

LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

PEDRO GÓMEZ CABALLERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Directivas, seguridad y salud en el trabajo, recurso por incumplimiento, cuestión prejudicial

La transposición al Derecho interno de los Estados miembros de la Unión Europea de las Directivas relativas a la seguridad y a la salud en el trabajo, así como su aplicación por los órganos jurisdiccionales, ha dado lugar a la tramitación de procedimientos judiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incoados bien por la interposición de recursos por incumplimiento por la Comisión o bien por la formulación por los órganos judiciales internos de cuestiones prejudiciales para la resolución litigios entre trabajadores y empresarios. De ello ha derivado una interesante jurisprudencia en relación con algunos aspectos regulados en las Directivas, que hemos tratado de sistematizar. En lo que se refiere a nuestro país no se han presentado especiales problemas con la aplicación de las Directivas sobre seguridad y salud, salvando, inicialmente, algún retraso en cuanto a la transposición y alguna inadecuada adaptación del Derecho interno.

ABSTRACT

Key words: policy, security and health at work, remedy for breach, preliminary ruling

The transposition to the laws of the Member States of the Union European directives relating to safety and health in the workplace, as well as its application by the courts, has given rise to the handling of proceedings before the Court of Justice of the European Union, good brought by the interposition of resources for breach by the Commission or by the formulation by internal rulings of courts for the resolution disputes between workers and employers. This has led to an interesting jurisprudence in relation to some aspects covered in the directives, which we have tried to systematize. In regards to our country there have been no special problems with the implementation of directives on health and safety, saving, initially, any delay in terms of transposition and any inappropriate adaptation of internal law.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DIRECTIVA DEL CONSEJO 89/391, DE 12 DE JUNIO
 - 2.1.Ámbito de aplicación
 - 2.2.El alcance de la responsabilidad empresarial
 - 2.3.Evaluación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores
 - 2.4.Servicios de protección y prevención
 - 2.5.Medidas de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores
 - 2.6.Consulta y participación de los trabajadores
 - 2.7.Documentación de la evaluación de riesgos
 - 2.8.Obligaciones de los trabajadores
3. LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS
 - 3.1.Adaptación defectuosa de la Directiva 89/655 modificada
 - 3.2.Directiva 92/57, de 24 de junio: El coordinador y el plan de seguridad y salud en las obras de construcción temporales o móviles
 - 3.3.Directiva 2003/10/CE, de 6 de febrero: El alcance de la obligación de protección del trabajador frente al ruido
 - 3.4.Directiva 90/394, de 28 de junio: La obligación de evaluar los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos
 - 3.5.Directiva 90/270 de 29 de mayo: Trabajos con equipos que incluyen pantallas de visualización
 - 3.6.Directiva 92/85, de 19 de octubre: Protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia
 - 3.7.Directiva 89/686, de 21 de diciembre, sobre aproximación de legislaciones sobre equipos de protección individual

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, dictada al amparo del art. 118 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, constituyó el inicio de un nuevo tiempo en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, que en nuestro país cambio radicalmente el panorama normativo que se aplicaba en el ámbito de las relaciones laborales para proteger al trabajador ante los eventuales riesgos a los que podía estar expuesto durante el tiempo de realización de su prestación laboral. Esta Directiva marco previó la aprobación de Directivas específicas aplicables a diversos ámbitos, que junto con otras no previstas en aquella Directiva van a conformar el bloque normativo regulador a nivel comunitario de la prevención de riesgos laborales.

La transposición de estas Directivas al Derecho interno ha dado lugar a que aparezcan un buen número de cuestiones litigiosas resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dando lugar a una interesante jurisprudencia, que

debe tenerse en cuenta tanto en relación con la correcta transposición del contenido de las Directivas como en la aplicación que pueden hacer los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de aplicar las normas sobre prevención de riesgos laborales.

En relación con la transposición de las Directivas y la adaptación del Derecho interno a las mismas han sido frecuentes los procedimientos por incumplimiento de los Estados miembros tramitados ante el Tribunal de Justicia a instancia de la Comisión. Este órgano ha mantenido habitualmente una posición estricta en su función de control y la jurisprudencia comunitaria siempre ha puesto el acento en la importancia de la transposición del contenido de una manera clara y precisa. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reitera que la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente que sus disposiciones se reproduzcan formal y textualmente en otra disposición legal o reglamentaria expresa y específica, y que, en función de su contenido, puede ser suficiente con un contexto jurídico general, siempre que éste asegure efectivamente la plena aplicación de la Directiva de un modo bastante claro y preciso. Para cumplir con la exigencia de seguridad jurídica, es especialmente importante que los particulares disfruten de una situación jurídica clara y precisa que les permita conocer la plenitud de derechos y obligaciones y ejercitarlo, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales¹. Por otro lado, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por la directivas comunitarias [Sentencia Comisión/ República italiana, C-504, EU: C: 2004:444, apartado 38, por todas].

Con nuestro país no se han planteado especiales problemas en cuanto a la adaptación de nuestro Derecho interno a las Directivas, que después de la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), se ha realizado de manera exhaustiva y, habitualmente, sin excesiva demora. Los recursos por incumplimiento formulados por la Comisión ante el Tribunal de Justicia se han debido, fundamentalmente, a la superación de los plazos previstos para la transposición de las Directivas en un determinado momento², pero salvando este escollo no se han planteado especiales problemas,

¹ Sentencia Comisión/República Italiana, C-49/00, EU: C: 2001: 611: apartados 21 y 22, por todas.

² Ha sido frecuente que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado sobre el incumplimiento por los Estados miembros de la obligación de adaptar su Derecho interno a las Directivas en materia de seguridad y salud en el trabajo. Nuestro país, probablemente por la acumulación de

salvo algún caso de incorrecta transposición referido al ámbito de aplicación de la Directiva 89/391 y a la superación de plazo de aplicación de alguna Directiva específica.

En este trabajo hemos tratado de sistematizar la jurisprudencia comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo, exponiendo determinadas cuestiones de interés, después de analizar un conjunto de decisiones del Tribunal de Justicia, derivadas tanto de recursos por incumplimiento de la adaptación del Derecho interno a las Directivas, como de cuestiones prejudiciales formuladas por los órganos jurisdiccionales internos de los Estados miembros ante aquél Tribunal.

2. LA DIRECTIVA DEL CONSEJO 89/391, DE 12 DE JUNIO

En la jurisprudencia comunitaria encontramos con frecuencia pronunciamientos en relación con la Directiva 89/391, asociados a otros que, constituyen la cuestión litigiosa de fondo, correspondientes a directivas específicas. Esta situación tiene su lógica explicación en que esta Directiva funciona como marco

Directivas que había que transponer a raíz de la LPRL, ha sido objeto de recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión por no haber realizado dentro del plazo establecido la adaptación de nuestro Derecho interno a las Directivas específicas previstas en el art. 16 de la Directiva 89/391.

Aunque sea a los meros efectos de dejar constancia de ello, nos referiremos a la Sentencia Comisión/Reino de España, C-79/95, EU: C: 1996: 360. Esta sentencia resolvió el recurso interpuesto por la Comisión el 16 de marzo de 1995 por el incumplimiento de las obligaciones que le incumbían a España en virtud de las siguientes Directivas específicas: Directiva 89/654/ CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo; Directiva 89/655/ CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a la disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización en el trabajo de los equipos de trabajo; Directiva 89/656/ CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual; Directiva 90/269/ CEE del Consejo, de 15 de mayo de 1990, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular, dorsolumbares, para los trabajadores; Directiva 90/270/CEE del Consejo, de 29 de mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativa al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización; y Directiva 90/394/CEE del Consejo de 28 de junio de 1990, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. El recurso se interpuso por no haber adaptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para el cumplimiento de esta Directivas.

jurídico general en el que opera la política de prevención comunitaria, siendo su objeto la aplicación de medidas para promover la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, formulando los principios generales al respecto.

2.1. Ámbito de aplicación

Viene establecido de forma amplia: «La presente Directiva se aplicará a todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.)» [art. 2.1]. Bien es cierto que a continuación se prevé limitar la aplicación de esta regla al establecerse que «no será de aplicación cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes a determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil» [art. 2.2, párrafo 1º]. Y dicho eso, el legislador comunitario deja claro que aún «en este caso, será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible, habida cuenta los objetivos de la presente Directiva» [art. 2.1, párrafo 2º].

Este precepto ha sido objeto de interpretación reiterada por el TJUE que tiene declarado que tanto del objeto de la Directiva como del tenor literal del su art. 2.1 «se deduce que el ámbito de aplicación de la Directiva debe entenderse de manera amplia. De ello se deduce que las excepciones a dicho ámbito, previstas en el apartado 2, párrafo primero, del referido artículo, deben interpretarse restrictivamente»³.

Definido el ámbito de aplicación de manera amplia, la excepción que se establece en el art. 2.2, párrafo 1º debe recibir una interpretación que limite su alcance a lo que resulte estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que según la Directiva pueden proteger los Estados miembros [EU:C: 2006: 18, apartado 23; EU: C:2004:584, apartado 54; EU:C:2005:467, apartado 44]. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria recuerda que la exclusión del ámbito de aplicación que se establece en el art. 2.2, párrafo 1º de la Directiva 89/391 no está fundada en la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores de actividad que se enumeran en el precepto (función pública, fuerzas armadas, policía y protección civil). El criterio establecido por el legislador comunitario atiende

³ Sentencia Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, EU:2004: 584: apartado 52; Sentencia Comisión/España, C-132/04, EU:2006:18, apartado 22; Auto Personalrat der Feuerwehr Hamburg, C-52/04, EU: 2005: 467: apartado 42, entre otras.

exclusivamente a «la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por trabajadores dentro de dichos sectores, que justifica una excepción a las normas dictadas por la citada Directiva, en razón a la absoluta necesidad de garantizar una protección eficaz de la colectividad»⁴. Por consiguiente, las actividades ejercidas en condiciones normales en el seno de los sectores de actividad enumerados en el art. 2.2, párrafo 1º de la Directiva 89/391, se hayan dentro del ámbito de aplicación de su ámbito de aplicación.

