



LA FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

FRANCISCO LOZANO LARES

Profesor TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga

EXTRACTO

Con la aprobación del Real Decreto 688/2005, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas como servicio de prevención ajeno, se intentó poner fin a la situación de indeterminación jurídica generada tras la atribución a estas entidades por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en cuanto a su actuación como servicios de prevención para las empresas a ellas asociadas.

Ya con anterioridad a 1995 las Mutuas venían ofreciendo servicios preventivos a sus empresarios asociados en el marco de su actuación en el campo del aseguramiento de las contingencias profesionales, por lo que, de inmediato, quedó planteado el problema de cómo diferenciar esta tradicional actividad preventiva, financiada con fondos públicos y encuadrada en el ámbito de la Seguridad Social como complemento de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, de su nueva funcionalidad como servicios de prevención, actuación típicamente mercantil en la que, además, entrarían en competencia directa con las entidades acreditadas como servicios de prevención.

Después de una década de actuación en una especie de limbo jurídico que les ha permitido dominar el mercado de la prevención de riesgos laborales y como consecuencia de un durísimo informe del Tribunal de Cuentas en el que se denunciaban numerosas irregularidades tanto por parte de la Administración de Seguridad Social como de las propias Mutuas, el RD 688/2005 ha intentado poner coto a dicha situación, imponiendo la segregación absoluta de actividades, de modo que su actuación como servicios de prevención se efectúe bien a través de la constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, denominada Sociedad de Prevención, bien a través de una organización específica de medios preventivos dentro de la propia Mutua, netamente diferenciada de su actuación como entidad colaboradora de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA EVOLUCIÓN DE LA LABOR PREVENTIVA DE LAS MATEPSS
 - 2.1. El origen de la funcionalidad preventiva de las *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*
 - 2.2. La funcionalidad preventiva de las Mutuas en el marco de la LPRL
3. LA DOBLE FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS: LA CRÓNICA DE UN FRACASO ANUNCIADO
4. LA ACTUACIÓN DE LAS MUTUAS COMO SERVICIOS DE PREVENCIÓN
 - 4.1. Las Sociedades de Prevención de las Mutuas
 - 4.2. La organización específica e independiente de medios preventivos
 - 4.3. El cese en la actividad como servicio de prevención
5. LA FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Al margen de la acción promocional, propagandística, que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales la Seguridad Social (MATEPSS) hacen de sí mismas, no resulta extraño encontrar afirmaciones en las que la propia doctrina laboralista alude al carácter «integral» de las tareas realizadas por dichas entidades en materia de gestión de las contingencias profesionales, puesto que a su través «se abonan prestaciones económicas, se da una atención sanitaria a los accidentados, se ofrece medicina preventiva, se brinda rehabilitación física y profesional y se dispensan prestaciones genéricas prevencionistas»¹. Con ese apelativo de «integral» se estaría aludiendo, pues, a la doble labor preventiva y reparadora que en materia de siniestralidad laboral vienen cumpliendo las Mutuas. Ahora bien, aun siendo ello cierto, conviene advertir no obstante que el objetivo esencial de dichas entidades, la razón última, en definitiva, por la que varios empresarios deciden constituir y asociarse a una Mutua, no es, precisamente, la de ofrecer un tratamiento integral de las contingencias profesionales sino la de hacer menos gravoso el coste de los accidentes de trabajo acaecidos a los trabajadores de las empresas asociadas. La verdadera finalidad de las Mutuas no es otra, por tanto, que la de actuar como fórmula de

¹ SÁNCHEZ FIERRO, J.: «Mutuas de Accidentes de Trabajo: aportación presente y futura a la Prevención de Riesgos Laborales», *Tribuna Social* núm. 73, CISS, Valencia, 1997. Pág. 27. En el mismo sentido, entre otros, BLASCO LAHOZ, J. F.: «La actuación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales», *AL* núm. 29, 14-20 julio 1997, pág. 752, y CRUZ VILLALÓN, J.: «El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal», *RL* núm. 4, 1996, pág. 349.



aseguramiento, en régimen mancomunado, de la responsabilidad económica que sobre los empresarios asociados recaería a consecuencia de la actualización del riesgo de accidente de trabajo, responsabilidad cifrada en el abono de las prestaciones indemnizatorias que procedan al obrero accidentado o a sus causahabientes en caso de muerte.

Se trata de un hecho que suele quedar soterrado cuando se habla de las Mutuas pero que no puede ser minimizado por otro tipo de consideraciones porque eso explica, por ejemplo, que la funcionalidad preventiva de las mismas no fuera una de sus primigenias señas de identidad, sino una función colateral, añadida, impuesta por los poderes públicos a raíz de la incardinación del mutualismo patronal en el aparato administrativo de la Seguridad Social. Y es que debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el tratamiento integral de la siniestralidad laboral, con sus dos vertientes preventiva y reparadora, no es un invento del mutualismo patronal sino que su origen se encuentra en la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, a cuyo amparo se creó un *Servicio Social de Seguridad e Higiene del Trabajo* que habría de ser dispensado, en calidad de prestación complementaria del sistema de protección social, por las entidades gestoras del mismo, incluyendo entre ellas las entonces denominadas *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*, entidades asociativas empresariales que habían venido operando en el ramo del seguro de accidentes de trabajo y que sobrevivieron a la reordenación del sistema de protección social efectuado por dicha Ley de Bases. Es por ello que, a la postre, la presunta gestión integral que en materia de contingencias profesionales se exigió al mutualismo patronal por su integración en el nuevo sistema de Seguridad Social recién instaurado en 1963, nació con cierto desequilibrio porque la actividad de las Mutuas giró, casi de forma exclusiva, como no podía ser de otro modo, sobre aquella vertiente del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral, la reparadora, que constituía su propia razón de ser, quedando la vertiente preventiva del tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral en un secundísimo plano, hasta el punto de poder ser calificada su actuación en este ámbito como una mera «incursión marginal»².

La prueba más evidente de ese desequilibrio funcional se encuentra en el desigual resultado obtenido por el mutualismo patronal en los dos campos de actuación en los que opera a efectos de gestión de las contingencias profesionales, pues mientras que su labor reparadora, de tan problemática constitucionalidad³, puede ser considerada, en términos de eficiencia eco-

² GARCÍA MURCIA, J. «El papel de las Mutuas en la prevención de riesgos laborales» *Tribuna Social* núm. 100, CISS, Valencia, abril 1999, pág. 36.

³ La contradictoria convivencia del mutualismo patronal con lo dispuesto en el art. 41 de la Constitución de 1978 fue apuntada por varios autores a lo largo de la década de 1980,

nómica, como bastante satisfactoria, en el ámbito preventivo, en cambio, que debiera ser el campo legítimo de actuación de las Mutuas, su intervención ha de ser calificada como realmente inapreciable si tenemos en cuenta que el mayor o menor esfuerzo desplegado hasta hoy por las mismas no ha contribuido ni un ápice al descenso de esa lacra social que representa la existencia en nuestro sistema de relaciones laborales de una cifra que año tras año supera los mil trabajadores fallecidos en accidente de trabajo, por citar sólo el dato estadístico más sangrante. Y resulta cuando menos paradójico que sea en la vertiente reparadora del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad, ámbito en el que suplanta la actuación de las entidades gestoras de la Seguridad Social, donde la gestión de las Mutuas venga dando sus mejores resultados.

Pero con independencia de ello, también resulta innegable que el desigual tratamiento ofrecido a los dos vertientes, preventiva y reparadora, de la gestión de las contingencias profesionales, no es un problema exclusivo del mutualismo patronal sino que es achacable al conjunto del entramado jurídico e institucional del sistema español de relaciones laborales, profundamente desequilibrado en sí mismo desde su origen, lo que fue compensado, en el plano jurídico, con la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), norma que, pese a no tener «virtudes taumatúrgicas»⁴, sí que vino a representar, al menos, una reorientación sumamente trascendental del tratamiento jurídico de la vertiente preventiva de la siniestralidad laboral. Eso cabe deducir de su apuesta por la completa contractualización del deber de prevención de riesgos laborales, siempre que ello conduzca, como debiera, a la paulatina sustitución de la que hasta el momento ha venido siendo la base jurídica de la gestión integral de la siniestralidad laboral: la doctrina del riesgo profesional, tesis basada en el expediente técnico-jurídico de la responsabilidad objetiva del empresario en materia de reparación de las contingencias profesionales y que, pese a su aparente disolución en el marco de un sistema público de Seguridad Social como el nuestro, sigue constituyendo el motor que impulsa la actuación del mutualismo patronal.

Sea como fuere, lo cierto es que la aparición de la LPRL ya está suponiendo, como consecuencia de las nuevas atribuciones funcionales que efec-

pero tras el reforzamiento del control público de las Mutuas efectuada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, la doctrina tendió a olvidarse de un asunto que, a nuestro juicio, sigue presentando aspectos sumamente problemáticos. Sobre todo ello, *vid.* LOZANO LARES, F.: «El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales», *Monografía de Temas Laborales*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2002.

⁴ SÁNCHEZ FIERRO J. Obra cit. Pág. 25.



túa en favor de las Mutuas, «una importante reorientación de la actividad típica y tradicional de dichas entidades mutualistas»⁵, por lo que pasamos ya a analizar, sin más dilación, la evolución y el estado actual de la funcionalidad preventiva del mutualismo patronal en el marco del tratamiento técnico-jurídico de la siniestralidad laboral.

2. LA EVOLUCIÓN DE LA LABOR PREVENTIVA DE LAS MATEPSS

2.1. El origen de la funcionalidad preventiva de las *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo*

A nadie se le oculta, desde luego, que la base legal de esa «reorientación» preventiva del mutualismo patronal se encuentra en el art. 32 LPRL, donde se concedió a las Mutuas la posibilidad de «desarrollar para las empresas a ellas asociadas las funciones correspondientes a los servicios de prevención». Ahora bien, pese a su trascendencia, esa previsión del art. 32 LPRL no fue una «innovación absoluta»⁶, puesto que la atribución al mutualismo patronal de actividades preventivas se remonta a su ya lejana reglamentación de los años sesenta, aprobada por Decreto 1563/1967, de 6 de julio, cuyo art. 8.2 contemplaba la posibilidad de constituir instalaciones y servicios para la prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Difícilmente podía afirmarse entonces que el ordenamiento jurídico impusiera a las *Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo* unas obligaciones preventivas verdaderamente significativas, puesto que las mismas se reducían a dos tipos de aportaciones económicas establecidas por el Decreto 907/1966, de 21 de abril, que venía a desarrollar la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963. Así, las Mutuas tenían, por una parte, la obligación de efectuar una *contribución a los servicios de prevención, recuperación y demás fijados en la presente Ley a favor de las víctimas de aquellas contingencias (profesionales) y sus beneficiarios*⁷, lo que implicaba un mero deber de contribución al sostenimiento económico de los Servicios Sociales de Seguridad Social que acabaran creándose; y, por otra parte, también tenían el deber de adscribir, *a los fines generales de prevención y rehabilitación*, el 80 % de los denominados *extornos* o excesos de excedentes de ges-

⁵ GARCÍA MURCIA, J. Obra cit. Pág. 36.

⁶ GARCÍA MURCIA, J. Obra cit. Pág. 36.

⁷ Art. 202. 2 c) del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobaba el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social.

ción⁸, lo que implicaba la necesidad de constituir unos fondos propios, de carácter finalista, sobre los que las *Mutuas Patronales* tenían una capacidad de disposición muy limitada, puesto que, a tenor de lo dispuesto a nivel reglamentario, sólo podían retener su importe cuando las mismas hubieran decidido constituir, por sí solas o en común, sus propios servicios de prevención y rehabilitación, debiendo ingresar las cantidades correspondientes, en caso contrario, en «*el Banco de España y en cuenta especial a disposición del Ministerio de Trabajo*»⁹.

Ningún otro tipo de responsabilidad preventiva recaería entonces sobre las *Mutuas Patronales*, que venían a quedar configuradas así, dentro del nuevo sistema de Seguridad Social, como lo que siempre habían sido, unas entidades aseguradoras privadas, legalmente habilitadas para gestionar el aseguramiento de las contingencias profesionales, y que a partir de 1967 contarían, eso sí, con la posibilidad, absolutamente voluntaria, de establecer sus propias *instalaciones y servicios para la rehabilitación profesional, así como para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, siempre que unos y otros hubieran sido aprobados por la *Dirección General de Previsión*¹⁰. Posibilidad que, por lo demás, sería utilizada con fines espurios por muchas *Mutuas Patronales* durante sus primeros años de existencia, puesto que la creación de dichos centros no fue concebida como una parte esencial de la estrategia preventiva del mutualismo patronal sino como un medio para dar salida al 80 % de los extornos depositados en la cuenta especial que el *Ministerio de Trabajo* tenía a su disposición en el Banco de España afectos a los fines generales de prevención y rehabilitación.

