

ANEXO IX
Criterio técnico nº 83/10 sobre a
presenza de recursos preventivos
nas empresas, centros e lugares
de traballo

A reforma da Lei 31/1995 de 8 de novembro de prevención de riscos laborais, en diante LPRL, que levou a cabo a Lei 54/2003 de 12 de decembro, crea, entre outros aspectos, a figura dos “recursos preventivos”, coa que se pretende paliar un dos déficits constatados na aplicación da primeira e é que, ao producirse en moitas empresas un proceso de externalización da actividade preventiva, de modo que esta non se leva a cabo cos propios medios da empresa senón a través dunhas solucións admitidas pola propia lei, como son os servizos de prevención alleos ou os servizos de prevención mancomunados, iso trouxo como consecuencia unha escasa presenza nos centros de traballo dos técnicos dos devanditos servizos de prevención, máis aló da necesaria para levar a cabo a avaliación de riscos, a planificación da actividade preventiva, a realización de cursos de formación e dos exames para a vixilancia da saúde, de ser o caso.

Nos casos en que se utilizan modalidades internas de organización preventiva, como son os servizos de prevención propios ou a dos traballadores designados, cóntase coa súa presenza na empresa ou centro de traballo, pero non sempre desenvolveron a súa actividade estando presentes naquelas operacións, actividades ou seccións da empresa que presentaban un certo risco para comprobar a aplicación rigorosa das medidas contidas na planificación da actividade preventiva para previr o devandito risco.

Para evitar as situacións referidas máis arriba, créase a figura dos “recursos preventivos”, cuxa regulación se recolle nas seguintes normas:

- ▶ Artigo 32 bis da Lei 31/1995, de 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, modificación introducida pola Lei 54/2003 de 12 de decembro de reforma do marco normativo de prevención de riscos laborais.
- ▶ Artigo 22 bis do Real Decreto 39/1997, do 17 de maio, polo que se aproba o Regulamento dos servizos de prevención, introducido polo Real Decreto 604/2006, do 19 de maio.

En relación coas obras de construción, as súas peculiaridades atópanse recollidas na Disposición Adicional décimo cuarta da Lei 31/1995, a Disposición Adicional décima do Real Decreto 39/1997, e a Disposición Adicional única do Real Decreto 1627/1997, de 24 de outubro, polo que se establecen disposicións mínimas de seguridade e saúde nas obras de construción.

No Artigo 32 bis establécense tres supostos nos que será necesaria a presenza no centro de traballo dos recursos preventivos, calquera que for a modalidade de organización dos devanditos recursos. Pois ben, en relación co terceiro suposto, isto é, cando a necesidade da devandita presenza sexa requirida pola Inspección de Traballo e Seguridade social se as condicións de traballo así o esixisen debido ás condicións detectadas, por parte da Dirección Xeral da Inspección de Traballo e Seguridade Social adoptouse o Criterio Técnico 39/2004 co fin de establecer unha serie de pautas de actuación en relación coas circunstancias que, a título enunciativo e non exhaustivo, puidesen dar lugar ao devandito requirimento por parte da Inspección de Traballo.

Este Criterio Técnico dítase coa finalidade de garantir unha actuación inspectora homoxénea en relación cos tres supostos causantes da presenza dun recurso preventivo, así como para dar resposta a determinadas cuestións e consultas, tales como empresas obrigadas, persoas que poden ser designadas, funcións e formación destas, que foron xurdindo en relación con esta figura preventiva desde que se introduciu e que, sen dúbida, poderá axudar os inspectores de traballo á hora de asistir tecnicamente a empresas e traballadores con ocasión do exercicio da súa función.

En consecuencia, co carácter establecido no Art. 21 da Lei 30/1992, de 30 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común, en diante LRXPAC, esta Dirección Xeral, na súa condición de Autoridade Central da Inspección de Traballo e Seguridade Social, en exercicio das competencias establecidas no artigo 18.3.12 da Lei 42/1997, de 14 de novembro, ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social, por proposta da Subdirección Xeral para a Coordinación en materia de Relacións Laborais, Prevención de Riscos Laborais e Medidas de Igualdade, tras a consulta previa ás autoridades competentes das Comunidades Autónomas, dita o seguinte:

CRITERIO TÉCNICO

PRIMEIRO. SUPOSTOS EN QUE É OBRIGATORIA A PRESENZA DOS RECURSOS PREVENTIVOS

En primeiro lugar, convén precisar que a presenza dun recurso preventivo nun centro de traballo é unha medida preventiva complementaria, é dicir, o empresario é quen está obrigado a adoptar as medidas preventivas necesarias para garantir a seguridade e saúde dos seus traballadores, de modo que a designación e presenza non exclúe ou substitúe o seu deber de protección a que se refire o Art. 14.1 da LPRL. Por tanto, esta figura preventiva é unha medida máis coa que conta o empresario e non poderá ser utilizada co fin de substituír aquelas medidas de protección que sexan preceptivas, co pretexto de que a actividade está suxeita a supervisión e control.

Ao anterior hai que engadir que a presenza dun recurso preventivo non habilita para realizar aqueles traballos que están prohibidos, xa sexa por Lei ou pola avaliación de riscos.

Unha vez precisados os extremos anteriores, a presenza dun recurso preventivo nun centro de traballo está prevista nos supostos seguintes:

- a) Cando os riscos poidan verse agravados ou modificados no desenvolvemento do proceso ou a actividade, pola concorrencia de operacións diversas que se desenvolven sucesiva ou simultaneamente e que fagan preciso o control da correcta aplicación dos métodos de traballo** (Art. 32 bis 1 a) da LPRL e 22 bis 1 a) do RD 39/1997).

A Exposición de Motivos da Lei 54/2003 aclara o fundamento deste suposto, indicando que *“A lei non se refire, por tanto, a calquera supostos de concorrencia de operacións sucesivas ou simultáneas, senón soamente a aqueles que, ademais, fan preciso un control específico de como se aplican os métodos de traballo, dado que unha aplicación inadecuada de tales métodos podería dar lugar a ese agravamento ou modificación do risco. Iso preténdese realizar a través da presenza dos recursos preventivos, que servirán para garantir o estrito cumprimento dos métodos de traballo e, por tanto, o control do risco.”*

E continúa sinalando a dita exposición de motivos que *“A Lei quere referirse aquí a actividades tales como as obras de construción ou a construción naval, nas que a investigación de accidentes demostrou que un gran número destes teñen a súa orixe precisamente no agravamento ou modificación dos riscos nesas circunstancias, o que se pretende evitar mediante esta medida.”*

Por tanto, para a aplicación deste suposto é necesario que se dean tres requisitos:

1. Concorrencia simultánea ou sucesiva de operacións ou actividades.
2. Posibilidade de que os riscos se agraven ou modifiquen pola devandita concorrencia.
3. Necesidade de que se controle a aplicación correcta dos métodos de traballo.

En todo caso, débese ter en conta tamén o previsto no Art. 22 bis 2 parágrafo 1 do RD 39/1997, no que se precisa que é a avaliación de riscos laborais, xa sexa a inicial ou as sucesivas, a que identificará aqueles riscos que poidan verse agravados ou modificados pola concorrencia de operacións sucesivas ou simultáneas.

Polo que se refire ás **obras de construción**, a Disposición Adicional Única do RD 1627/1997, sinala que o plan de seguridade e saúde determinará a forma de levar a cabo a presenza dos recursos preventivos, regulación que se ha de pór en relación co Art. 7.3 do propio regulamento que sinala que, *“en relación cos postos de traballo*

na obra, o plan de seguridade e saúde no traballo (...) constitúe o instrumento básico de ordenación das actividades de identificación e, no seu caso, avaliación dos riscos e planificación da actividade preventiva”, o que debe ser entendido no sentido de que é este plan o que deberá establecer en que riscos se debe dar a presenza do recurso preventivo en relación con este primeiro suposto que estamos a analizar.

b) Cando se realicen actividades ou procesos que regulamentariamente sexan considerados como perigosos ou con riscos especiais (Art. 32 bis 1 b) da LPRL e Art. 22 bis 1 b) do RD 39/1997).

1. Este punto concreouse polo RD 604/2006, do 19 de maio, que modificou o RD 39/1997, ao engadir no Art. 22 bis que se considera como actividades ou procesos perigosos ou con riscos especiais os seguintes:
 - Traballos con riscos especialmente graves de caída desde altura.
 - Traballos con riscos de enterramento ou derrubamento.
 - Actividades nas que se utilicen máquinas que carezan de declaración CE de conformidade, por ser a súa data de comercialización anterior á esixencia de tal declaración con carácter obrigatorio.
 - Traballos en espazos confinados.
 - Traballos con risco de asfixia por inmersión.

