

ORGANIZACIÓN DE LA PREVENCIÓN EN LA EMPRESA: DE LOS EXCESOS DE LA EXTERNALIZACIÓN AL TÍMIDO FOMENTO DEL USO DE RECURSOS PROPIOS. REFLEXIONES CRÍTICAS AL HILO DE DOS DISPOSICIONES RECIENTES (RD 337/2010 Y RD 404/2010)

María Teresa Igartua Miró*
Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. LA PREFERENCIA POR LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN EXTERNOS EN EL SISTEMA PREVENTIVO INSTAURADO POR EL RSP: II.1. Acerca de la inexistencia de obligación empresarial en orden a la designación de trabajadores. II.2. La mal disimulada preferencia por los servicios de prevención externos.—III. LA «PRESENCIA» DE RECURSOS PREVENTIVOS EX ARTÍCULO 32 BIS LPRL: III.1. Una solución de mero «retoque». III.2. Integración de la prevención, reconocimiento implícito de los problemas de la externalización y consolidación del modelo. III.3. La asignación de la «presencia»: algunos apuntes.—IV. EL TÍMIDO FOMENTO DE LA UTILIZACIÓN DE RECURSOS INTERNOS EN EL REAL DECRETO 337/2010, DE REFORMA DEL RSP: IV.1. Los objetivos principales de la Reforma. IV.2. Algunos tímidos movimientos hacia el fomento de los recursos internos: IV.2.1. Documentación simplificada, ampliación de la asunción personal y exención de auditorías para PYMES. IV.2.2. Los servicios de prevención mancomunados. IV.2.3. Modificaciones en el contenido del concierto.—V. EL REAL DECRETO 404/2010: EL NUEVO SISTEMA DE INCENTIVOS EN LAS COTIZACIONES Y LOS RECURSOS INTERNOS: V.1. El desarrollo reglamentario del tan ansiado sistema bonus-¿malus? V.2. Algunas consideraciones críticas. V.3. El tímido incentivo a la utilización de recursos internos.—VI. ALGUNAS CONCLUSIONES.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

RESUMEN

El sistema normativo de la prevención de riesgos laborales descansa en el diseño de un cuadro obligatorio empresarial que a su vez se sustenta en la necesidad de organizar la prevención en la empresa. Siendo varias las posibilidades que se abren al empresario en este ámbito, desde el principio el debate se ha focalizado en torno a su externalización o a la utilización de recursos propios. La inclinación de nuestro marco normativo por el uso de medios externos ha resultado patente pero, aun siendo un sistema con indudables ventajas, ha demostrado también que puede provocar o remarcar ciertas disfunciones. El legislador, aunque consciente, al menos desde 2003, de esta problemática, no ha sabido o podido asumir un cambio en profundidad del sistema y se ha limitado a soluciones de mero retoque que complican aún más el panorama de los sujetos preventivos, paradigmático el caso de la presencia de los recursos preventivos. En esta línea, las últimas tendencias marcadas normativamente reflejan de nuevo el inmovilismo en esta materia, aunque se atisba cierto movimiento encaminado a apuntar las ventajas del uso de recursos propios y a premiar y fomentar, aun cuando tímidamente, su utilización.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De todos es conocido que uno de los problemas que viene arrastrando nuestra normativa de Prevención de Riesgos Laborales, con su buque insignia (la LPRL)¹ a la cabeza, es su falta de cumplimiento, su ineficiencia y el acatamiento meramente formal o burocrático de sus mandatos. Viene siendo habitual achacar esta circunstancia, de forma especial, a la falta de integración de la prevención en la empresa y a la escasez de cultura preventiva existente en nuestro país. Esta problemática estuvo en la mente del legislador a la hora de acometer la primera «Gran Reforma» del texto original de la LPRL publicado en el año 1995, operada por Ley 54/2003, con el fin último de combatir la siniestralidad laboral. Ahora bien, las raíces del problema son bien profundas y difícilmente su solución va a venir de la mano de nuevas disposiciones legislativas.

Aun cuando los pilares fundamentales de la implantación de un sistema preventivo son los elementos «materiales» (plan de prevención, evaluación de riesgos y planificación preventiva) previstos por la LPRL, en la práctica, su efectivo desarrollo y ejecución depende en gran medida de la organización preventiva² por la que se decante la empresa. Ya el artículo 14 LPRL

¹ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE de 10 de noviembre).

² En general, sobre esta cuestión, entre otros, ALEGRE NUENO, M.: «La organización de la prevención en la empresa», en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 39, 2007, pág. 54 y sigs.; GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: *La organización de la prevención en la empresa*, U. Jaume I, Castellón, 1997; más recientemente, «El empleador y su deber de prevención (III): obligaciones instrumentales: servicios de prevención y otras modalidades de organización técnico-preventiva», en GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (Coord.), *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Bomarzo, Madrid, 2009, pág. 253 y sigs.; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención», en *Temas Laborales*, núm. 50, 1999, pág. 19 y sigs.; GONZÁLEZ ORTEGA *et alrri*, *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; GONZÁLEZ SANCHEZ, J. J.: «Los servicios de prevención (Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba su Reglamento)», en *Documentación Laboral*, núm. 53, 1997, pág. 73 y sigs.; IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Manual del Servicio de Prevención*, Tecnos, Madrid, 2002; LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P.: «La organización de la prevención en la empresa: los servicios de prevención», en *Actualidad Laboral*, núm. 37, 1997, pág. 903 y sigs.; LUQUE PARRA, M.: *La organización de la prevención en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001;

impone al empresario la obligación de dotarse de los medios necesarios y de una organización preventiva, entendida en términos de mecanismo instrumental al servicio del cumplimiento del programa obligatorio impuesto al empresario en la propia norma, completando sus probables carencias de conocimientos técnicos y especializados y de tiempo de dedicación. Necesidad que en gran medida conecta con la propia complejidad inherente a los comportamientos debidos.

Sin necesidad de trazar en este momento un esquema preciso de las distintas modalidades de organización de la prevención en la empresa previstas en la LPRL y desarrolladas en el RSP³, atendido el mandato contenido en el artículo 6.1.e) LPRL y presididas por el criterio de la flexibilidad, sí se hace preciso resaltar que en la práctica se ha ido abriendo una importante brecha entre los recursos internos (asunción personal, designación de trabajadores y servicios de prevención propios) y los servicios de prevención ajenos o externos.

Aun cuando la LPRL a primera vista era acorde con la Directiva Marco⁴ en la delimitación de los sistemas internos y externos y estos últimos podrían ser vistos hasta cierto punto como «complementarios», el desarrollo reglamentario tomó una dirección bien distinta, casi podríamos decir que contraria⁵. Esto es, un análisis atento del RSP arroja una conclusión meridianamente clara: se caracteriza por mostrarse visiblemente «escorado» hacia una priorización en la utilización de recursos externos. En buena medida, por tanto, el propio

MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), *Los servicios de prevención de riesgos laborales. Evolución y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2009; MOLINA NAVARRETE, C.: «Servicios de prevención», en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M. N., Dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus Desarrollos Reglamentarios*, Comares, Granada, 2004; MORENO MÁRQUEZ, A.: *Los Servicios de Prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Aspectos jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos laborales», en *Aranzadi Social*, núm. 17, 1998, pág. 31 y sigs.; VV.AA. (SALA FRANCO, T., Coord.), «Los sistemas de prevención en las empresas», en *Revista Alcor de mgo*, núm. 4, 2005.

³ Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE de 31 de enero).

⁴ Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DO núm. L 183, de 29 de junio de 1989).

⁵ En este sentido, el profesor LUQUE PARRA, M.: «El servicio de prevención ajeno como modalidad principal de organizar la prevención en el ordenamiento jurídico español», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 103, 2001, pág. 65, viene a señalar que la «clara consonancia entre lo establecido en el artículo 7 de la DM y los artículos 30 y 31 LPRL se desvanece hasta límites insospechados en el RSP». También constata la preferencia de nuestro sistema por los servicios externos VÁZQUEZ MATEO, F.: «Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva», en *RL*, núm. 12, 2008, pág. 22 y sigs. Por el contrario, GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «El empleador y su deber de prevención (III)...», *op. cit.*, pág. 262, sostiene que uno de los rasgos distintivos de la designación de trabajadores es, precisamente, su carácter preferente, derivado de la implícita preferencia normativa (española y comunitaria) de esta modalidad frente a las demás, como una especie de modalidad de aplicación general, frente a las demás.

marco jurídico ha provocado evidentes excesos en la externalización preventiva, firmemente consolidados por la práctica aplicativa en nuestro tejido empresarial, circunstancia denunciada reiteradamente por un sector doctrinal⁶. Pero es que, además, esta mal disimulada preferencia por los servicios externos supone casi una *contradictio in terminis* con el principio cardinal del «nuevo enfoque» preventivo que no es otro que la integración de la actividad preventiva en la empresa, aspecto en el que nos detendremos *infra*.

Es patente que la intervención externa encuentra una clara justificación en la elevada especialización exigida por las tareas preventivas, pero al final ha pesado sobre todo la necesidad de ahorrar costes⁷. Esta visión puramente economicista ha provocado enormes inconvenientes, en especial, la primacía de la prevención de «papel», alejada de la realidad de las empresas, que no compagina bien con los principios de «eficacia» y «adecuación» predicados por la LPRL. Pero es que seguramente la propia normativa incurre en la falacia «economicista», olvidando que la inversión en prevención también supone ahorro de costes empresariales y «sociales» derivado de la reducción de la siniestralidad⁸. En la práctica nos encontramos una realidad empresarial en la que, según cifras estimadas, casi el 80 por 100 de las empresas (tres de cada cuatro según la Estrategia Española) habría recurrido a los servicios de una Mutua (fórmula claramente preeminente) o de una Entidad Especializada para organizar la prevención, sea de forma integral o parcialmente. Y ello es así en tanto la gran mayoría de empresas españolas no tiene obligación de destinar recursos y medios propios para organizar y gestionar la seguridad y salud laborales⁹.

⁶ A los excesos en la externalización de la prevención provocados por el RSP, alude GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en supuestos de subcontratación», en *Revista de Derecho Social*, núm. 27, 2004, pág. 31. También incide en el impacto negativo sobre la eficacia de la acción preventiva de las actuales tendencias a la externalización y burocratización de la prevención, CASTELLA LÓPEZ, J. L.: «Gestión preventiva: una estrategia empresarial necesaria», en *Encuentro Nacional de Profesionales de PRL*, http://tematico.princast.es/trempfor/trabajo/iaprl/ENPRL/Papers/ENPRL2003_Castell., pág. 3.

