencia, a la introducción de nuevas tecnologías o a la organización del trabajo. Y también le compete, en segundo lugar, "promover iniciativas sobre métodos y procedimientos para la efectiva prevención de los riesgos, proponiendo a la empresa la mejora de las condiciones o la corrección de las deficiencias existentes".

y a se ha señalado que la LPRL define al CSS como órgano colegiado de participación "destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos". Un cotejo entre esta

noción y las competencias asignadas manifiesta una resuelta voluntad del legislador de convertir al CSS, al menos *avant la lettre*, en un órgano encargado del asesoramiento al empresario en los asuntos relativos a la seguridad y salud laboral; esto es, de emitir, previo debate, opiniones y pareceres así como de formular propuestas y sugerencias, dirigidas a la consecución de una efectiva y real protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

En el ejercicio de sus funciones consultivas, el CSS se configura como un órgano no de control externo al procedimiento de elaboración de los planes y proyectos sobre los que formula dictamen sino de control interno, cuya intervención queda incorporada al proceso de adopción de la correspondiente decisión empresarial. En razón de ello, entiendo que la omisión del trámite de consulta constituye una irregularidad jurídica que afecta a la eficacia de la decisión misma.

Para el desempeño de estas competencias, el art. 38.2 confiere al CSS hasta cuatro distintas facultades, todas las cuales tienen un claro denominador común: la puesta a disposición por el empresario, para su conocimiento, de hechos, datos, informes o documentos. En tal sentido, el CSS ha de conocer "la situación relativa a la prevención de riesgos en el centro de trabajo" (apar. a), la documentación sobre el estado de las condiciones de trabajo y sobre la actividad del servicio de prevención (apar. b), los daños producidos en la salud de los trabajadores (apar. c) y, en fin, la memoria y la programación anual de servicios de prevención (apar. d).