Neste suposto, tamén se precisa polo Art. 22 bis 2 parágrafo 2 que será a avaliación de riscos a que identificará os traballos ou tarefas integrantes do posto de traballo ligados ás actividades ou aos procesos perigosos ou con riscos especiais.

E polo que se refire ao **sector da construción**, a Disposición Adicional décimo cuarta da Lei 31/1995 sinala que no suposto previsto no Punto 1, parágrafo a), do Artigo 32 bis, a presenza de cada contratista será necesaria cando durante a obra se desenvolvan traballos especiais, tal como se definen no RD 1627/1997. Parece claro que hai un erro e a dita Disposición Adicional deberíase referir ao punto b) que agora analizamos, e non ao punto a) pero, en calquera dos casos, a remisión faise ao Art. 2.1 b) e Anexo II do RD 1627/1997.

2. Convén facer unha observación respecto da expresión “traballos con riscos especialmente graves de caídas de altura”, como traballos que motivan a presenza dun recurso preventivo, pois esta **non debe entenderse no sentido de que calquera risco de altura (risco superior a dous metros) deba motivar a presenza dun recurso preventivo**, dado que nese caso o lexislador tería utilizado para iso a expresión “risco de altura” e non “riscos especialmente graves de caída desde altura”.

O punto de partida para interpretar esta norma ofrécenolo a Guía Técnica para a avaliación e prevención dos riscos relativos ás Obras de Construción do Instituto Nacional de Seguridade e Hixiene no Traballo que, aínda que non ten carácter vinculante, realiza un comentario ao que debe entenderse por “risco de especial gravidade” a que se refire o Art. 2.1. b) do RD 1627/1997, que remite ao Anexo II do Regulamento onde se inclúe o risco especialmente grave de altura. Deste xeito

“... considerarase que un traballo está incluído neste punto 2.1.b) se tras a aplicación dos principios de prevención o risco continúa sendo de especial gravidade, o que fai necesario adoptar medidas preventivas adicionais (en particular, medidas de protección colectiva ou individual) para evitar ou minimizar a posibilidade de que o traballador sufra un dano grave.

O feito de que un traballo non estea incluído no anexo II non quere dicir que non poida expor aos traballadores que o realizan a un risco de especial gravidade. É a través da avaliación dos riscos como se obtén a información necesaria para tomar unha decisión respecto diso.”

De acordo co anterior, aqueles traballos de altura nos que, tras aplicar de forma coherente e responsable os principios de prevención, se polo tipo de actividade desenvolvida en altura, os procedementos de traballo aplicados ou a contorna do posto de traballo, o risco continúa sendo de “especial gravidade”, de modo que faga necesario adoptar medidas preventivas adicionais -individuais ou colectivas- para evitar ou minimizar a posibilidade de que o traballador sufra un dano grave, estes traballos serían causantes da presenza dun recurso preventivo.

En relación co anterior, hai que aclarar que no ámbito da construción adoitan darse determinadas circunstancias (contorna do posto de traballo, perigo da maioría das actividades desenvolvidas, concorrencia con outras empresas, etc.) que con frecuencia fan que un risco de altura deba considerarse de “especial gravidade”, aínda que haberá que observar a actividade específica que supoña un risco concreto nunha obra tamén individualizada para valorar esa circunstancia.

Son exemplos de traballos con riscos especiais de altura respecto dos que se pode requirir a presenza do devandito recurso, que nos poden servir de pauta para a súa esixencia en operacións ou actividades análogas, os seguintes: cando se realicen traballos en que se utilicen técnicas de acceso e de posicionamento mediante cordas, traballos de montaxe e desmantelamento de estadas, de redes de seguridade ou traballos a máis de 6 metros de altura ou menor, pero nos que a protección do traballador non poida ser asegurada totalmente senón mediante a utilización dun equipo de protección individual contra o referido risco.

Tamén poderían incluírse entre os “riscos especiais de altura” aqueles traballos realizados a unha altura lixeiramente superior a dous metros, pero nos que o risco pode verse agravado ou modificado pola concorrencia doutras operacións que se desenvolven de forma simultánea ou sucesiva e que fagan preciso o control da correcta aplicación dos métodos de traballo, aínda que neste caso estaríamos ante o suposto da letra a) do Art. 22 bis 1 do Regulamento.

En calquera caso, estes traballos con riscos especiais de altura aos que fixemos referencia, así como o resto de traballos análogos aos anteriores para os que se contemple a presenza do recurso preventivo, deben estar previstos na avaliación de riscos ou o plan de seguridade e saúde dunha obra (Art. 22.2. 2º do RD 39/1997 e a DA 14ª da LPRL).

c) Cando a necesidade da devandita presenza sexa requirida pola Inspección de Traballo e Seguridade Social, se as circunstancias do caso así o esixiren debido ás condicións de traballo detectadas.

A Inspección de Traballo e Seguridade Social poderá requirir a presenza de recursos preventivos no centro de traballo cando, practicada unha visita de Inspección e á vista de toda a información reunida, considere que as medidas preventivas adoptadas polo empresario son insuficientes ou inadecuadas para unha aplicación coherente e responsable dos principios de acción preventiva establecidos no Artigo 15 da LPRL. O requirimento será para que de forma temporal se dea a presenza do recurso preventivo, mentres a empresa procede á emenda das medidas preventivas cando non se poidan adoptar de forma inmediata -a condición de que non exista un risco grave e inminente para os traballadores-, ou ben, cando se trate de actividades esporádicas ou excepcionais e se considere que non hai un control absoluto de todos os riscos. En

calquera caso, como se dixo anteriormente, a designación dun recurso preventivo non pode tomarse como unha medida alternativa de carácter permanente en substitución da obriga empresarial de adoptar medidas de prevención e protección que sexan adecuadas en cada caso.

O requirimento deberá realizarse cumprindo as esixencias do Art. 43 da LPRL. No devandito requirimento especificaranse os traballos ou operacións e situacións de risco concretas que o xustifican, así como a esixencia de modificar a avaliación de riscos, se esta non contemplase a situación de risco detectada, e a planificación da actividade preventiva, se non recollese a necesidade da presenza do recurso preventivo (Art. 22 bis 2, último parágrafo do RD 39/1997).

Para os efectos da determinación da necesidade da devandita presenza, a Inspección de Traballo e Seguridade Social examinará especialmente todos aqueles procesos, actividades, operacións ou traballos con equipos ou produtos que poidan orixinar riscos graves ou riscos graves e inminentes para a seguridade e saúde dos traballadores que os desenvolvan ou utilicen, ben pola súa propia natureza perigosa, a súa especial complexidade ou polas interaccións de diferentes actividades desenvolvidas de forma concorrente, e que, en consecuencia, esixan unha maior supervisión, vixilancia ou control por parte da organización preventiva da empresa.

A título simplemente indicativo e non exhaustivo, considérase que nos seguintes traballos, actividades, operacións e procesos, pódense dar situacións ou circunstancias, unha vez analizadas polo funcionario en cada caso, que poderían xustificar a presenza de recursos preventivos no centro de traballo durante a súa execución, ou ben nos que pode existir normativa específica que estableza obrigas nese sentido: traballos de instalación, mantemento e reparación de ascensores, montacargas e outros aparellos de elevación, traballos con aparellos e maquinaria en obras de construción; circulación de ferrocarrís con traballos simultáneos de mantemento ou reparación nas vías ou as súas proximidades; traballos en instalacións eléctricas ou en proximidade de elementos en tensión; traballos en emprazamentos con risco de incendio ou explosión; traballos en instalacións frigoríficas; traballos que poidan estar afectados por radiacións ionizantes; ou traballos con riscos de exposición de determinados produtos ou sustancias perigosos como os axentes químicos (amianto), axentes biolóxicos, axentes canceríxenos, mutaxénicos ou tóxicos para a reprodución.

Todo iso, sen prexuízo do previsto nos puntos 1 a) e b) do Artigo 32 bis da LPRL e 22 bis do RD 39/1997 citados máis arriba.