⁷ Sobre algunas de las ventajas del sistema, aunque en general se muestra bastante crítico con su expansión desmesurada, BLASCO MAYOR, A.: «La externalización de las actividades de prevención de riesgos laborales», en *Aranzadi Social*, núm. 13, 2001, pág. 81. También se refiere a las causas (en especial económicas) de la utilización mayoritaria de los servicios externos, PURCALLA BONILLA, M. A.: «Los servicios de prevención: notas a propósito de la jurisprudencia del TJCE y del Proyecto de Ley de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales», en *La Ley*, 2003-5, pág. 1686. A la promoción por parte de la normativa preventiva de la variante «externalizada» de los servicios de prevención —en contradicción con el marco comunitario— se refieren MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los servicios de prevención de riesgos laborales», en MONEREO PÉREZ, J. L. (Coord.), *Los servicios de prevención...*, *op. cit.*, pág. 125.

⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los servicios de prevención...», *op. cit.*, pág. 128.

⁹ En tal sentido, entre otros, FERNÁNDEZ BLANCO, J.: «Funcionamiento de los Servicios de Prevención», en ARAMEDÍ SÁNCHEZ, J. P. (Dir.), *Ley de Prevención de Riesgos Labo-*

De todo lo anterior se deriva que se haya ido gestando una cierta desconfianza hacia los servicios de prevención ajenos que está seguramente en la base de la última Reforma acometida por el Gobierno del texto del RSP, buscando mejorar el sistema de acreditación que permita garantizar la calidad y eficacia del servicio¹⁰. No obstante, la situación sigue reclamando a gritos y de forma imperiosa un cambio en profundidad del sistema preventivo que parta de la generalización de la designación de trabajadores y del cumplimiento del principio de prioridad de los sistemas internos, acorde con los dictados comunitarios y la superación de las hasta ahora ineficaces e insuficientes soluciones de retoque y las medidas indirectas e implícitas de «incentivo» a este tipo de organización preventiva. Puesto que nuestro ordenamiento ha intentado, de forma tímida pero incesante, poner cierto coto a la excesiva externalización permitida o, incluso, cabría decir «alentada» desde los propios preceptos del RSP. Tendencia que tiene su reflejo tanto en el Real Decreto 337/2010, de 19 de marzo, por el que se modifican el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención; el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción¹¹ como en el Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral¹². El problema de estas normas es lo incierto de sus resultados. Pero, además, son una nueva muestra de defectuosa técnica jurídica y de la caótica manera de «legislar» y desarrollar la legislación que se va implantando en nuestro ordenamiento, en gran medida movida por razones de oportunidad política, por intereses de determinados sectores o por causas de índole económica. En definitiva, tratamos de poner de manifiesto que, detectada una realidad que es fuente de graves problemas, el legislador encuentra tremendamente complicado dar marcha atrás y reformar en su integridad la estructura origen de los mismos y prefiere ir dando tímidos y sucesivos pasos a fin de enmendar el inicial error de partida. Ahora bien, seguramente ni ésta es la forma más deseable de actuación ni sus frutos serán los esperados. Nos hallamos ante soluciones de «retoque», bien intencionadas, eso sí, pero que, además de extemporáneas, suelen carecer de la fuerza de cambiar una inercia cuya an-

rales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia, Cuadernos de Derecho Judicial, XIII-2005, CGPJ, Madrid, 2006, pág. 193.

¹⁰ Esta cuestión, entre otros, en CASTELLÁ LÓPEZ, J. L.: «Calidad y Servicios de Prevención de Riesgos Laborales», en *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 55, 2009, pág. 10 y sigs.

¹¹ BOE de 23 de marzo.

¹² BOE de 1 de abril.

dadura se retrotrae quince años atrás. Ello marcará el esquema del trabajo pues pasaremos del análisis del RSP y su mal disimulada preferencia por los servicios de prevención ajenos, al estudio de los sucesivos intentos, en cierto modo velados, de dar marcha atrás en aquella decisión pero sin tocar los pilares sobre los que se asentó la organización de la prevención en la empresa en el texto originario del año 1997.

II. LA PREFERENCIA POR LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN EXTERNOS EN EL SISTEMA PREVENTIVO INSTAURADO POR EL RSP

II.1. Acerca de la inexistencia de obligación empresarial en orden a la designación de trabajadores

Resulta preciso poner de manifiesto que, si en un primer momento algunos ya pudieron apreciar que la LPRL parecía apartarse de la obligatoriedad de designar trabajadores que emanaba con claridad de la DM, esta separación se hizo realidad de forma indubitada en el RSP, por razones no del todo claras y, seguramente, para no defraudar expectativas o intereses creados o, incluso, debido a posibles presiones de parte de algunos sectores. De esta forma, es suficiente con contemplar el artículo 30.1 LPRL para comprobar que la norma viene a situar a un mismo nivel los tres sistemas cuando señala que «en cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa». Y, complementariamente, cómo en el artículo siguiente acoge el criterio de la «insuficiencia» para descartar la designación.

Ahora bien, siendo esta la situación de partida en el texto legal, resulta patente que este criterio de la «suficiencia»¹³ de la designación a la hora de la verdad sucumbe ante la clara preferencia reglamentaria por el sistema externo¹⁴. Principio de suficiencia que, de todas formas y con carácter ge-

¹³ Entendida en una interpretación conjunta del precepto con el resto de la regulación sobre los servicios, no tanto a la numérica o cuantitativa como a la insuficiencia de esta modalidad inespecífica de designación basada en la consideración de que, sobre la base del tamaño de la empresa, riesgos y complejidad de las actividades preventivas, es preciso recurrir a una modalidad más estructurada y especializada.

¹⁴ Para LUQUE PARRA, M.: «El servicio de prevención ajeno...», *op. cit.*, págs. 81-82, «la norma está permitiendo que por la mera voluntad empresarial sea posible sustituir la obligación de designar trabajadores por el recurso a un servicio de prevención ajeno, sin necesidad de fundamentar la decisión en la insuficiencia de aquellos para gestionar la prevención en la empresa. Una permisión en clara contradicción con lo dispuesto en la LPRL y en la DM».

neral, se erige como uno de los vectores sobre los que se mueve toda la regulación legal en materia preventiva en la medida en que en numerosísimas ocasiones es el criterio prioritario en la delimitación del alcance de las obligaciones empresariales y ello es patente también en la regulación de los servicios (suficiencia de la organización preventiva, suficiencia de medios, tiempo suficiente, en número suficiente y así sucesivamente).

Antes de entrar en aspectos específicos, es conveniente siquiera una consideración crítica y teñida de cierta sospecha sobre el propio RSP, compartida por un importante sector doctrinal que desde el momento de su publicación ha denunciado el extremado margen de decisión reguladora del que se le ha dotado, rayana en muchas ocasiones en la deslegalización¹⁵.

El cambio de tendencia enunciado es patente en la medida en que tras el RSP en el ordenamiento interno lo que resulta obligatorio es organizar la actividad preventiva, empleando para ello, dentro de ciertas limitaciones, cualquiera de las opciones enumeradas en la regulación legal (art. 10 RSP), pero en ningún caso la designación de trabajadores. Y ello porque a pesar de que una primera lectura del RSP parece imponer esta obligación, pues es tajante su artículo 12 al señalar que: «*El empresario designará a uno o varios trabajadores para ocuparse de la actividad preventiva en la empresa*», y que «*Las actividades preventivas para cuya realización no resulte suficiente la designación de uno o varios trabajadores deberán ser desarrolladas a través de uno o más servicios de prevención propios o ajenos*», no estamos más que ante un espejismo desde el momento en que la regla general es objeto de una excepción que, aun interpretada de forma restrictiva, nos conduce a la conclusión contraria. Así, al decir del apartado 2 del propio artículo: «*no será obligatoria la designación de trabajadores*» cuando el empresario: haya asumido personalmente la actividad preventiva, haya recurrido a un servicio de prevención propio o haya recurrido a un servicio de prevención ajeno. Por tanto, la regla general se ha desvanecido y los sistemas se han tornado intercambiables u optativos por obra y gracia de lo previsto en este aserto legal.

De todo lo anterior se deduce con meridiana claridad, aunque, como es sabido, habría que hacer ulteriores precisiones en relación con la asunción personal regulada en el artículo 11 RSP sólo accesible a pequeñas empresas y los servicios propios (obligatorios para determinadas empresas ex art. 14 RSP), las cuatro modalidades quedan al mismo nivel y el empresario tiene bastante margen de maniobra para ejercer su opción. Afirmación que, donde es más certera, es en el caso de la designación y los servicios externos o ajenos. O, dicho de forma bastante más simple, nada impide en la regulación legal al empresario decidir libremente externalizar la actividad prescindiendo de designar trabajadores. Estamos, por tanto, ante el precepto que da un firme y decisivo primer paso hacia la externalización del sistema.

¹⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: «Servicios de Prevención», *op. cit.*, pág. 320.

Sin perjuicio de las consideraciones que se harán *infra* sobre los sucesivos movimientos de reforma que, indirectamente, pretenden alterar esta tendencia, estamos ante un objetivo difícil de lograr sin proceder a la reforma de este apartado o sin suprimir, al menos, la referencia contenida en la letra c) del artículo 12.2 al servicio ajeno. Y la anterior conclusión no se ve alterada por el dato de que el artículo 16 RSP disponga que el empresario «debe» recurrir a uno o varios servicios si la designación resulta insuficiente para la realización de la actividad preventiva y no concurren las circunstancias que determinan la obligación de constituir un servicio propio. Puesto que, a *contrario sensu*, en aquéllos otros casos distintos al mencionado aunque no existe deber de recurrir al servicio sí existe como mera posibilidad y mediante esta actuación el empresario queda exento de su deber de designar trabajadores.

En otras palabras, para el RSP el recurso a la designación sólo deviene obligatorio si no se ha optado por otra modalidad y resulta perfectamente admisible que una empresa se decante por la externalización del servicio y evite la utilización de sus propios trabajadores para desarrollar las tareas preventivas. Por tanto, ni se impone la obligación de designar trabajadores ni se considera que los servicios ajenos vengan a cumplir un papel «subsidiario», «secundario» o, incluso, «complementario». A tenor de lo anterior, una somera comparación de este régimen con el previsto en el artículo 7 DM del que trae su causa, arroja la existencia de importantes diferencias, también notorias según el TJCE en otros ordenamientos. A tenor del precepto comunitario, el empresario «designará» uno o varios trabajadores para ocuparse de actividades de protección y de actividades de prevención de los riesgos profesionales (art. 7.1) para continuar añadiendo que si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención, el empresario deberá recurrir a competencias (personas o servicios) ajenas a la empresa y/o al establecimiento (art. 7.3). En este momento resulta conveniente traer a colación la STJCE de 22 de mayo de 2003¹⁶ en la que se considera que el artículo 7 de la Directiva 89/391, establece una jerarquía entre obligaciones que se imponen a los empresarios. En efecto, en su apartado 1, dicho artículo impone al empresario una obligación principal que consiste en designar uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales. En su apartado 3, dicho precepto legal prevé la obligación de recurrir a competencias ajenas a la empresa. Sin embargo, esta obligación es subsidiaria con relación a la que figura en el artículo 7, apartado 1, en la medida en que sólo existe «si las competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y de prevención». A lo anterior viene a añadir una afirmación plenamente trasladable al ordenamiento jurídico español, consis-

¹⁶ Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de los Países Bajos, Asunto C-441/01.

tente en señalar que permitir al empresario que opte entre organizar las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales en el seno de la empresa o recurrir a competencias externas a ésta no contribuye a garantizar el efecto útil de la Directiva. En conclusión, para el Alto Tribunal la Directiva establece claramente un orden de prioridad por lo que atañe a la organización de dichas actividades en el seno de la empresa, con ello se garantiza su efecto útil y se cumple su finalidad de favorecer la participación equilibrada de los empresarios y de los trabajadores en las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales. Muy crítico se ha mostrado un sector de la doctrina con el RSP en tanto la interpretación de algunos de sus preceptos arroja que la designación no es la modalidad preferente, sino excepcional, y con ello se evidencia que el Reglamento es *contra legem* y, por tanto, debería ser declarado nulo, violentando además el texto de la Directiva Marco¹⁷.