Recuerda la jurisprudencia del TJUE que la exclusión que se menciona en el art. 2.2, párrafo 1º de la Directiva 89/391, «únicamente se adoptó a efectos de asegurar el buen funcionamiento de los servicios indispensables para la protección de la seguridad y salud y del orden público en circunstancias de excepcional gravedad y magnitud» [EU:C: 2004: 584: apartado 55]⁵, como sucede en el caso de catástrofes naturales o tecnológicas, atentados, accidentes graves u otros eventos de la misma índole, cuya gravedad y magnitud requieran la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud así como de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran observarse todas las normas contenidas en la Directivas 89/391 [EU: C: 2005: 467: apartado, 54].

Por tanto, esta Directiva es aplicable a la actividad que desempeñan los trabajadores que prestan servicios en los sectores enumerados en el art. 2.2, párrafo 1º, cuando realizan sus cometidos en condiciones habituales, conforme a la misión encomendada al servicio de que se trata «y ello, aun cuando las intervenciones derivadas de dichas actividades sean, por su propia naturaleza imprevisibles y puedan exponer a los trabajadores que las realicen a algunos riesgos para su seguridad y/o su salud» [EU: C: 2005: 467, apartado 52; EU: C: 2006: 18, apartado 25]. En cambio, la excepción prevista en art. 2.2, párrafo 1º de la Directiva 89/391, «únicamente puede aplicarse en el supuesto de acontecimientos excepcionales en los cuales el correcto desarrollo de las medidas destinadas a garantizar la protección de la población en situaciones de grave riesgo colectivo exige que el personal que tenga que hacer frente a un suceso de este

⁴ EU:C:2005:467, apartado 51; EU:C:2006:18, apartado 24.

⁵ En este mismo pronunciamiento el TJUE completa su razonamiento indicando «aun cuando un servicio...debe hacer frente a acontecimientos que, por definición, no son previsibles, las actividades a las que de lugar en condiciones normales y que respondan además a la finalidad atribuida precisamente a tal servicio, pueden sin embargo organizarse de antemano, incluidos los horarios de trabajo del su personal» [EU: C: 2004: 584: apartado 57].

tipo conceda una prioridad absoluta a la finalidad perseguida por tales medidas con el fin de que ésta pueda alcanzarse» [EU: C: 2005: 467: apartado 53; EU: C: 2006: 18: apartado, 26]. Por ello, en situaciones de estas características, en las que se requiere la protección de la vida, de la salud o de la seguridad colectiva debe prevalecer «transitoriamente» el interés de la colectividad sobre el objetivo que persigue la Directiva 89/391.

No obstante, incluso en esas situaciones excepcionales, el art. 2.2. párrafo 2º, de la Directiva 89/391, exige a las autoridades competentes que velen para que la seguridad y salud de los trabajadores queden aseguradas «en la medida de lo posible» [EU: C: 2005: 467: apartado 56].

La doctrina expuesta sirvió al TJUE para declarar, en la Sentencia Comisión/España, C-132/04, EU:2006: 18, que España había incumplido las obligaciones derivadas de la Directiva 89/391, al no haber adaptado íntegramente su ordenamiento jurídico interno a las previsiones de los artículos 2, apartados 1 y 2, y 4 de la misma.

El primer texto de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al trasponer la Directiva 89/391 en lo que se refiere al ámbito de aplicación, estableció que la Ley no sería de aplicación en aquellas actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de policía, seguridad y resguardo aduanero, servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública. No obstante la exclusión, se preveía que la Ley «inspirará la normativa específica de seguridad y salud» que se dicte para regular la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que prestan servicios en el desempeño de las referidas actividades. No se hacía mención ni a las Fuerzas Armadas ni a la Guardia Civil.

La Comisión entendió que esta regulación no daba respuesta a una ajustada trasposición de la Directiva 89/391, e interpuso recurso por incumplimiento de la misma, ya que el criterio utilizado por el legislador comunitario al establecer la excepción estaba basado en la naturaleza de determinadas actividades en la función pública, y no en categorías enteras de trabajadores. De contrario, el Gobierno español alegó que las particularidades inherentes a las Fuerzas Armadas y a la Policía impedían la aplicación de la Directiva. Este mismo razonamiento lo extendió a la Guardia Civil, entendiendo que sus peculiaridades, como órgano armado de naturaleza militar, impiden asumir el régimen jurídico que le resulta aplicable al resto de trabajadores al servicio de la Administración Pública. El recurso de la Comisión fue estimado con la declaración de que el

Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 89/391, por lo que respecta al personal no civil de las Administraciones Públicas, al no haber adaptado íntegramente su ordenamiento jurídico interno a los artículos 2, apartados 1 y 2, y 4 de dicha Directiva⁶.

Con posterioridad a este pronunciamiento del TJUE, se produjo la modificación del art. 3.1 y 2 de la LPRL⁷, quedando redactados con el tenor literal vigente. Esta modificación eliminó del apartado 1 la referencia a la naturaleza “civil” del personal con relación de carácter administrativo o estatutario, incluyendo en el apartado 2 de la Ley, a las Fuerzas Armadas y las actividades militares de la Guardia Civil y, por tanto, el personal que se integra en estos colectivos⁸. Evidentemente, esta modificación responde a la necesidad de dar cumplimiento al

⁶ Ante la alegación del Gobierno español de que había dictado Circulares e Instrucciones que afectaban a la protección de la seguridad y salud de los colectivos de referencia, la jurisprudencia comunitaria recuerda «que las disposiciones de una directiva deben ejecutarse con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica. Por ello, las meras prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario, al mantener, para los sujetos de derecho afectados, un estado de incertidumbre en cuanto a la extensión de sus derechos y obligaciones en los ámbitos regulados por dicho ordenamiento jurídico» EU: C: 2006: 18: apartado, 35].

⁷ La modificación se produjo por la disposición final segunda de la Ley 31/2006, de 18 de octubre.

⁸ En la actualidad el RD 1755/2007, de 28 de diciembre, regula la prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa. Esta norma recoge en buena medida la doctrina sentada por la jurisprudencia comunitaria afirmando en la exposición de motivos que la regla general es la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales a todos los trabajadores, sean civiles o militares, excluyendo únicamente aquellas actividades de las Fuerzas Armadas cuyas peculiaridades impidan. Se afirma, igualmente, que las peculiaridades de las misiones estrictamente castrenses no son incompatibles con la aplicación de las medidas de seguridad ni de otras encaminadas a proteger la salud de los miembros de las Fuerzas Armadas que realizan estas misiones. El RD 1755/2007 fue recurrido por el sindicato CC.OO al no haberse cumplimentado el trámite de audiencia a las organizaciones sindicales. La STS Cont-Admt. 13-julio-2010, rec. cas. 42/2008, estimó parcialmente el recurso declarando nulo el art. 2.a) relativo al ámbito personal de aplicación. A fin de dar cumplimiento a dicha sentencia se aprobó el RD 640/2011, de 9 de mayo, que modifica el anterior y, cumplido el trámite de audiencia a las organizaciones sindicales, dejó el texto del art.2.a) igual que estaba.

Para Guardia Civil es de aplicación el art. 31 de la Ley Orgánica 11/2007, en el que se reconoce el derecho de sus miembros a una protección adecuada en materia de seguridad y salud en el trabajo, con las peculiaridades propias de las funciones que tienen encomendadas, debiendo la Administración General del Estado promover la medidas necesarias para garantizar, en la medida

pronunciamiento del TJUE cuya doctrina habrá que seguir teniendo en cuenta a la hora de aplicar la norma, pues la modificación no ha recogido adecuadamente la misma. A nuestro juicio, el apartado 2, tal como ha quedado redactado lo único que hace es incorporar las actividades de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, pero se debería haber puesto el acento en las situaciones de riesgo de carácter colectivo que deben primar transitoriamente sobre el derecho a la seguridad y salud del trabajador. Es cierto que con la supresión de término “civil” del párrafo 2º del apartado 1º, se elimina la exclusión de los colectivos que ejercen actividades de naturaleza militar, pero entendemos que el tenor literal de la norma debería ser más preciso en cuanto a la prevalencia del interés colectivo de la sociedad. Con todo, es cierto que para las Fuerzas Armadas la jurisprudencia comunitaria está asumida a nivel reglamentario como se puede constatar en el RD 1755/2007.

2.2. El alcance de la responsabilidad empresarial

El art. 5.1 de la Directiva 89/591 impone al empresario la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Se define así un el ámbito de la responsabilidad empresarial que se mantiene en el caso de que el empresario utilice el concurso de personas o servicios externos a la empresa o el establecimiento [art. 5.2]; y sin que resulte afectado el principio de responsabilidad empresarial por la obligaciones de los trabajadores en materia de seguridad y salud [art. 5.3]. Ello no obsta a que los Estados miembros puedan establecer la exclusión o disminución de responsabilidad de los empresarios por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieran podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada [art.5.4].

El Tribunal de Justicia se pronunció en Sentencia Comisión/Reino Unido C-127/05, EU: C: 2007: 338 sobre el alcance que había que dar a la responsabilidad empresarial que se establece en el art. 5 de la Directiva, llegando a la conclusión de que este precepto no impone al empresario un régimen de responsabilidad objetiva⁹. Para el Tribunal de Justicia, el deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo que se establece en el art. 5.1 de la Directiva 89/391, es una disposición que obliga al empresario a

de lo posible, la seguridad y salud del personal de la institución. Previamente, el RD 179/2005, de 18 de febrero, reguló la prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil.