Tamén poderá requirirse a presenza de recursos preventivos, no caso de traballos realizados por menores de 18 anos, por traballadores especialmente sensibles ou por traballadores de recente incorporación durante a fase inicial de adestramento, tanto se fosen traballadores propios da empresa coma se fosen traballadores cedidos por ETT, debido a que, polas características dos devanditos traballadores ou pola súa falta de experiencia no posto de traballo que se vai desenvolver, poidan verse agravados os riscos específicos da actividade que realizan e pór en perigo a seguridade e saúde destes traballadores ou de terceiros, aínda que tamén nestes casos haberá que estar ás circunstancias do caso concreto que deberán ser valoradas en todo caso polo Inspector á hora de esixir a presenza dun recurso preventivo.

SEGUNDO. EMPRESAS QUE DEBEN DESIGNAR OU ASIGNAR A PRESENZA DE RECURSOS PREVENTIVOS

a) Sectores distintos ao da construción.

En moitas ocasións, a presenza do recurso preventivo será necesaria nun centro de traballo no que desenvolva a súa actividade unha soa empresa, e entón será esta a encargada de designar o recurso preventivo; pero a miúdo pode ocorrer tamén que sexan varias as empresas que concorren nun centro de traballo, existindo entre elas unha vinculación vertical e horizontal, é dicir, no mesmo plano ou en niveis subordinados.

A concorrencia de varias empresas no mesmo centro de traballo pode producirse por diversas circunstancias. Unhas veces trátase dunha coincidencia no mesmo centro de empresas distintas, xa sexa porque simplemente se comparta un espazo físico (edificio, centro ou establecemento, polígono industrial...) ou porque haxa relacións xurídicas entre elas (p. ex. UTE). Nestes supostos, a relación entre estas empresas é de carácter horizontal porque cada unha delas está en análoga posición respecto das restantes. Noutras ocasións, a concorrencia obedece á práctica de descentralización da actividade produtiva, no que unha empresa pode subcontratar con outra parte da súa actividade, mesmo aínda que non se trate da súa propia actividade, neste caso a relación é de carácter vertical.

Pois ben, calquera que sexa a relación que exista entre as empresas que concorran nun centro de traballo, o punto 9 do Art. 22 bis do RD 39/1997, do 17 de maio, polo que se aproba o Regulamento dos servizos de prevención, ofrece a seguinte solución: *“Cando existan empresas concorrentes no centro de traballo que realicen as operacións concorrentes ás que se refire o punto 1.a) deste artigo, ou actividades ou procesos perigosos ou con riscos especiais, aos que se refire o punto 1.b), a obriga de designar recursos preventivos para a súa presenza no centro de traballo recaerá sobre a empresa ou empresas que realicen as ditas operacións ou actividades, nese caso e cando sexan varios devanditos recursos preventivos deberán colaborar entre si e co resto dos recursos preventivos e persoa ou persoas encargadas da coordinación das actividades preventivas do empresario titular ou principal do centro de traballo.”*

Este artigo debe entenderse no sentido de que será a empresa ou empresas cuxa actividade achega ou xera o risco que motiva a presenza dun recurso preventivo a obrigada a cumprir coa devandita obriga, é dicir, aquela empresa cuxa actividade modifica ou agrava o risco das demais, pois cando o punto 9 do Artigo 22 bis do Regulamento sinala que a obriga recae sobre a *“...empresa ou empresas que realicen as ditas operacións ou actividades..”*, por estas hai que entender as que fagan necesario o control de métodos de traballo (Art. 22 bis 1 a), o que parece que se está referindo ás empresas que realizan as ditas operacións “xeradores de riscos” ou que supoñan certo perigo para as demais.

O anterior quere dicir que, a diferenza do que ocorre nas obras de construción como se dirá máis adiante, se só a subcontratista -e non a contratista- realiza un traballo perigoso dos previstos no Art. 22 bis 1 b) RD 39/1997 (por exemplo, con risco especial de altura) que motive a presenza dun recurso preventivo, debendo estar así previsto na avaliación de riscos, será esta empresa subcontratista e non a contratista quen estea obrigada a designar o devandito recurso; iso sen prexuízo do disposto no Art. 24.3 da LPRL e do resto de obrigas que lle correspondan á contratista.

O mesmo hai que dicir cando só sexa unha empresa a que realice unha “operación concorrente de forma sucesiva” que poida modificar ou agravar os riscos presentes no devandito centro de modo que afecte ás demais empresas (pénsese p. ex. o uso de produtos químicos -praguicidas- por unha empresa que afectará despois

aos traballadores doutra...), tamén neste caso a obriga de designar o recurso recae unicamente sobre a empresa que realiza os traballos, salvo que haxa, está claro, outras circunstancias que motiven a dita presenza respecto doutras empresas.

Cando esteamos ante varias empresas que realicen “actividades concorrentes de forma simultánea”, nestes casos, poden darse, ao mesmo tempo, outros dous supostos:

- Que sexa só unha empresa a que realice os traballos que entrañan certo perigo ou que sexan os principais “xeradores de riscos” para os traballadores doutra ou outras empresas (p. ex. o uso dun guindastre para o izado de obxectos con traballadores en proximidade doutra empresa que realiza unha actividade que non require de recurso preventivo). Neste suposto, o recurso preventivo deberá achegalo a **empresa que realice os devanditos traballos**.
- Que haxa dúas ou máis empresas cuxos riscos poidan modificarse ou agravarse mutuamente pola realización das actividades que cada unha realiza e cuxos métodos de traballo requiren que se controlen de forma simultánea (p. ex. o uso de produtos químicos ou substancias por unha empresa que realiza traballos nunha empresa química). Neste caso, a obriga de presenza do recurso preventivo recae sobre **todas e cada unha das empresas que realicen as operacións ou actividades**, nese caso a norma prevé que cando sexan varios eses recursos preventivos deberán colaborar entre si e co resto dos recursos preventivos.

Estes supostos de concorrencia de empresas nun mesmo centro de traballo aos que fixemos referencia anteriormente, son realmente supostos de coordinación de actividades, cuxa regulación vén determinada principalmente polo RD 171/2004, do 30 de xaneiro, sobre coordinación de actividades empresariais no centro de traballo (que desenvolve o Art. 24 da LPRL). Por iso, hai que pór en relación o disposto en ambas as regulacións -a dos recursos preventivos e a de coordinación-, para comprobar que non existe contradición nelas, pois o Art. 11 do RD 171/2004 inclúe na súa relación non exhaustiva de medios de coordinación “*a presenza no centro de traballo dos recursos preventivos das empresas concorrentes*”; iso sen prexuízo -está claro- das funcións que deba desenvolver no seu caso o coordinador de actividades preventivas.

b) Sector da construción.

1. A obriga establecida no punto 9 do Artigo 22 bis do RD 39/1997 de designar recursos preventivos por parte daquelas empresas que realicen as operacións ou actividades, non resulta de aplicación nas obras de construción, pois -como dixemos anteriormente- as peculiaridades neste ámbito contémplanse na Disposición Adicional Décimo cuarta da LPRL, en virtude da cal, “*a) A preceptiva presenza de recursos preventivos aplicarase a cada contratista*”.
2. Para os efectos da consideración de contratista debe terse en conta a súa definición, que se establece no Artigo 2.1.h) do Real Decreto 1627/1997 (coincidente coa definición prevista no Artigo 3 e) da Lei 32/2006), é dicir, aquela *persoa física ou xurídica que **asume contractualmente ante o promotor**, con medios humanos e materiais, propios ou alleos, o compromiso de executar a totalidade ou parte das obras con suxeición ao proxecto e ao contrato*.

De acordo co anterior, para que unha empresa quede obrigada a designar un recurso preventivo é necesario que actúe como contratista principal, é dicir, como aquela persoa que contrata directamente co promotor, **aínda cando non conte con traballadores na obra de construción**. Tal criterio fúndase tanto na interpretación literal das normas que analizamos, como na obriga que se formula no Art. 24.3 da LPRL daquelas empresas que contraten ou subcontraten con outras obras propias da súa actividade de vixiar que estas cumpran a normativa en materia de seguridade e saúde.