II.2. La mal disimulada preferencia por los servicios de prevención externos

Sentado lo anterior, se hace preciso poner de manifiesto que aunque resulta patente que la elección de la modalidad organizativa en una empresa tendría que ser el resultado del análisis de diversas variables (naturaleza de los riesgos, su magnitud, su distribución, número de trabajadores expuestos, tamaño de la plantilla, número y características de los centros de trabajo y la cultura empresarial)¹⁸, en la práctica, la regulación legal de estas y otras cuestiones que luego se analizarán, ha propiciado que las empresas prescindan del mismo y opten, si mayores limitaciones, por la externalización del servicio. En tal sentido, también se ha venido a considerar que muchas empresas se de-

¹⁷ MARTÍNEZ FONS, D.: «La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 22 de mayo de 2003, sobre el artículo 7.3 de la Directiva 89/391/CE, relativa a la jerarquía normativa entre las distintas modalidades organizativas de la prevención en la empresa (Asunto C-411/01, Comisión vs. Países Bajos)», en <http://www.prevencionintegral.com/legislación/jurisprudencia/organizacion-prevenc...>, pág. 4, siguiendo el planteamiento de LUQUE PARRA. Para LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P.: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de salud y seguridad en el trabajo», en *Revista de Información Laboral (Jurisprudencia)*, núm. 6/2005, LN-8: «parece claro que las previsiones del artículo 15 del Real Decreto, que regula los servicios de prevención y de todos sus concordantes son contrarias al Derecho Comunitario por cuanto no cabe, en ningún caso, un derecho de opción para el empresario, sino una obligación en una determinada situación. Sólo la insuficiencia de los propios recursos legitima la intervención de servicios de prevención ajenos». En esta misma línea, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los servicios de prevención...», *op. cit.*, pág. 105, señalan que resulta claro que el ordenamiento comunitario hace gravitar la organización preventiva alrededor de estructuras o medios intraempresariales, apareciendo los elementos externos como subsidiarios.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los servicios de prevención...», *op. cit.*, pág. 105.

cantan por el servicio de prevención ajeno quizás influidas por la errónea creencia de que, encargada la totalidad de la actividad preventiva a un servicio externo, el empresario puede aliviarse en gran medida de la responsabilidad de la que la legislación lo hace sujeto y evitar, además, el coste derivado de la exigencia de someter su sistema interno a una auditoría externa¹⁹.

Si de buscar una justificación a esta desacertada opción legal se tratase habría que rastrearla en un doble orden de razones o intereses de tipo exclusivamente económico. De un lado, de las propias empresas afectas al cumplimiento, en especial de las pequeñas y medianas, pues resulta indudable que el cose económico es mayor cuando se realizan las actividades con recursos propios y, de otro, de intereses creados por las propias MATEPSS que verían una oportunidad de negocio en la prestación de servicios de prevención a las empresas. Y en esta decisión tampoco quedaría excluida de toda responsabilidad la LPRL, que vino a dar carta de naturaleza al comienzo de la actividad de las Mutuas en este terreno sin necesidad de esperar al establecimiento en el desarrollo reglamentario de los requisitos de actuación de las entidades especializadas en el campo de los servicios de prevención (DT 2.^a). Y este particular régimen privilegiado ha condicionado la gran aceptación de este sistema en la práctica empresarial. La LPRL vino a presumir que las MATEPSS cumplían las exigencias para la acreditación que vendrían a establecerse en un futuro en la norma reglamentaria y que, por tanto, en aquel momento eran desconocidas, solución con la que se mostraron muy críticos algunos de los primeros comentaristas de la norma²⁰, entre otras cosas, por su «osadía», destacando el lugar hegemónico en que se situaba a las Mutuas en espera del desarrollo reglamentario. Y ello es también patente en el preámbulo de la Orden de 22 de abril de 1997, por la que se regula el régimen de funcionamiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades de la Seguridad Social en el desarrollo de actividades de prevención de riesgos laborales²¹, donde se venía a señalar que las MATEPSS, por su propia estructura y composición, mantienen una estrecha relación con los empresarios y los centros de trabajo, situación que constituye un vehículo idóneo para integrar en los mismos el nuevo enfoque preventivo establecido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y favorecer el establecimiento de una nueva cultura de la prevención. Simultáneamente, constituyen para los empresarios un medio especializado próximo, con la experiencia y conocimientos que ofrece su gestión de las contingencias profesionales cubiertas por el Sistema, del que obtener asesoramiento y apoyo para conocer y cumplir sus obligaciones de

¹⁹ En este sentido, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los servicios de prevención...», *op. cit.*, pág. 109. Sobre la incidencia de la auditoría en la opción por el servicio externo, también VILA TIERNÓ, F.: *Los servicios de prevención externos*, Comares, Granada, 2009, pág. 60.

²⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 204-205.

²¹ BOE de 24 de abril.

carácter preventivo exigidas por una legislación reciente y de complejidad técnica. Y desde ese mismo momento no se ha dejado de incentivar el desarrollo por su parte de un importante rol en la práctica aplicativa de la LPRL y su situación preeminente en el correspondiente mercado de la prevención²², situación que se mantiene en la actualidad.

Ahora bien, esta preferencia se muestra aún más evidente cuando el RSP opta, casi con exclusividad, por la vía de los servicios externos como complemento a los sistemas internos. En relación a lo anterior es preciso hacer alguna matización. Así, resulta conveniente resaltar cómo el RSP se mantiene en un plano bastante acertado en su artículo 11, en relación a la asunción por el empresario de la actividad preventiva, puesto que viene a señalar que la vigilancia de la salud y las actividades no asumidas deben cubrirse mediante el recurso a alguna de las restantes modalidades de organización preventiva. No obstante lo anterior, si nos dirigimos al artículo 16 RSP donde se regulan los supuestos en los que «debe» recurrirse a uno o varios servicios de prevención ajenos, se incluye entre los mismos la asunción parcial de la actividad preventiva en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 11 y en el apartado 4 del artículo 15. En este último caso, además, utiliza una formulación que admite pocas interpretaciones al señalar que «Las actividades no asumidas a través del servicio de prevención propio deberán ser concertadas con uno o más servicios de prevención ajenos». Aserto legal que ha permitido que se generalice la práctica de constitución de un servicio de mínimos con dos disciplinas y la externalización de las demás actividades preventivas²³ y ello en la medida en que esta decisión queda en el RSP sujeta a la mera voluntad del empresario²⁴, sin necesidad de justificar o motivar su opción. Esta y otras reglas legales que venimos analizando son muestra fehaciente de la laxitud con que se admite la externalización de los recursos preventivos.

Esta preferencia aparece también marcadamente en relación con uno de los supuestos en que resulta obligatoria la constitución de un servicio propio, en concreto, en el previsto en la letra c) del artículo 14 RSP, esto es, por

²² Puede verse, MOLINA NAVARRETE, C.: «La “salud laboral” como “mercado” y las nuevas “sociedades mercantiles de prevención”. Comentario al Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, regulador del régimen de funcionamiento de las MATEPSS como SPA», en *RTSS (CEF)*, núm. 271, 2005, pág. 149 y sigs. Asimismo, MOLINA HERMOSILLA, O.: «El mercado de los Servicios de Prevención: la búsqueda del difícil equilibrio entre el cumplimiento de una función social y la obtención de un beneficio empresarial», en *RDS*, núm. 48, 2009, pág. 129 y sigs.; de la misma autora, «La Sociedad de Prevención como solución, más pretendida que real, a los problemas del mercado», en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 63, 2009, pág. 28 y sigs.

²³ Sobre esta cuestión nos permitimos remitir al lector a un trabajo anterior: «El servicio de prevención propio y la externalización parcial de actividades (a propósito de la STS —Social— de 3 de noviembre de 2005)», en *REDT*, núm. 131, 2006, pág. 751 y sigs.

²⁴ En la misma línea, GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Las modificaciones del marco...», *op. cit.*, pág. 32.

decisión de la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo, en atención a la peligrosidad de la actividad desarrollada o de la frecuencia o gravedad de la siniestralidad en la empresa. Para este concreto caso, se prevé la existencia de la mencionada obligación salvo que se opte por el concierto con una entidad especializada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del propio RSP. Incluso, en este mismo supuesto, de optarse por constituir un servicio propio, transitoriamente y en tanto se constituye, las actividades preventivas serán en su mayor parte concertadas con una entidad especializada ajena a la empresa.

Otro factor que propicia la conclusión de que el RSP ha contribuido de forma directa a la generalización de la externalización preventiva podríamos encontrarlo en la escasa contundencia y las dificultades interpretativas en relación a la integración de los antiguos servicios médicos de empresa en los servicios de prevención propios que se constituyan en las empresas.

Por una parte, el parágrafo d) de la DD Única LPRL y en la misma línea la DA 2.^a RSP, señalaba que el personal perteneciente a dichos servicios en la fecha de entrada en vigor de esta Ley se integrará en los servicios de prevención de las correspondientes empresas, cuando éstos se constituyan, sin perjuicio de que continúen efectuando aquellas funciones que tuvieren atribuidas distintas de las propias del servicio de prevención. En este sentido, seguramente hubiera sido conveniente hacer pervivir el servicio, aun en el caso de no constituir servicios de prevención, en lugar de liberalizar la externalización. Pero, por otra parte, no resultaba demasiado tajante la DA 3.^a RSP que si bien no obsta a la continuidad de la actividad desarrollada por estos servicios tampoco la impone de forma expresa. Tan sólo dispone que el RSP no afectará a la continuación de la actividad sanitaria que se ha venido desarrollando en las empresas al amparo de las normas reguladoras de los servicios médicos de empresa derogadas y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo, aunque dichas empresas no constituyan servicios de prevención. La disposición tiene un tono excesivamente neutro pues aunque fomenta tímidamente el mantenimiento de la actividad, no parece vincular en exceso y se ha entendido en términos de mera posibilidad o facultad. Así, al menos, lo ha hecho el TS, que se ha manifestado proclive a la plena libertad externalizadora. En la STS de 4 de octubre de 2000²⁵ se enjuicia de forma bastante laxa la concurrencia de la causa organizativa suficiente para la extinción del contrato (amortización de la plaza de médico de empresa) al entender que existe el necesario nexo causal entre la medida y la decisión adoptada por la empresa. El

²⁵ Número recurso 4098/1999. También un sector doctrinal considera que tanto esta sentencia como la recaída sobre la misma cuestión en fecha 3 de octubre de 2000 (RJ 8660) matizan enorme y discutiblemente la exigencia reglamentaria relativa al mantenimiento de su condición de personal encargado de tareas preventivas a través de su integración en el servicio de prevención propio, *vid.* GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: «El empleador y su deber de prevención (III)...», *op. cit.*, pág. 266.

pronunciamiento, aunque en la línea de la jurisprudencia del Alto Tribunal en tema de extinción por circunstancias objetivas consecuencia de la externalización, no entra siquiera a interpretar la disposición mencionada que, aunque muy sutilmente, parece restringir esta libertad.