Esa regulación no variaría sustancialmente con ninguna de las sucesivas reformas del marco jurídico de la Seguridad Social, de ahí que dichas previsiones aún puedan verse en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el vigente Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS)¹¹. Pese a ello, es de justicia reconocer que la actitud de las *Mutuas Patronales* sí que cambiaría tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y a lo largo de las décadas de 1980 y 1990, como quedaría constatado por el montante económico que las mismas dedicaron al *Servicio de Higiene y Seguridad en el Trabajo*, que alcanzaría en el ejercicio de 1986, por ejemplo, la nada despreciable cifra de 2.152 millones de

⁸ O sea, los excedentes de gestión anuales obtenidos una vez cubiertas las reservas reglamentarias. Art. 207 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobaba el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social.

⁹ Art. 28. 2.º a) D. 1563/67.

¹⁰ Art. 8. 2 D. 1563/67.

¹¹ Arts. 68.2.c) y 73 de la vigente LGSS.



pesetas¹². Asimismo, el proceso de concentración que el mutualismo experimentó a partir de la segunda mitad de la década de 1980 también contribuyó a reforzar la capacidad operativa de las Mutuas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales¹³. A todo ello hay que añadir, asimismo, que en virtud de esa «espontaneidad» que caracterizó su inicial intervención en el ámbito preventivo¹⁴, el mutualismo patronal fue pionero en el desarrollo y divulgación de muchas de las técnicas de prevención más acreditadas, como sucedió por ejemplo con la Ergonomía, cuya introducción en nuestro país puede considerarse como un mérito añadido a su *currículum* prevencionista.

Puede afirmarse, pues, sin caer en una excesiva profesión de fe mutualista, que en la fecha de promulgación de la LPRL las Mutuas contaban con la suficiente dotación y capacitación como para asumir todo tipo de tareas preventivas, de ahí que llegara a afirmarse que con la habilitación establecida por la LPRL en favor de las Mutuas venía a confirmarse «el papel protagonista» que a éstas correspondía «en la lucha contra la siniestralidad laboral, valorándose como corresponde la experiencia que desde hace años vienen acumulando en este terreno»¹⁵.

2.2. La funcionalidad preventiva de las Mutuas en el marco de la LPRL

Mas con independencia de los augurios mas o menos favorables que en su momento se hicieron sobre la trascendencia que para el futuro de las

¹² Cantidad que fue destinada a la organización de cursillos de prevención de accidentes, servicios de asesoramiento a empresas asociadas y trabajadores protegidos, investigación de la etiología de los accidentes acaecidos y realización de estudios de siniestralidad laboral. Por lo que respecta al Capítulo de Medicina Preventiva y Social, se llegaría a la cifra de 3.035 millones de pesetas, quedando constancia de la existencia de 467 Centros con servicios de recuperación, rehabilitación o prevención. Fuente: Memoria Económica-Financiera de las Mutuas Patronales. 1986. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En cualquier caso, tampoco conviene magnificar esas cifras porque las mismas no representaban, en términos porcentuales, más que el 1'57 % del total de los gastos derivados de la gestión llevada a cabo por las Mutuas en materia de contingencias profesionales. Coste que no ha dejado de crecer durante los últimos años, como pone de manifiesto, por ejemplo, la comparación entre los cuatrocientos mil millones de pesetas imputables a la gestión de las contingencias profesionales durante el año 1994 con los más de 5.300 millones de euros del año 2002 (siempre según los datos de la última Memoria Económica Financiera y de Gestión de las Mutuas de AT y EP, publicada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

¹³ De ahí que en el ejercicio de 1994, por poner otro ejemplo significativo, las mismas pudieran acreditar un total de 192.628 participaciones en actividades formativas, 13.338 cursos organizados, 165.433 visitas a centros de trabajo, 72.194 encuestas y 85.419 estudios de siniestralidad laboral. Fuente: Balance Social y Memoria Económica Financiera de las Mutuas Patronales. 1994. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

¹⁴ Sobre el carácter espontáneo de la actuación de las Mutuas en el campo de la prevención de riesgos laborales, MARTÍN SERRANO, A. y COLMENAR LUÍS, J. Obra cit. Pág. 255.

¹⁵ SÁNCHEZ FIERRO, J. Obra cit. Pág. 26.

Mutuas tendría la entrada en vigor de la LPRL, resultaba evidente *ab initio* que dicha norma no se había molestado en establecer una regulación clara y exhaustiva de la funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, sino que más bien cabe afirmar lo contrario, puesto que la LPRL se limitó a establecer unas escuetas previsiones que dejaban en el aire un sinnúmero de dudas, confusamente despejadas por sucesivas disposiciones reglamentarias, sobre el verdadero papel que se atribuía a las Mutuas en materia preventiva.

Para empezar, la LPRL no hizo más que posibilitar, a través de su art. 32, la intervención de las Mutuas en el desarrollo, «para las empresas a ellas asociadas», de las «funciones correspondientes a los servicios de prevención», siempre que dichas entidades empresariales se ajustaran a lo dispuesto en el art. 31.5 de la propia LPRL, donde se exigía a dichos servicios de prevención la necesidad, para poder actuar como tales, de contar con una «acreditación» de la Administración Laboral en la que se dejara constancia del cumplimiento de los requisitos reglamentariamente establecidos, así como la necesidad de obtener una «aprobación» previa de la Administración Sanitaria competente de la que se dedujera el cumplimiento de los requisitos que reglamentariamente se establecieran «en cuanto a los aspectos de carácter sanitario». Junto a ello, el art. 32 LPRL también aprovechó la ocasión para indicar que los representantes de los empresarios y de los trabajadores tendrían derecho a participar en el control y seguimiento de la gestión desarrollada por las Mutuas en materia preventiva «conforme a lo previsto en el artículo 39, cinco, de la Ley 42/94, de 20 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social».

Dicho precepto de la Ley 42/94 se limitaba a ordenar, a su vez, la creación de una Comisión de Seguimiento y Control de las Mutuas, por lo que, salvo en lo tocante a ese extremo, posteriormente desarrollado por la Orden de 2 agosto de 1995¹⁶, el resto de las previsiones del art. 32 LPRL quedaron al albur de una futura reglamentación de los servicios de prevención sin que quedara nada claro si la actuación de las Mutuas como servicios de prevención sería compatible con las actividades preventivas que ya venían desarrollando en el marco del aseguramiento de las contingencias profesionales en virtud de lo dispuesto en la normativa de Seguridad Social. Es más,

¹⁶ Un buen análisis sobre la composición, competencias y funcionamiento de estas Comisiones de Control y Seguimiento de las Mutuas en PANIZO ROBLES, J. A.: «Los órganos de gobierno y participación de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, CISS, Valencia, abril, 1999, págs. 59 a 61. Desde la órbita sindical se advirtió que su creación «pretendía responder a la demanda sindical de participación paritaria en la gestión de las Mutuas, que finalmente quedó en un tímido paso que nosotros valoramos positivo pero muy insuficiente», RODRIGO CENCILLO, F.: «El nuevo papel de las Mutuas», *Colección Bártulos*, CC.OO, Valencia, 1998, pág. 16.

ni siquiera llegó a especificarse el tipo de servicios de prevención, propios o ajenos, según la terminología del art. 31 LPRL, que podrían constituir las Mutuas.

Eso sí, dado que éstas ya contaban con instalaciones y servicios preventivos y con fondos afectos a tal fin, procedentes del 80% de los extornos generados desde el 1 de enero de 1967¹⁷, la LPRL si que se ocuparía, con cierta precipitación por cierto, de buscar una fuente de financiación inicial para la implementación de esta nueva función del mutualismo patronal, destinando a tal efecto, en la cuantía que se determinara a nivel reglamentario, los «recursos del Fondo de Prevención y Rehabilitación procedentes del exceso de excedentes de la gestión realizada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social»¹⁸, fondo creado originariamente por la Ley de Seguridad Social de 1966 y que ahora aparecía contemplado, *mutatis mutandi*, en el art. 73 de la vigente LGSS de 1994. Asimismo, la LPRL también se ocupó de habilitar la inmediata actuación de las Mutuas como servicios de prevención eliminando transitoriamente, hasta que se aprobara el reglamento regulador de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, la necesidad de la doble acreditación, laboral y sanitaria, exigida con carácter general por el art. 31.5 LPRL¹⁹.

La simultánea aparición, por RD 1993/95, de 7 de diciembre, del nuevo Reglamento General sobre Colaboración de las Mutuas en la Gestión de la Seguridad Social (RCM), hizo imposible una pronta aclaración de todos estos aspectos oscuros de la LPRL, puesto que esta nueva reglamentación del mutualismo patronal no pudo hacer referencia alguna a la actuación de las Mutuas como servicios de prevención, limitándose a reproducir en su art. 13 la ya clásica previsión relativa a la posibilidad de *establecer instalaciones y servicios para la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales*, posibilidad que, en función de su contexto histórico y de una interpretación sistemática del propio RCM, se había de entender referida necesariamente a las actividades preventivas que las Mutuas ya venían realizando en el marco del aseguramiento social de las contingencias profesionales. Actividad preventiva tradicional que sería financiada, como también venía siendo habitual, con un porcentaje de las cuotas recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) en concepto

¹⁷ Fecha de entrada en vigor de las previsiones del reglamento de 1967 relativas a la necesidad de constituir un Fondo de Prevención y Rehabilitación con el 80 % del exceso de excedentes de gestión.

¹⁸ Disposición Adicional 12.ª LPRL.

¹⁹ Disposición Transitoria 2.ª LPRL, donde se decía que «en tanto se aprueba el Reglamento regulador de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, se entenderá que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social cumplen el requisito previsto en el art. 35.1 de la presente Ley».

de primas por accidente de trabajo, tal como se preveía en el art. 7 b) RCM, donde se especificaba que uno de los gastos a repartir entre los empresarios asociados a la Mutua, en el marco de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social, era el relativo al «coste de los servicios para la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales a que se refiere el artículo 13 de este Reglamento».

Conviene advertir, no obstante, que los problemas interpretativos suscitados por los numerosos vacíos legales que en esta materia dejaba la LPRL, estribaban no tanto en la necesidad de su pertinente desarrollo reglamentario, sino, sobre todo, en la existencia de aquella habilitación legal de carácter transitorio que posibilitaba la intervención de unas entidades empresariales, integradas en el organigrama funcional del sistema de Seguridad Social, en un terreno donde habrían de competir con otras entidades privadas con ánimo de lucro que también buscarían la forma de hacerse un hueco en el mercado de la gestión de la prevención de riesgos laborales.

Contemplado desde una perspectiva puramente economicista, las Mutuas partían, pues, con la doble ventaja de esa singular atribución legal y con la nada desdeñable dotación, adquirida con fondos públicos, de medios humanos y técnicos lo suficientemente preparados como para empezar a dominar sin dilación alguna el mercado de la prevención, lo que contrariaba palmariamente el principio de la libre competencia, aspecto sobre el que pronto lanzarían sus andanadas las empresas privadas de prevención. Mas con independencia de esa guerra larvada por controlar el mercado de la prevención, la pronta habilitación de las Mutuas como servicios de prevención ajenos dejaba planteado un problema mucho más grave aún si el asunto era contemplado desde una óptica *iuspublicista*, puesto que, conviene insistir en ello, toda esa dotación de medios preventivos puestos a disposición de las Mutuas no habían sido obtenidos con fondos pertenecientes al patrimonio privativo de las mismas o de sus empresarios asociados sino con primas por accidente de trabajo. Activos que, pese a su equívoca denominación de primas, no dejaban de ser verdaderas cotizaciones sociales, plenamente integradas en el patrimonio de la Seguridad Social y afectas por imperativo legal a unos determinados fines relacionados con la gestión aseguradora que en materia de contingencias profesionales se había encomendado desde antiguo al mutualismo patronal. O sea, que la LPRL estaba posibilitando, con sus prisas por hacerse valer, que determinados bienes y servicios obtenidos con fondos públicos pudieran ser utilizados para satisfacer intereses puramente mercantilistas.

Para intentar salir al paso de esa incómoda situación, la *Subdirección General de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social* tuvo que dictar una Resolución de fecha 16 de febrero de 1996 con la que se intentó cubrir «el vacío normativo existente sobre la actuación de las MATEPSS en

materia de prevención laboral, como consecuencia de la Disposición Transitoria 2.^a de la LPRL»²⁰. A tal efecto, dicha Resolución recordaría a las Mutuas que las instalaciones y servicios preventivos creados al amparo de la reglamentación del mutualismo patronal [arts. 7 b) y 13 RCM] tendrían que orientarse hacia *actividades de tipo genérico*, sin que su desarrollo pudiera incluir *la vigilancia y control de la salud de los trabajadores*, ni aquellas otras funciones que se encontraban comprendidas entre las que específicamente correspondía asumir a los servicios de prevención previstos en el art. 33 de la LPRL. Asimismo, también se estableció expresamente que las Mutuas que fueran a realizar funciones propias de los servicios de prevención tendrían que suscribir con sus empresarios asociados un *concierto* en el que se especificaran claramente los derechos y obligaciones de cada parte, la vigencia del mismo y *la forma y condiciones de pago por dichos servicios*, con lo que se venía a dejar claro que la actuación de las Mutuas como servicios de prevención era opcional, de carácter privado y cuya financiación tendría que ser soportada por los empresarios asociados con fondos propios.