Tamén teñen a consideración de contratista e, por tanto, quedan afectados pola obriga anterior, entre outros, os seguintes suxeitos:

- a) Promotor que *realice directamente con medios humanos e materiais propios a totalidade ou determinadas partes da obra (Art. 3 e) 2 Lei 32/2006)*, é dicir, aqueles casos de coincidencia nunha mesma empresa da condición de promotor e contratista. Neste caso, a empresa que contrate co promotor-contratista adquire a condición de subcontratista e non de contratista.
 - b) Traballador autónomo que empregue na obra a traballadores por conta allea e que contrate directamente co promotor.
 - c) UTE que contrate directamente co promotor e que execute directamente a obra, pois se non executa a obra cada unha das empresas membro deberán designar un recurso preventivo. Por executar a obra hai que entender a realización de traballos na dita obra con persoal propio.
3. Por tanto, no ámbito das obras de construción, **o legislador quixo de forma expresa que a dita obriga se referira unicamente ás empresas contratistas e non ás subcontratistas**, idea que enlaza co previsto na letra c) da DA 14ª da LPRL cando sinala que a función dos recursos preventivos é a de *“vixiar o cumprimento das medidas incluídas no plan de seguridade e saúde no traballo, e comprobar a súa eficacia”*; de modo que o control destas actividades e medidas correctoras non se pode deixar en mans das empresas subcontratistas, xa que, correspondendo á empresa contratista a elaboración do plan de seguridade da obra conforme o Art. 7 do RD 1627/1997, non se pode atribuír aos subcontratistas a función de valorar a súa eficacia para, de ser o caso, introducir nel medidas correctoras.
4. Non obstante o anterior, baseándose no contrato mercantil subscrito entre elas, un contratista pode esixir tamén aos subcontratistas que conten cos seus propios recursos preventivos, pero esa circunstancia require facer algunhas **observacións**:
- En primeiro lugar, que **tal esixencia non ten apoio legal ou regulamentario**, senón que exclusivamente forma parte das obrigas que unha das partes asume no contrato privado e que a outra introduce como cláusula condicionante da súa subscrición.
 - En segundo lugar, que a designación dos seus recursos preventivos polos subcontratistas **non exime o contratista de contar co seu recurso preventivo propio**, que é para o que se establece a obriga legal e **cuxa presenza será a que deberá comprobar ou esixir, no seu caso, o inspector de traballo** na súa actuación inspectora, con independencia do contrato privado que poida existir entre ambas.
5. En calquera caso, por aplicación do establecido no Art. 11 c) do RD 1627/1997, a presenza do recurso preventivo nunha obra de construción non inhibe os contratistas nin os subcontratistas do cumprimento das obrigas de coordinación previstas no Artigo 24 da LPRL e no RD 171/2004, coas peculiaridades para as obras de construción contidas na Disposición Adicional 1ª deste real decreto.

TERCEIRO. SUXEITOS AOS QUE SE PODE ASIGNAR AS FUNCIÓNS DE RECURSO PREVENTIVO

a) Persoas que poden ser designadas.

O Artigo 32 bis da LPRL establece que, cando se dea algún dos supostos establecidos no punto 1 e sexa necesaria a presenza nun centro de traballo dos recursos preventivos, pode serlle asignada a función ás seguintes persoas:

- Un ou varios traballadores designados da empresa, entendendo por tal a figura á que

se refire o Art. 30 da LPRL, é dicir, a daquela persoa que, designada polo empresario, se ocupa da actividade preventiva.

- Un ou varios membros do servizo de prevención propio da empresa.
- Un ou varios membros do servizo ou dos servizos de prevención alleos concertados pola empresa.

No caso de que a empresa conte cun modelo interno de organización preventiva (traballadores designados ou servizo de prevención propio), non hai impedimento legal para que a dita empresa efectúe un concerto específico cun servizo de prevención alleo para que un membro dese servizo asuma as funcións de recurso preventivo. Tampouco hai nada na regulación legal que impida a contratación cun servizo de prevención alleo para a realización desta actividade preventiva específica, que sexa distinto do servizo de prevención alleo co que teña contratada a realización da actividade preventiva habitual e permanente.

b) Traballadores asignados.

1. Con todo, xunto cos anteriores, o punto 4 do Art. 32 bis da LPRL, contempla a posibilidade de que o empresario “asigne” tamén a presenza de forma expresa, para os mesmos efectos que aos anteriores, a un ou varios traballadores da empresa aínda que non formen parte do servizo de prevención propio nin sexan traballadores designados.
2. Iso xerou a dúbida de se se trata dunha figura alternativa aos recursos preventivos, que de utilizarse non faría necesaria esta última, ou se se trata dunha figura complementaria dos devanditos recursos preventivos e, neste caso, cal sería a súa función.

Por unha banda, existen razóns que parecerían indicar que se trata dunha figura complementaria e non alternativa. Entre outras, podemos sinalar as seguintes: o previsto no parágrafo segundo de punto 4 referido cando sinala que “*neste suposto, eses traballadores deberán manter a necesaria colaboración cos recursos preventivos do empresario*”, o cal parece indicar que a presenza destes últimos hase de producir en todo caso; ou o propio feito de que se trate dunha figura recollida nun punto distinto do que establece que suxeitos poden ser recursos preventivos; que o Art. 32 bis 4 da LPRL dixese que: “*non obstante o sinalado nos puntos anteriores, o empresario tamén poderá asignar a presenza a un ou varios traballadores...*”; ou ben, por último, que o Art. 12.15 b) do Texto Refundido da Lei de infraccións e sancións na orde social, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 5/2000 do 4 de agosto, en diante TRLISOS, cando tipifica como infracción “*a falta de presenza dos recursos preventivos cando iso sexa preceptivo...*”, incluíse tamén a falta de presenza dos traballadores asignados.

Non obstante o anterior, cando o RD 604/2006 modificou o RD 39/1997 e introduciu o Art. 22 bis, incluíu no seu punto 3 unha regulación que vai máis aló do previsto no Art. 32 bis da LPRL, ao sinalar que “**a presenza levaraa a cabo calquera das persoas previstas nos puntos 2 e 4 do Art. 32 bis da Lei 31/1995**”, do que se desprende que o empresario pode designar ou asignar a presenza a calquera deles de maneira indistinta, pode ser un traballador da empresa que non teña a consideración de traballador designado nin a de integrante do servizo de prevención propio, sendo, por tanto, o traballador asignado unha **figura alternativa ao recurso preventivo de modo que coa súa asignación cúmprese coa obriga de presenza** que prevé o Art. 32 bis da LPRL e 22 bis do Regulamento.

4. Non din nada nin a LPRL nin o Regulamento sobre se a dita asignación pode ter carácter temporal ou indefinido, polo que, ao non poñer límites, cabe entender as dúas opcións. Tampouco hai, a priori, un obstáculo legal ou regulamentario que impida que a todos os traballadores da empresa se lles dea a formación e cualificación necesaria para poder desenvolver tal función, de modo que se lles asigne de forma expresa a presenza a todos eles ou a un colectivo numericamente significativo.

Non obstante o anterior, e sen prexuízo de que toda acción formativa en materia de prevención de riscos laborais ha de ser sempre ben recibida, non pode esquecerse que a dita designación indiscriminada e xeneralizada carece de sentido e desvirtuaría esta figura preventiva, porque o empresario convertería a todos os traballadores en vixiantes de si mesmos, sen que ningún tivese a responsabilidade concreta que correspondería ao traballador ao que o empresario asigna as funcións presenciais, o que obviamente non é o pretendido pola LPRL nin polo RD 39/1997.

Ademais, non hai que esquecer que o punto 2 do Art. 22 bis do RD 39/1997, sinala que a avaliación de riscos laborais deberá identificar aqueles riscos en que é necesario a presenza do recurso preventivo, e que a planificación da actividade preventiva deberá indicar a forma de levar a cabo a presenza, o que reduce bastante a opción anterior de designación e asignación xeneralizadas.

c) Recurso preventivo e coordinación.