Pero es que, además de todo lo anterior, el afán de «facilitar» o «propiciar» la prestación del servicio de prevención por parte de las entidades especializadas llevó a introducir reglas como la subcontratación de actividades con terceros (que sigue admitiendo el actual art. 19.2 RSP) o la exención respecto a determinados requisitos que han legitimado que, en la práctica, haya entidades especializadas que están funcionando cubriendo sólo dos disciplinas preventivas. En este sentido, también se puede apreciar el importante movimiento de cambio emprendido por el Real Decreto 337/2010 que ya en su preámbulo exige en todo caso y con carácter ineludible, como mínimo, las cuatro disciplinas. Estamos ante una muestra más de los excesos cometidos por algunas entidades, dentro del marco legal, y la depauperación de que ha sido objeto la prestación del servicio.

Otros pasos dados por el RSP que, en la práctica, han favorecido el fomento de la externalización seguramente no tenían este objetivo pero en la práctica se han convertido en un conductor excelente para la generalización de los servicios ajenos. Así, baste mencionar ahora el tema relativo a la auditoría de seguridad. Como es bien sabido, la LPRL y el RSP vienen a imponer la obligación de someter a una auditoría exclusivamente a los sistemas internos de seguridad. Ello ha propiciado en buena medida también la opción por los servicios ajenos puesto que en este caso la empresa no se somete al control externo que aquella supone. Hasta tal punto ello es así, que el Real Decreto 604/2006 se vio en la obligación de realizar una consideración que parecía innecesaria (art. 29.2 RSP) al deber de auditar, en los supuestos de coexistencia de recursos propios y ajenos, la parte no concertada externamente en los términos contenidos en el artículo 31 bis del mismo texto legal. Ello lleva a pensar que, efectivamente, el legislador presume que la parte externalizada satisface los requisitos de idoneidad, eficacia y adecuación y se va a limitar a valorar su incidencia en la integración preventiva y la coordinación entre ambos tipos de recursos.

En este sentido, resulta palpable que la diferencia en los mecanismos de control de los sistemas de prevención establecida por la regulación legal ha jugado un papel también importante en el asunto que ahora nos ocupa. Como es bien sabido, si para los sistemas externos de seguridad el mecanismo de control pasa por la acreditación previa a solicitar por la entidad especializada encargada del servicio, en el caso de los sistemas internos viene representado por la auditoría²⁶. La brecha abierta entre ambos me-

²⁶ También es muy gráfica la diferencia trazada por algún autor entre el control *a priori* (acreditación) sobre los servicios ajenos y el control *a posteriori* sobre las modalidades pre-

canismos es evidente y, en buena medida, ha coadyuvado también a la señalada preferencia por la externalización. Veamos en qué medida. La acreditación se caracterizaría como un mecanismo que trata de controlar y valorar los medios y recursos de la entidad pero que, en puridad, no valora su actuación concreta respecto a las empresas a las que presta el servicio ni entra a examinar la idoneidad del modelo organizativo o la eficacia y adecuación del sistema preventivo implantado. Por el contrario, con la auditoría se valora precisamente esto último. Si a ello unimos que ha existido una especie de «demonización» de la figura y un cierto temor de las empresas a que el resultado de estos controles llegue a la Administración Laboral y los «incumplimientos» o los defectos sean pasibles de sanción, la auditoría ha jugado como acicate para inclinar la balanza hacia la externalización, siquiera sea para evitar este control «externo» del sistema.

Para concluir, baste también ahora con señalar que aunque el propio RSP realiza alguna llamada a la intervención de la negociación colectiva en esta materia y la misma, aun sin alterar el cuadro de modalidades existentes, podría introducir mejoras en el sistema, requisitos adicionales y, en especial, propiciar la utilización de los recursos internos, no puede decirse que su actuación en este campo sea digna de mención²⁷.

ventivas internas (auditoría), poniendo de manifiesto que, en este caso, además de la función de control, es un instrumento de gestión que pretende fomentar la calidad y la búsqueda de la excelencia, *vid.* GALLO FERNÁNDEZ, M.: «Los aspectos sanitarios en las evaluaciones externas de los sistemas de prevención: ¿Tratamiento peculiar u olvido?», en *Revista de la Sociedad Española de Salud Laboral en la Administración Pública*, núm. 5, vol. II, 2008, pág. 5. Por todos, *vid.* FERNÁNDEZ PERDIDO, L. F.: «Garantía de idoneidad de la actividad preventiva en el Reglamento de los servicios de prevención: cuestiones que plantea», en *RTSS (CEF)*, núm. 169/1997, pág. 65 y sigs.; MANZANO SANZ, F.: «Auditoría del sistema de prevención: una interpretación jurídica y técnica sobre su alcance», en *Boletín de Prevención de Riesgos Laborales*, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2004, BIB 2004/578; MOLTÓ GARCÍA, J.I.: *La auditoría del sistema de prevención de riesgos laborales en la empresa*, Aenor, Madrid, 2002; NIETO GÓMEZ DE SALAZAR, *La auditoría de prevención de riesgos laborales*, Serforum, Pamplona, 2001; RIVEIRA RICO, J. M. *et alii*, *Auditoría de los sistemas de Prevención de Riesgos Laborales*, Fundación Confemetal, Madrid, 2009; VIDA SORIA, J.: «La situación jurídica y la responsabilidad de los Servicios de Prevención ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad», en *AL 2004-II*, pág. 1785 y sigs.

²⁷ En este sentido, también algunos autores constatan cómo aunque la evolución del tratamiento de la seguridad y salud en la negociación colectiva es positiva, sigue sin abordar de manera eficiente, salvo supuestos excepcionales, un tratamiento complementario de la legislación y de adecuación y aplicación de la misma en función de las características de las empresas y sectores, en especial en el campo que ahora nos ocupa, DURÁN LÓPEZ, F. y BENAVIDES, F. G.: *Informe de Salud Laboral. Los riesgos laborales y su prevención*, España, 2004, Atelier, Barcelona, 2004, en especial, págs. 91 y 100.

III. LA «PRESENCIA» DE RECURSOS PREVENTIVOS EX ARTÍCULO 32 BIS LPRL

III.1. Una solución de mero «retoque»

A estas alturas huelga casi señalar que la Ley 54/2003, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales, constituyó la primera modificación de cierta enjundia de la Ley 31/1995, aunque, en realidad, fue mucho más visible el humo que levantó que el fuego que había detrás. No es difícil, por tanto, coincidir en que más allá de algunos aspectos en los que los cambios fueron de cierta importancia, en especial en relación con los mecanismos de control (auditorías y sanciones) o como detonante del desarrollo reglamentario del artículo 24 LPRL, estamos ante una solución de mero retoque²⁸. Según avanzaba la Exposición de Motivos de la norma, sus detonantes no eran otros que la constatación de un cumplimiento meramente formal o documental de las obligaciones preventivas y la falta de integración de la actividad preventiva en la empresa²⁹. Dos de las modificaciones más destacadas fueron, en primer lugar, la relativa al plan de prevención de riesgos laborales, considerado el instrumento para lograr la integración preventiva y la creación de una nueva «figura», los recursos preventivos, que parte de la necesidad de garantizar la presencia en la empresa de medios materiales y humanos para la prevención que, en cierta manera, como hemos tenido ocasión de señalar en trabajos anteriores, pretendió poner cierto coto a la externalización y, simultáneamente, servir para una mayor «implicación» del personal de la empresa, aspecto que no siempre queda garantizado, en las tareas preventivas.

Esta reforma legal fue seguida, aunque más de dos años después, de una «actualización» del texto del RSP plasmada en el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo³⁰. Una valoración global de la norma, en especial en relación con el aspecto que nos ocupa, sirve para constatar cómo nuevamente se perdió la oportunidad de acometer una reforma en profundidad del sistema preventivo que pasaba, necesariamente, por una alteración de las opciones empresariales respecto a las modalidades de organización de la actividad preventiva en la empresa y del propio régimen de funcionamiento de algunas de ellas. No obstante lo anterior, no pareció el momento oportuno

²⁸ Por todos, gráfico resulta el título del trabajo de CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: «La nueva regulación de la prevención de riesgos laborales: una solución de retoque», en *TL*, núm. 73, 2004, pág. 53 y sigs.

²⁹ Entre otros, FERNÁNDEZ GARCÍA, J. L. y DE LA FUENTE GARCÍA, D.: «La integración de la prevención en la cultura de la empresa», en *Gestión práctica de riesgos laborales*, núm. 35, 2007, pág. 26 y sigs. Interesante es también el trabajo de MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: «La inefectividad de la normativa de prevención de riesgos laborales y siniestralidad laboral en España: una relación de causa-efecto», en *RDS*, núm. 40, 2007, pág. 179 y sigs.

³⁰ *BOE* de 29 de mayo.

para incluir entre los objetivos de la norma ni el cambio hacia una mayor exigencia de recursos propios ni la modificación del régimen jurídico de los servicios de prevención ajenos que, huelga decirlo, constituyen, al menos en nuestro sistema, el sujeto por excelencia de la prevención de riesgos laborales. De esta forma, aunque se modifica, al menos parcialmente, algún elemento «material» clave del sistema, en especial el plan de prevención, y se incide en la relevancia de la integración preventiva, brillan por su ausencia los cambios en relación con los sujetos encargados de su realización y, en particular, en el claro protagonismo de los servicios externos ni, por ende, en el control a ejercer sobre su actuación, a diferencia de lo acontecido en relación con la auditoría. Tal y como se ha señalado con gran acierto, el concierto supone una quiebra de las exigencias de integración y además se da un problema de identificación del modelo preferente, la integración, mediante las modalidades que realmente lo garantizan o la externalización que en todo caso lo erosiona, con mayor o menor intensidad, según los casos³¹.