⁹ A esta conclusión llega el Tribunal de Justicia en la sentencia mencionada, en contra del parecer de la Comisión que entendió que a la vista de la regulación del art. 5.1 de la Directiva 89/391, recae sobre el empresario una responsabilidad objetiva civil o penal. La sentencia Comisión/Reino Unido C-127/05, resolvió recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión al

garantizar a los trabajadores un entorno laboral seguro; y no cabe afirmar, sólo en virtud de dicho precepto, que sobre el empresario deba recaer una responsabilidad objetiva; pues «esta disposición se limita a establecer la obligación general de seguridad que recae sobre el empresario, sin pronunciarse sobre la forma concreta de responsabilidad que le incumbe» [EU: C: 2007: 338: apartado 42]. A esta conclusión llega también el Tribunal de Justicia, analizando la cuestión a la luz de los apartados 2 y 3 del art. 5, pues «tales disposiciones están destinadas a precisar la naturaleza y el alcance de la obligación establecida en el apartado 1 del mismo artículo y de ellas no cabe deducir que exista una forma determinada de responsabilidad en caso de accidente a efectos del referido apartado 1» [EU: C: 2007: 338: apartado 47]; y el mismo resultado encuentra a la vista de la regulación que se contiene en el apartado 4 del art. 5, disposición de la que no cabe deducir sobre la base de una interpretación *sensu contrario* que el legislador comunitario haya tenido la intención de imponer a los Estados miembros la obligación de establecer un régimen de responsabilidad objetiva [EU: C: 2007: 338: apartado 49].

Nuestra LPRL ha recogido las prescripciones del art. 5 de la Directiva 89/391, al regular el cumplimiento del deber de protección del empresario, que deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Igualmente, se recoge la imposibilidad de que el empresario quede eximido del cumplimiento de dicho deber pues las obligaciones de los trabajadores establecidas en la ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán la acciones del empresario [art. 5.4]. En aplicación del deber de protección la jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentra en consonancia con la jurisprudencia comunitaria habiendo declarado expresamente que no procede aplicar en el ámbito laboral una responsabilidad plenamente objetiva o por el resultado [STS, Social, 30-6-2010, rec. cas. 4123/2008 para unificación de doctrina¹⁰].

considerar que el Reino Unido había realizado una incorrecta adaptación del Derecho interno al art. 5 de la Directiva 89/391. El Tribunal de Justicia desestimó el recurso y consideró adecuada a la Directiva la siguiente regulación contenida en el art. 2.1 de la Ley del Reino Unido, relativa a la Salud y Seguridad en el trabajo: «el empresario deberá garantizar la salud, la seguridad y el bienestar de todos los trabajadores en el trabajo, *en la medida que sea razonablemente viable*». Lo indicado en cursiva es la cláusula controvertida causante del litigio.

¹⁰ En esta sentencia el Tribunal Supremo considera contractual la responsabilidad del empresario derivada del cumplimiento del deber de protección, y rechaza su consideración como responsabilidad objetiva, entre otras razones, «por su clara inoportunidad en términos finalísticos» pues tal objetivación produciría un «efecto desmotivador» en la política de prevención de riesgos labo-

2.3. Evaluación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores

El art. 6.3.a) de la Directiva 89/391, impone al empresario el deber de evaluar los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, incluso en lo que se refiere a la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias y preparados químicos y en el acondicionamiento de los lugares de trabajo.

Señala la jurisprudencia comunitaria que de la regulación que se realiza en el mencionado precepto se desprende que los empresarios están obligados a evaluar el conjunto de los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores; y, a estos efectos, hay que tener en cuenta que «los riesgos profesionales que han de ser objeto de una evaluación por parte de los empresarios no están determinados definitivamente, sino que evolucionan de forma constante en función, especialmente, del desarrollo progresivo de las condiciones de trabajo y de las investigaciones científicas en materia de riesgos profesionales» [Sentencia Comisión/República Italiana, C-49/00, EU: C: 2001: 611, apartados 12 y 13]. De acuerdo con la doctrina expresada en la jurisprudencia comunitaria no serían admisibles regulaciones en el ordenamiento interno de los Estados miembros que se limiten a imponer al empresario la obligación de evaluar riesgos específicos, ni tampoco resultaría adecuada una obligación general impuesta al empresario de adoptar medidas de protección física y de la integridad moral de los trabajadores, pues ello no se corresponde con la obligación específica de evaluar todos los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores.

La LPRL ha realizado una transposición adecuada de las prescripciones contenidas en la Directiva, mediante una regulación que, a nuestro juicio, cumple con los requisitos que se indican en la jurisprudencia comunitaria. En efecto, además de la mención a la evaluación de riesgos que se incluye en el art. 14.2 al regular el deber de protección eficaz del empresario, el art. 16.2, a) establece de una manera exhaustiva la obligación del empresario de realizar una evaluación inicial de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores y el alcance de la misma, su actualización cuando cambien las condiciones de trabajo, y su revisión si fuera necesario con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido, y la eventual necesidad de realizar controles periódicos. Además hay que tener en cuenta que integrando el deber empresarial de protec-

rales, porque si el empresario ha de responder civilmente siempre hasta resarcir el daño en su integridad, haya o no observado las obligadas medidas de seguridad, no habría componente de beneficio alguno que le moviese no sólo a extremar la diligencia, sino tan siquiera a observar escrupulosamente la normativa en materia de prevención.

ción eficaz, se regula la obligación del empresario de desarrollar una acción permanente en el seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua la identificación, la evaluación y el control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes.

2.4. Servicios de protección y prevención

El art. 7.1 y 2 de la Directiva 89/391, impone al empresario la obligación de organizar un servicio de prevención y de protección de riesgos profesionales en el interior de la empresa, designado uno o varios trabajadores o, si las competencias de la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar las actividades de protección y de prevención, el empresario puede recurrir a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa y/o establecimiento.

Según se deduce de la jurisprudencia comunitaria este precepto debe ser interpretado en el sentido de que el empresario está obligado, en cualquier circunstancia, a contratar personal con la capacidad adecuada o recurrir a personas o servicios ajenos para ocuparse de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales en el seno de la empresa de que se trate [EU: C: 2001: 611: apartado 25]. La Directiva 89/391, en el apartado 1 del art. 7 impone al empresario una obligación principal que consiste en designar uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales; y en el apartado 3, prevé la obligación de recurrir a competencias ajenas a la empresa. Sin embargo, «esta obligación es subsidiaria» con relación a la que figura en el citado apartado 1, en la medida en que sólo existe «si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y prevención»; por consiguiente, art. 7 de la Directiva establece una «relación de jerarquía» entre las obligaciones que se imponen al empresario, al tiempo que constituye una medida de organización que se ajusta al objetivo de participación de los trabajadores en su seguridad que se propone la Directiva [Sentencia Comisión/Países Bajos, C-441/01, EU: C: 2003: 308: apartados 20, 21 y 40¹¹], que debe ser reflejada de forma clara y precisa en la adaptación del Derecho nacional.

¹¹ En el mismo sentido Sentencia Comisión/República de Austria, C-428/2004. EU: C: 2006: 238: apartados 49 y 50]. Recuerda el Tribunal de Justicia que la existencia de una relación de jerarquía indicada se corrobora por lo previsto en el art. 11.2, d) de la Directiva, cuando se refiere al recurso previsto, en el apartado 3 del artículo 7, “en su caso”, a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa [EU: C: 2003: 308: apartados 22; EU: C: 2006: 238: apartado 51].

Por ello, no son admisibles regulaciones que contemplen la facultad, pero no la obligación, de recurrir a servicios ajenos si la capacidad de los empleados de la empresa es insuficiente [EU: C: 2001: 611: apartado 24]; ni tampoco las que permiten que los empresario opten entre encomendar las actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales a competencias internas o encargarlas a competencias ajenas, pues no se respeta la jerarquía de las obligaciones que se imponen a los empresarios en virtud del art. 7.1 y 3 de la Directiva [EU: C: 2006: 238: apartado 54¹²]. No obstante, hay que tener presente que el art. 7.7 de la Directiva posibilita que atendiendo al carácter de las actividades y el tamaño de la empresa, los Estados miembros puedan definir las categorías de empresas en las cuales el empresario, si tiene las capacidades necesarias, pueda asumir personalmente las funciones de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa.

En todo caso, exige el art.7.5 de la Directiva, que los trabajadores designados deberán tener la capacidad y aptitud necesaria y disponer de los medios necesarios; y las personas o servicios externos deben tener las aptitudes necesarias y disponer de los medios personales y profesionales necesarios; debiendo, en ambos casos, constituir número suficiente. La definición de las capacidades y aptitudes necesarias a que se refiere el apartado 5, se atribuye por el art. 7.8 de la Directiva a los Estados miembros.

La jurisprudencia comunitaria entiende que «el cumplimiento de esta obligación implica la adopción por parte de los estados miembros de medidas legales o reglamentarias conformes con las exigencias de la Directiva y que sean puestas en conocimiento de las empresas afectadas por medios adecuados, de manera que éstas puedan conocer sus obligaciones en la materia y las autoridades nacionales competentes puedan comprobar que tales medidas son respetadas» [EU: C: 2001: 611: apartado 36]¹³.