De ese modo, cuando vino a publicarse el RD 39/1997, de 17 de enero, que daba vida al Reglamento de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales (RSP), el principal problema generado por la actuación de las Mutuas como servicios de prevención estaba ya prácticamente en vías de solución, de ahí que el RSP apenas si dedicara espacio, como ya hiciera la propia LPRL, a la regulación de la actuación de las Mutuas como servicios de prevención, limitándose a precisar en su art. 22 que dicha intervención se desarrollaría en las mismas condiciones que las aplicables a los servicios de prevención ajenos, lo que resolvía la segunda de las dudas interpretativas planteadas por la escueta regulación de la LPRL y regularizaba el mercado de la prevención de riesgos laborales en la medida en que, a partir de entonces, también empezaría a exigirse a las Mutuas los mismos requisitos de acreditación establecidos por los artículos 23 a 27 del propio RSP a todas las entidades que decidieran actuar como servicios de prevención²¹.

Tras esa igualación a nivel burocrático entre las Mutuas y las demás «entidades especializadas» que pretendieran acreditarse como servicios de prevención ajenos, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales aprobaría la Orden de 22 de abril de 1997, por la que se regulaba el régimen de funcionamiento de las Mutuas «en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales»²², y que tenía como principal objetivo la diferenciación

²⁰ BLASCO LAHOZ, J. F. «La actuación de las Mutuas...» cit. pág. 755, nota 9.

²¹ Disposición Transitoria 2.^a RSP.

²² Norma dictada, *a priori*, con carácter provisional, como indicaba su propio Preámbulo, pero que ha resistido el paso del tiempo puesto que aún sigue vigente a fecha de hoy.

entre su intervención preventiva en el marco de la cobertura de las contingencias profesionales (Capítulo II) y su actuación en calidad de servicios de prevención ajenos (Capítulo III), desdoblamiento funcional que dicha Orden se encargaría de precisar con todo detalle pero con muy escaso éxito como ahora veremos.

Esta sucesión de disposiciones de tan diverso rango obligaría al legislador a modificar la redacción originaria del art. 68 de la vigente LGSS con el objetivo de dejar constancia de la doble funcionalidad preventiva que las Mutuas habrían de asumir a raíz de la entrada en vigor de la LPRL, lo que sería efectuado por Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. En tan inadecuada sede normativa se intentó dejar claro que las actividades a desarrollar por las Mutuas como servicio de prevención ajeno (o mejor, externo) se regiría «por lo dispuesto en la Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales, y en sus normas reglamentarias de desarrollo»²³, mientras que su funcionalidad preventiva en el marco de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social formaría parte del conjunto de prestaciones integradas en la colaboración en la gestión de las contingencias profesionales, de ahí que las Mutuas hubieran de seguir asumiendo en este ámbito el ya tradicional «coste de los servicios y actividades preventivas relacionadas con las prestaciones previstas en este número, así como la contribución a los servicios de prevención, recuperación y demás previstos en la presente Ley, a favor de las víctimas de aquellas contingencias (las de origen profesional) y de sus beneficiarios»²⁴.

Esta modificación legal dejó aún mas en evidencia la precariedad del art. 13 RCM, donde, como ya dijimos, no se aludía a la actuación de las Mutuas como servicios de prevención. Descoordinación normativa que intentó ser corregida, sin demasiado entusiasmo, con la publicación de RD 428/2004, de 12 de marzo, por el que se vino a modificar el RCM para atribuir al mutualismo patronal la posibilidad de gestionar las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos²⁵, así como para atribuir un mayor grado de vinculabilidad al informe de los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas o, en su caso, del INSHT, informe que era meramente preceptivo a tenor de lo dispuesto en el art. 25.2 RSP. Pero más allá de ese aspecto menor de los requisitos de acreditación de las Mutuas, lo cierto fue que con esa modificación del art. 13 RCM no se corrigió la problemática de la doble funcionalidad preventiva del mutualis-

²³ Segundo inciso del art. 68.2.b) LGSS.

²⁴ Art. 68.3.c) LGSS, en concordancia con el primer inciso del art. 68.2.b) LGSS.

²⁵ Tal como preveía la disposición adicional trigesimocuarta de la LGSS, añadida por Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.



mo patronal ni se dio respuesta alguna a las ya acuciantes demandas de las asociaciones de entidades de prevención acreditadas que venían denunciando de forma sistemática la competencia desleal que para sus asociados representaba la actuación de las Mutuas en el mercado de la prevención de riesgos laborales²⁶, cuestión sobre la que incluso llegó a pronunciarse tempranamente el propio Tribunal de Cuentas en su Informe Anual sobre la gestión del Sector Público Estatal correspondiente el ejercicio 1998²⁷.

3. LA DOBLE FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS: LA CRÓNICA DE UN FRACASO ANUNCIADO

Resulta evidente, como se deduce de la evolución normativa analizada, que el principal problema que la actuación preventiva de las Mutuas dejó planteado desde la entrada en vigor de la LPRL no fue otro que el de la debida separación entre su tradicional funcionalidad preventiva en el marco de la Seguridad Social y su nueva operatividad como servicio de prevención ajeno. Y a nadie se le escapa, desde luego, que la Orden de 22 de abril de 1997 había nacido con la única finalidad de trazar una separación entre las dos posibles actividades preventivas que las Mutuas podían realizar como consecuencia tanto de su añeja incardinación en el aparato administrativo de la Seguridad Social como de las nuevas atribuciones funcionales otorgadas desde 1995 por la LPRL, de ahí que, en función de la distinta naturaleza gestora de ambas actividades, cuasipública la primera, netamente privada la segunda, la norma se empeñara en advertir, ya desde su primer artículo, que las Mutuas ostentaban *una única naturaleza y personalidad jurídica*.

En el fondo de ese esfuerzo diferenciador se encontraba, como no podía ser de otro modo, la necesidad, a la que ya se enfrentó la Resolución de 16 de febrero de 1996, de impedir la financiación pública de la actuación de las Mutuas como servicios de prevención, pero por más empeño que la Orden de 22 de abril de 1997 pusiera en resolver el problema, lo cierto es

²⁶ Hay que tener en cuenta que por esas fechas ya venían funcionando tanto la Asociación Nacional de Entidades Preventivas Acreditadas (ANEPA), constituida en 1998, como la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos (ASPAs), que junto a otras muchas asociaciones autonómicas acabarían constituyendo en noviembre de 2005 la Federación ASPA de Servicios de Prevención Ajenos.

²⁷ Informe aprobado en sede parlamentaria por Resolución de 22 de mayo de 2001 de la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas (BOE de 29 de agosto de 2001), donde ya se advertía sobre la existencia de «hechos presuntamente constitutivos de prácticas restrictivas de la competencia y de abuso de posición dominante de los previstos en la Ley de defensa de la Competencia y en la Ley de Competencia Desleal, realizados por las Mutuas en detrimento de las empresas especializadas en prevención de riesgos laborales».

que se trataba de un esfuerzo técnicamente baldío. Hay que tener en cuenta, para empezar, que pese a la delimitación de tareas efectuada por dicha norma para diferenciar las dos funciones preventivas del mutualismo patronal, el entrecruzamiento entre ambas actividades era de todo punto inevitable en la medida en que se admitía la utilización indistinta de los medios humanos y materiales destinados a tal fin, de ahí que, a la postre, no hubiera forma material alguna de evitar que los ingresos por cuotas acabaran financiando la actuación lucrativa de las Mutuas cuando las mismas actuaran como servicios de prevención ajenos.

Bastaba poner en correlación el tipo de actividades «reservadas» a las Mutuas en su calidad de servicios de prevención y las actuaciones preventivas que las mismas podían realizar en el marco de la Seguridad Social, para llegar a la inmediata conclusión de que, salvo en el caso de la «vigilancia de la salud de los trabajadores», reservada en exclusiva para la actuación de las Mutuas como servicios de prevención ajenos²⁸, y salvo en lo tocante a «las actividades de alcance general no dirigidas a empresas concretas, tales como estudios, encuestas y estadísticas de siniestralidad», integradas dentro de la actuación preventiva de las Mutuas en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales²⁹, el resto de actividades preventivas enumeradas por la Orden de 22 de abril de 1997 eran virtualmente idénticas. A la postre, y ante la mas que patente imposibilidad de realizar con éxito material esa escisión entre actividad preventiva encuadrable en el marco de la Seguridad Social y actuación preventiva de carácter mercantil, el propio art. 6.2 de la Orden de 22 de abril de 1997 se encargó de establecer, como después veremos, que sería el tamaño de la empresa el principal criterio a seguir por las Mutuas a la hora de planificar su actuación preventiva en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, sin entretenerse en delimitar el tipo de actuaciones preventivas a realizar con carácter preferente en dicho ámbito.

Nada podía objetarse, desde luego, a la política de encauzar hacia el ámbito de las PYMES la acción preventiva del mutualismo patronal en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social, pero con ello no se diluía el problema de la diferenciación material entre esta actuación preventiva, financiada con fondos públicos, y la actividad de las Mutuas como servicios de prevención, de finalidad lucrativa y financiable en teoría con fon-

²⁸ Arts. 1.b) y 7 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se enumeraban las actividades preventivas que se atribuían en exclusiva a las Mutuas en su calidad de servicios de prevención ajenos.

²⁹ Arts. 1.a) y 5 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se hacía referencia a las actuaciones preventivas que las Mutuas podían realizar «a favor de sus empresarios asociados» y en el marco de «la cobertura de las contingencias de de accidentes de trabajo y enfermedades de la Seguridad Social».

dos privados, de ahí que la propia Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a la hora de efectuar la planificación anual de actividades preventivas de Seguridad Social a desarrollar por las Mutuas, tuviera que establecer la prohibición expresa de incluir, *en modo alguno*, cualquiera de esas actividades entre las actuaciones a realizar por cada Mutua como servicio de prevención, vedándoles también la posibilidad de *facilitar información que induzca a considerar las mismas como parte integrante de las que son objeto del mencionado Servicio de Prevención Ajeno*.

Y si la diversificación de actividades preventivas, técnicamente baldía *ab initio*, acabó siendo una mera cuestión de diferenciación subjetiva de los potenciales destinatarios de la doble funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, la separación de sus medios materiales y humanos también resultaba imposible *de facto*, de ahí que la propia Orden de 22 de abril de 1997 se contradijera a sí misma cuando, por un lado, exigía a las Mutuas que mantuvieran diferenciadas ambas actividades, pero al mismo tiempo les concedía la posibilidad de hacer uso en ambos casos tanto de los servicios e instalaciones a que se refería el originario art. 13 del RCM como de los recursos humanos dependientes de los mismos³⁰.

Desde luego, si las Mutuas hubieran adscrito de forma exclusiva a algunos de sus técnicos e instalaciones preventivas a los servicios de prevención que se iban constituyendo, el problema de la separación de medios materiales y humanos habría quedado resuelto de un plumazo, pero en la medida en que ello hubiera implicado una infradotación de su operatividad como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, habrían acabado contraviniendo lo dispuesto en el art. 10.3 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se advertía que la utilización por parte del servicio de prevención de la Mutua *de medios dedicados a la gestión de las contingencias y prestaciones de la Seguridad Social*, no podrá ir *en detrimento de la misma*. De ahí que lo habitual fuese, como cabía imaginar, que tanto su personal como sus instalaciones materiales quedaran adscritos de forma simultánea a ambos tipos de actividades, puesto que en ese caso las Mutuas no tenían otra obligación que la de *imputar a las cuentas que soporten los gastos de las actividades como servicios de prevención, la cuantía equivalente al coste de su utilización en la proporción que resulte de la dedicación de los mismos a estas actividades*³¹.

³⁰ Art. 2 de la Orden de 22 de abril de 1997, en su primer y segundo párrafo respectivamente. Doble funcionalidad de los medios humanos y materiales que volvía a ser reiterada por el art. 10.1 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se indicaba que las Mutuas podrían utilizar los profesionales y empleados dependientes de las mismas para *el desarrollo de las funciones como servicios de prevención*.

³¹ Así se indicaba en los apartados 1 y 2 del art. 10 de la Orden de 22 de abril de 1997.

O sea, que cuando las Mutuas decidieran adscribir, como acabó sucediendo, sus dotaciones humanas y materiales a los servicios de prevención que hubieran constituido, habrían de imputar el coste de dicha utilización a las correspondientes cuentas de gastos de su patrimonio privativo, como por fin acabó aclarando una Resolución de 22 de diciembre de 1998 con la que se venía a desarrollar la determinación del importe que las Mutuas habrían de abonar a la Seguridad Social, en concepto de compensación, por la utilización de unos medios humanos y materiales que las mismas venían empleando desde antiguo para el desarrollo de actividades preventivas relacionadas con la gestión de las contingencias profesionales. De unos medios, conviene no olvidarlo, que habían sido adquiridos con fondos públicos y que el propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales venía a privatizar parcialmente mediante su adscripción a los servicios de prevención constituidos por las Mutuas.