1. O Art. 13.4 do RD 171/2004, do 30 de xaneiro, sobre coordinación de actividades empresariais no centro de traballo, dispón que *“cando os recursos preventivos da empresa á que pertencen deban estar presentes no centro de traballo, a persoa ou as persoas ás que se asigne o cumprimento do previsto no Artigo 32 bis da Lei 31/1995, de 8 de novembro, de prevención de riscos laborais, poderán ser igualmente encargadas da coordinación de actividades preventivas”*.
2. Na construción, este suposto podería darse no caso que una mesma empresa teña a condición de promotor e de contratista principal nunha obra, de modo que podería recaer na mesma persoa a condición de coordinador e recurso preventivo. Non obstante o anterior, sen prexuízo de que o Regulamento permita a dita coincidencia e que a dita norma cualifique o recurso preventivo como un medio de coordinación, non debe esquecerse que as dúas figuras anteriores obedecen a unha finalidade distinta e por iso teñen encomendadas regulamentariamente funcións distintas:
 - Por unha banda, o recurso preventivo, como se dirá no seguinte punto, debe vixiar o cumprimento das actividades preventivas en relación cos riscos derivados da situación que determine a súa presenza, para conseguir un adecuado control dos devanditos riscos. Por tanto, a súa actuación redúcese aos casos concretos que determine o Plan de seguridade e saúde.
 - Por outra parte, o coordinador deberá desenvolver as funcións de coordinación a que se refire o Art. 9 do RD 1627/1997, para **cuxo exercicio se esixe que estes deban estar igualmente presentes -nos termos que se determine- nas obras de construción, sen que poidan desentenderse das súas funcións** nin da devandita presenza, en detrimento da figura do recurso preventivo.
3. Ao anterior hai que engadir que, por aplicación do establecido no Art. 11 c) do RD 1627/1997, a presenza do recurso preventivo nunha obra de construción **non exime os contratistas nin os subcontratistas** do cumprimento das obrigas de coordinación previstas no Art. 24 da LPRL e no RD 171/2004, coas peculiaridades para as obras de construción contidas na Disposición Adicional 1ª deste real decreto.
4. Por tanto, considérase posible que o recurso preventivo exerza labores de coordinación, a condición de que se dean os seguintes requisitos que establece o propio Regulamento:
 - O coordinador debe *“contar coa formación preventiva correspondente, como mínimo, ás funcións do nivel intermedio”* (Art. 14.4); sen prexuízo, está claro, das titulacións académicas e profesionais que habilitan para desempeñar a función de coordinador de seguridade e saúde en obras de edificación, é dicir, arquitecto, arquitecto técnico, enxeñeiro ou enxeñeiro técnico, de acordo coas súas competencias e especialidades (DA 4ª da Lei 38/1999, de 5 de novembro, de ordenación da edificación).

- Deben ser as persoas previstas nas letras a) a d) do punto 3 do mesmo artigo 13; é dicir, traballadores designados, membros do servizo de prevención propio e alleo, ou traballadores que reúnan os coñecementos, a cualificación e experiencia necesarios (Art. 13.4 parágrafo 2).
- Que as súas funcións como coordinador sexan compatibles co cumprimento da totalidade das funcións que tivese encomendadas o recurso preventivo (Art. 13.4 parágrafo 2).

d) Delegados de prevención como recurso preventivo ou traballador asignado.

1. Outra cuestión que suscita interrogantes é a de se o empresario pode designar como **recurso preventivo** aos delegados de prevención. Aínda que en ningún punto da normativa de aplicación existe unha prohibición expresa ou incompatibilidade entre a figura do recurso preventivo e a do delegado de prevención, tal incompatibilidade derívase das funcións, facultades encomendadas e características propias de cada figura preventiva.

En efecto, como o delegado de prevención é un representante dos traballadores que, entre outras funcións, terá que vixiar e controlar a adecuación da actividade preventiva da empresa, dificilmente podería desenvolver a dita función se o empresario lle encomendase a función de ser o seu traballador designado ou ben fose membro do servizo de prevención propio, encargado de desenvolver en ambos os casos a actividade preventiva no seu nome. Habería, pois, un conflito de intereses que impediría a coincidencia nunha mesma persoa de ambas as funcións ou actividades.

Por tanto, ao non poder ser traballador designado nin membro do servizo de prevención propio da empresa, hai que concluír que o delegado de prevención non pode ser designado recurso preventivo.

2. Respecto de se podería ser **traballador asignado** nos termos previstos no punto 4 do Art. 32 bis da LPRL para o control, por exemplo, de actividades temporais e esporádicas que poidan darse na empresa, a resposta debe ser igual á anterior pois, non obstante a temporalidade das devanditas funcións, estas seguen constituíndo un certo conflito de intereses que afectaría notablemente ao labor de representación que desenvolven os delegados de prevención.

Non obstante o anterior, no caso de que se dea unha situación excepcional, imprevista ou de forza maior que requirise urxentemente a presenza dun recurso preventivo, sendo o delegado de prevención o único que conta coa formación e cualificación necesaria, neste suposto, tendo en conta o carácter temporal, limitado e excepcional das funcións que se lle asignarían, podería ser aceptable que se producise a dita asignación por parte do empresario. Iso, a condición de que se teña en conta o seu carácter excepcional respecto da regra xeral de non designación nin asignación a un delegado de prevención o exercicio das devanditas funcións.

e) Obriga de aceptar a designación ou asignación.

Por último, formuláronse algunhas consultas por parte de traballadores e sindicatos acerca da existencia de obriga para os traballadores de aceptar a asignación de presenza por parte da empresa; débese sinalar que parece fóra de toda dúbida que a dita obriga existe cando se trata dun traballador designado ou un membro do servizo de prevención propio, sempre que reúna as esixencias de formación, capacidade ou calquera outra que esixa a función que se vai desenvolver, que se fixaron na planificación da actividade preventiva, atendendo á natureza do risco que esixe a súa vixilancia.

Cando se trata dun traballador ao que se asigna a presenza sen ter o carácter anterior, para a súa resposta hai que partir da idea de que os traballadores deben *cumprir as ordes e instrucións do empresario no exercicio regular das súas facultades directivas* (Art. 5 c) do Texto Refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores aprobado polo Real Decreto Legislativo 1/1995, do 24 de marzo, en diante LET). A partir de aquí, é criterio da Dirección Xeral de Traballo que, a condición de que o traballador conte coa capacitación e a formación que requira o labor asignado, pois esta circunstancia podería xustificar a non aceptación, a asignación das novas funcións formaría parte do ius variandi que se recoñece ao empresario na relación laboral, como facultade de modalizar a prestación do traballador, que ten os seus límites, no entanto, nas esixencias do Art. 39 da LET (titulacións académicas ou profesionais precisas: que a categoría ou grupo profesional do traballador inclúa, por exemplo, funcións de mando e supervisión), no Art. 41 da LET, cando se considere unha modificación substancial das condicións de traballo (e non haxa acordo entre as partes), ou nos dereitos do traballador e a súa dignidade humana, así como os derivados do principio de boa fe que rexe calquera relación xurídica.

En calquera caso, ao supor novas prestacións para o traballador, parece xustificadeo que veñan acompañadas das correspondentes contraprestacións que, no caso de non haber acordo, deberán ser reclamadas ante a Xurisdición Social e concretadas por esta.

A función inspectora neste ámbito débese limitar a determinar se os traballadores reúnen os requisitos de formación e capacidade para seren nomeados recursos preventivos ou traballadores asignados e, no caso de que esteamos ante unha modificación substancial das condicións de traballo, se se cumpriu por parte do empresario o procedemento establecido no citado Art. 41 da LET.

CUARTO. FUNCIONES, FACULTADES E GARANTÍA DOS RECURSOS PREVENTIVOS

a) Funcións.

1. De acordo co disposto en punto 4 do Art. 22 bis do RD 39/1997:

A presenza... (dun recurso preventivo ou dun traballador asignado) ten como finalidade vixiar o cumprimento das actividades preventivas en relación cos riscos derivados da situación que determine a súa necesidade para conseguir un adecuado control dos devanditos riscos.

A función anterior concrétase no seguinte parágrafo do punto 4 do Art. 22 bis, ao sinalar que a dita vixilancia incluirá:

- *Comprobar a eficacia das actividades preventivas previstas na planificación.*
- *A adecuación desas actividades aos riscos que pretenden previrse ou a aparición de riscos non previstos e derivados da situación que determina a necesidade da presenza de recursos preventivos.*

O punto 5 do Art. 22 bis sinala que cando, como resultado da vixilancia, se observe un deficiente cumprimento das actividades preventivas, as persoas ás que se lles asigne a presenza:

- a) Farán as indicacións necesarias para o correcto e inmediato cumprimento das actividades preventivas.*
- b) Deberán pór esas circunstancias en coñecemento do empresario para que este adopte as medidas necesarias para corrixir as deficiencias observadas se estas non fosen aínda emendadas.*

2. Pois ben, da lectura dos artigos anteriores pódense extraer as seguintes conclusións:

a) Como dixemos noutro punto deste CT, a figura preventiva que estamos a considerar está prevista unicamente para aquelas operacións e actividades que se indican no punto 1 do Artigo 22 bis citado anteriormente, e corresponde o control preventivo do resto de actividades da empresa ás persoas ás que se encomendou especificamente a dita función; por tanto, a designación ou asignación faise para un centro de traballo, posto, traballo ou operación concreto, de maneira que non cabe facela a todos os traballadores de maneira indistinta e para calquera proceso, posto e centro.

b) O que se persegue con esta figura é un control de prevención de riscos laborais e non un control “de calidade ou de produción”, sen prexuízo de que este tamén se realice. O anterior implica que, cando se realiza a designación ou asignación, o empresario teña que dar instrucións precisas aos traballadores designados ou asignados sobre os postos, lugares ou centro de traballo nos que debe desenvolver a súa vixilancia, sobre as operacións concretas sometidas a ela, sobre que medidas preventivas recollidas na planificación da actividade preventiva deben observar.