¹² Razona el Tribunal de Justicia que dado que la finalidad de la Directiva es favorecer la participación equilibrada de los empresarios y de los trabajadores en las actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales, la mejor forma de garantizar el efecto útil de la Directiva es dando preferencia a la organización de tales actividades en el seno de la empresa. Permitir al empresario que opte entre organizar las citadas actividades en el seno de la empresa o recurrir a competencias externas a ésta no contribuye a garantizar el efecto útil de la Directiva, sino que constituye un incumplimiento de la obligación de asegurar la plena aplicación de ésta [EU: C: 2003: 308: apartados 54 y 55; EU: C: 2006: 238: apartado 53].

¹³ En el mismo sentido Sentencia Comisión/Reino de Suecia, C-459/04, EU: C: 2006: 404: apartado 39.

Atendiendo a la jurisprudencia comunitaria se puede deducir que no son admisibles regulaciones que atribuyan al empresario la responsabilidad de determinar la capacidad y aptitudes para ejercer actividades de protección y prevención de riesgos profesionales; ni es garantía suficiente que la norma interna solamente prevea la posibilidad -en cuanto disposición facultativa- de que las autoridades nacionales establezcan medidas en materia de protección y prevención de riesgos profesionales.

El mandato de la Directiva 89/391 sobre la constitución de servicios de protección y prevención de riesgos profesionales fue traspuesto correctamente en la LPRL. Se recoge expresamente en la Ley –y en el desarrollo realizado por el RD 39/97, de 17 de enero- la obligación de constituir una organización para gestionar la actividad preventiva [art. 14.2] y las diversas modalidades de organización de los servicios de protección y prevención en la empresa [art. 30], bien mediante la designación de uno o varios trabajadores, y si ello fuera insuficiente con la constitución de un servicio propio o el concierto con una entidad especializada ajena a la empresa (relación de jerarquía), regulándose también los supuestos en los que el empresario puede asumir personalmente las actividades de protección y prevención de riesgos profesionales. Igualmente se regulan las capacidades y requisitos que deben reunirse cuando las funciones de protección y prevención las realizan trabajadores de la empresa, así como cuando se constituyen servicios de prevención propios o se encomiendan a entidades ajenas a la empresa.

2.5. Medidas de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores

La Directiva 89/391, obliga al empresario a adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, adaptadas al tamaño y al carácter de las actividades de la empresa y/o establecimiento y habida cuenta de que otras personas puedan encontrarse presentes [art. 8.1, párrafo 1º]. Para poner en práctica estas medidas el empresario deberá designar a los trabajadores encargados de los primeros auxilios, la lucha contra incendios y la evacuación de los trabajadores [art. 8.2].

La obligación de designación que incumbe al empresario no está ni condicionada ni limitada por el carácter de las actividades o el tamaño de la empresa y/o del establecimiento. Entender que existen limitaciones implicaría una reducción del ámbito de aplicación de la Directiva que tendría como consecuencia que «la obligación de designación establecida en el artículo 8, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva se aplicaría únicamente a las empresas y los estableci-

mientos de mayor tamaño o a aquellos que ejerzan determinadas actividades, sin que se hayan previsto criterios claros y objetivos para determinarlos» [EU: C: 2006: 238: apartados 60, 61 y 62].

Entiende el Tribunal de Justicia que si el legislador comunitario hubiera querido restringir el ámbito de aplicación del referido precepto estableciendo para las empresas de un tamaño concreto o que ejerzan unas determinadas actividades, una limitación de la obligación de designación de los trabajadores de las actividades en cuestión lo habría señalado expresamente. No obstante, hay que interpretar que es posible tomar en consideración la importancia o el tamaño de la empresa y/o establecimiento, así como el carácter de las actividades que en él se ejerzan, «para concretar los elementos que son objeto de lo dispuesto en el art. 8, apartado 2, párrafo primero, de la Directiva, pero no para excluir *a priori* la designación de los trabajadores encargados de las actividades de protección y prevención de que se trate» [EU: C: 2006: 238: apartados 63 y 64]. Por otro lado, hay que tener en cuenta, que la obligación que se establece en el art.8.2, párrafo 2º, relativa a que la formación, número y disposición de material de los trabajadores designados, constituyen criterios que pueden ser aplicados atendiendo al tamaño y los riesgos específicos de la empresa y/o establecimiento, pero «no pueden ser tomados en consideración para determinar si existe una obligación de designación» [EU: C: 2006: 238: apartados 65].

Por tanto, el art. 2.2, párrafo 1º de la Directiva 89/391 establece una medida de obligatoria en materia de primeros auxilios, luchas contra incendios y evacuación de trabajadores que es la designación de los trabajadores que se considera necesaria, con independencia del carácter de las actividades y del tamaño de la empresa y/o del establecimiento¹⁴.

El art. 20 LPRL bajo la rúbrica “Medidas de emergencia” realiza una transposición adecuada del art. 8.1 y 2 de la Directiva, que se ajusta a la doctrina que al respecto se contiene en la jurisprudencia comunitaria.

¹⁴ Razona el Tribunal de Justicia que si bien las pequeñas y medianas empresas tienen características y necesidades propias, que pueden influir en las medidas necesarias que han de adoptarse con arreglo al art. 8.1 de la Directiva, dichas particularidades no afectan al nivel intrínseco de peligro existente en la empresa y no puede inferirse de éstas que la obligación de designación de los trabajadores encargados de aplicar las medidas en cuestión no es aplicable a tales empresas. Las tareas que estos trabajadores deben realizar están relacionadas con acontecimientos que pueden producirse en los lugares de trabajo, con independencia del tamaño de la empresa o del establecimiento [EU: C: 2006: 238: apartado 66].

2.6. Consulta y participación de los trabajadores

El art.11 de la Directiva 89/391 regula los derechos de consulta y participación de los trabajadores y el correlativo deber del empresario de hacer efectivo el ejercicio de tales derechos. En concreto, el apartado 2, se refiere a los derechos de participación equilibrada y consulta de los trabajadores o de los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, entre los que se incluyen -en art.11.2, c)- las informaciones previstas en el art. 10 que regula el deber empresarial de información de los trabajadores.

En relación con la información sobre los riesgos para la seguridad y salud, así como las medidas y actividades de protección y prevención que afecten tanto a la empresa y/o establecimiento en general como a cada tipo de puesto de trabajo y/o función [art. 10.1, a)], considera la jurisprudencia comunitaria que aunque el art. 11.1 de la Directiva establece la obligación general de los empresarios de consultar a los trabajadores y/o a sus representantes y de permitir su participación en el marco de las cuestiones que afectan a la seguridad y salud en el trabajo, sin embargo, el apartado 2 de dicho artículo se refiere a la participación y la consulta de un grupo particular de trabajadores, a saber, los que tienen una función específica en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Ello implica que este grupo de trabajadores «disfruten de una posición concreta y específica en lo que atañe a la consulta y a la participación equilibrada» en lo relativo a las informaciones sobre los riesgos para la seguridad y salud así como las medidas y actividades protección y prevención de la empresa y/o establecimiento [EU: C: 2006: 238: apartados 76 y 77].

Por otro lado, declara el Tribunal de Justicia que la obligación de participación y consulta relativa a la información de los empresarios de los trabajadores de las empresas y/o establecimientos exteriores a la empresa [art. 10.2] no se cumple con regulaciones que dispongan que el empresario responsable del lugar de trabajo debe “procurar” que los trabajadores ajenos a la empresa sean informados de los riesgos para la seguridad y salud, por resultar insuficiente; y porque, además, el art. 10.2 de la Directiva exige que las informaciones adecuadas sobre tales riesgos sean facilitadas no a los trabajadores sino a sus empresarios [EU: C: 2006: 238: apartados 79 y 82]. No cumplen tampoco con lo previsto en la Directiva, los ordenamientos internos que refieran obligaciones generales de información o de consulta a personas u organismos diversos que representan a los trabajadores o responsables, según el Derecho nacional, de las cuestiones de seguridad, sin prever, no obstante, la participación del grupo concreto de los trabajadores que tengan una función específica en materia de

prevención de los riesgos profesionales así como de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores [EU: C: 2006: 238: apartado 86].

La LPRL ha realizado una adecuada trasposición de obligaciones de consulta y participación equilibrada e información de los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos profesionales. Si bien es cierto que en los arts. 18 y 33 se hace una mención general a los representantes de los trabajadores, no es menos cierto que al regular en el Capítulo V la figura del Delegado de Prevención se recogen, en sus competencias y facultades, los derechos correspondientes a las obligaciones empresariales de consultar e informar a estos representantes específicos.

2.7. Documentación de la evaluación de riesgos

Establece el art. 9.1, a) de la Directiva, que el empresario deberá disponer de una evaluación de riesgos para la seguridad y salud en el trabajo, lo que conlleva la obligación del empresario de disponer de documentos que contengan la evaluación de riesgos, documentos a los que deben tener acceso los trabajadores o los representantes de los trabajadores que desarrollen la función específica en materia de protección de la seguridad y salud de los trabajadores, en virtud del art. 10.3, a) de la Directiva.

Señala la jurisprudencia comunitaria que para el cumplimiento de esta obligación empresarial la Directiva no impone requisito alguno en cuanto al autor de los documentos que contienen el resultado de la evaluación de riesgos; y que lo importante es que los documentos pongan de relieve el resultado de la evaluación cualquiera que sea su autor [Sentencia Comisión/R.F. Alemania, C-5/00, EU: C: 2002:81¹⁵].

Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria declara que la obligación de documentar la evaluación de riesgos afecta a todas las empresas, no resultando adecuada la regulación interna que establece la posibilidad de dispensar de la obligación de disponer de una evaluación de riesgos en forma de documentos a

¹⁵ En este asunto la Comisión entendió que la regulación del derecho interno alemán no contemplaba la obligación documentar la evaluación de riesgos, alegando, de contrario, el Gobierno alemán, que dicha obligación se cumplía con la que estaba prevista para los médicos de empresa y el personal especializado en materia de seguridad en el trabajo, consistente en emitir informes sobre la apreciación de las condiciones de trabajo, lo que fue admitido por el Tribunal de Justicia [EU: C: 2002:81, apartados 24 a 31].

determinadas empresas, en función del número de trabajadores que emplean. Por tanto, debe quedar garantizada la obligación de disponer de una evaluación de riesgos para la seguridad y salud en forma de documentos, prevista en la Directiva, y se aplique en todas las circunstancias a los empresarios (aunque tengan diez o menos trabajadores) [EU: C: 2002:81, apartados 35 y 37].

2.8. Obligaciones de los trabajadores

Con carácter general se establece en el art. 13.1 de la Directiva 39/391, que competirá a cada trabajador velar, según sus posibilidades, por su seguridad y su salud, así como por la de las demás personas afectadas a causa de sus actos u omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario. A fin de realizar dichos objetivos, el art. 13.2 de Directiva impone en particular a los trabajadores con arreglo a su formación y a las instrucciones, entre otras, las siguientes obligaciones: a) utilizar correctamente las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y otros medios; b) utilizar correctamente el equipo de protección individual puestos a su disposición y, después de su utilización, colocarlo en su sitio.

En relación con la primera de las obligaciones de lo razonado en la jurisprudencia comunitaria se deduce que el hecho de que el art. 13.2, a) de la Directiva, mencione una serie de medios de trabajo no se opone a que, a nivel nacional, se realice una distinción entre las diferentes causas de peligro en el trabajo, siempre que se alcance el objetivo establecido en el apartado 1 de la misma disposición: los trabajadores deberán velar por su seguridad y su salud, así como por las demás personas afectadas a causa de sus actos u omisiones [EU: C: 2006: 238: apartado 100¹⁶]. En cuanto a la segunda de las obligaciones prevista en el art. 13.2, b) de la Directiva, establece una clara distinción entre la obligación de utilizar correctamente el equipo de que se trata y la de colocarlo en su sitio

¹⁶ La discrepancia en este punto consistió en que la normativa de la República de Austria recogía en el art. 15 de la Ley federal sobre Seguridad y Salud en el trabajo (ASchG) la obligación de los trabajadores, conforme a su formación e instrucción, a utilizar correctamente las herramientas de trabajo y el equipo de protección individual puesto a su disposición, sin mencionar las sustancias peligrosas. La Comisión consideró que esta regulación no se ajustaba a lo previsto en el art. 13.2, a) de la Directiva, y el Gobierno alegó que la protección de los trabajadores frente a la utilización de sustancias peligrosas estaban previstas en diversas normas, alegación que admitió el Tribunal de Justicia al no haber acreditado la Comisión por qué los trabajadores no son claramente informados por la normativa incorporada por el Gobierno austriaco para conseguir el objetivo previsto en el art. 13.1 de la Directiva.

después de su utilización, produciéndose una inadecuada transposición cuando la normativa nacional no garantiza que el equipo sea colocado correctamente en su sitio, aun cuando prevea un equipo para uso personal de cada trabajador, alegando razones de higiene, y aunque pueda contribuir a que se cumpla más fácilmente esta segunda obligación [EU: C: 2006: 238: apartado 105].

Curiosamente, el art. 29.2, 2º de la LPRL que recoge la obligación establecida en el art. 13.2,b) de la Directiva en relación con los equipos de protección individual, no hace mención a la obligación del trabajador de colocar el equipo en su sitio después de su utilización. Por tanto, en este aspecto y con independencia de las regulaciones específicas, la Directiva 89/391 no ha sido transpuesta adecuadamente.

3. LAS DIRECTIVAS ESPECÍFICAS

3.1. Adaptación defectuosa de la Directiva 89/655 modificada¹⁷

El Tribunal de Justicia se pronunció en su momento sobre la adaptación que se realizó a nuestro Derecho interno de la Directiva 89/655 –modificada por la Directiva 95/63–, por el RD 1215/ 1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, a consecuencia del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión que consideró que España había incumplido la Directiva, ya que la disposición transitoria única, apartado 1 del Real Decreto, infringió lo previsto en el art. 4.1,b) de la Directiva, al establecer un período de adicional para la adaptación de los equipos de trabajo que estuvieran a disposición de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo, mediante la creación de Planes de Puesta en Conformidad, sin que ello estuviera previsto en este precepto de la Directiva.

El Tribunal de Justicia en Sentencia Comisión/Reino de España, C-168/03, EU C: 2004: 525, estimó el recurso presentado por la Comisión y decidió declarar que nuestro país había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 4.1, b) de la Directiva 89/655, al establecer en la disposición transitoria única, apartado 1, del RD 1215/1997, de 18 de julio, un período de adap-

¹⁷ Segunda Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391. Fue transpuesta por RD 1215/1997, de 18 de junio.

tación adicional para los equipos de trabajo que ya estaban a disposición de los trabajadores en la empresa o el establecimiento antes del 27 de agosto de 1997 (fecha de la entrada en vigor). Entendió el Tribunal de Justicia, que la vista de lo regulado en el anexo I, punto 1, párrafo 2^o¹⁸ de la Directiva 89/655 modificada, el RD 1215/1997 con la disposición transitoria única reguló, carecía de precisión en relación con la adaptación del Derecho nacional a las disposiciones del anexo I de dicha Directiva respecto de los equipos de trabajo que ya se encontraban en servicio [EU C: 2004: 525: apartado 37].

No fue obstáculo para dicho pronunciamiento que se mantuvieran las imputaciones por la Comisión a pesar de que, en la fecha de tramitación del procedimiento, ya había transcurrido el plazo de adaptación de los equipos que se estableció para los Planes de Puesta en Conformidad, pues como se razona en la jurisprudencia comunitaria «la existencia de un incumplimiento debe ser determinada en función de la situación del Estado miembro afectado tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado (de la Comisión) y los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia» [EU C: 2004: 525: apartado 24]. Pero es que, además, en el caso de que haya cesado el incumplimiento con posterioridad a dicho plazo, subsiste un interés en que continúe el procedimiento, «que consiste, en especial, en sentar las bases de responsabilidad en que un Estado miembro pueda incurrir en relación con aquellos que poseen derechos afectados por el mencionado incumplimiento» [EU C: 2004: 525: apartado 24]¹⁹.

¹⁸ El anexo I, párrafo 2^o de la Directiva 89/655 modificada estableció que «las disposiciones mínimas que a continuación se enumeran, en la medida en que se apliquen a los equipos de trabajo que ya están en servicio, no requieren necesariamente las mismas medidas que los requisitos fundamentales relativos a los equipos de trabajo nuevos». El Tribunal de Justicia interpretó esta disposición en el sentido de que autoriza una elección más amplia entre las soluciones técnicas, siempre que las medidas adoptadas sean apropiadas para garantizar la protección prevista en dichas disposiciones [EU C: 2004: 525: apartado 35].

¹⁹ Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria señala que el plazo de cuatro años que se establece en el art. 4.1.b) de la Directiva 89/655, para adaptar los equipos de trabajo puestos ya a disposición de los trabajadores en la empresa y/o establecimiento el 31 de diciembre de 1992, podía ser reducido por los Estados miembros a la hora de adaptar el Derecho interno a la Directiva, pues se trata de un plazo máximo y nada impide a los Estados miembros anticipar el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva [Sentencia Società italiana petroli SpA (IP)/Borsana Srl, C-2/97, EU: C: 1998: 613: apartados 46-47].

3.2. Directiva 92/57, de 24 de junio²⁰: El coordinador y el plan de seguridad y salud en las obras de construcción temporales o móviles

Entre las disposiciones mínimas que se regulan en la Directiva 92/57, que deben aplicarse a las obras de construcción temporales o móviles se encuentra la del nombramiento de un coordinador de seguridad y el establecimiento de un plan de seguridad. La transposición de estas medidas al Derecho interno en algún estado miembro, ha planteado dudas en relación con la correcta adaptación a la Directiva.

1. Considera la jurisprudencia comunitaria que la obligación que se impone -en el art. 3.1 de la Directiva 92/57- al propietario o al director de la obra de designar a uno o varios coordinadores en materia de seguridad y salud, constituye un imperativo para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en una industria que los pone en riesgo particularmente alto y, por lo tanto, se debe considerar como una obligación central del objetivo perseguido por la Directiva, para luchar contra el creciente número de accidentes de trabajo en obras de construcción temporales o móviles [EU: C: 2008: 444: apartado 36]. Por tanto, el art. 3.1 de la Directiva 92/57, no admite excepción alguna a dicha obligación²¹ y, en aplicación del mismo, deben designarse siempre uno o varios coordinadores en materia de seguridad y salud en una obra en la que estén presentes varias empresas, con independencia de que los trabajos estén sujetos o no a licencia o de que dicha obra implique o no riesgos específicos [Sentencia Comisión/República Italiana, C-224/09, EU: C: 2010: 594: apartado 23].

Por otro lado, hay que indicar que no impide la Directiva la designación del propietario o director del proyecto como coordinador de seguridad y salud. De hecho una persona puede satisfacer simultáneamente varias de las definiciones mencionadas el art. 2 b) c), e) y f) [EU: C: 2008: 444: apartado 39].

En cuanto al momento en que debe procederse a la designación del coordinador de seguridad y salud, la jurisprudencia comunitaria, atendiendo a las

²⁰ Octava Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391. Fue transpuesta por RD 162/1997, de 24 de abril.