En cualquier caso, el objetivo perseguido por la citada Resolución de 22 de diciembre de 1998 difícilmente podía cumplirse con el sistema de compensación establecido. A tenor del mismo, el coste imputable a la utilización compartida de medios quedaba fijado en la mayor de las dos cantidades siguientes: a) el 85 % de los ingresos obtenidos por las Mutuas como servicios de prevención, o b) el cálculo, mediante unas complejísimas fórmulas matemáticas, del importe de los costes teóricos de dichos servicios de prevención. Al cabo de seis años, la propia Secretaría de Estado de la Seguridad Social tuvo que reconocer, en el preámbulo de la Resolución de 28 de diciembre de 2004, con la que se venía a establecer un sistema de compensación más acorde con el coste real de los servicios de prevención de las Mutuas, tanto la inviabilidad práctica de aquellas formulaciones matemáticas como «la improcedencia de la aplicación del primero de los criterios indicados» por el hecho de haber quedado suprimida, desde enero del año 2000, «la posibilidad de realizar reconocimientos médicos con cargo a cuotas de la Seguridad Social».

La inviabilidad e improcedencia del sistema de compensación utilizado por la Resolución de 22 de diciembre de 1998, así como el uso espurio por parte de las Mutuas de los medios «adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social para sus actividades como servicios de prevención», serían posteriormente denunciados por un informe del Tribunal de Cuentas de 26 de mayo de 2005 que venía a fiscalizar la actuación de las Mutuas durante el trienio 2001-2003³². En dicho informe, se puso en evi-

³² Informe de Fiscalización de las actividades de colaboración en la gestión de la Seguridad Social de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales, durante los ejercicios 2001, 2002 y 2003, que fue aprobado en Pleno con fecha de 26 de mayo de 2005 (Informe núm. 672) y que puede verse en <http://www.tcu.es/default.htm>.

dencia, entre otras perlas, que la forma de contabilización establecida por la citada Resolución de 22 de diciembre de 1998 vulneraba los principios de especialidad cuantitativa y cualitativa de los créditos y contravenía los principios de presupuesto bruto y de no compensación establecidos por la Ley General Presupuestaria. Y lo más grave de todo era que ese sistema de compensación había provocado un menoscabo al patrimonio de la Seguridad Social en la medida en que, de acuerdo con las estimaciones de costes de las actividades preventivas de las Mutuas, «la Seguridad Social habría estado financiando parcialmente durante los tres ejercicios incluidos en el período objeto de fiscalización, las actividades preventivas de los Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas en un porcentaje que podría situarse en torno al 38 % del total de gastos imputables a esta actividad». Visto desde otro ángulo, ello vendría a significar que la aplicación del sistema de compensación establecido en 1998 por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social habría contribuido a generar «la existencia de un beneficio global para el patrimonio privativo de las Mutuas, próximo al 15 % de la facturación expedida por sus Servicios de Prevención Ajenos, antes de impuestos, de unos 74.986 miles de euros, para el conjunto del sector hasta 31 de diciembre de 2003».

Tampoco estuvo exenta de dificultades ni de adscripciones inadecuadas la separación de las fuentes de financiación de la doble actuación preventiva del mutualismo patronal, pues lo único que quedaba claro, *a sensu contrario*, del art. 12 de la Orden de 22 de abril de 1997, era que si bien la funcionalidad preventiva de las Mutuas en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales se nutriría exclusivamente con cuotas de la Seguridad Social, su operatividad como servicios de prevención, en cambio, contaría sin embargo con toda una amplia gama de fuentes de financiación en las que aparecían mezcladas, en un *totum revolutum* verdaderamente inverosímil, tanto partidas de naturaleza privada como fondos públicos. Y ello pese a la afirmación del art. 12.1 de la Orden de 22 de abril de 1997 en la que se exigía que los recursos económicos destinados a financiar la funcionalidad preventiva de las Mutuas como servicios de prevención ajenos fueran *distintos a las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*.

Si el listado de fuentes de financiación del art. 12 de la Orden de 22 de abril de 1997 era analizado con cierto detalle, lo que más llamaba la atención del mismo era que no se trataba en su mayor parte de ingresos directos y originarios, como ocurre, verbigracia, con las contraprestaciones obtenidas por los conciertos suscritos con los empresarios que solicitaran dichos servicios, sino de fuentes de financiación derivadas e indirectamente relacionadas con la gestión que realizaran las Mutuas como servicios de prevención. Así, de las partidas enumeradas por el art. 12.1 de la Orden de 22

de abril de 1997, tan sólo dos podían ser calificados como fuentes de financiación directas y originarias en sentido propio. A saber:

- 1.º) Las cantidades que se percibieran *por los conciertos suscritos con las empresas asociadas receptoras de los servicios de prevención*, ya actuaran éstos con carácter exclusivo o en colaboración con otros servicios de prevención, propios o ajenos, o con trabajadores designados para ocuparse de las actividades preventivas (art. 12.1.a). Conciertos en los que se haría constar *la contraprestación económica aplicable por la prestación de los servicios, así como la forma y condiciones de pago*, tal como exigía el art. 11 de la Orden de 22 de abril de 1997.
- 2.º) Las cantidades procedentes del Fondo de Prevención y Rehabilitación a que se refería la disposición adicional decimotercera de la LPRL, cuya cuantía sería *determinada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en función de las disponibilidades existentes en el mencionado Fondo y de las necesidades que deban ser atendidas por el mismo* (art. 12.1.b). Parte de ese fondo sería inicialmente atribuido a las Mutuas por expresa indicación de la disposición transitoria segunda de la propia Orden de 22 de abril de 1997, donde quedó estipulada la entrega a cada Mutua de la cantidad que resultara *de aplicar 500 pesetas por cada trabajador protegido por la Mutua el último día del año 1996*, lo que contribuyó sobremanera a la implementación de los proyectos que las Mutuas tuvieron que presentar para acreditarse como servicios de prevención.

O sea, que pese al carácter mercantil, lucrativo, de la operatividad de las Mutuas como servicios de prevención, una de sus principales vías originarias de financiación era, como se deduce de lo expuesto, de naturaleza pública, puesto que esa naturaleza tienen los ingresos procedentes del exceso de excedentes de gestión de las contingencias profesionales en la medida en que constituyen el sobrante anual de las cotizaciones de seguridad Social transferidas a las Mutuas por la TGSS en concepto de primas por accidentes de trabajo.

Y todo ello sazonado con la posibilidad de rentabilizar ese conjunto de ingresos, públicos y privados, mediante la utilización lucrativa del personal y de la infraestructura inmobiliaria que la Seguridad Social ponía a su servicio, de ahí que el propio art. 12.2 de la Orden de 22 de abril de 1997 tuviera que especificar encarecidamente que con los ingresos obtenidos por las Mutuas en calidad de servicios de prevención ajenos tenían que afrontar no sólo el coste que la actividad como tales servicios generasen (servicios contratados de terceros, adquisición de bienes y servicios, etc.), sino, ante todo, el gasto que para el erario público supusiera la utilización por parte de las Mutuas *de bienes y derechos integrantes del patrimonio de la Segu-*



ridad Social por cualquier título, así como del personal dedicado a esta actividad, ya fuere de forma exclusiva o no.

Una regulación tan precaria como la expuesta no podía sino generar problemas de toda índole, y ello no sólo porque dejaba el campo abierto a una más que previsible actuación desviada de las Mutuas sino, sobre todo, porque implicaba una confusión entre fondos públicos y privados absolutamente inadmisibles para el erario público. Así lo puso de manifiesto el informe del Tribunal de Cuentas de 26 de mayo de 2005, ya citado, que obtuvo al respecto dos conclusiones verdaderamente demoledoras tanto en relación con la posible vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia, ya denunciada por las asociaciones de servicios de prevención, como en materia de incumplimiento por parte de las Mutuas del marco normativo entonces vigente.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones citadas, el informe no podía ser más claro al advertir que la atribución legal «de una cantidad a fondo perdido, sin contraprestación alguna, con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación de la Seguridad Social, a favor de los Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas, ha supuesto una ventaja competitiva de la que no han gozado las entidades privadas especializadas en el sector de la prevención de riesgos laborales». En virtud de esa previsión de la disposición adicional decimotercera de la LPRL, 18 de las 29 Mutuas existentes a comienzos del año 2005 recibieron unas ayudas públicas que ni siquiera fueron comunicadas a la Comisión Europea, lo que, siempre según el informe del Tribunal de Cuentas, «podría vulnerar la normativa comunitaria relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Derecho Administrativo Común y la Ley General de Subvenciones». Por otra parte, el informe del Tribunal de Cuentas también constataba que la realización por parte de las Mutuas, con cargo a fondos públicos de la Seguridad Social, de inversiones en instalaciones y equipamientos sanitarios y preventivos, les había permitido «colocar a sus Servicios de Prevención en condiciones ventajosas para desarrollar las funciones que les son propias, frente a las entidades privadas especializadas que no han podido disponer de instalaciones y equipamientos financiados con dinero público»³³. Y lo más grave de todo ello era que ese conjunto de

³³ De hecho, en el informe del Tribunal de Cuentas queda constatado que las inversiones realizadas por las Mutuas con cargo al programa presupuestario de la Seguridad Social 34.36 «*Higiene y Seguridad en el Trabajo*», y dirigidas básicamente a las actividades preventivas de sus servicios de prevención, «se ha incrementado un 270 % en el ejercicio 2003, con respecto a 1998, año en el que se inician las actuaciones como Servicios de Prevención Ajenos de las Mutuas».

hechos constatados por el Tribunal de Cuentas no estaban «provocados por actuaciones unilaterales de las Mutuas», sino que se derivaban «del marco normativo instaurado por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su posterior desarrollo reglamentario», lo que llevó al Tribunal de Cuentas a aconsejar la reforma, al menos, de esa regulación reglamentaria.

Y por si no bastaba con las «deficiencias» detectadas en el marco normativo entonces vigente, el Tribunal de Cuentas vino a demostrar además el incumplimiento sistemático por parte de las Mutuas de dicho marco normativo. Muy resumidamente, las principales irregularidades fueron observadas en los siguientes puntos:

- 1.º) Incumplimiento del modelo de compensación de costes establecido por la utilización conjunta de recursos materiales y humanos de la Seguridad Social que, una vez recalculado por el propio Tribunal de Cuentas, podrían suponer «una compensación indebida, por defecto, a la Seguridad Social, en un importe que podría situarse en torno a 16.289.167 euros».
- 2.º) Inexistencia de una contabilidad interna, analítica o de costes, que implicaba una clara vulneración de lo dispuesto en el art. 13.1 de la Orden de 22 de abril de 1997, donde se exigía la existencia de un registro contable que garantizara el conocimiento preciso de los resultados inherentes a la actuación de las Mutuas como servicios de prevención ajenos.
- 3.º) Autoconcertación de las actividades no asumidas por el servicio de prevención propio con su servicio de prevención ajeno, «cuando podían cubrir tales actividades con los medios preventivos acreditados de la propia Mutua, ya financiados por el patrimonio de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Final Primera de la Orden de 22 de abril de 1997».
- 4.º) Imputaciones indebidas, con cargo al presupuesto de la Seguridad Social y por un importe estimado de 7.734.210 euros, a la Asociación para la Prevención de Accidentes (APA), entidad creada por las Mutuas para la realización de actividades privadas de prevención incompatibles con la gestión llevada a cabo por éstas en el ámbito de la Seguridad Social, donde gozan de numerosas prerrogativas ligadas a su consideración de entidades colaboradoras.

Resulta difícil imaginar, desde luego, una actuación más torticera que la llevada a cabo por las Mutuas analizadas por el Tribunal de Cuentas durante el trienio objeto de fiscalización especial, pero lo más sorprendente del caso, o lo más grave si se quiere, es que fue una actuación tolerada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, puesto que dicho Organismo no hizo efectivas sus funciones de dirección y tutela en la medida en que no se corrigieron las deficiencias que estaban contribuyendo a generar benefi-



cios atípicos para el patrimonio privativo de las Mutuas a costa del patrimonio de la Seguridad Social, ni se instruyeron, como indica el informe del Tribunal de Cuentas, «expedientes sancionadores de las posibles infracciones administrativas cometidas por las Mutuas, de conformidad con lo previsto en el artículo 29.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social».

Como era de prever, el nuevo Gobierno salido de las urnas en marzo de 2004 tuvo que corregir el rumbo mediante la publicación del RD 688/2005, de 10 de junio, «por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno». Norma en la que, pese a su denominación, también se regula la actuación preventiva del mutualismo patronal en el ámbito de la Seguridad Social y en cuya exposición de motivos se ponía de manifiesto de forma expresa que la actuación de las Mutuas como servicio de prevención «ha venido a introducir un obstáculo que dificulta considerablemente las tareas de control de dichas entidades en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, como han puesto de relieve el Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Seguridad Social en los informes emitidos durante los últimos años, en los que también se ha señalado la restricción a la libre competencia que supone la actuación de las mutuas, en tales condiciones, en relación con los restantes servicios de prevención ajenos».