III.2. Integración de la prevención, reconocimiento implícito de los problemas de la externalización y consolidación del modelo

Este planteamiento del texto reglamentario resulta cuando menos llamativo si partimos de la base de que el pilar fundamental de la reforma de la LPRL vino constituido por la integración de la prevención en la empresa. Si tenemos en cuenta que este principio viene a implicar la necesidad de que la prevención se refleje en los procesos técnicos, en la organización del trabajo y en las condiciones en que se presta así como su integración en todos los niveles jerárquicos, con la correspondiente atribución a todos ellos de la obligación de incluir la prevención en las actividades a realizar y en las decisiones a adoptar, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 RSP, su cumplimiento va a resultar harto complejo en supuestos de externalización integral de la prestación de servicios de prevención. En estos casos, aun cuando el servicio sea prestado en las condiciones máximas de calidad y eficacia, es patente la desconexión entre el personal del servicio y la empresa, y entre la realidad de ésta última y la actividad preventiva. Algo agravado si tenemos en cuenta la realización estandarizada y generalizada de la evaluación y la planificación preventiva en las empresas que el técnico, en oca-

³¹ MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La reforma del marco reglamentario de la gestión preventiva “de” y “en” la empresa: otra desenfocada y confusa intervención normativa (comentario sistemático del Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo)», en *RTSS (CEF)*, núm. 281-2, 2006, pág. 88 y sigs.; DE LA CASA QUESADA, S. y GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *El plan de prevención de riesgos laborales en la empresa. Organización, evaluación y planificación*, Comares, Granada, 2009, pág. 14.

siones, no ha visitado siquiera una sola vez. Que el legislador debía ser consciente de esta realidad se demuestra en algunos de los pasajes más sorprendentes del Real Decreto 604/2006. Pongamos sólo un ejemplo. Aunque no en relación a estas últimas, y seguramente movido por la sentida necesidad de no «alterar» más preceptos de los «estrictamente» necesarios, estas visitas sí se imponen en el momento de la auditoría. En esta línea, exige la letra b) del artículo 30.3 RSP, que incluya un análisis de campo, para verificar que la documentación referida en el párrafo anterior refleja con exactitud y precisión la realidad preventiva de la empresa que puede realizarse aplicando técnicas de muestreo, y que conlleva la visita a los puestos de trabajo. Dificilmente cabría comprender la posibilidad de evaluar la eficacia del sistema sin un trabajo sobre el terreno, no obstante, se ha estimado necesario imponerlo como obligación del auditor.

En otro orden de consideraciones, es preciso resaltar que uno de los aspectos más novedosos de la reforma legal, es el atinente a la introducción de una nueva «figura» o de un nuevo deber empresarial reconducible a garantizar la «presencia» de los recursos preventivos en el centro de trabajo. La valoración que merece la regulación legal contenida en los artículos 32 bis LPRL y 22 bis RSP no es excesivamente positiva. La principal razón para nuestra mirada crítica a esta institución radicaría en que nuevamente nos encontramos con un remiendo incapaz de subsanar el enorme desatino de la situación de partida. En simplificada síntesis, tratamos de poner de manifiesto que el patente desajuste entre nuestro sistema y el Derecho Comunitario en el que resulta obligatoria la designación de trabajadores (recursos internos) y los servicios externos se plantean como subsidiarios, no sólo no se subsana con la asignación de la «presencia» sino que, a nuestro entender, viene a consolidarse. Esto es, nuestro ordenamiento incide nuevamente, pues no altera los pilares del régimen legal de los servicios, en la preferencia por el sistema externo, que actúa casi como una referencia por ser el mayoritariamente implantado en el tejido empresarial. No obstante, los abusos cometidos y las deficiencias detectadas quieren suplirse, para aquellos casos donde la necesidad de eficacia y eficiencia se muestra más imperiosa, con la garantía de la «presencia» de recursos preventivos que, no olvidemos, podrían provenir incluso del servicio ajeno, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 bis. 2.c) LPRL. Esta constatación como punto de partida para exigir la presencia aparece de manera diáfana en el Criterio Técnico número 83/2010, de 4 de marzo, de la Dirección General de la ITSS sobre la presencia de recursos preventivos³², que viene a señalar que «la figura de los recursos preventivos, con la que se pretende paliar uno de los déficits

³² Criterio que viene a derogar, si bien con algo de retraso, al anterior Criterio Técnico CT 39/2004, sobre presencia de recursos preventivos a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se dictó como norma transitoria mientras se producía el ajuste del RSP a la reforma legal.

constatados en la aplicación de la LPRL y es que, al haberse producido en muchas empresas un proceso de externalización de la actividad preventiva, de modo que ésta no se lleva a cabo con los propios medios de la empresa sino a través de unas soluciones admitidas por la propia ley, como son los servicios de prevención ajenos o los servicios de prevención mancomunados, ello ha traído como consecuencia una escasa presencia en los centros de trabajo de los técnicos de dichos servicios de prevención, más allá de la necesaria para llevar a cabo la evaluación de riesgos, la planificación de la actividad preventiva, la realización de cursos de formación y los exámenes para la vigilancia de la salud, en su caso».

De conformidad con lo anterior, nos encontraríamos ante una vía complementaria o de refuerzo de la modalidad implantada de organización preventiva exigible para determinadas actividades o circunstancias de especial riesgo, con la que parece darse por supuesto que con independencia de cuál sea aquélla no queda garantizada la «presencialidad» de los recursos. Sin lugar a dudas, en realidad es en el supuesto del servicio de prevención ajeno donde mejor se entiende cuál es la finalidad perseguida con esta nueva figura que entra en escena en el campo preventivo y las deficiencias que se intentan subsanar, aspecto más difícil de comprender cuando la modalidad organizativa implantada en la empresa es la interna. En este sentido, la doctrina³³ se ha mostrado bastante crítica con la solución legal que supone la multiplicación del número de recursos humanos preventivos, de naturaleza y entidad diversas, que no dota al sistema de mayor eficacia, sino que puede plantear problemas en términos de unidad y coherencia. Objeciones que son fáciles de compartir.

III.3. La asignación de la «presencia»: algunos apuntes

El análisis de la regulación sobre la presencia de recursos preventivos, con sus referencias a capacidad suficiente, medios necesarios, suficientes en número, presencia durante el tiempo que se mantenga la situación motivadora y así sucesivamente, recuerda bastante a otros preceptos legales, en especial a la imprecisa regulación del trabajador designado. Pero, además, es un modélico paradigma de la indeterminación que caracteriza a la normativa preventiva y que tantos problemas está acarreado en la práctica.

³³ MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los servicios de prevención...», *op. cit.*, pág. 113; MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La reforma del marco reglamentario...», *op. cit.*, pág. 94. En esta misma línea se mueve RAMOS QUINTANA, M. I.: «El marco normativo de la prevención de riesgos laborales: aspectos críticos de la reforma introducida por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre», en *RL*, núm. 2, 2005, pág. 21, para quien da la impresión de que las necesidades de atención de la prevención se cubren creando múltiples órganos de naturaleza y composición diversa, lo cual puede repercutir negativamente en el desarrollo de una actuación más unitaria y coherente.

El artículo, aparte de denotar la necesidad de la «presencia», suscita algunas dudas acerca de qué o quiénes sean los recursos preventivos. No es raro encontrar aproximaciones a los mismos entendidos como nuevos «sujetos» de la prevención, seguramente porque el enfoque del precepto es más bien subjetivo, pues centra de manera especial la atención en los sujetos a quienes se puede asignar la presencia (trabajadores designados, miembros de los servicios propios o ajenos, otros trabajadores que cumplan determinados requisitos...). No obstante, no es fácil delimitar sus perfiles, pues a este componente subjetivo parece añadirse también uno de tipo objetivo, pues la presencia atañe también a los recursos materiales.

Bajando un poco más al terreno de los ejemplos, resulta patente que, y de muestra basta un botón, en el caso de la designación de trabajadores, se quiere poner un parche a otro error de diseño inicial del sistema: la imprevisión de una dedicación mínima exigible para los trabajadores designados o de su dedicación exclusiva a las tareas preventivas. Y ello es lo que determina que, por esta vía indirecta, se venga a exigir que estén presentes cuando se realizan determinadas tareas o actividades cuyos riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo, cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales o por requerimiento de la Inspección de Trabajo. Estas circunstancias, objeto de desarrollo en el RSP (tras su modificación por Real Decreto 604/2006), pueden determinar la necesidad de la presencia de forma meramente transitoria o bien más o menos permanente, en función del caso concreto. De nuevo se reitera aquí una enorme imprecisión normativa que lleva a plantear cuestiones similares a las que ya ha generado la regulación de los trabajadores designados³⁴, en particular problemas en relación a la «asignación» de la presencia, a la necesidad o no de conformidad por parte del trabajador, la dedicación, exclusividad, efectos sobre su categoría profesional, garantías y otras análogas.

Esta nueva figura también plantea dudas de importante calado respecto a microempresas que hayan optado por la asunción personal de la actividad por el empresario. En primer lugar, habrá que tener en cuenta que dado que nos movemos en el terreno de las actividades especialmente peligrosas, en el caso de las listadas en el anexo I del RSP, esta vía de organización de la actividad preventiva ha quedado ya, lógicamente, excluida. A ello hay que

³⁴ Por todos, sobre esta modalidad, GÁRATE CASTRO, J.: «Organización de la prevención mediante la designación de uno o varios trabajadores», en *RGDTSS*, núm. 4, 2003; RODRÍGUEZ PASTOR, G.: «La designación de uno o varios trabajadores de la empresa», en *Revista Alcor de mgo*, núm. 4, 2005, pág. 29 y sigs. Algunas de estas cuestiones son objeto de atención por el Criterio Técnico 83/2010, ya citado, en especial, pág. 14 y sigs.

añadir que si bien es verdad que puede ser bien recibido que se excluya al empresario de la posibilidad de asumir también la «presencia», a fin de evitar que estas empresas tengan un sistema que no garantice la eficacia de las políticas preventivas, viene a suponer un escollo para el cumplimiento de sus obligaciones por parte de las mismas y quizás impone la necesidad de recurrir a un servicio externo para que actúe como recurso preventivo. Por otra parte, veladamente, parece partir de una «desconfianza», siempre implícita en el marco legal, por esta fórmula de organización de la prevención. No obstante, esta tendencia ha sufrido un giro importante en tanto el Real Decreto 337/2010 amplía notablemente su posible campo de actuación, incrementando el tamaño de la plantilla para optar por esta modalidad hasta alcanzar el número de diez, como ya adelantara la Estrategia Española. Y teniendo en cuenta que, como veremos, el Real Decreto 404/2010 prevé bonificaciones que descansan en la internalización de los recursos, incluida la utilización de esta vía.

Para concluir, baste ahora con poner de manifiesto que de los objetivos generales de la Ley 54/2003, esto es, combatir la siniestralidad, fomentar la cultura preventiva a través del cumplimiento real de la normativa, integración de la prevención en el sistema de gestión empresarial y mejora del control del cumplimiento, esta medida enlaza de modo especial con este último que, además, debiera ser real y efectivo. Y es que la nueva figura, mecanismo complementario destinado a vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas³⁵, trae irremediamente a la memoria el antiguo vigilante de seguridad cuyo régimen jurídico se regulaba en el derogado artículo 9 OGSHT³⁶. Difícilmente la configuración legal de este recurso, que viene a complicar el panorama de los actores de la prevención, cumple el objetivo prioritario de lograr la integración de la prevención en la empresa y el fomento de la cultura preventiva³⁷, que sólo se verían de algún modo favorecidos con un cambio en las modalidades organizativas. Seguramente, aunque hay que incidir en la sensibilización y la formación de trabajadores y empresarios, la efectiva internalización de los recursos (en especial, la designación de trabajadores), contribuiría a la integración preventiva. A lo que habría de añadirse la necesaria fijación de ciertos límites a la externalización.