²¹ De manera que las regulaciones en el Derecho interno que contemplen excepciones justificadas, por ejemplo, en la exigencia de licencia de obras o en la existencia de cargas financieras para las pequeñas y medianas empresas no a se adaptan a la obligación que se establece en el art 3.1 Directivas 92/57. Sobre estas dos justificaciones tratan las sentencias EU: C: 2010: 594; EU: C: 2008: 444.

funciones que se establecen en los art. 5 y 6 de la Directiva 92/57, llega a la conclusión de que debe ser designado durante la elaboración del proyecto de la obra o, en cualquier caso, antes de la ejecución de los trabajos [EU: C: 2010: 594: apartado 24]. Por tanto, el art. 3.1 de la Directiva 92/57, exige que en una obra en la que estén presentes varias empresas se designe siempre a un coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto de obra o, en cualquier caso, antes de la ejecución de los trabajos.

2. El art. 3.2 de la Directiva 92/57 impone también al propietario o director de la obra la obligación de velar porque se establezca un plan de seguridad y salud cuya competencia directa en cuanto a su establecimiento corresponde al coordinador o coordinadores según establece el art. 5.b) de la misma Directiva. Se trata de una obligación respecto de la que pueden establecer excepciones los Estados miembros, salvo que afecten a trabajos que supongan riesgos específicos o se exija un aviso previo. Señala la jurisprudencia comunitaria que como se desprende del art. 3.2 de la Directiva, estamos ante una obligación que debe cumplirse con anterioridad al inicio de la obra y «debe entenderse en el sentido de que se impone a todas la obras en las que los trabajos impliquen riesgos específicos tal y como se enumeran en el anexo II de dicha Directiva, o en relación con los cuales se exija un aviso previo, sin que a este respecto sea determinante el número de empresas presentes en la obra» [EU: C: 2010: 594, apartado 28]. Por consiguiente, se opone al art. 3.2 de la Directiva 92/57, una normativa nacional que limite la obligación de establecer un plan de seguridad y de salud que recaer sobre el coordinador de la ejecución de la obra únicamente al mero supuesto de que intervengan varias empresas en una obra de trabajos privados no sujetos a licencia de obra y que no adopte como criterio de dicha obligación los riesgos específicos tal y como se enumeran en el anexo II de la Directiva EU: C: 2010: 594, apartado 29].

3.3. Directiva 2003/10/CE, de 6 de febrero²²: El alcance de la obligación de protección del trabajador frente al ruido

El Tribunal de Justicia se pronunció -en Sentencia Barcenilla y otro/Gerardo García, S.L., C-256/10 y 261/10, EU: C: 2011: 326- sobre el alcance de las obligaciones que se establecen en los arts. 5.2, 6 y 7 de Directiva 2003/10, para

²² Decimoséptima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391. Fue transpuesta por RD. 286/2006, de 10 de marzo.

proteger a los trabajadores frente al ruido²³. Los referidos preceptos recogen una serie de obligaciones que debe cumplir el empresario si, a consecuencia de la evaluación de riesgos, se sobrepasan los valores superiores de exposición que dan lugar a una acción.

Declara el Tribunal de Justicia que la Directiva 2003/10 establece en los preceptos indicados una jerarquía entre las obligaciones que incumben al empresario [EU: C: 2011: 326: apartados 29, 30 y 31]:

a) En primer lugar, el empresario está obligado, en virtud del art.5.2 de la Directiva, a ejecutar un programa destinado a reducir la exposición al ruido cuando los trabajadores están expuestos a un nivel de ruido supere los 80 dB (A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales.

b) En segundo lugar, sólo en la medida en que este programa no permita reducir tal exposición al ruido, el art.6 de la Directiva establece la obligación suplementaria de poner a disposición de los trabajadores protectores auditivos individuales.

c) Por último, el art. 7 de dicha Directiva establece obligaciones específicas para el supuesto de que la utilización de los protectores auditivos individuales no permita evitar que se superen los valores límite de exposición.

Por tanto, debe interpretarse que un empresario en cuya empresa el nivel de exposición diaria de los trabajadores al ruido sea superior a 85 dB (A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales, no cumple con las obligaciones en la Directiva 2003/10, mediante la mera entrega a los trabajadores de protectores auditivos individuales que permitan reducir la exposición diaria al ruido a un nivel inferior a 80 dB (A), sino que este empresario debe aplicar un programa de medidas técnicas o de organización destinado a reducir la exposición al ruido a un nivel inferior 85 dB (A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales [EU: C: 2011: 326: apartado 34].

²³ Este asunto es consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial por el TSJ de Castilla-León, derivada de litigio en el que unos trabajadores reclamaban el pago de un complemento de penosidad y la empresa se negaba a su abono aduciendo que había puesto disposición de los trabajadores un equipo de protección auditiva individual que atenuaba el ruido reduciéndole a un nivel inferior a 80 dB(A). El TSJ de Castilla-León consideró que podía ser incompatible lo que disponía la Directiva y contraria a su efecto útil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera que no existe penosidad cuando una protección auditiva individual permite reducir el ruido que llega al oído a un nivel inferior a 80 dB(A).

Por otro lado, razona el Tribunal de Justicia, que la Directiva 2003/10 no regula, como tal, ni el pago de un complemento salarial por razón de la penosidad de un puesto de trabajo derivada de la exposición al ruido, ni la cuestión de si puede o debe tenerse en cuenta el efecto de una protección auditiva individual para determinar el umbral de exposición al ruido que da lugar a la obligación de pagar el referido complemento salarial. No exige la Directiva que el incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones establecidas en la misma se sancione con la obligación de abonar un complemento salarial [EU: C: 2011: 326: apartados 28 y 29]. En consecuencia, la Directiva 2003/10 no exige que un empresario abone un complemento salarial a los trabajadores que estén expuestos a un nivel de ruido superior a 85 dB (A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales, por el hecho de no haber aplicado un programa de medidas técnicas o de organización destinado a reducir el nivel de exposición diaria al ruido.

Ello, no obstante, conforme a reiterada jurisprudencia comunitaria, los Estados miembros deben garantizar la plena eficacia de la directiva de que se trate, y garantizar, en el caso de que tenga por objeto crear derechos para los particulares, que éstos estén en condiciones de invocarlos, en su caso, ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Por ello, el Derecho nacional debe establecer mecanismos adecuados que garanticen que un trabajador expuesto a un nivel de ruido superior a 85 dB (A), medido sin tener en cuenta los efectos de la utilización de protectores auditivos individuales, pueda invocar el cumplimiento por el empresario, de las obligaciones preventivas establecidas en el art. 5.2 de la Directiva 2003/10 [EU: C: 2011: 326: apartado 43]; esto es, establecer y ejecutar un programa de medidas técnicas y/o de organización destinado a reducir la exposición al ruido.

3.4. Directiva 90/394, de 28 de junio²⁴: La obligación de evaluar los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos

Las obligaciones empresariales que se contienen en los arts. 3, 4 y 5 de la Directiva 90/394, han sido analizadas por el Tribunal de Justicia en cuanto al límite que pueden constituir para la regulación por el Derecho interno. El art. 3.2 obliga a determinar, en toda actividad que pueda suponer un riesgo de exposición a agentes cancerígenos, la índole, el grado y la duración de la exposición de los trabajadores, para poder evaluar los riesgos que corren su seguridad o su salud y poder determinar las medidas que procedan. Por su parte, el art. 4 obliga al empre-

²⁴ Sexta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391. Fue transpuesta por RD 665/1997, de 12 de mayo.

sario a reducir la utilización del agente cancerígeno en el lugar de trabajo o sustituirlo por un agente que no sea peligroso o lo sea en menor grado, en la medida en que sea técnicamente posible, sin vincular esta obligación a los resultados de la evaluación; y el art. 5 obliga al empresario a evitar la exposición de los trabajadores al agente cancerígeno o a reducir el nivel de exposición a un valor tan bajo como sea técnicamente posible, cuando con evaluación se ha identificado un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores. Como señala la jurisprudencia comunitaria, «del tenor literal de los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 90/394 se desprende que, a diferencia de la obligación que recae sobre el empresario de reducir o de sustituir el agente cancerígeno, prevista en el artículo 4, la obligación, establecida en el artículo 5, de evitar o de reducir la exposición a un agente de esta índole está supeditada al resultado de la evaluación del riesgo, a la que se refiere el artículo 3» [Sentencia Società italiana petroli SpA (IP)/Borsana Srl, C-2/97, EU: C: 1998: 613: apartado 33].

Ahora bien, aun cuando esta sea la interpretación correcta de las obligaciones que impone la Directiva, nada impide que un Estado miembro, al transponerla al derecho interno obligue al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente cancerígeno con independencia de la evaluación del riesgo. En efecto, señala la jurisprudencia comunitaria, por un lado, que al tratarse de disposiciones mínimas —dictadas en virtud del art. 118 A del Tratado CEE— los Estados miembros quedan en libertad para adoptar medidas de mayor protección de las condiciones de trabajo; y, por otro, que la obligación del empresario de reducir la exposición de los trabajadores al agente cancerígeno, con independencia de la evaluación del riesgo, incrementa la protección de la salud y de la seguridad de éstos. En consecuencia, «una disposición nacional que obliga al empresario a reducir la exposición de los trabajadores al agente cancerígeno con independencia de la evaluación del riesgo constituye una medida de mayor protección de las condiciones de trabajo autorizada tanto por el apartado 3 del artículo 118 A del Tratado como por la Directiva 90/394» [EU: C: 1998: 613: apartado 39].