Ahora bien, pese a lo que pudiera parecer en primera instancia, el RD 688/2005, de 10 de junio, no constituye el soporte formal de una reglamentación acabada y autónoma de la funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, sino que viene a ser una especie de norma transitoria en la que se fuerza a las Mutuas bien a cesar en su actuación como servicios de prevención o bien a una segregación de medios que en el mejor de los casos conduzca a la creación de una entidad preventiva distinta de la Mutua que tendría la denominación de sociedad de prevención. Hay que advertir, a este respecto, que el RD 688/2005, de 10 de junio, contiene nada menos que ocho disposiciones transitorias y tan sólo dos preceptos de contenido sustantivo en los que, básicamente, se viene a modificar el texto de los arts. 13 RCM y 22 RSP con el objetivo de diferenciar adecuadamente las dos posibles actuaciones preventivas del mutualismo patronal, una como servicios de prevención ajenos a través de una organización independiente de medios e instalaciones preventivas y otra en su condición de entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

Para el cese en su actuación como servicios de prevención o la segregación efectiva de medios preventivos, acompañada de la debida constitución de sociedades de prevención, el RD 688/2005 preveía un horizonte transitorio, minuciosamente desarrollado por la Orden TAS 4053/2005, de 27

de diciembre³⁴, que culminó en la primavera de 2006, pero que podía ser prorrogado excepcionalmente hasta un máximo de cinco años en el caso de que la Mutua se acogiera a «la posibilidad de utilización de bienes muebles e inmuebles y derechos adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social»³⁵. Se trata, a nuestro juicio, de una concesión que, aun teniendo carácter transitorio y quedando sujeta a unas reglas de compensación «a precios de mercado»³⁶, se nos antoja excesivamente generosa a tenor de lo visto porque cierra en falso el culebrón de la doble funcionalidad preventiva de las Mutuas y viene a prolongar durante demasiado tiempo una situación irregular y antijurídica sobre la que, previsiblemente, aún no se haya dicho la última palabra.

4. LA ACTUACIÓN DE LAS MUTUAS COMO SERVICIOS DE PREVENCIÓN

Tanto el art.13.2 RCM como el 22 RSP se ocupan de advertir que las funciones a desarrollar por las Mutuas en calidad de servicios de prevención son «distintas e independientes» de las correspondientes a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social que tienen atribuidas en virtud de lo previsto en el primer inciso del art. 68.2.b) LGSS, rigiéndose aquéllas, a todos los efectos, por lo dispuesto en la LPRL y en su normativa reglamentaria de desarrollo. Se pone ahora el acento, pues, sobre la distinta *finalidad* de las dos funciones preventivas a desarrollar por el mutualismo patronal, huyéndose así de afirmaciones mas o menos esotéricas como las del art. 1 de la Orden de 22 de abril de 1997 en las que se aludía a la existencia de unas misteriosas entidades mutualistas que, pese a su doble funcionalidad preventiva, ostentaban no obstante *una única naturaleza y personalidad jurídica*. El cambio no es en absoluto baladí y merece ser aplaudido por el contexto en el que se produce, sobre todo si sirve para evitar que las Mu-

³⁴ Por la que se determinan las actuaciones a desarrollar por las mutuas para su adecuación al Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno.

³⁵ Posibilidad prevista en el punto cuarto de la disposición transitoria segunda del RD 688/2005, donde también se contempla, una vez agotado el plazo adicional de cinco años, la concesión, «con carácter excepcional y exclusivamente por lo que a la especialidad de vigilancia de la salud se refiere», de prórrogas anuales del plazo indicado, sin que excedan de tres.

³⁶ Art. 6.1 de la orden TAS 4053/2005, donde también se indica que la utilización transitoria de bienes y derechos pertenecientes el patrimonio de la Seguridad Social «no podrá ir en detrimento ni implicar menoscabo patrimonial alguno para la colaboración en la gestión de la Seguridad Social».



tuas sigan lucrándose con fondos públicos, pero ello no quita que la verdadera raíz del problema persista aunque transmutada de signo. Obsérvese que de una cuestión ontológica hemos pasado a otra de cariz teleológica pero sin que ello resuelva el verdadero problema que late en el fondo de una consideración, puramente metafísica, como es la de entender que dos funciones o actividades con idéntico objetivo y de una misma naturaleza puedan perseguir finalidades distintas e independientes entre sí. Se supone, en teoría, que toda actividad preventiva ha de perseguir la eliminación o el control de los riesgos laborales con independencia de quien la lleve a cabo, por lo que pretender que una misma entidad, con una finalidad aseguradora *ex origine*, pueda cumplir además dos funciones preventivas distintas es caer sin más en un flagrante contrasentido.

Dejando a un lado ese problema de lógica jurídica, cuyo origen y consecuencias analizaremos en sede de conclusiones, lo cierto es que las Mutuas podrán seguir actuando como servicios de prevención ajenos, «para sus empresas asociadas», siempre que adopten alguna de las dos modalidades previstas en el art. 13.2 RCM. A saber: bien «por medio de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, denominada sociedad de prevención, que se registrará por lo dispuesto en la legislación mercantil», o bien «directamente por la mutua, a través de una organización específica e independiente de la correspondiente a las funciones y actividades de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social». La opción por una u otra fórmula habrá de ser aprobada, en todo caso, «por la junta general de la mutua con los requisitos y formalidades exigidos para la reforma de sus estatutos» y conforme a lo dispuesto en los artículos 13.3 y 13.4 RCM, respectivamente, así como en sus normas de aplicación y desarrollo.

4.1. Las sociedades de prevención de las Mutuas

Cuando se opte por una sociedad de prevención, su constitución estará sujeta a tres condiciones básicas que, de no cumplirse, impedirían su autorización por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales:

- 1.º) Las sociedades de prevención de las Mutuas han de tener un objeto social único y exclusivo, por lo que sólo podrán actuar como «servicio de prevención ajeno para las empresas asociadas a la mutua correspondiente» [art. 13.3.a) RSP]. Con ello se viene a dejar claro, pues, que las sociedades de prevención de las Mutuas tendrán limitada su actuación tanto desde un punto de vista subjetivo, dado que sólo resultan operativas para las empresas asociadas a la Mutua que la haya constituido, como desde una óptica material, puesto que sólo podrán funcionar como servicios de preven-

ción ajenos y no en calidad de entidades colaboradoras de la Seguridad Social.

- 2.º) El capital social de cada sociedad de prevención «pertenece íntegramente a una mutua» [art. 13.3.a) RSP]. Para la constitución de ese capital social, la Mutua promotora de la sociedad de prevención podrá realizar tanto aportaciones dinerarias como no dinerarias pero siempre que vayan giradas «con cargo a su patrimonio histórico», tal como éste aparece definido por el art. 3.2 RSP, y teniendo en cuenta que los títulos recibidos por dichas aportaciones «pasarán a formar parte de su patrimonio histórico» [art. 13.2.c) RSP].

Para la plena intelección de este requisito hay que tener en cuenta que, a tenor de lo dispuesto por el art. 68.4 LGSS, el patrimonio de las Mutuas se compone de dos partes: una considerada a todos los efectos como patrimonio de la Seguridad Social, que está integrada por las primas de los empresarios asociados y por los bienes muebles o inmuebles en que puedan invertirse dichos ingresos³⁷, y otra parte cuya propiedad les corresponde en su calidad de asociación de empresarios, a la que se denomina *patrimonio histórico de las mutuas*, que esta integrada por: a) los bienes incorporados a su patrimonio antes de 1967, o sea, antes de su consideración como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, cuando actuaban en el *Régimen del Seguro Social de Accidentes de Trabajo* como entidades aseguradoras privadas; b) los bienes procedentes del 20 % del exceso de excedentes e incorporados a las Mutuas entre esa fecha y el día 31 de diciembre de 1975, cuando podían apropiarse de ese porcentaje de los denominados *extornos*; y c) los bienes que procedan de recursos distintos a las cuotas de Seguridad Social. En función de ello, parece claro que el objetivo perseguido por esta medida no puede ser otro que el de impedir la financiación de las sociedades de prevención con los fondos adscritos a las Mutuas en concepto de primas por accidentes de trabajo, que son parte integrante del patrimonio de la Seguridad Social y, por tanto, fondos públicos.

Conviene tener en cuenta, no obstante, que ese patrimonio histórico de las Mutuas, aún siendo un patrimonio privativo de las mismas, también se halla afectado «estrictamente al fin social de la entidad, sin que de su dedicación a los fines sociales de la mutua puedan derivarse rendimientos o incrementos patrimoniales que, a su vez, constituyan gravamen para el patrimonio único de la Seguridad Social» (art. 68.4 LGSS, en su tercer párrafo). Cabe suponer, pues, que si de su dedicación a los fines sociales de la Mutua no puede derivarse perjuicio alguno para el patrimonio de la Seguridad So-

³⁷ Así como todas las rentas y rendimientos de los bienes señalados y, en general, los derechos, acciones y recursos relacionados con los mismos (art. 3.1 RCM).



cial, mucho menos debería suceder así cuando el patrimonio histórico de las Mutuas sea destinado a fines mercantiles, lucrativos, como los perseguidos por las sociedades de prevención, aspecto que sólo parcialmente ha sido tenido en cuenta por el art. 13.3.c) RSP, donde sólo «las aportaciones futuras a la referida sociedad con cargo a dicho patrimonio estarán sujetas a las limitaciones establecidas en la normativa de aplicación». Con independencia del problema que genera la diferenciación entre aportaciones iniciales y futuras, el meollo del problema radica en que el RCM no establece limitación alguna para las aportaciones «iniciales», lo que sin bien podría ser entendido como una excepción a lo dispuesto en el resto del articulado del propio RCM, en relación con lo previsto en el art. 68.4 LGSS, en cambio, vendría a ser una especie de omisión *extra legem*, puesto que las aportaciones iniciales, en fase constitutiva de las sociedades de prevención, no pueden quedar desafectadas, por vía reglamentaria, del fin social de las Mutuas.

3.º) Se exige, en tercer lugar, que la denominación social de la entidad sea la de «sociedad de prevención», sin que pueda incluir el término *mutua*, ni la expresión *mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social* ni su acrónimo *MATEPSS*, «salvo para hacer referencia a su vinculación a la mutua que sea titular de su capital social» [art. 13.3.b) RCM]. Parece obvio que con ello se intenta evitar que las Mutuas utilicen su condición de entidades colaboradoras de la Seguridad Social como reclamo o estrategia de captación de clientes para la sociedad de prevención que hayan constituido. Pero se trata de una previsión verdaderamente infantil a cuya ineficacia contribuye la propia salvedad que la norma contiene, pues bastará que con que la sociedad de prevención tenga por nombre el de la propia Mutua para que, sin incurrir en la prohibición reglamentaria, quede sin efecto real lo que ésta persigue.

Por lo que respecta a su régimen de actuación y funcionamiento, las sociedades de prevención estarán sometidas a las siguientes reglas particulares:

1.ª) Su actividad preventiva deberá desarrollarse «con total independencia y autonomía» de los servicios preventivos de que dispongan las Mutuas en el marco de su actuación como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, debiendo contar, a tal efecto, con «la organización, las instalaciones, el personal propio y los equipos necesarios para el desarrollo de la actividad» [art. 13.3.d) RCM]. Si con la necesidad de adoptar el estatus de sociedad anónima o de responsabilidad limitada se pretende asegurar la independencia formal de la sociedad de prevención, con esta previsión lo que se intenta garantizar es la segregación material de actividades preventivas, de modo que no se entrecruce la actuación pre-

ventiva de la Mutua en el marco de la Seguridad Social con su actividad como servicio de prevención ajeno. Se trata, pues, de una medida extremadamente necesaria, puesto que no basta con adoptar una apariencia de sociedad mercantil autónoma e independiente, sino que esa autarquía formal hay que demostrarla en la práctica con la autosuficiencia de medios materiales y humanos, extremo éste que, a nuestro juicio, deberá demostrarse tanto en fase constitutiva como a todo lo largo de la vida activa de la sociedad de prevención. El papel a jugar a este respecto por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales será, sin duda, crucial, puesto que de su correcta labor fiscalizadora dependerá en gran medida que las sociedades de prevención de las Mutuas no utilicen la infraestructura y los medios adscritos a las Mutuas para su colaboración con la Seguridad Social en materia de gestión de las contingencias profesionales.

Por lo demás, el art. 13.3.d) RCM autoriza a las sociedades de prevención de las Mutuas a «subcontratar la realización de actividades preventivas en los términos previsto en la normativa reguladora de la prevención de riesgos laborales», lo que ha de entenderse como una remisión a lo dispuesto en el art. 19.2 RSP, donde se contempla la posibilidad de que «las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención» subcontraten «los servicios de otros profesionales o entidades cuando sea necesario para la realización de actividades que requieran conocimientos especiales o instalaciones de gran complejidad».