Tamén deberá precisarlle os procedementos que se han de seguir para levar a cabo a posta en coñecemento do empresario das deficiencias observadas no cumprimento das actividades preventivas, se a pesar das súas indicacións esas deficiencias non fosen corrixidas (Art. 22 bis 5 b) RD 39/1997); outro tanto cómpre dicir en relación coas observacións de ausencia, insuficiencia ou falta de adecuación das medidas preventivas.

c) Doutra banda, como o recurso preventivo debe facer indicacións a outros traballadores sobre o correcto e inmediato cumprimento das actividades preventivas, o empresario debe identificar ante o resto dos traballadores da empresa quen é o traballador ao que se asignou a presenza para que os traballadores teñan coñecemento da súa designación por parte do empresario, así como que deben seguir as súas indicacións (Art. 22 bis 3 RD 39/1997).

3. Polo que se refire ás empresas de construción, os recursos preventivos teñen idénticas funcións que no resto das empresas que examinamos anteriormente coa excepción prevista na DA 14ª punto 1 c) da LPRL: terá por obxecto “*vixiar o cumprimento das medidas incluídas no plan de seguridade e saúde no traballo durante a execución da obra*”. Tal regulación debe ser entendida póndoa en relación co previsto na DA Única do RD 1627/1997, onde se establece que o plan de seguridade e saúde determinará a forma de levar a cabo a presenza dos recursos preventivos e ante que riscos debe darse a dita presenza.

Por tanto, do mesmo xeito que dicimos máis arriba, a súa misión non é vixiar o cumprimento da totalidade das medidas preventivas previstas no plan de seguridade e saúde, senón unicamente daquelas nas que o plan determine que debe estar presente o recurso preventivo.

4. Por último, hai que abordar a cuestión de se o recurso preventivo ou o traballador asignado deben desenvolver as súas funcións con exclusividade ou poden compatibilizalas con outras doutro tipo, xa sexan preventivas ou de produción propiamente ditas.

O punto 7 do Art. 22 bis do RD 39/1997 sinala *que a presenza dos recursos preventivos no centro de traballo tamén **poderá ser utilizada polo empresario en casos distintos** dos previstos no Art. 32 bis da LPRL..., sempre que sexa compatible co cumprimento das súas funcións.*

Como os recursos preventivos ou os traballadores asignados deben realizar un labor

de vixilancia da aplicación de medidas preventivas en relación con actividades, operacións ou procesos concretos (Art. 32 bis 1 da LPRL), mentres se estean realizando estas operacións a súa presenza será imprescindible.

Cando non se estean desenvolvendo as ditas actividades, nada hai que impida que o recurso preventivo poida realizar outra actividade produtiva ou preventiva, e tampouco habería inconveniente en que desenvolva unha actividade produtiva distinta e simultánea coa vixilancia, (se el mesmo toma parte nas actividades, operacións, procesos ou aplica os métodos de traballo que debe vixiar) sempre que o dito labor de vixilancia non se vexa prexudicado.

En todo caso, para dar unha resposta observarase o caso concreto e o tipo de actividade que ten que vixiar, sendo estas o tipo de cuestións que deben recollerse na planificación da actividade preventiva ou no plan de seguridade, se se trata dunha obra de construción, de conformidade co sinalado no Art. 22 bis 2 parágrafo 3 do RD 39/1997, ou a DA Única a) do RD 1627/1997, cando fan referencia a que nos devanditos documentos deberá indicarse a forma de levar a cabo a presenza dos recursos preventivos.

b) Facultades e garantías.

No que se refire ás **facultades** dos recursos preventivos ou os traballadores “asignados”, son as que se contemplan no punto 5 do Artigo 22 bis do RD 39/1997 a que fixemos referencia no punto anterior, que inclúe facer 19 indicacións ás persoas responsables do traballo xerador do risco para o correcto e inmediato cumprimento das actividades preventivas, e pór en coñecemento do empresario as deficiencias observadas se non se emendasen como consecuencia daquelas indicacións, nos supostos de ausencia, insuficiencia e falta de adecuación das medidas preventivas. A norma non lle atribúe de maneira expresa a facultade de paralización de traballos nos mesmos termos que o fai respecto dos representantes legais dos traballadores (Art. 21.3 LPRL), a Inspección de Traballo (Art. 44 LPRL) ou os coordinadores de seguridade e saúde durante a execución da obra ou dirección facultativa (Art. 14 RD 1627/1997); iso sen prexuízo de que o empresario, en uso do seu poder directivo, lle poida outorgar ao recurso preventivo a dita facultade de interromper a actividade dos traballadores nos supostos e nos termos que se determinen entre eles.

En canto ás **garantías**, se son designados como **recursos preventivos** os “traballadores designados” ou os “traballadores integrantes dos servizos de prevención propio”, o Art. 30.4 da Lei 31/1995 remítese ás garantías contempladas para os representantes dos traballadores nas letras a), b) e c) do Art. 68 e no punto 4 do Art. 56 da LET.

No entanto, nada se di dos **traballadores asignados** aos que se refire o punto 4 do Art. 32 bis da LPRL. A Dirección Xeral de Traballo, en consulta con data do 27 de febreiro de 2009, mantén que non os asisten as mesmas garantías que aos traballadores designados ou aos membros do servizo de prevención propio. Porén, é un aspecto sobre o que corresponde pronunciarse á Xurisdición Social con ocasión dos conflitos derivados da reclamación de tales garantías dos traballadores afectados.

QUINTO. CAPACITACIÓN E FORMACIÓN DOS RECURSOS PREVENTIVOS

1. A LPRL Art. 32 bis non establece ningunha esixencia ou limitación en canto a oficio, posto de traballo, categoría ou grupo profesional se refire, senón que se limita a dicir no seu punto 3 que “os recursos preventivos... deberán ter a capacidade suficiente, dispor dos medios necesarios e ser suficientes en número...”, pero non concreta a formación mínima que debe ter a dita persoa.

No entanto, dado que debe tratarse dun traballador designado ou dun membro do servizo de prevención propio da empresa ou dun servizo de prevención alleo, haberá que ter en conta o previsto respecto diso polo RD 39/1997 (artigos 13, 15 e 18), do que se desprende que as ditas persoas deben contar coa capacitación e formación requirida para as funcións que vai desempeñar.

O punto 4 proporciona máis información cando establece a cualificación que deben ter os “traballadores asignados”: deben contar “*coa formación preventiva correspondente, como mínimo, ás funcións do nivel básico.*”

Desta redacción despréndese con claridade que pode haber supostos nos que sexa necesaria unha formación superior á que habilitan as funcións de nivel básico.

Aínda que esta norma se refire á cualificación que debe ter o traballador asignado, convértese no punto de partida ou á hora de establecer a formación que en materia preventiva debe esixirse, así mesmo, ao **recurso preventivo**. Por tanto, como **regra xeral**, o devandito traballador deberá contar “coa formación preventiva correspondente, como mínimo, ás funcións do **nivel básico**” (o Art. 35 do RD 39/1997, do 17 xaneiro, establece con carácter xeral unha formación de 50 horas).