3.5. Directiva 90/270 de 29 de mayo²⁵: Trabajos con equipos que incluyen pantallas de visualización

1. A efectos de la Directiva 90/270, se entenderá por trabajador cualquier

²⁵ Quinta Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391. Fue transpuesta por RD 488/1997, de 4 de abril.

trabajador²⁶, que habitualmente y durante un parte relevante de su trabajo normal utilice un equipo con pantalla de visualización [art. 2,c)]. La Directiva no contiene ninguna precisión sobre lo que ha de entenderse por utilizar habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal un equipo con pantalla de visualización. Para la jurisprudencia comunitaria el carácter relevante del tiempo que un trabajador permanece habitualmente ante una pantalla de visualización se aprecia en relación con el trabajo normal del trabajador considerado; y por ello, «tal expresión no puede definirse en abstracto y corresponde a los Estados miembros precisar su alcance al adoptar las medidas nacionales de adaptación de su ordenamiento jurídico a la Directiva» [Sentencia Procura della Republica-Pretura circondariale de Torino C-74/95 y 129/95, EU: C: 1996: 491: apartado 30].

2. El art. 9.1 de la Directiva 90/270 establece que los trabajadores se beneficiarán de un reconocimiento adecuado de los ojos y de la vista, realizado por persona que posea la competencia necesaria: antes de comenzar a trabajar con una pantalla de visualización; de forma periódica con posterioridad, y, cuando aparezcan trastornos de la vista que pudieran deberse al trabajo con la pantalla de visualización. En lo que se refiere al ámbito subjetivo de este derecho, señala el Tribunal de Justicia que esta disposición se refiere indistintamente a todos los trabajadores en el sentido de dicha Directiva, y no hay nada que autorice a sustentar la tesis según la cual el derecho a un reconocimiento adecuado de los ojos y de la vista no se concede a todos los trabajadores, tal como son definidos en la letra c) del art. 2 de la Directiva [EU: C: 1996: 491: apartado 34]. Por tanto, es un derecho que se reconoce a todos los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

3. Por otro lado, el art. 9.2 de la Directiva 90/270, el derecho de los trabajadores a beneficiarse de un reconocimiento oftalmológico, cuando los resultados del reconocimiento a que se refiere el apartado 1 lo hiciesen necesario. Este derecho se establece sin restricción alguna y, por tanto, el reconocimiento oftalmológico procederá en todos los casos en que los resultados del reconocimiento de los ojos y de la vista efectuado conforme al apartado 1 del art. 9 lo hagan necesario [EU: C: 1996: 491: apartado 36].

²⁶ Con arreglo a la letra a) del art. 3 de la Directiva 89/391, esto es, cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar.

Los arts. 4 y 5 de esta Directiva establece obligaciones para el empresario relativas al tiempo en que deben aplicarse las disposiciones mínimas que se recogen en el Anexo de la misma, atendiendo a si los puestos de trabajo entran en servicio por primera vez o ya estaban en servicio. Las obligaciones que se establecen en dichos preceptos se refieren a todos los puestos de trabajo tal como se definen en la letra b) del art. 2²⁷, aun cuando no estén ocupados por trabajadores en el sentido de la letra c) del art. 2, debiendo adaptarse los puestos de trabajo a todas las disposiciones mínimas que figuran en el Anexo de Directiva [EU: C: 1996: 491: apartado 41].

3.6. Directiva 92/85, de 19 de octubre²⁸: Protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia

El legislador comunitario al dictar la Directiva 92/85, de 19 de octubre para promover la mejora de la seguridad y salud de en el trabajo de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, entendió que la mujer trabajadora que se encuentra en alguna de estas situaciones debe considerarse, por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y, por ello, deben tomarse medidas relativas a su salud y a su seguridad [Considerando n° 8]. Esta Directiva ha sido objeto de frecuentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia, en relación con determinados derechos de la mujer trabajadora y prohibiciones para el empresario, establecidas para proteger la seguridad y salud de aquella y conseguir un efecto útil en la aplicación de la Directiva.

Conforme a reiterada jurisprudencia comunitaria el concepto de trabajador a que hace referencia la Directiva 92/85, no puede recibir una interpretación que varíe según los Derechos nacionales y debe definirse de acuerdo con criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas y, en este sentido, la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a

²⁷ El art. 2,b) de la Directiva 90/270, define por puesto de trabajo: el conjunto que consta de un equipo con pantalla de visualización provisto, en su caso, de un teclado o de un dispositivo de adquisición de datos y/o de un programa que garantice la interconexión hombre/máquina, de accesorios opcionales, de anejos, incluida la unidad de disquetes, de un teléfono, de un módem, de una impresora, de un soporte de documentos, de un silla y de una mesa o superficie de trabajo, así como el entorno laboral inmediato.

²⁸ Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391.

cambio de las cuales percibe una retribución [Sentencia Danosa/LKG Lizing SIA, C-232/09, EU: C: 2010: 674: apartado 39]²⁹.

1. El art.8 de la Directiva regula el permiso de maternidad, correspondiendo a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para que las mujeres trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentren en período de lactancia, disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto [apartado 1], si bien este permiso deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales [apartado 2]. Se trata de un derecho especial «que tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones» [Sentencia Sari Kiiski/Tampereen kaupunki, C-116/06, EU: C: 2007: 536: apartado 46]³⁰. Por consiguiente, el permiso de maternidad tiene «la finalidad de proteger la salud de la madre de un niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo» [EU: C: 2014: 169: apartado 35].

El permiso de maternidad no puede retirarse a la madre contra su voluntad para atribuirse, total o parcialmente, al padre del menor. Sin embargo, la mujer trabajadora en cuanto titular del permiso, puede renunciar a su disfrute, salvo en lo que respecta a las dos semanas de permiso de maternidad obligatorio previsto en el art. 8.2 [EU: C: 2013: 571: apartado 57]. Tiene, por tanto, la mujer trabajadora por cuenta ajena un poder de disposición sobre el disfrute del permiso de maternidad, por cuanto la Directiva 92/85 «no se opone a que la madre de un menor que tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena decida que el padre del menor, que tiene idéntica condición, disfrute de todo o parte del permiso de maternidad en relación con el período posterior al período de descanso obliga-

²⁹ De acuerdo con dicha doctrina «los miembros del consejo de dirección de una sociedad de capital que prestan que prestan servicios en ésta y que forman parte integrante de ella, tienen la condición de trabajadores a efectos de la Directiva 92/85 si su actividad se ejerce, durante un tiempo determinado, bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y si, a cambio de esta actividad, perciben una retribución» [EU: C: 2010: 674: apartado 56].

³⁰ En el mismo sentido, Sentencia Susanne Gassmayr/Bundesminister W.F, C-194/08, EU: C: 2010: 386: apartado 81; Sentencia Marc Betriu/INSS, C-5/12, EU: C: 2013: 571: apartado 50; Sentencia C.D./S.T., C-167/12, EU: C: 2014: 169: apartado 34; entre otras.

torio» [EU: C: 2013: 571: apartado 58]. Sin embargo, la Directiva 92/85 no contempla de la misma manera la situación cuando la mujer trabajadora lo es por cuenta propia pues esta norma «tampoco se opone a que tal padre no pueda disfrutar de este permiso en el supuesto en que la madre del menor, que ejerce una actividad por cuenta propia, no es trabajadora por cuenta ajena y ha decidido no estar afiliada a un régimen público de seguridad social que garantice dicho permiso. En efecto, esa situación no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/85, que sólo se refiere a trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia cuya actividad profesional se ejerza bajo la dirección de un empresario» [EU: C: 2013: 571: apartado 59].

Ahora bien, el permiso de maternidad requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño [EU: C: 2014: 169: apartado 37]. Por ello, los Estados miembros no están obligados a conferir permiso por maternidad a una trabajadora, «en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, [...pues...] no entra en el ámbito de aplicación del art. 8 de la Directiva 92/85, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente» [EU: C: 2014: 169: apartado 40]. Sin embargo, esa Directiva no excluye en absoluto la facultad de los Estados miembros para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, permitiendo que se beneficien de un permiso de maternidad en razón al nacimiento del niño [EU: C: 2014: 169: apartado 42].

2. Entre lo que podemos denominar medidas de garantía de las trabajadoras para el ejercicio de los derechos de seguridad y salud, la Directiva 92/85 regula la prohibición de despido y el mantenimiento de los derechos inherentes al contrato de trabajo. No se trata de medidas que pretendan directamente evitar el contacto de la trabajadora con el riesgo sino de prescripciones cuyo objeto consiste en contribuir a hacer efectivas las medidas de protección establecidas para la proteger a la trabajadora cuando, temporalmente, se encuentra en una determinada situación de riesgo.

El art. 10 de la Directiva regula la prohibición de despido estableciendo la obligación de los Estados miembros de tomar las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos en las legislaciones y/o prácticas nacionales, debiendo el empresario dar motivos justificados del despido por

escrito cuando proceda a despedir a una trabajadora. Señala jurisprudencia comunitaria que este precepto produce efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado en la Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional contra las autoridades del Estado [Sentencia Jiménez Melgar/Ayuntamiento de Los Barrios, C-438/99, EU: C: 2001: 509: apartado 34].

La prohibición de despido es una protección especial en favor de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad. El legislador comunitario tomó en consideración «el riesgo que un posible despido crea respecto a la situación física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia, incluido el riesgo particularmente grave de incitarlas a interrumpir voluntariamente el embarazo» [Sentencia Tele Danmark/HK, C-109/00, EU: C: 2001: 513, apartado 26]³¹. Durante dicho período de tiempo el art. 10 de la Directiva 91/85 no establece ninguna excepción o inaplicación de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido [EU: C: 2001: 513, apartado 27]. La Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de elaborar una lista especial de las causas de despido que puedan admitirse por vía de excepción; pero tampoco excluye en modo alguno la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección de tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas [EU: C: 2001: 509: apartado 37].