2.^a) Los rendimientos que las Mutuas obtengan de sus sociedades de prevención «seguirán el régimen establecido para los ingresos de su patrimonio histórico» [art. 13.3.e) RCM]. Ya hemos comentado antes que los ingresos obtenidos por las Mutuas con una procedencia distinta a las cuotas de Seguridad Social constituyen su patrimonio histórico, «cuya propiedad les corresponde en su calidad de asociación de empresarios»³⁸, por lo que atribuir esta misma consideración a los ingresos derivados de la actuación de las Mutuas como servicio de prevención equivale a reconocer que se trata de un beneficio mercantil cuya administración corresponderá en exclusiva a los empresarios asociados a la Mutua en la medida en que a ellos pertenece en calidad de propietarios, de ahí que a ellos corresponda, asimismo, la configuración estatutaria de su régimen jurídico³⁹.

³⁸ Segundo párrafo, *in fine*, del art. 68.4 LGSS.

³⁹ Ahora bien, tampoco conviene olvidar que las Mutuas no gozan de plena disponibilidad sobre su patrimonio histórico porque el mismo, como apuntábamos antes, también se halla

Por lo demás, el régimen económico de las sociedades de prevención también se encuentra condicionado por lo dispuesto en el art. 17 c) RSP, precepto al que expresamente se remite el propio RCM⁴⁰, por lo que ni la sociedad de prevención ni su Mutua matriz podrán mantener «con las empresas concertadas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas de las propias de su actuación como servicio de prevención, que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades». Cómo se compatibiliza esa prohibición con el vínculo de Seguridad Social que la Mutua tendrá con aquellos de sus empresarios asociados que a la vez concierten los servicios de la sociedad de prevención de la propia Mutua es ya una cuestión que, de nuevo, cae en el terreno de lo arcano, por lo que resulta inútil toda explicación o justificación al respecto: el propio RSP se hace eco de esa salvedad, autorizándola, y habría que desmontar la habilitación establecida por el art. 32 LPRL para acabar con ese contrasentido.

3.^a) Como toda sociedad mercantil, las sociedades de prevención de las Mutuas podrán organizar su vida interna como estimen conveniente, estableciendo su propio organigrama y dejando reflejado en sus estatutos la composición y funcionamiento de sus órganos de dirección y gerencia. Sin embargo, dado que el único titular de su capital social será la Mutua que en concreto la promueva, el art. 13.3.f) RCM impone a las sociedades de prevención una serie de prohibiciones en relación con sus órganos directivos que, en esencia, pueden quedar resumidas así:

— Los administradores de las sociedades de prevención no podrán ejercer a la vez como miembros de la junta directiva, director

afectado al fin social del mutualismo patronal, por lo que todos aquellos ingresos procedentes de las sociedades de prevención, dado que forman parte del patrimonio histórico de las Mutuas y les resulta de aplicación su mismo régimen jurídico, se verán igualmente afectados por las limitaciones establecidas en la normativa de Seguridad Social para garantizar la afectación del patrimonio histórico de las Mutuas a sus fines sociales. Así, además de su completa sujeción al Plan General de Contabilidad de la Seguridad Social (art. 51 RCM) y al régimen de auditoría de cuentas que anualmente ha de efectuar la Intervención General de la Seguridad Social (art. 52 RCM), el patrimonio histórico de las Mutuas ha de estar materializado, tal como dispone el art. 50.2 RCM, «en bienes de inmovilizado directamente utilizados en la gestión de la entidad» o en inversiones sujetas a criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad en los términos del art. 31.4 RCM, donde se indica que su rentabilidad no podrá ser inferior en más de dos puntos al interés legal del dinero fijado para cada ejercicio económico. El art. 50.2 RCM prohíbe también la desviación de esos bienes y de los rendimientos que se deriven de su administración, que en todo caso deberán revertir al patrimonio histórico de la entidad, hacia la realización de actividades mercantiles o hacia operaciones lucrativas que vulneren el principio de igualdad de derechos de los empresarios asociados. Más detalles sobre el régimen patrimonial de las Mutuas, en LOZANO LARES, F. «El mutualismo patronal...», cit. Págs. 149 a 154.

⁴⁰ En su artículo 13.3.f), segundo párrafo.

ejecutivo, director-gerente, gerente o asimilado de una Mutua, ya sea ésta titular del capital social de la sociedad de prevención o no.

- Los administradores de las sociedades de prevención estarán sujetos, «en relación con la mutua que posea su capital social», a las mismas prohibiciones establecidas por el art. 76.1 LGSS para los miembros de la junta directiva, directores-gerentes, gerentes, asimilados o cualesquiera otra personas que ejerzan funciones de dirección ejecutiva en dicha Mutua. O sea, que no podrán «comprar ni vender para sí mismos, ni directamente ni por persona o entidades interpuestas, cualquier activo patrimonial de la entidad».

Para completar el autocontrol orgánico de las sociedades de prevención, se ha atribuido también a la Comisión de Control y Seguimiento de cada Mutua⁴¹ la función de conocer los «criterios de actuación» de la misma en el desarrollo de las funciones preventivas llevadas a cabo como servicio de prevención, siendo informadas de la gestión desarrollada y pudiendo «proponer cuantas medidas se estimen necesarias para el mejor cumplimiento de las citadas funciones»⁴². Y dado que una de las formas de actuar como servicio de prevención es mediante la constitución de una sociedad de prevención, ello quiere decir, sencillamente, que la Comisión de Control y Seguimiento de cada Mutua podrá, con sus limitadísimas facultades, tener constancia de la actuación preventiva de las sociedades de prevención.

- 4.^a) Cuestión sumamente vidriosa es la que se generaría cuando la sociedad de prevención actúe como servicio de prevención de su propia Mutua matriz, porque puede ser utilizada como una vía encubierta de financiación, con fondos públicos, de la sociedad de prevención. Para intentar remediarlo, el art. 13.3.g) RCM establece que la «actuación desarrollada por la mutua en cuanto socio de una sociedad de prevención estará sometida al control y seguimiento de la comisión regulada en el artículo 37 de este reglamento, en los términos establecidos en el último párrafo del apartado 3 de dicho artículo». Dada la escasa entidad de las funciones fiscalizadoras que dicho precepto atribuye a la Comisión de Control y Seguimiento, mera receptora de información como hemos visto, esta previsión del art. 13.3.g) RCM resultaría irrisoria si no fuera por-

⁴¹ Que aparece configurado como el órgano de participación institucional de cada Mutua (art. 37 RCM).

⁴² Art. 37.3, último párrafo, del RCM, añadido por RD 688/2005, de 10 de junio, que no vino sino a desarrollar reglamentariamente una previsión ya establecido en 1995 por el art. 32 LPRL.



que además va acompañada de una segunda aseveración en la que se advierte que a la Intervención General de la Seguridad Social le corresponderá, en todo caso, «las competencias establecidas en su normativa de desarrollo». Hay que tener en cuenta a este respecto que la Intervención General de la Seguridad Social puede fiscalizar la actuación de las Mutuas por la privilegiada vía de su control financiero, por lo que será este órgano adscrito a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, pero funcionalmente dependiente de la Intervención General de la Administración del Estado, el que podrá evitar la financiación con fondos públicos de las sociedades de prevención por la vía de una excesiva facturación por los servicios de prevención prestados a su propia Mutua matriz.

4.2. La organización específica e independiente de medios preventivos

Junto a la opción de constituir una sociedad de prevención, el art. 13.2 RCM contempla también la posibilidad de que la Mutua realice directamente las funciones propias de un servicio de prevención a través de una organización específica e independiente. Para que ello sea posible, el art. 13.4 RCM establece dos condiciones básicas:

- 1.^a) Debe existir una separación total y absoluta entre la actividad preventiva a realizar por dicha organización específica y la función preventiva que ha de asumir la Mutua en el marco de la Seguridad Social, de ahí que la organización específica destinada a actuar como servicio de prevención deba «disponer de las instalaciones, el personal y el equipo necesario para el desarrollo de las funciones y actividades del servicio de prevención, sin que pueda utilizar los medios humanos y materiales adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social» [art. 13.4. a) RCM].

Para poder disponer de esa autonomía material, las Mutuas no parten de cero, como ya sabemos, sino que cuentan con la posibilidad de destinar a la organización específica de medios preventivos los centros e instalaciones que hubieran creado al amparo de lo dispuesto en el art. 13.1 RCM, o sea: para la dispensación de actividades preventivas enmarcadas en el ámbito de la Seguridad Social. Esta modificación de su uso originario requerirá, lógicamente, tal como exige desde antiguo el propio art. 13.1 RCM, la autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales conforme a las reglas de disposición patrimonial establecidas en los artículos 26 a 29 RCM. Y una vez producida esa modificación, las Mutuas tampoco contarán con plena disponibilidad patrimonial sobre dichos centros e instalaciones adscritos en exclusiva a su actuación como servicios de prevención, pues

según lo dispuesto en el último párrafo, *in fine*, del art.13.1RCM, la modificación o supresión de los mismos también requerirá autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales conforme a las reglas de disposición patrimonial reglamentariamente previstas⁴³.

- 2.ª) La financiación de la organización específica de medios preventivos también debe ser plenamente distinguible del régimen económico de la Mutua, por lo que se exige a ésta que lleve una «contabilidad separada de la actividad desarrollada por dicha organización específica respecto de la relativa a la gestión de la Seguridad Social y del patrimonio histórico por actividades distintas de las correspondientes al servicio de prevención ajeno» [art. 13.4.b) RCM]. Aunque no lo parezca, ello implica la necesidad de llevar tres contabilidades paralelas y distintas entre sí: una para la gestión de las prestaciones de Seguridad Social que las Mutuas tienen encomendadas y otras dos relativas a su patrimonio histórico para que en el mismo puedan distinguirse entre los ingresos derivados de su actuación como servicio de prevención y los bienes que hasta el momento de actuar como tal habían venido integrando su, digamos, «tradicional» patrimonio histórico⁴⁴.

Para garantizar la completa segregación de la actuación como servicio de prevención de las Mutuas, el propio art. 13.4. b) acaba advirtiéndolo en su último párrafo que la «gestión de dicha organización específica estará sujeta al control interno de la Intervención General de la Seguridad Social en los términos establecidos en la normativa de desarrollo», lo que implica un control público muchísimo más intenso que el previsto para el caso de optarse por la constitución de una sociedad de prevención. Obsérvese que la fiscalización pública de las sociedades de prevención se hace por vía indirecta, en la medida en que los ingresos procedentes de aquéllas acaben integrándose en el patrimonio histórico de las Mutuas o cuando la sociedad de prevención actúe como servicio de prevención de la propia Mutua matriz, mientras que en el caso de optarse por la organización específica de medios preventivos, en cambio, es la gestión misma de ésta la que resulta fiscalizable en su totalidad por parte de la Intervención General de la Seguridad Social.

Esta mayor rigurosidad en el control público de su actividad como servicio de prevención y la dificultad de llevar la triple contabilidad que hemos comentado son las razones básicas que, a nuestro modo de ver, han impedido que hasta la fecha ninguna de las 26 Mutuas actualmente operantes hayan optado por desarrollar directamente su actuación como servicio de

⁴³ Detalle en absoluto intrascendente que ha sido añadido por el RD 688/2005, de 10 de junio, a la anterior redacción del art. 13 RCM.

⁴⁴ El integrado, como ya vimos, por los bienes enumerados por el art. 68.4 LGSS.



prevención ajeno mediante la constitución de una organización específica de medios preventivos.

4.3. El cese en la actividad como servicio de prevención

Acaba regulando, por ultimo, el art. 13.5 RCM las condiciones del cese en el ejercicio de actividades preventivas bajo cualquiera de las dos modalidades analizadas. Se exige, para empezar, que el cese sea aprobado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, «según la norma de desarrollo correspondiente», lo que implica la necesidad de elaborar *pro futuro* una orden ministerial de carácter general que se ocupe de ello, cosa que aún no se ha producido. Dicha autorización de cese llevará consigo la liquidación de la actividad preventiva de que se trate y, en su caso, «la disolución y liquidación de la sociedad de prevención afectada o la transmisión por parte de la mutua de toda su participación en dicha sociedad a un tercero». En este caso, la sociedad resultante estará plenamente habilitada para funcionar como servicio de prevención ajeno, por lo que tendrá que acomodarse «a las obligaciones y limitaciones específicas previstas en la norma de aplicación», que no puede ser otra que la LPRL, el RSP y demás normativa complementaria.