³⁵ En este sentido, algún autor plantea la novedad y la modificación sustancial del panorama sobre la forma de organizar la prevención que el recurso preventivo conlleva, pues resulta patente que en la enumeración legal de las funciones del servicio contenidas en el artículo 31.3 LPRL, en modo alguno se hace referencia a la vigilancia del cumplimiento de la actividad preventiva, LUQUE PARRA, M.: «Recursos preventivos: una conceptualización compleja a la luz de las últimas reformas normativas», en *IUSLabor* 1/2007, pág. 3.

³⁶ Orden de 9 de marzo de 1971, por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (*BOE* de 16 de marzo).

³⁷ Para la doctrina, la auténtica cultura preventiva es cuestión que está y debe estar a cargo directamente de la organización empresarial, que no es favorecida con el fraccionamiento de la prevención propiciado por nuestra normativa, *vid.* VÁZQUEZ MATEO, F.: «Algunos condicionamientos jurídico-sociales...», *op. cit.*, págs. 20-21.

Téngase en cuenta que la regulación del recurso preventivo permite situaciones donde se aprecia una marcada falta de lógica, de coherencia interna y se palpa que el legislador no es capaz de apostar sin ambages por la integración de la prevención en la empresa y en consonancia con el contenido de dicho principio, por los sistemas internos de seguridad. Así, valga como ejemplo el Criterio Técnico antes enunciado que en relación a los sujetos a los que se puede asignar la presencia, considera que en el supuesto de que la empresa cuente con un modelo interno de organización preventiva, no hay impedimento legal para que dicha empresa efectúe un concierto específico con un servicio de prevención ajeno para que un miembro del mismo asuma las funciones de recurso preventivo. Es fácil coincidir en la inexistencia de obstáculo legal para una operación de este tipo, pero estaríamos ante una nueva muestra de los desajustes de la norma legal, su enrevesamiento y los resultados «indeseados» (al menos indeseables) a los que es capaz de conducir.

IV. EL TÍMIDO FOMENTO DE LA UTILIZACIÓN DE RECURSOS INTERNOS EN EL REAL DECRETO 337/2010, DE REFORMA DEL RSP

IV.1. Los objetivos principales de la Reforma

El Real Decreto 337/2010, ya citado, responde íntegramente a la adaptación del ordenamiento jurídico a los objetivos fijados por la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo para el período 2007-2012. En tal sentido, su propio preámbulo señala que en la modificación del Reglamento de los Servicios de Prevención, pueden distinguirse dos áreas temáticas: la dirigida a facilitar el cumplimiento de la normativa de prevención a las empresas, en particular a las pequeñas y medianas, de un lado y, de otro, la encaminada a mejorar la calidad y eficacia de los sistemas de prevención de riesgos laborales, con especial atención a las entidades especializadas que actúan como servicios de prevención. En este último campo son notorios los cambios introducidos en materia de acreditación y en la regulación del concierto de la actividad preventiva. Por el contrario, se echa en falta en el texto una apuesta específica por el cumplimiento del objetivo de fomentar la utilización de los recursos propios en el desarrollo de la actividad preventiva también presente en la Estrategia. En su objetivo 2.º, centrado en la mejora de la eficacia y la calidad del sistema de prevención, poniendo un especial énfasis en las entidades especializadas de prevención, se hace mención expresa a que «a lo largo del período de ejecución de esta Estrategia, y adecuando las características de los recursos propios de las empresas a su realidad, se fomentará un sistema preventivo centrado en la incentivación y el máximo aprovechamiento de los recursos preventivos propios de la empresa y en el que se perfeccione la complementariedad de los recursos ajenos».

El planteamiento del Real Decreto 337/2010 contrasta con lo acontecido en el ámbito de las Administraciones Públicas, ya que el Real Decreto 67/2010, de 29 de enero, de adaptación de la legislación de Prevención de Riesgos Laborales a la Administración General del Estado³⁸ sí que incide en la potenciación de los recursos propios (art. 1) y en dar prioridad, con carácter general, a la constitución de servicios propios, contratando temporalmente las actividades preventivas difíciles de asumir por su complejidad técnica (art. 7). Si bien en este caso, además de los objetivos prioritarios de la Estrategia a los que alude el preámbulo, en especial, lograr un mejor y más eficaz cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, mejorar la eficacia y calidad de las actividades preventivas y favorecer la implicación de los empleados públicos en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo concurren, como es notorio, razones de diversa índole.

IV.2. Algunos tímidos movimientos hacia el fomento de los recursos internos

Pues bien, aunque a primera vista el Real Decreto 337/2010 permite extraer la conclusión recién apuntada, un examen detallado de sus preceptos deja percibir que, si bien de forma bastante tímida, indirecta e, incluso, casi soterrada, aspecto harto criticable, se dan algunos pequeños pasos hacia dicho fomento e, incluso, hacia el recurso a entidades externas no tanto o no sólo en casos de prestación «integral» del servicio sino como mecanismo complementario a los sistemas internos.

En primer lugar, puede constatarse cómo la propia norma introduce una declaración genérica que apunta a la dirección señalada en el texto, aunque resulta claramente insuficiente y del todo punto ineficaz. Al decir del artículo 20 RSP en su nueva redacción, «Cuando el empresario no cuente con suficientes recursos propios para el desarrollo de la actividad preventiva y deba desarrollarla a través de uno o varios servicios de prevención ajenos a la empresa, deberá concertar por escrito la prestación». Si bien estamos ante una afirmación acompasada con lo preceptuado en la DM y que parece partir de la prelación del recurso a medios propios sobre la externalización, de forma que los empresarios acudirían al servicio de prevención sólo en tales circunstancias, esta declaración de buenas intenciones choca con un escollo prácticamente insalvable. Esto es, en modo alguno el Real Decreto 337/2010 viene a modificar los artículos centrados en la designación de trabajadores o en el servicio de prevención propio, por tanto, la opción por el servicio ajeno sigue siendo prácticamente libre para el empresario (salvando los supuestos contemplados en el art. 14 RSP). O lo que es tanto como decir

³⁸ BOE de 10 de febrero.

que el recurso a servicios ajenos no queda limitado, en forma alguna, a los supuestos en que el empresario no cuente con suficientes recursos propios. Problema que se hubiera solucionando modificando aquéllos preceptos y, por consiguiente, dando cumplimiento, aun con retraso, a la transposición de la DM y a la interpretación del TJCE ya analizada. De nuevo asistimos a lo que parece un temor reverencial del Gobierno a reformar en profundidad el RSP. Lo que queremos poner de manifiesto es que, aunque en este artículo en concreto parezca acogerse una concepción de los servicios externos acorde con la normativa comunitaria, esto es, como recurso que viene a suplir o a completar la insuficiencia de medios internos, será difícilmente aplicable si en distintos preceptos anteriores se permite al empresario el recurso a las entidades especializadas, sin que concurran dichas circunstancias. Es más, choca frontalmente con la referencia contenida en el propio texto reglamentario relativa a que procederá el recurso a trabajadores designados en caso de no optar por otra modalidad distinta. Aun cuando la intención del texto legal sea loable, se muestra incapaz de alcanzar su finalidad en orden a la restricción del recurso indiscriminado y pleno a servicios ajenos, sin acudir a un cambio en las estructuras sobre las que se ha cimentado el sistema preventivo en las empresas.

IV.2.1. Documentación simplificada, ampliación de la asunción personal y exención de auditorías para PYMES

El Real Decreto 337/2010 incluye un bloque de medidas destinado a facilitar el cumplimiento de las obligaciones legales por parte de las PYMES, aligerando algunas cargas, medidas que, aun de forma indirecta, pueden arrojar un saldo positivo a favor de la implantación de sistemas internos de seguridad. Así, una primera modificación pasa por la previsión de una documentación simplificada o un único documento para las PYMES (de hasta 50 trabajadores), de conformidad con el nuevo apartado 4 del artículo 3 RSP, con el apoyo de una guía del INSHT (DF 1.^a). Visto el escaso éxito y la nula acogida de los cambios legislativos y la ineficiencia de la normativa preventiva, ahora sólo queda esperar que se pongan los medios para que tanto el INSHT como el resto de Administraciones Públicas implicadas logren, a través de la formación, la sensibilización, la promoción, la inversión y la asistencia, que se prime la efectiva realización al menos de evaluaciones básicas de seguridad que permitan planificar la adopción de medidas preventivas eficaces y adecuadas a los riesgos, el tamaño de la empresa y sus posibilidades económicas, ajustando por fin el alcance de las abiertas obligaciones preventivas a su concreto ámbito de aplicación.

Aunque este cambio en relación con la documentación es sumamente positivo, el de simplificación es un principio que ha venido abanderando el

propio Instituto desde hace algún tiempo, aunque ha sido negado frontalmente por la práctica que ha impuesto una documentación larga y farragosa que el empresario ni siquiera ha leído y se ha limitado a conservar a disposición de la Administración Laboral. Así ya la NTP 591³⁹ viene a sostener que el sistema documental debe ser lo más simplificado posible a fin de evitar que los documentos, por importantes que éstos sean, se conviertan en el eje central de las actuaciones, sino que al contrario se reduzcan simplemente a ser las herramientas indispensables para el buen control y desarrollo de éstas. La burocratización del sistema preventivo va en detrimento de una eficiente implantación del mismo y la constancia documental no garantiza la eficacia del sistema preventivo por ella misma, que habrá de ser verificada a través de la visita a los lugares de trabajo y la opinión recabada de los principales destinatarios del sistema, los trabajadores, lo que en realidad habría de demostrar que el sistema está implantado.

La anterior previsión normativa podría fomentar que esta tipología de empresas, al ver simplificada la tarea preventiva, al menos desde un punto de vista formal y burocrático, se inclinaran por un sistema interno, en especial el todavía alto porcentaje de empresas que declara no haber adoptado ninguna modalidad preventiva⁴⁰. De modo particular, por la asunción personal por el empresario del desarrollo de la actividad preventiva, habida cuenta que se permite ahora esta modalidad organizativa a las empresas de hasta diez trabajadores (con anterioridad menos de seis), según dispone la nueva redacción del artículo 11.1 RSP. Ahora bien, tampoco es que esta modalidad resulte ser la panacea en materia preventiva, puesto que siempre han planeado sobre la misma las pertinentes dudas acerca de la eficacia y objetividad de las decisiones sobre las medidas a adoptar si la prevención la gestiona el propio empresario.