La prohibición de despido opera en el contrato de trabajo con independencia de su duración. Se aplica tanto a los contratos de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido [EU: C: 2001: 509: apartado 44]. La duración de la relación laboral carece de incidencia sobre el alcance de la protección garantizada por Derecho comunitario a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia [EU: C: 2001: 513, apartado 32 y 38]. Si el legislador comunitario hubiese querido excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 92/85 los contratos de duración determinada, que suponen una parte importante de las relaciones laborales, lo habría precisado de forma expresa [EU: C: 2001: 509: apartado 44]³².

³¹ En el mismo sentido EU: C: 2010: 674: apartado 60, entre otras.

³² En el mismo sentido EU: C: 2001: 513, apartado 43.

Sin embargo, la prohibición de despido no es aplicable a los supuestos de falta de renovación de un contratado de duración determinada, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, pues no es una situación equiparable a un despido. Ahora bien, aunque en estos casos no pueda operar la garantía de prohibición de despido establecida en el art. 10 de la Directiva 92/85, si la falta renovación de un contrato de duración determinada está motivada por el embarazo de la trabajadora, existiría una discriminación directa por razón de sexo contraria a la Directiva 76/207 [EU: C: 2001: 509: apartados 45-47].

3. El art. 11.1 de la Directiva 92/85 garantiza para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o se encuentra en período de lactancia, en los casos contemplados en los arts. 5, 6 y 7, los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de la remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. El establecimiento de esta garantía la justifica el legislador comunitario en el Considerando 16 de la Directiva, en que las medidas de organización del trabajo tendentes a la protección de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada.

El art. 5 de dicha Directiva establece una serie de medidas que debe adoptar el empresario si los resultados de la evaluación revelan un riesgo para la seguridad y salud de las trabajadoras, medidas que pueden ser la adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo [apartado 1], el cambio de puesto de trabajo [apartado 2] y la dispensa del trabajo [apartado 3]. Estas medidas se adoptarán por el orden de prelación establecido aplicándose la prevista en el siguiente lugar en el caso de que la anterior no resulta posible aplicarla técnica y/u objetivamente o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Atendiendo a lo que se establece en el art. 11.1 de la Directiva, en el caso de que una trabajadora embarazada cambie provisionalmente de puesto de trabajo, no sería admisible una reducción de la remuneración que venía percibiendo en el puesto de trabajo anterior, pues tal reducción sería contraria al objetivo de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por dicha Directiva y además vulneraría las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de igualdad de trato entre trabajadoras y trabajadores [Sentencia Parviainen/Finnair Oyj, C- 471/08, EU: C: 2010: 391: apartados 43 y 44]. No obstante, la jurisprudencia comunitaria advierte que una trabajadora embarazada que está destinada provisionalmente a otro puesto de trabajo, y cuya

remuneración antes de ese nuevo destino comprende un salario base y diversos complementos, la concesión de algunos de los cuales depende del ejercicio de funciones específicas, no puede reclamar, con fundamento en dicha disposición el mantenimiento de la remuneración íntegra que percibía antes de ese destino provisional [EU: C: 2010: 391: apartado 49]³³. Ahora bien –siguiendo la jurisprudencia comunitaria– la trabajadora embarazada durante el tiempo de destino provisional, además del salario correspondiente a su contrato o a su relación laboral, conserva el derecho a los componentes de la remuneración o a los complementos inherentes a su condición profesional, como en particular los complementos relacionados con su calidad de superior jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales [EU: C: 2010: 391: apartado 60]. Pero la trabajadora embarazada que haya cambiado provisionalmente de puesto de trabajo conforme al art. 5.2 de dicha Directiva, no tiene derecho, en virtud del art. 11.1 de misma, a la remuneración media que percibía antes de dicho traslado [EU: C: 2010: 391: apartado 62]. En cualquier caso, la remuneración de una trabajadora embarazada que debe mantenerse a raíz de su traslado provisional a un puesto de trabajo distinto del que ocupaba antes de su embarazo no puede ser inferior a la que se paga a los trabajadores que ocupan un puesto como el que provisionalmente se ha asignado a dicha trabajadora; y, por tanto, durante el período de destino provisional la trabajadora embarazada también tiene derecho a los componentes de la remuneración y a los complementos inherentes a dicho puesto, siempre que reúna los requisitos para la obtención del derecho a éstos conforme al art. 11.4 de la Directiva 92/85 [EU: C: 2010: 391: apartado 58].

La anterior doctrina la aplica parcialmente la jurisprudencia comunitaria a los supuestos de dispensa de trabajo que se establece en el art. 5.3 de la Directiva 92/85 y que constituye una «medida de último recurso» [EU: C: 2010: 386: apartado 68] que sólo es obligada cuando un cambio provisional de puesto de trabajo sea técnica y/u objetivamente imposible o no pueda razonablemente

³³ En el mismo sentido y complementando el razonamiento EU: C: 2010: 386: apartado 65 y EU: C: 2010: 391: apartado 61 : «los Estados miembros y en su caso los interlocutores sociales no están obligados en virtud del art. 11, punto 1 de dicha Directiva a mantener durante ese destino provisional en otro puesto de trabajo los componentes de la remuneración o los complementos que dependen del ejercicio por la trabajadora interesada de funciones específicas en condiciones singulares y que tienden en esencia a compensar los inconvenientes inherentes a ese ejercicio». Pero tampoco «ninguna disposición de la Directiva impide a los Estados miembros o en su caso a los interlocutores sociales prever el mantenimiento de todos los componentes de la remuneración y de todos los complementos a los que la trabajadora embarazada tenía derecho antes de su embarazo y de su traslado provisional a otro puesto de trabajo» EU: C: 2010: 391: apartado 63.

exigirse por motivos debidamente justificados. En relación con las trabajadoras embarazadas dispensadas de trabajar los Estados miembros o en su caso los interlocutores sociales pueden garantizar la percepción de ingresos en forma de una prestación adecuada, de una remuneración o de una combinación de ambas, «pero las opciones que realicen en tal aspecto y la cuantía del ingreso que se fije no deben perjudicar el efecto útil» de la Directiva [EU: C: 2010: 386: apartado 70]. En consecuencia, los ingresos que debe percibir la trabajadora embarazada deben comprender en cualquier caso el salario base mensual de esta trabajadora así como los componentes de la remuneración o los complementos inherentes a su condición profesional como los complementos relacionados con su calidad de superiora jerárquica, con su antigüedad y con sus cualificaciones profesionales [EU: C: 2010: 386: apartado 72]. Cualquier otra interpretación podría perjudicar el efecto útil de la Directiva 92/85 y privarla de parte importante de su sustancia [EU: C: 2010: 386: apartado 73].

3.7. Directiva 89/686, de 21 de diciembre, sobre aproximación de legislaciones sobre equipos de protección individual

En este caso no estamos ante una Directiva específica de las previstas en el art. 16.1 de la Directiva 89/391. No establece disposiciones mínimas sobre equipos de protección individual pues de eso se encarga la Directiva 89/656, de 30 de noviembre³⁴. El objeto de la Directiva 89/686, es establecer normas para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los equipos de protección individual, habida cuenta del reconocimiento de la libre circulación de mercancías en al ámbito de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el carácter estricto y las limitaciones que tienen los Estados miembros a la hora de realizar la transposición al Derecho interno de la Directiva 89/686, en lo que se refiere a su ámbito de aplicación. Establece esta Directiva en el art. 1.1, que regula los equipos de protección individual (EPI), así como las condiciones de puesta en el mercado y libre circulación intracomunitaria así como las exigencias esenciales de seguridad que los EPI deben cumplir para preservar la salud y garantizar la seguridad de los usuarios. Conforme al art. 1.4 de la Directiva quedan excluidos de su ámbito de aplicación, entre otros, las clases de EPI que figuran en la lista de exclusión que se contienen en el Anexo I de la misma, entre los que se encuen-

³⁴ Que es la tercera Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391, que fue transpuesta por RD 773/1997, de 30 de mayo.

tran los EPI concebidos y fabricados específicamente para la fuerzas armadas o las fuerzas de orden público (cascos, escudos etc.)

De la jurisprudencia comunitaria se deduce la imposibilidad de que el Derecho interno, al tiempo de realizar su adaptación a la Directiva, pueda establecer exigencias suplementarias para los equipos de protección individual incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. La Sentencia Comisión/República Federal de Alemania, C- 103/01, EU: C: 2003: 401, se pronunció sobre el recurso interpuesto por la Comisión al comprobar que algunos Länder alemanes establecían para los equipos de bomberos exigencias que no figuraban en la Directiva EPI, alegando en su defensa el Gobierno alemán en su defensa que también podían realizar funciones de seguridad o de orden público. El Tribunal de Justicia entendió que no eran admisibles exigencias suplementarias para los que equipos de protección individual de los bomberos, pues los equipos de este colectivo se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva y no en el de los EPI excluidos. Los EPI que se incluyen en la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva deben haber sido concebidos y fabricados para el cumplimiento de la misión de mantener el orden público. Señala el Tribunal de Justicia que la excepción que se establece en el art. 1.4 de la Directiva EPI es un excepción al principio de libre circulación de mercancías y debe ser objeto de una interpretación restrictiva [EU: C: 2003: 401: apartado 32]. Por ello, los Estados miembros no pueden sobrepasar los límites de la excepción, pues si bien es verdad que «pueden definir las misiones y atribuciones encomendadas a las fuerzas de orden público y de decidir el nivel de su protección, de ello no se desprende que estén facultados asimismo para utilizar sus propias definiciones de los EPI en orden a la aplicación de la referida excepción» [EU: C: 2003: 401: apartado 45].