Por lo que respecta al remanente que resulte de la liquidación-disolución de su actividad como servicio de prevención, el art. 13.5 indica que el mismo «se integrará en el patrimonio histórico de la mutua». En cualquier caso, para evitar desviaciones o adjudicaciones incorrectas, la Intervención General de la Seguridad Social tendrá que efectuar, en el plazo de tres meses desde la finalización de la operación, una auditoría sobre el proceso liquidatorio o de transmisión, «que se elevará al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a los efectos procedentes», que no son otros que los derivados del art. 5.2.c) LGSS, donde se encomienda a este departamento ministerial la dirección y tutela de las Mutuas, pudiendo suspender o modificar sus poderes o facultades.

5. LA FUNCIONALIDAD PREVENTIVA DE LAS MUTUAS EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como se deduce de lo hasta aquí expuesto, la reforma operada por RD 688/2005, de 10 de junio, no vino a alterar en esencia la ya tradicional funcionalidad preventiva del mutualismo patronal en el ámbito de la Seguridad Social, puesto que toda su atención se centró, sustancialmente, en regular *pro futuro* las modalidades de actuación de las Mutuas como servicios

de prevención ajenos y en segregar la hasta ese momento intolerable mezcolanza de actividades entre uno y otro ámbito, con notable perjuicio para las arcas públicas. Ello hace que la regulación de la funcionalidad preventiva del mutualismo patronal en el ámbito de la Seguridad Social siga encontrándose en el art. 13.1 RCM y, mientras no se disponga lo contrario, en el Capítulo II de la orden de 22 de septiembre de 1997.

El remozado art. 13.1 RCM sigue manteniendo, pues, la clásica habilitación al mutualismo patronal, procedente del reglamento de 1967, para el establecimiento voluntario de «centros e instalaciones» destinados a la dispensación de actividades preventivas enmarcadas en el ámbito de su gestión en materia de contingencias profesionales. Centros e instalaciones cuya «creación, modificación y supresión» requerirán autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales conforme a las reglas de disposición patrimonial previstas en los artículos 26 a 29 del propio RCM.

Junto a ello, el art. 13.1 RCM viene a recoger también la facultad concedida a las Mutuas para desarrollar actividades preventivas tanto «a favor de las empresas asociadas y de sus trabajadores dependientes» como «de los trabajadores por cuenta propia adheridos» que tuvieran cubiertas las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Facultad que fue expresamente establecida por RD 428/2004, de 12 de marzo, pero que era plenamente deducible de la añeja posibilidad de crear centros e instalaciones preventivas y a la que viene a añadirse ahora el matiz, también sobreentendido pero en absoluto innecesario, de ser una atribución otorgada a las Mutuas por «su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social», lo que viene a quedar reforzado con la remisión, ésta sí un tanto superflua, a «los términos y condiciones establecidos en el inciso primero del artículo 68.2.b) LGSS, en este reglamento y en sus disposiciones de desarrollo».

Y para completar el marco jurídico de esta funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, el segundo párrafo del art. 13.1 RCM reproduce ahora dos previsiones, ya establecidas por la Orden de 22 de abril de 1997, con las que se viene a poner de manifiesto el carácter no contractual de esta actividad mutualista. A tal efecto, se advierte *ex profeso* que las actividades preventivas desarrolladas en el marco de la Seguridad Social «no implican atribución de derechos subjetivos» a favor de los colectivos protegidos (trabajadores por cuenta ajena y autónomos), como sí ocurre, en cambio, con las prestaciones de Seguridad Social, ni exime a los empresarios asociados (colectivo asegurado) de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral, puesto que de dichas actividades «quedarán excluidas aquellas obligaciones que los empresarios deban desarrollar a través de alguna de las modalidades de organización de la actividad preventiva» establecidas en la LPRL.

No se entretiene el art. 13.1 RCM, por contra, en delimitar cuáles son las posibles actuaciones preventivas a desarrollar por las Mutuas en el marco de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Dado el carácter voluntarista de esta funcionalidad preventiva del mutualismo patronal, el RCM nunca llegó a pronunciarse el respecto, dejando que cada Mutua decidiera el contenido de la misma. Tuvo que ser la Orden de 22 de abril de 1997 la que, por vez primera, acometiera la tarea de acotar esta actividad mutualista con el objetivo de diferenciarla de su actuación como servicio de prevención ajeno. A tal fin, el art. 5 de dicha Orden estableció que, además de «aquellas otras actividades de alcance general no dirigidas expresamente a empresas concretas, tales como estudios, encuestas y estadísticas de siniestralidad», las Mutuas podrían realizar en el marco de la Seguridad Social un gran número de actividades, «a favor de sus empresarios asociados», que podían ser clasificadas en cuatro grandes grupos:

- 1.º) Acciones que tuvieran como finalidad la promoción de la filosofía preventiva en la empresa, entre las que se encontrarían la realización de «campañas de educación sanitaria, que impliquen una mejora de los hábitos y actitudes para el trabajo» [art. 5.h)] y la ejecución de «campañas de sensibilización y educación preventiva» que persigan los siguientes objetivos: a) fomentar el interés y la cooperación en la acción preventiva en todos los niveles jerárquicos de la empresa; b) promover comportamientos seguros y la correcta utilización de los equipos de trabajo y de los equipos de protección colectiva e individual; y c) promover actividades preventivas básicas, tales como el orden la limpieza y el mantenimiento preventivo [art. 5.b)].
- 2.º) Acciones típicamente formativas tales como la «capacitación de los empresarios con el fin de poder asumir ellos mismos la actividad preventiva» [art. 5.f)], la divulgación de la prevención mediante acciones dirigidas a los «directivos y responsables de la actividad preventiva en le empresa» [art. 5.g)], la realización de «jornadas y seminarios sobre actualización y puesta al día de los conocimientos en materia preventiva» [art. 5.e)] y la orientación y contribución, en general, a «la formación y a la actualización de conocimientos en materia preventiva» [art. 5.d)].
- 3.º) Actividades de naturaleza informativa de cierta importancia, como la orientación sobre «las instrucciones e información que la empresa está obligada a suministrar a sus trabajadores» y la «puesta a disposición» de las empresas asociadas de la documentación básica sobre legislación aplicable, guías orientadoras, carteles, referencias bibliográficas, folletos y cualquier otra información útil para estos fines [art. 5.c)].

- 4.º) Acciones de asesoramiento técnico de toda índole, que van desde «el análisis e investigación de las causas y factores» de la siniestralidad laboral [art. 5.a)] a las «visitas a los centros de trabajo» con el fin de orientar sobre las necesidades preventivas, la atención de consultas, la «orientación para la elaboración e implantación de planes y programas de prevención» y la ayuda necesaria para «la realización por las empresas de evaluaciones de riesgos», de las actuaciones preventivas que de ellas se deriven y del control de la eficacia de la acción preventiva [art. 5.c)].

Pese a lo que pudiera parecer, con la elaboración de ese listado de actividades no se estaba diciendo nada nuevo sino que su verdadero significado estribaba en el hecho de sacar a la luz el tipo de servicios preventivos que las Mutuas habían venido prestando desde 1967 a sus empresarios asociados en el marco de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Funcionalidad preventiva de notable importancia en la que, como sabemos, se había invertido buena parte de los extornos que a partir de la implantación del sistema de Seguridad Social dejaron de retornar al patrimonio histórico de las Mutuas y que bastaba poner en correlación con el listado de tareas a desarrollar por los servicios de prevención ajenos para hacerse una idea cabal de su envergadura real hasta 1995, año de promulgación de la LPRL. Así, a tenor de lo dispuesto en el art. 31.3 de dicha Ley, los servicios de prevención deberían estar en condiciones de proporcionar a la empresa «el asesoramiento y apoyo que precise» en todo lo referente a: 1.º) diseño, aplicación y coordinación de los planes y programas de actuación preventiva; 2.º) la evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y salud de los trabajadores; 3.º) la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas adecuadas y la vigilancia de su eficacia; 4.º) la información y formación de los trabajadores; 5.º) la prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia; y 6.º) la vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo⁴⁵.

Como se deduce de la comparación entre ambos listados, las tareas a desarrollar por los servicios de prevención ajenos no diferían, en esencia, de los servicios preventivos que las Mutuas venían ofreciendo «gratuitamente» a sus empresarios asociados como parte de su estrategia de captación de clientes, puesto que, salvo en lo relativo a la vigilancia de la salud de los trabajadores, la actividad exigida a los servicios de prevención ajenos era virtualmente idéntica a la proporcionada de forma voluntaria por las Mu-

⁴⁵ En ese sentido, *vid.* también los arts. 19 RSP, para todas las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención, y 7 de la Orden de 22 de abril de 1997, para las Mutuas acreditadas como servicios de prevención ajenos.

tuas. En esa tesitura, ¿qué incentivo podrían tener los empresarios asociados a una Mutua en contratar un servicio de prevención ajeno?: para cumplir con sus obligaciones preventivas les bastaba con asumir personalmente la función preventiva, si tenían menos de seis trabajadores, o con designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva, si la empresa era de mayores dimensiones, limitándose a concertar la vigilancia de la salud de los trabajadores con un médico especialista en Medicina del Trabajo o con un servicio de prevención ajeno, pero sin necesidad de contratar otro tipo de servicios preventivos que, obviamente, ya le cubriría sin coste adicional alguno la Mutua a la que estaba asociado a efectos de cobertura de las contingencias profesionales.

Quizá por ello, y por la imperiosa necesidad de diferenciar ambos tipos de actividades, la propia Orden de 22 de abril de 1997 tuvo que imponer a las Mutuas la obligación de elaborar una planificación de las actividades preventivas a efectuar en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social que recogiera «los objetivos a alcanzar, los recursos destinados a las mismas y el control de la efectividad de tales actividades» (art. 6.1). Servicios que no podrían ser ofrecidos por igual a todos los empresarios asociados sino que deberían ser desarrollados «preferentemente» en las empresas de hasta 50 trabajadores, teniendo «especial prioridad», en este segmento de empresas, «las de hasta seis trabajadores» (art. 6.2). Dicha planificación habría de regirse por las directrices que en cada momento pudiera establecer, en su caso, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, teniendo en cuenta las citadas prioridades en función del tamaño de la empresa y considerando como sectores y empresas de actuación preferente «el sector de la construcción», las empresas que desarrollen mayoritariamente algunas de las actividades catalogadas como peligrosas en el Anexo I del RSP y aquellas otras «cuyo índice de incidencia medio durante los tres años anteriores supere en un 30 por ciento al de su correspondiente sector» [art. 6.2.a)].

Al amparo de esa previsión reglamentaria, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social ha venido elaborando desde 1997 un serie de programas anuales dirigidos a todas y cada una de las Mutuas actuantes que empezaría a adquirir visos de continuidad con la Resolución de 26 de abril de 2001, por la que se aprobó el «*Plan General de Actividades Preventivas de la Seguridad Social a desarrollar por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en el año 2001*». Dicha Resolución estuvo vigente hasta el día 1 de junio de 2003, fecha en la que fue sustituida, con aplicación retroactiva, por la Resolución de 5 de agosto de 2003, que prorrogó las directrices de ese *planning* de actividades preventivas para el período 2003-2005 y que aún sigue desplegando sus efectos en la actualidad.

En dicha Resolución se vuelve a reiterar que las empresas de hasta 50 trabajadores, «por sus dimensiones e infraestructura», son las que presen-

tan mayores dificultades para incorporar la prevención a sus actividades productivas y las que vienen registrando el «mayor número de accidentes en términos absolutos y relativos», de ahí que se prevean cuatro «Programas de Actividades» cuyo objetivo no es otro que el de «asistir a las empresas de hasta 50 trabajadores para la incorporación o mejora de la actividad prevencionista en sus organizaciones». Así, durante el período de vigencia del plan, las Mutuas habrán de ejecutar:

- 1.º) Un *Programa de Colaboración con la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la Prevención del Riesgo de Caída en Altura en el Sector de la Construcción*, programa al que se daba la más alta prioridad (1.ª especial) dada la realidad actual del sector.
- 2.º) Un *Programa Específico para Empresas de Alta Accidentalidad*, dirigido a empresas cuyos índices de siniestralidad individuales superaran en el año 2002 en un 30 % la media obtenida en la rama de actividad a la que pertenecieran.
- 3.º) Un *Programa de Capacitación de Empresarios* destinado a empresarios con menos de seis empleados y a trabajadores autónomos que hubieran optado por cubrir con la Mutua la mejora de contingencias profesionales, y cuya finalidad era la de capacitarles para asumir personalmente las actividades preventivas en sus empresas.
- 4.º) Un *Programa de Visitas a Empresas*, dirigido a los mismos destinatarios anteriores y que tenía como objetivo esencial el asesoramiento *in situ*, de forma directa, para la elaboración de evaluaciones de riesgos y planes de prevención.

Junto a esas cuatro actuaciones, la Resolución de 5 de agosto de 2003 también contemplaba un *Programa de Formación* dirigido a empresarios, trabajadores ordinarios, trabajadores designados para asumir funciones preventivas, delegados de prevención y trabajadores autónomos, que tenía como objetivo proporcionarles el nivel básico de formación preventiva previsto en el art. 35 RSP. Además, como viene siendo habitual, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social también autoriza a las Mutuas para la realización de «actividades ordinarias de carácter concurrente» a favor de empresarios no incluidos en los programas previstos, a las que sólo podría dedicarse el 5 % de las dotaciones destinadas a la actuación preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social, así como para el desarrollo de «campañas de publicidad e información de carácter general», cuyo coste sería determinado por la Administración de Seguridad Social en proporción al número de trabajadores protegidos por cada Mutua.