Por otro lado, en relación con empresas de hasta 50 trabajadores, que no se dediquen a una actividad del anexo I RSP, realicen actividades preventivas con recursos propios y donde la eficacia del sistema preventivo resulte evidente sin necesidad de recurrir a una auditoría por el limitado número de trabajadores y la escasa complejidad de las actividades preventivas, se considerará que han cumplido la obligación de la auditoría cuando cumplimenten y remitan a la autoridad laboral una notificación sobre la concurrencia de las condiciones que no hacen necesario recurrir a la misma según modelo establecido en el anexo II, siempre que la autoridad laboral no haya aplicado lo previsto en el apartado 4 de este artículo (art. 29.3 RSP, en su nueva redacción). Esta notable ampliación de la exención de la auditoría externa vuelve a poner en el centro de atención la posible ilegalidad en este punto del RSP,

³⁹ NTP 591: Documentación del sistema de prevención de riesgos laborales (III): registros documentales, INSHT.

⁴⁰ En este sentido se pronunciaban DURÁN LÓPEZ, F. y BENAVIDES, F. G.: «Informe de Salud Laboral...», *op. cit.*, págs. 29-30.

puesto que, como en su momento se pusiera de manifiesto, esta regulación no cuenta con una habilitación legal expresa. No obstante lo anterior, sí es preciso volver a resaltar, en línea con lo apuntado *supra*, que la auditoría ha supuesto en cierta medida un freno para la utilización de recursos propios. Ahora bien, pese a la loable declaración de intenciones de la norma, no es seguro que este último paso no suponga una merma de la calidad y/o eficacia del mencionado sistema.

Aunque sea muy sucintamente, nos parece conveniente resaltar otra modificación introducida en el régimen legal de la auditoría. Resulta llamativo, cuando menos, que el plazo para su realización (cuatro años o dos si se trata de una actividad del anexo I RSP) se vea ampliado en dos años en los supuestos en que la modalidad de organización preventiva de la empresa haya sido acordada con la representación especializada de los trabajadores en la empresa (ex art. 30.4 RSP). La finalidad perseguida por la norma de conseguir el fomento de la participación, la colaboración y el acuerdo entre empresarios y trabajadores en esta materia resulta evidente e, incluso, elogiable. Ahora bien, plantea una doble incógnita. En primer lugar, qué repercusión sobre la eficacia del sistema, que es lo que la auditoría trata de reflejar, tiene el acuerdo que se haya podido alcanzar sobre la modalidad preventiva. Y, en segundo lugar, si la importancia de la intervención de los representantes de los trabajadores y, en su caso, del acuerdo debería radicar, de forma especial, en el fomento del uso de los recursos propios y frenar la utilización desmedida de los servicios externos, o al menos así lo entendemos nosotros, por qué ha de desplegar su influencia sobre la auditoría que, como es bien sabido, y aunque esta restricción ha recibido duras críticas doctrinales, sólo se ha previsto como obligatoria en relación con los sistemas internos de seguridad.

En este sentido, debería realizarse también un mayor esfuerzo en aras al fomento de las auditorías voluntarias, a los incentivos a la realización de auditorías en todos los sistemas de seguridad y a proyectar una visión de las mismas, no como un control encaminado a detectar incumplimientos y transgresiones, sino a la mejora constante y progresiva de la prevención de riesgos laborales en la empresa. Asimismo, seguramente sería preciso un mayor control sobre la actividad que desarrollan las empresas auditoras.

Si, como pretendidamente señala la norma, se dota al sistema de prevención de riesgos laborales de fortaleza y solidez, las modificaciones no se deberían haber limitado casi de forma exclusiva a los requisitos de las entidades especializadas y de manera especial al procedimiento de acreditación. Quizás el decidido e indubitado impulso del recurso a sistemas internos de seguridad e, incluso, la extensión de los supuestos en que su utilización deviene obligatoria se ha visto mermado por la sentida necesidad de «salvaguardar el papel que dicho sistema otorga a las entidades especializadas, definiendo mejor tanto los requisitos de acreditación como el campo de actuación (y de exclusión) de tales servicios» reflejada en el propio preámbulo.

Aquí podríamos encontrar una justificación, sin duda más que discutible, a la timidez de la reforma. De todas formas, la formulación empleada se muestra ambigua en exceso, pues si bien el ámbito de actuación está bastante claro, y como hemos puesto de manifiesto, es quizás amplio en demasía, no es fácil entender cuál sería el campo de exclusión. Y ello en la medida en que incluso en los supuestos donde la utilización de recursos propios es obligatoria (constitución de servicios de prevención), el complemento a los mismos, cuando resulte necesario, viene de la mano de los recursos externos siendo en algún caso, incluso, como vimos, intercambiable.

IV.2.2. *Los servicios de prevención mancomunados*

Un paso importante en la dirección que venimos apuntando puede rastrear-se en los cambios operados respecto a los servicios de prevención mancomunados, modalidad que, ahora más que antes, muestra su naturaleza híbrida. Por un lado, es patente el nuevo acercamiento a los requisitos de los servicios de prevención ajenos, si bien con una cierta modulación al tenerse presente el criterio de potenciación de los recursos propios que también marca la Estrategia que, como vemos, se ha traído a colación por el Real Decreto sólo de manera muy tangencial. En este sentido, si acudimos al actual artículo 21 RSP, es fácil apreciar esta aproximación al régimen jurídico de los servicios ajenos. Básicamente desde el momento en que para poder constituirse, aunque se admite que cuenten solamente con tres disciplinas preventivas (en lugar de cuatro), deben disponer de los recursos humanos y materiales mínimos equivalentes a los exigidos para estos últimos, adecuados a la actividad de las empresas. Aunque el precepto legal reitera imprecisiones que ya se contenían en el texto anterior como la posibilidad de que se constituya un servicio de este tipo entre empresas que desarrollen su actividad «en un área geográfica limitada», resuelve algunas de las cuestiones que la doctrina había planteado. En primer lugar, es de destacar que viene a aclarar que «*las empresas que tengan la obligación legal de disponer de un servicio de prevención propio no podrán formar parte de servicios de prevención mancomunados constituidos para las empresas de un determinado sector, aunque sí de los constituidos para empresas del mismo grupo*»⁴¹. De esta cuestión se habían ocupado distintos autores y mientras unos consideraban que las empresas obligadas a tener un servicio propio debían constituirlo conforme a las prescripciones legales siendo insuficiente uno mancomunado, otro sector venía entendiendo que bien podría tratarse de una relajación de los requisitos legales para las empresas y una forma de facilitar el cumplimiento⁴². Pues bien, ahora la nor-

⁴¹ Formulación que repite literalmente lo establecido en el punto 2.2 del objetivo 2 de la Estrategia Española.

⁴² En esta línea se pronunciaba SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Aspectos jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales», en AS, núm. 17, 1998, pág. 47.

ma se decanta, y con ello claramente por los recursos propios, por la primera de las soluciones, habida cuenta que, en puridad, el servicio mancomunado, aunque reciba la consideración de servicio propio de las empresas participantes, está mucho más cercano al servicio ajeno⁴³. No obstante, y aun cuando esta aclaración pueda ser bien recibida, suscita dos cuestiones ulteriores. En primer lugar, resulta llamativo que se excluya la posibilidad en el caso de las empresas de un determinado sector pero sí se permita dentro del grupo, cuando la legislación laboral española viene ignorando, pese a las sucesión de reformas acometidas, el concepto «laboral» de grupo, que no aparece definido, no se contempla como empleador ni se solventa la problemática ni los posibles efectos de su actuación sobre los trabajadores. En segundo lugar, sorprende que sólo se aluda a los servicios mancomunados de sector y de grupo y no se aclare qué ocurre si son empresas que desarrollan actividades en un mismo centro de trabajo, edificio o centro comercial, más si tenemos en cuenta que este es, sin lugar a dudas, el ámbito más indicado para la constitución de este tipo de servicios. Entre otras razones, en la medida en que su mediación puede contribuir de forma patente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 24 LPRL (y Real Decreto 171/2004), en aras a la coordinación preventiva.

IV.2.3. *Modificaciones en el contenido del concierto*

Para concluir, baste con mencionar que se da al concierto de la actividad preventiva un contenido más expandido que con anterioridad que va a entrar en juego «salvo que las actividades se realicen con recursos preventivos propios». De esta forma, implícitamente al menos, se viene a distinguir entre los supuestos de prestación «integral» del servicio por la entidad, donde deben especificarse las tareas a realizar y el servicio asume una serie de compromisos y obligaciones y los de prestación «complementaria», en los que se recurre al servicio que realiza determinadas tareas como complemento a las que se desarrollan con medios propios. Resulta fácil constatar, pese a las distintas voces críticas alzadas frente a esta situación, que está notablemente extendida la prestación integral, de forma que es la entidad la que se encarga de las tareas preventivas en su totalidad, en perjuicio de la faceta complementaria de los servicios ajenos. Esta última garantizaría, sin lugar a dudas, la mayor implicación de los trabajadores y una mejor integración de la actividad preventiva en la empresa, que se vería complementada con la

⁴³ En este sentido, este planteamiento era el que acogían también los Tribunales antes de la reforma del RSP, así la cántabra, de 23 de noviembre de 2004 (AS 3249), consideraba que estábamos ante un Servicio de prevención que «desde la perspectiva jurídica, tiene el carácter de servicio de prevención propio; si bien, desde un punto de vista funcional, se aproxima más a un servicio de prevención ajeno, pues sus actividades se realizan para que sean compartidas por dos o más empresas asociadas expresamente para esta finalidad».

dosis de capacitación, interdisciplinariedad y especialización aportadas por el servicio ajeno, en especial en determinadas tareas difíciles de asumir exclusivamente con medios propios, sobre todo en el caso de las PYMES.

V. EL REAL DECRETO 404/2010: EL NUEVO SISTEMA DE INCENTIVOS EN LAS COTIZACIONES Y LOS RECURSOS INTERNOS

V.1. El desarrollo reglamentario del tan ansiado sistema *bonus-¿malus?*

En fecha reciente ha visto la luz el Real Decreto 404/2010, ya aludido, que establece un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral⁴⁴. La trascendencia de la mencionada norma es, al menos, doble. En primer lugar, viene a dar cumplimiento a la tan anunciada intención de establecer un sistema de *bonus-malus* en las cotizaciones de la Seguridad Social. No obstante lo anterior, a la hora de la verdad, seguramente por motivos de oportunidad política y de índole económica, se ha optado únicamente por el aspecto de incentivo, sin penalizar a las empresas. La motivación dada por su propio preámbulo radica, por un lado, en la existencia del recargo de prestaciones y de la actuación de la Inspección de Trabajo, aunque se anuncian los estudios pertinentes sobre la oportunidad de un sistema de incremento de las cotizaciones. Por un lado, resulta positivo que se ponga sobre el tapete el tema del recargo pues, sin dudas, el sistema de *bonus-malus* está en clara conexión con el sistema de compensación por accidente y con el complejo panorama en materia de responsabilidades por incumplimientos de la normativa preventiva, necesitado, como es bien sabido, de una reforma en profundidad⁴⁵. Sin embargo, nos parece que se busca más una medida que pueda ser bien acogida por los empresarios, que al menos sobre el papel sea ofrecida como un incentivo a

⁴⁴ Puede verse, GRAU PINEDA, C.: «Novedades normativas: Real Decreto 404/2010 o sistema *bonus-malus*», en *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 71, mayo de 2010, pág. 24 y sigs.