2. A partir de aquí, podemos mencionar as seguintes **excepcións a esta regra xeral** de formación de nivel básico que debe ter o recurso preventivo e o traballador asignado:

a) Por unha banda, o Artigo 158 do IV Convenio Xeral do Sector Construción publicado por Resolución da Dirección Xeral de Traballo, de 1 agosto 2007, que prevé que o contido formativo para o nivel básico na construción teña unha duración mínima de **60 horas**. Neste punto hai que dicir que aqueles que contasen coa formación de 50 horas antes da entrada en vigor do Convenio, non terán que completar esa formación até chegar ás 60 horas.

b) Doutra banda, á hora de vixiar o cumprimento das medidas preventivas en caso de traballos perigosos ou con riscos especiais (os que se derivan de perigos especialmente graves de caída de altura, enterramento, asfixia, traballos en espazos confinados, maquinaria sen marcado CE) e determinar a eficacia, adecuación, suficiencia ou insuficiencia das medidas preventivas, **non parece suficiente que o recurso preventivo conte nestes casos cunha formación de nivel básico**, que só o habilita para realizar avaliacións elementais de riscos e establecer medidas preventivas do mesmo carácter, cando se trata duns riscos cuxa detección (perigo de enterramento) pode requirir mesmo coñecementos de tipo técnico, ou cuxa prevención pode presentar notable dificultade (espazos confinados, equipos de traballo).

En resumo, a formación equivalente a funcións de nivel básico pode ser suficiente para os casos contemplados na letra a) do Art. 32 bis da LPRL, pero non desde logo para a maioría dos contemplados na letra b) do mesmo precepto legal, á vista do desenvolvemento contido no punto 1 b) do Art. 22 bis do RD 39/1997, nos que parece evidente que resulta necesaria unha maior formación superior á recibida para desenvolver funcións de nivel básico, tendo en conta que conforme ao Anexo IV do RD 39/1997 só inclúe 5 horas referidas aos riscos específicos e a súa prevención no sector correspondente á actividade da empresa.

Esta situación poderá ser solucionada, ben designando un traballador con formación do nivel intermedio ou superior, segundo os riscos de que se trate, aínda que tamén poderá proporcionarse unha formación complementaria e engadida á do nivel básico, que estea especificamente referida a un ou varios riscos determinados, como é o caso do derivado de equipos de traballo, traballos confinados etc.

c) Por último, como vimos anteriormente, o Art. 13.4 do RD 171/2004 dispón que “a *persoa ou as persoas ás que se asigne o cumprimento do previsto no Artigo 32 bis da Lei 31/1995, poderán ser igualmente encargadas da coordinación de actividades*

preventivas” coas limitacións ou requisitos xa comentados, entre os que se atopa o disposto no Art. 14.4 do mesmo Regulamento cando establece que “a persoa ou persoas encargadas da coordinación de actividades preventivas deberán contar coa formación preventiva correspondente, como mínimo, ás funcións do nivel intermedio.”

3. Até aquí a referencia á formación, pero non debe esquecerse que a normativa que vimos analizando esixe para a figura do recurso preventivo que teña “*a capacidade suficiente*” para desenvolver a súa actividade e, ao referirse ao traballador asignado, concretando algo máis, esixe que teña “*coñecementos, cualificación e experiencia necesarios nas actividades ou procesos a que se refire o Punto 1 do Art. 32 bis da LPRL.*”

Por tanto, para poder cumprir a función de traballador asignado ou designado, xunto co requisito de formación mínima sinalada (nivel básico e, nalgúns casos sinalados, de nivel intermedio ou formación complementaria á de nivel básico sobre riscos concretos), estes deberán contar con “capacidade suficiente”, no caso de recurso preventivo, e con “coñecementos, cualificación e experiencia”, no caso do traballador asignado.

En todo caso, como xa se sinalou máis arriba, este tipo de cuestións referidas á formación e capacitación que deben ter os recursos preventivos ou os que sexan asignados para desenvolver as devanditas funcións deben recollerse na planificación da actividade preventiva ou no plan de seguridade, se se trata dunha obra de construción, de conformidade co sinalado no Art. 22 bis 2 parágrafo 3 do RD 39/1997, ou a DA Única a) do RD 1627/1997, cando fan referencia a que nos devanditos documentos deberá indicarse a forma de levar a cabo a presenza dos recursos preventivos.

SEXTO. INFRACCIÓN EN MATERIA DE RECURSOS PREVENTIVOS

En relación coas posibles infraccións do empresario en materia de recursos preventivos e traballadores asignados, e sen prexuízo doutras posibles condutas ou omisións relacionadas coa materia que puidesen darse, podemos reconducilas ás seguintes:

1. **Falta de presenza** do recurso preventivo ou o incumprimento das súas obrigas.

Esta infracción vén recollida no Art. 12.15 b) do TRLISOS cando tipifica como infracción grave “*a falta de presenza dos recursos preventivos cando iso sexa preceptivo ou o incumprimento das obrigas derivadas da súa presenza.*”

Por outra banda, o Art. 13. 8 b) do TRLISOS tipifica como infracción moi grave “*a falta de presenza dos recursos preventivos cando iso sexa preceptivo ou o incumprimento das obrigas derivadas da súa presenza, cando se trate de actividades regulamentariamente consideradas como perigosas ou con riscos especiais.*”

En relación co devandito precepto débese ter en conta o previsto na DA 12^a do RD 39/1997, na que se sinala que para os efectos do previsto no devandito artigo do TRLISOS, “*considéranse actividades perigosas ou con riscos especiais as incluídas no Artigo 22 bis 1 b) deste Real Decreto*”. No entanto, hai que matizar que, se se trata dunha empresa do sector da construción, as actividades perigosas ou con riscos especiais consideraranse as recollidas no anexo II do RD 1627/1997, de conformidade co previsto na DA 14^a da Lei 31/1995.

En relación con esta infracción de falta de presenza dun recurso preventivo ou o incumprimento das súas obrigas, cómpre facer as seguintes consideracións:

- a) Enténdese que non concorre esta conduta cando a empresa asignara a presenza a un traballador asignado (art. 32 bis 4), pois, tal como indicamos no punto 3 b) deste CT, ao ter esta figura carácter alternativo respecto do recurso preventivo, cumpríriase coa obriga de presenza cando estivese presente o traballador asignado.

- b) “*Cando iso sexa preceptivo*” implica que esteamos necesariamente ante algún dos supostos indicados nas letras a) e b) do Artigo 32 bis da LPRL e o 22 bis do Regulamento, nos termos xa indicados. Nos casos da letra c), esixe que haxa requirimento previo realizado pola Inspección de Traballo e un incumprimento por parte da empresa do devandito requirimento.
- c) Hai que incluír nesta infracción aqueles supostos de presenza dun recurso preventivo ou traballador asignado, pero que non reúna os requisitos de formación, capacitación, experiencia... a que fixemos referencia no punto 5 deste CT.
- d) Tamén se considera que existe infracción cando o recurso preventivo sexa un membro do servizo de prevención alleo, se non se deu a súa presenza con incumprimento dos termos do concerto, sen prexuízo da esixencia de responsabilidade do empresario ao SPA, e da que pode levar a cabo pola ITSS ao servizo de prevención por incumprimento dos termos do concerto, o que podería constituír unha infracción tipificada no Art. 12.22 do TRLISOS.
- e) No tipo infractor que examinamos tamén tería cabida o feito de que, aínda tendo designado o recurso preventivo e aínda estando presente na empresa, este non cumpríu co resto das súas obrigas previstas pola norma, como dar indicacións aos traballadores e informar o empresario das deficiencias observadas no seu labor de vixilancia.

2. **Non dotar** o recurso preventivo **dos medios necesarios**.

O Artigo 12.15 a) do TRLISOS tipifica como infracción grave: “...*non dotar os recursos preventivos dos medios que sexan necesarios para o desenvolvemento das actividades preventivas.*” O devandito tipo infractor debe poñerse en relación coa obriga contida no Art. 32 bis punto 3 da LPRL, de que a empresa debe dotar os recursos preventivos dos medios necesarios para vixiar o cumprimento das actividades preventivas.

3. Non contemplar os riscos que poden verse agravados ou modificados ou os traballos que motivan a presenza na **avaliación de riscos ou no plan de seguridade e saúde**.

Neste suposto estaremos ante a infracción a que se refire o Art. 12.1 b) do TRLISOS (non levar a cabo as avaliacións de riscos...) ou, de ser o caso, ante a infracción do Art. 12.23 a) do TRLISOS (incumprir a obriga de elaborar o plan de seguridade e saúde co contido e alcance establecidos na normativa de prevención...).

4. O mesmo cómpre dicir cando a **planificación** da actividade preventiva non contemple a forma de levar a cabo a presenza dos recursos preventivos ou traballadores afectados, nese caso estaremos ante a infracción tipificada no Art. 12.6 do TRLISOS (incumprir a obriga de efectuar a planificación da actividade preventiva...).