La decisión de reservar la actuación preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social para las empresas de hasta 50 trabajadores resulta de todo punto acertada, a nuestro juicio, por dos razones básicas. En primer lugar, porque la actuación de las Mutuas como servicios de preven-

ción ajenos, en la medida en que se trata de una actividad mercantil lucrativa, puede implicar un coste económico que no siempre estará al alcance de las pequeñas empresas. Y en segundo lugar, porque la acción preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social aparece concebida como una actividad «complementaria» a las prestaciones económicas derivadas de la gestión de las contingencias profesionales, de ahí que dicha funcionalidad preventiva se financie, como las prestaciones de Seguridad Social que complementan, con capital público, puesto que de esa naturaleza son los fondos que integran la partida 34.36 («*Higiene y Seguridad en el Trabajo*») de los respectivos presupuestos de gastos y dotaciones de las Mutuas. Partida presupuestaria cuyo montante procede de las cuotas por primas transferidas por la TGSS a cada Mutua y que las mismas han de destinar necesariamente a sus actividades preventivas enmarcadas en el ámbito de la Seguridad Social, por lo que no cabe sino aplaudir la decisión de destinar «la totalidad de las dotaciones» de dicha partida al desarrollo de los programas previstos en el Plan de Actividades Preventivas diseñado por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social a través de sus resoluciones.

Cosa distinta es, sin embargo, que dicha afectación resulte eficaz y controlable, lo que, lamentablemente, no ha venido sucediendo, tal como fue constatado por el Tribunal de Cuentas en su informe de 26 de mayo de 2005, ya citado, donde quedó en evidencia tanto la imposibilidad de «conciliar» lo dispuesto en la Orden de 22 de abril de 1997 con las sucesivas planificaciones elaboradas por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, como la actitud poco edificante de las Mutuas, en cuyas manos se dejaba la efectiva implementación del Plan de Actividades Preventivas de la Seguridad Social. Para empezar, es la propia Mutua la que, según lo dispuesto en el art. 6.3 de la Orden de 22 de abril de 1997, debe elaborar un plan individual donde se indiquen los tipos de actividad preventiva a desarrollar, especificando los sectores, el tamaño y el número de las empresas a las que van dirigidas, así como el número de trabajadores y «los medios económicos y materiales necesarios, los recursos humanos previstos, las previsiones económicas para la financiación de su desarrollo y los programas presupuestarios a los que se imputará el coste de las mismas». Dicho plan tiene carácter anual, puesto que cada Mutua tendrá que presentarlo, ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, «junto con al anteproyecto de presupuestos de cada ejercicio económico», y no cuenta con otra fórmula de control que la derivada de la presentación por parte de la Mutua, a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de una «información detallada» sobre la aplicación del plan durante el primer trimestre del año siguiente a aquel en que el mismo se haya ejecutado.

Si comparamos dichas previsiones de la Orden de 22 de abril de 1997 con los parámetros establecidos en las resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social pronto comprobamos que no coinciden ni desde

una perspectiva temporal, porque el período presupuestario de aquélla es anual mientras que los planes de ésta afectan a varios ejercicios económicos, ni desde una óptica material, porque los criterios de medición de la partida 34.36. «Higiene y Seguridad en el trabajo», a la que se remite la Orden de 22 de abril de 1997, están basados en el número de acciones desarrolladas, mientras que los planes de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social tienen como parámetro esencial el número de empresas beneficiarias de los mismos. De ello se hace eco el Informe del Tribunal de Cuentas de 26 de mayo de 2005 cuando, tras comprobar la imposibilidad de conciliación entre ambos indicadores presupuestarios, advierte que ello «pone de manifiesto la ineficacia de los sistemas de información utilizados, en el período objeto de fiscalización, en cuanto a la asignación de recursos a las actividades preventivas de la Seguridad Social».

Si a eso unimos que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social «no ha tenido un conocimiento adecuado de los medios materiales y humanos de los que disponen las Mutuas para la realización de cada uno de los dos tipos de actividades preventivas que tienen encomendadas» y que el control efectuado por dicho Centro Directivo sobre los planes individuales de las Mutuas «no alcanzó un nivel de fiabilidad suficiente», el resultado no podía ser otro, como acabó concluyendo el citado Informe del Tribunal de Cuentas, que el de constatar que «los niveles de eficiencia, eficacia y economía» alcanzados durante el período objeto de fiscalización «son de imposible determinación».

Del informe del Tribunal de Cuentas se desprende, pues, que con independencia de la actuación más o menos torticera de las Mutuas, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad social, órgano encargado de la coordinación y tutela de la actividad preventiva de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social, ni ha venido efectuando un seguimiento real de esa labor del mutualismo patronal ni cuenta con medios de control fiables para llevarla a cabo. Y lo peor de todo es que nada hace pensar que las cosas vayan a cambiar mucho en un futuro inmediato, puesto que la única iniciativa adoptada al respecto es la creación de un Consejo Tripartito para el seguimiento de la labor preventiva a desarrollar por las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social que difícilmente podrá hacer algo más que verlas venir, puesto que sus funciones son de naturaleza «meramente informativa y de propuesta, carente de contenido ejecutivo»⁴⁶.

⁴⁶ Tal como expresamente reconoce la exposición de motivos de la Orden TAS/2383/2006, de 14 de julio, por la que se modifica la anterior para indicar que el Consejo Tripartito informará a la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo sobre las propuestas e informes que realicen o de los que tengan conocimiento «relacionados con las actividades preventivas en el ámbito laboral».



6. CONCLUSIONES

La atribución al mutualismo patronal de la posibilidad de actuar en el mercado de la prevención de riesgos laborales, en competencia con otras entidades expresamente constituidas para actuar como servicios de prevención ajenos, ha sacado a relucir toda la problemática inherente a la existencia de unas entidades de naturaleza jurídico-privada que, sin embargo, gestionan fondos públicos por su consideración como entidades colaboradoras de la Seguridad Social y que, pese a estar constituidas por empresarios, no pueden tener ánimo de lucro, salvo cuando actúen como servicios de prevención. No debe extrañar, pues, que con semejante cúmulo de contradicciones la institución del mutualismo patronal quedara algún día bajo sospecha, pero lo que sí resulta paradójico, a nuestro juicio, es que de sus dos posibles funcionalidades, aseguradora y preventiva, haya sido esta última, precisamente, la que haya salido peor parada en toda esa larga historia de misterios jurídicos, deficiencias legales e irregularidades contables que hemos venido contando a lo largo de estas páginas. Y decimos que resulta paradójico porque la acción preventiva tradicionalmente desplegada por el mutualismo patronal había venido siendo, pese a todas sus carencias, una de sus señas de identidad mejor valoradas, de ahí que la propia LPRL, contraviniendo incluso las reglas de la libre competencia, situara a las Mutuas en una posición privilegiada para dominar el mercado de la prevención con el objetivo de aprovechar su experiencia y sus medios materiales y humanos para hacer frente al ya de por sí lamentable panorama de la siniestralidad laboral en España.

Ha sido, pues, la funcionalidad preventiva de las Mutuas, labor en la que estaban llamadas a jugar un papel nuclear, la que ha venido a purgar las penas del pecado original de su añeja incardinación en el ámbito de la Seguridad Social como entidades colaboradoras en la gestión de las contingencias profesionales, terreno de juego en el que el mutualismo patronal nunca fue neutral. La posibilidad que desde 1900 se concedió a la clase empresarial de asegurar, por vía mutualista, los resultados de la siniestralidad laboral hizo que su intervención en este ámbito estuviera impregnada por una actuación en la que eran juez y parte, juez que determinaba si un accidente era o no de trabajo y parte interesada en derivar hacia otras instancias el pago de las prestaciones que procedieran. La posterior incardinación del mutualismo patronal en el aparataje de la Seguridad Social no hizo sino embrollar las cosas, pues al adquirir las primas por accidente de trabajo el carácter de cuotas de la Seguridad Social se cayó en el contrasentido de otorgar a unas entidades privadas la posibilidad de gestionar dinero público, de ahí el esfuerzo que los poderes públicos han venido haciendo desde 1963 por garantizar que las Mutuas no obtuvieran lucro mercantil por su labor

aseguradora. La reciente atribución, por último, de nuevas funciones de Seguridad Social, como el control del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes o la gestión de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos, no han hecho sino levantar una cortina de humo tras la que no puede ocultarse su originario carácter de asociaciones empresariales constituidas con la única finalidad de asumir en régimen mancomunado el coste de las indemnizaciones, transmutadas en prestaciones sociales, que pudieran derivarse de la actualización de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta ajena contratados por las empresas asociadas.

Más todo ello no debiera alejarnos de la pista por la que discurre el verdadero problema de la actuación del mutualismo patronal en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales. Si analizamos la siniestralidad laboral con el suficiente distanciamiento, no resulta difícil comprobar que hay dos formas de abordar este fenómeno: con una estrategia humanista, combativa, como la que intenta adoptar la LPRL, y desde una perspectiva meramente productivista, defensiva, que sólo atiende a la reparación del daño causado por el sistema productivo. Son dos formas de abordar el problema que operan como los platillos de una balanza, pues cuanto más peso se ponga sobre uno de ellos menos resistencia tendrá el otro, por lo que resulta evidente que si la nueva filosofía preventiva resultara alguna vez eficaz, el papel del mutualismo patronal en el ámbito del aseguramiento de las contingencias profesionales perdería su propia razón de ser, careciendo de sentido entonces la polémica en torno a si es constitucionalmente aceptable o no que una parte esencial de la Seguridad Social sea gestionada por una asociación de empresarios.

Sería conveniente advertir, por tanto, que toda esa polémica generada por la atribución al mutualismo patronal de una doble e inquietante funcionalidad preventiva, como servicio de prevención y como entidad colaboradora en la gestión de la Seguridad Social, sólo es el ramaje, frondoso sin duda pero follaje al fin, que no debiera apartarnos de la verdadera raíz del problema, que no es otro que el del mantenimiento a capa y espada de la funcionalidad aseguradora de las Mutuas en materia de contingencias profesionales. Difícilmente puede afirmarse, desde luego, que esa labor al servicio de la empresa contribuya a la mejora del sistema español de Seguridad Social, puesto que la actuación del mutualismo patronal en el ámbito de la cobertura de las contingencias profesionales introduce una dinámica gestora basada en los esquemas del seguro privado y en la capitalización de los fondos recaudados que distorsiona el sistema de reparto y la solidaridad intergeneracional, ejes sobre los que teóricamente se articula el brazo contributivo de nuestro modelo de Seguridad Social. Y a ello hay que unir, además, algo que nadie parece ver, y es que con esa labor mutualista el empre-

sario consigue derivar gran parte del coste de la siniestralidad laboral, el representado por el abono de las prestaciones sociales de naturaleza reparadora, hacia una entidad aseguradora de carácter asociativo, la Mutua a la que se encuentre asociado, que, de ese modo, viene a actuar como un colchón amortiguador de la responsabilidad objetiva que sobre el empresario recae a consecuencia de la actualización de un accidente de trabajo, desincentivando la inversión en medidas de seguridad, cuya implantación deviene mucho más costosa sin duda que el mero abono mensual de la prima del seguro de accidentes de trabajo. En la medida en que esa labor aseguradora del mutualismo patronal haya podido contribuir a desincentivar las inversiones empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, la misma podría ser visualizada, pues, sin temor a ser víctimas de una alucinación, como una de las causas, y no la menor, de la persistencia *in crescendo* de la siniestralidad laboral en nuestro país.

Todo ello nos parecen razones más que suficientes como para considerar que las Mutuas deberían cesar en su labor colaboradora en materia de Seguridad Social, centrando toda su potencialidad funcional en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, campo legítimo de actuación en el que deberían jugar un papel estelar, contribuyendo a la expulsión del mercado de la prevención de aquellas entidades cuya constitución como servicios de prevención respondiera a intereses espurios o no persiguieran más que un beneficio mercantil puro y duro. Si esa retirada de las Mutuas del territorio de la Seguridad Social fuera acompañada, además, de varias medidas legales como la tipificación delictiva de la mera ausencia de medidas de seguridad, con independencia del peligro que dicha situación pudiera generar, y la configuración de una responsabilidad contractual del empresario que le convirtiera en responsable directo de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo e hiciera exigible la adopción, por vía judicial y con cargo al patrimonio de la empresa, de las medidas de prevención que procedieran, se estarían sentando las bases, a nuestro juicio, de un paisaje productivo en el que la siniestralidad laboral no sería asumida por la sociedad, tal como sucede con la siniestralidad vial, como un tributo necesario que pagamos al progreso o como un efecto colateral, inevitable, del modelo de vida capitalista.