Nas obras de construción, cando tal circunstancia non estivese prevista no plan de seguridade e saúde como prevé a DA Única do RD 1627/1997, estaremos ante a infracción prevista no Art. 12.23 a) do TRLISOS.

5. **Falta de información** aos traballadores sobre quen é o recurso preventivo ou os traballadores asignados, nese caso, estaríamos ante a infracción contida no Art. 12.8 do TRLISOS (incumprimento das obrigas en materia de formación e información...), salvo que constituía unha infracción moi grave.

SÉTIMO. RECAPITULACIÓN

Tendo en conta a extensión deste Criterio Técnico no que se quixeron abordar numerosas cuestións que se expoñen tanto na función inspectora de vixilancia da normativa de prevención como á hora de asistir tecnicamente a empresas e traballadores con ocasión do exercicio da función inspectora, considérase conveniente incluír un resumo no que, a modo de recapitulación final, se recollan os principais criterios que se foron desenvolvendo nel:

1. SUPOSTOS NOS QUE É OBRIGATORIA A PRESENZA DOS RECURSOS PREVENTIVOS

- ▶ A avaliación de riscos ou o plan de seguridade e saúde nas obras de construción serán os que deban identificar aqueles riscos que poden verse agravados ou modificados pola concorrencia de operacións sucesivas ou simultáneas, así como os que deben identificar os traballos ou tarefas integrantes dun posto de traballo ligados a actividades ou procesos perigosos ou con riscos especiais, que fagan necesaria a presenza de recursos preventivos, conforme ao previsto no Art. 32 bis 1 a) e b) da LPRL.
- ▶ A Inspección de Traballo pode requirir a presenza dun recurso preventivo, ademais dos casos anteriores, cando as medidas preventivas adoptadas polo empresario sexan inadecuadas ou insuficientes para unha aplicación coherente e responsable dos principios da acción preventiva contemplados no Art. 15 da LPRL. O requirimento terá carácter temporal, mentres se emendan as medidas polo empresario e formalizárase conforme ás esixencias do Art. 43 da LPRL.
- ▶ A designación dun recurso preventivo é unha medida complementaria que non substitúe a obriga de adoptar as medidas de protección a que está obrigado o empresario en virtude do Art. 14 da LPRL.
- ▶ Calquera risco de altura superior a dous metros non debe considerarse como “especialmente grave de caída de altura” de modo que motive a presenza dun RP, senón que é necesario que se dean outras circunstancias ou elementos adicionais.

2. EMPRESAS QUE DEBEN DESIGNAR OU ASIGNAR A PRESENZA DE RECURSOS PREVENTIVOS.

- ▶ Cando concorran varias empresas nun centro de traballo nun sector distinto ao da construción, a obriga recae sobre a empresa ou empresas que realicen as actividades que motiven a presenza (punto 9 do Art. 22 bis do RD 39/1997) nos termos indicados no CT, pero no sector da construción a obriga unicamente recae sobre o contratista, e se este o esixe ás subcontratistas o fundamento será contractual pero non legal nin regulamentario.

3. SUXEITOS AOS QUE SE PODEN ASIGNAR AS FUNCIÓNS DE RECURSOS PREVENTIVOS

- ▶ Cando se dea algún dos supostos establecidos legalmente para que sexa necesaria a presenza nun centro de traballo dun recurso preventivo, a dita presenza pode ser asignada ás seguintes persoas:
 - Un ou varios traballadores designados da empresa conforme ao previsto no Art. 30 da LPRL.
 - Un ou varios membros do servizo de prevención propio.
 - Un ou varios membros do servizo de prevención alleo, ou dos servizos de prevención alleos concertados pola empresa.
- ▶ O traballador asignado do punto 4 do Artigo 32 bis da LPRL é unha figura alternativa ao recurso preventivo, de modo que coa súa asignación cúmprese coa obriga de designación dun recurso preventivo.
- ▶ Os recursos preventivos poderanse encargar igualmente da coordinación de actividades preventivas.
- ▶ A presenza do recurso preventivo non exime o coordinador do cumprimento das súas funcións, así como a súa presenza na obra cando sexa necesario para o seu cumprimento.
- ▶ Salvo situacións moi excepcionais, non se pode designar ou asignar as funcións de recurso preventivo aos delegados de prevención.

4. FUNCIONES, FACULTADES E GARANTIAS DOS RECURSOS PREVENTIVOS

- ▶ A presenza dos recursos preventivos ten como finalidade vixiar o cumprimento das actividades preventivas en relación cos riscos derivados da situación que determine a súa necesidade, aos que se refire o punto 1 do Art. 32 bis da LPRL e 22 bis do RD 39/1997, correspondendo o control preventivo do resto de actividades preventivas da empresa ás persoas ás que se encomendou especificamente esa función (o propio empresario, traballadores designados ou servizos de prevención).
- ▶ A designación ou asignación de funcións débese facer para un centro de traballo, posto, traballo ou operación concretos, de maneira que non cabe facela a todos os traballadores ou un colectivo numeroso, de maneira indistinta e para calquera proceso, posto e centro de traballo.
- ▶ Tanto se se trata dun dos suxeitos aos que se refire o Art. 32 bis, punto 3 da LPRL, ou dos traballadores aos que se refire o punto 4, sempre que pertencen á empresa, a asignación de funcións de recurso preventivo a estes traballadores por parte do empresario forma parte do seu poder de dirección, e debe ser aceptada se se conta coa capacitación e formación que requira o labor asignado, coas limitacións ao ius variandi que establecen os artigos 39 e 41 da LET, sen prexuízo das contraprestacións que poidan acordarse entre as partes, ou que se establezan nos Xulgados e Tribunais en caso de controversia.
- ▶ Non é adecuada unha asignación xeneralizada pois desvirtuaríase esta figura preventiva, xa que, ademais, os traballadores deben coñecer quen é o recurso preventivo para un risco concreto, así como o feito de que deben seguir as súas indicacións.
- ▶ Nas facultades que se recollen no punto 5 do Art. 22 bis do RD 39/1997, que comprenden facer as indicacións necesarias aos traballadores para o correcto e inmediato cumprimento das actividades preventivas, non se inclúe a de paralizar os traballos nos termos do Art. 21.3 e 44 de LPRL e 14 do RD 1627/1997, sen prexuízo –ou incluso conveniencia- de que o empresario lle poida outorgar esa facultade.
- ▶ Os traballadores que sexan designados como recursos preventivos gozan das garantías previstas para os representantes dos traballadores nas letras a), b) e c) do Art. 68, e Punto 4 do Art. 56 da LET. Tales garantías non alcanzan os traballadores aos que se lles asignan as funcións conforme o punto 4 do Art. 32 bis da LPRL.

5. CAPACITACION E FORMACION DOS RECURSOS PREVENTIVOS

- ▶ Os traballadores aos que se designe como recurso preventivo ou se lles asigne as súas funcións, deben contar coa formación preventiva correspondente, como mínimo, ás funcións do nivel básico (Art. 35 do RD 39/1997). Se se tratase do sector da construción o número de horas mínimo de formación será de 60. En todo caso, observarase a natureza e as características dos riscos que xustifican a presenza, porque pode ser necesario que a formación sexa de nivel intermedio ou superior, ou sexa necesaria unha formación complementaria á de nivel básico.
- ▶ O traballador designado ou ao que se asigne a presenza como recurso preventivo debe ter, ademais da formación necesaria, a capacidade suficiente para desempeñar as ditas funcións, que pode vincularse a contar coñecementos, cualificación e experiencias necesarios nas actividades ou procesos nos que debe desenvolver as funcións.
- ▶ Ambas as esixencias, a capacidade e formación que debe ter un traballador para desenvolver as funcións de recurso preventivo, deben especificarse na planificación da actividade preventiva ou no plan de seguridade das obras de construción.

OITAVO. DERROGACIÓN

Queda derogado para todos os efectos, desde o día da data, o Criterio Técnico Número 39/2004, sobre “Presenza de recursos preventivos a requirimento da Inspección de Traballo e Seguridade Social”.

Madrid, 4 de marzo de 2010

O DIRECTOR XERAL
AUTORIDADE CENTRAL DA INSPECCIÓN DE TRABALLO
E SEGURIDADE SOCIAL

Raimundo Aragón Bombín

SUBDIRECTORES, DIRECTORA ESPECIAL, DIRECTORES TERRITORIAIS E XEFES DE
INSPECCIÓN