⁴⁵ La doctrina en esta materia es más que abundante, no obstante, nos limitaremos a la cita de dos trabajos más o menos recientes por sus referencias explícitas en sus propuestas tanto a este tipo de sistema como a otras técnicas de *bonus-malus*, *vid.* DEL REY GUANTER, S. (Dir.) y LUQUE PARRA, M. (Coord.), «Responsabilidades en materia de seguridad y salud laboral. Propuestas de reforma a la luz de la experiencia comparada», en *La Ley*, Madrid, 2008, pág. 251 y sigs.; GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B. y LAHERA FORTEZA, J.: «Propuesta de reforma del sistema de compensaciones económicas en los accidentes de trabajo», en *RL*, núm. 7, 2010, La Ley 2281/2010, en especial pág. 7 y sigs., donde se propone la existencia de un seguro privado de responsabilidad empresarial que actuaría dentro de una lógica de *bonus-malus* favorable a la prevención, aunque no descartan un sistema de este tipo ligado a la siniestralidad como ya proponía el conocido informe Durán.

la eficacia de la prevención y que pueda ser apreciada en términos de rebaja en las cotizaciones, que siempre figura en la agenda de reivindicaciones de la patronal. No obstante, no hay que excluir la posibilidad de que con esta actuación se pueda poner en peligro la relación entre ingresos y gastos del sistema, puesto que sólo se premia y no se penaliza⁴⁶.

Pues bien, aun cuando cualquier tipo de actuación en este sentido debe ser bien acogida, en especial, si consideramos que debiera ser el primer paso de una larga batería de medidas encaminadas al fomento y la promoción de la Prevención de Riesgos Laborales, de forma si cabe más acuciante en épocas de dificultades económicas para las empresas como la actual⁴⁷, el mecanismo escogido, las dificultades para su aplicación, lo limitado de los beneficios en el caso de las PYMES y otras cuestiones hacen que quede bastante en entredicho, al menos a nuestro modo de entender la cuestión, la eficacia que la norma vaya a desplegar en orden a la disminución de la siniestralidad y, más aún, al fomento de la prevención.

Resulta evidente que esta posibilidad, aparte de tener pleno encaje en el artículo 5 LPRL, venía expresamente contemplada en el artículo 108.3 LGSS. Aspecto al que alude también el artículo 73 del mismo texto legal. Con anterioridad, la DA 61.^a de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 había anunciado un estudio por parte del Gobierno sobre la posibilidad de establecer sistemas de reducción de la cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales en los supuestos de empresas que acrediten que su índice de siniestralidad es reducido en relación con el que corresponde en su sector de actividad. Un paso en este sentido lo constituyó también la aprobación de una nueva tarifa de primas de cotización más simplificada y actualizada en relación con las mencionadas contingencias⁴⁸. Firme intención del Gobierno que tuvo también su reflejo en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2007-2012. Ahora bien, si esta es la base legal a la que alude el preámbulo del Real Decreto 404/2010, parece olvidar que la regulación llega con notable retraso, en la medida en que en las propuestas de la Mesa de Diálogo Social en materia de Prevención de Riesgos Laborales, aprobadas el 30 de diciembre de 2002, en la que suele situarse el germen de la Ley 54/2003, se afirmaba que este sistema debía ponerse en marcha a lo largo de 2003.

⁴⁶ Sobre esta cuestión, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «La técnica *bonus-malus* aplicada a la prevención de riesgos laborales», en *RGDTSS*, núm. 1, 2003, www.iustel.es, págs. 10 y 11.

⁴⁷ Puede verse, TEIXIDÓ COMPÁS, P.: «La prevención en épocas de crisis», en *Prevención: Revista técnica de seguridad y salud laborales*, núm. 189, 2009, pág. 20 y sigs.

⁴⁸ Por todos, PIÑERO DE LA FUENTE, A. J.: «La nueva tarifa de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y demás novedades en materia de Seguridad Social que incorpora la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007», en *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 1, 2007, Ln-3 y sigs. En la actualidad, debe consultarse la DF 8.^a de la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (*BOE* de 24 de diciembre).

Además, ya el Informe Durán había apostado por utilizar la técnica *bonus-malus* pero con notables diferencias respecto a la que ha terminado por implantarse⁴⁹.

V.2. Algunas consideraciones críticas

No pretendemos realizar un análisis pormenorizado del Real Decreto 404/2010, por evidentes razones temporales y espaciales y puesto que no resulta esencial para los objetivos de este estudio, ceñido a poner de manifiesto en qué modo, y pese al silencio del preámbulo de la norma, ésta juega un papel más o menos relevante a la hora de abrir un camino decidido hacia el fomento de la utilización de recursos propios en detrimento de los externos. No obstante lo anterior, antes de entrar en esta concreta cuestión, basten unas consideraciones generales sobre el sistema de incentivos aprobado, en especial a la vista de su comparación con el que se preveía en el documento de la Mesa de Diálogo Social antes mencionado. En primer lugar, la configuración del sistema, la exigencia de inversiones «cuantificables» que, seguramente, dado el notable retraso de la norma y la incerteza sobre su aprobación, las empresas no habían realizado o no pueden acreditar, la perentoriedad del plazo de solicitud (que finaliza el 15 de mayo) y la escasa cuantía de las bonificaciones (no obstante acompañadas con el límite impuesto por el propio art. 108.3) que tienen como tope máximo la cuantía de las inversiones y que son mucho más reducidas para las pequeñas empresas, no apuntan a que estemos ante un verdadero acicate para incentivar la reducción de la siniestralidad⁵⁰. Al menos, de momento, en esta su primera «edición» no parece haber despertado el interés que cabía esperar de una medida tan ansiadamente esperada.

En cuanto a los índices de siniestralidad (general y extrema) que la empresa no debe haber superado, resulta cuando menos llamativo que a pocos días de concluir el plazo para la solicitud no se haya procedido a la aprobación y publicación de la pertinente Orden Ministerial. Además, seguramente, la explícita exclusión de estos índices de los accidentes *in itinere*, lógica si tenemos en cuenta su alto porcentaje y la incidencia en ocasiones de la propia conducta imprudente del trabajador u otro conductor en su gestación, podría ser conectada con la referencia en aquel documento a que los indicadores de siniestralidad contemplarán únicamente los accidentes que deben ser objeto de la acción preventiva por parte de la empresa. No obstante

⁴⁹ Sobre esta cuestión, *vid.* VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «La técnica *bonus-malus* aplicada...», *op. cit.*, en especial, pág. 17.

⁵⁰ Esta misma impresión se había ya extraído de la propuesta de la Mesa del Diálogo Social, *vid.* VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: «La técnica del *bonus-malus* aplicada...», *op. cit.*, pág. 9.

lo anterior, el alto grado de imprevisibilidad e inevitabilidad que concurre en tales siniestros, no obsta la existencia de campañas de sensibilización, información de seguridad vial u otras medidas preventivas. Lo anterior hubiera aconsejado acoger las propuestas de la doctrina en el sentido de utilizar el concepto de daños derivados del trabajo empleado por el artículo 4.3 LPRL.

Además, entre las propuestas se incluía la aplicación del beneficio en función del número de trabajadores de la empresa, con la previsión de que el mismo sea extensible a la mayor parte de las mismas. El sistema que ahora se nos presenta va más allá en esta intención y señala que puede ser aplicable a todas las empresas que coticen a la Seguridad Social por contingencias profesionales (art. 2.1 del Real Decreto 404/2010). No obstante lo anterior, un análisis de los términos de la regulación, permite fácilmente apreciar que está pensando en las grandes empresas y en las grandes cuentas de cotización, siendo las bonificaciones para las pequeñas empresas casi testimoniales, situándose el tope máximo para el primer período en 250 €.

Baste apuntar tres reflexiones adicionales. La primera, pasa por llamar la atención sobre el riesgo cierto que conlleva un sistema de este tipo en cuanto a la infradeclaración de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, práctica que viene siendo una vieja conocida en especial en grandes empresas a efectos de acreditaciones de la calidad o de participación en otro tipo de programas donde se incentivan o se premian las bajas cifras de siniestralidad laboral. La segunda, que de nuevo corremos el peligro de que lo «acreditado» por el empresario en su autodeclaración [ex art. 2.f) Real Decreto 404/2010] no sea el fiel reflejo de la realidad que presenta la empresa en cuanto al cumplimiento de los requisitos básicos en materia de prevención de riesgos laborales. A estos efectos, aunque siempre es positivo el fomento de la implicación de los representantes de los trabajadores en este campo, quizás en la práctica vaya a resultar insuficiente el control situado en manos de los delegados de prevención. De todas formas, se prevé la devolución del incentivo y la exigencia de responsabilidades de constatarse la falta de veracidad. Por último y aunque a nuestro modo de ver la cuestión, la incidencia de esta medida en las PYMES va a ser escasa, en el caso de las grandes empresas sí puede originarse cierta carrera comercial entre las Mutuas si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.2 Real Decreto 404/2010 que señala que la insuficiencia de recursos de la mutua para el abono de la totalidad del incentivo que corresponda a la empresa será causa suficiente, sin otros requisitos, para que ésta pueda denunciar el convenio de asociación a su vencimiento.

V.3. El tímido incentivo a la utilización de recursos internos

La Estrategia Española en su objetivo 2.2 pone de manifiesto que, en especial en relación a las PYMES, se establecerán bonificaciones en la co-

tización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de las empresas que, sin tener obligación legal de constituir un servicio de prevención propio, decidan tener recursos preventivos propios, ligado todo a ello a criterios de calidad y resultados. Sin lugar a dudas, este objetivo justifica que el Real Decreto 404/2010, aun de forma tímida y seguramente demasiado tangencialmente, venga a dar un paso adelante en el camino del fomento de utilización de los recursos preventivos propios⁵¹. Y ello porque entre las actuaciones, objetivas y eficaces, a desarrollar por las empresas en materia de prevención de riesgos de los accidentes y de las enfermedades profesionales contempladas en la disposición que comentamos, se incluyen algunas directamente conectadas a la «internalización» de los recursos, en suma, a la utilización de recursos propios en detrimento de los ajenos. Ahora bien, la anterior aseveración merece algunas matizaciones. Aunque estamos seguramente ante un giro bien intencionado, resulta notablemente insuficiente si de cambiar una práctica tan extendida de externalización preventiva se trata. Además, resulta harto dudoso que se trate de la vía de actuación más acertada, en la medida en que con toda seguridad se va a mostrar ineficaz e inadecuada para enmendar el error de partida que constituye, sin lugar a dudas, que no se haya acometido una reforma en profundidad de la organización de la prevención en la empresa.

La letra g) del artículo 2.1 del Real Decreto 404/2010 exige, además del cumplimiento de los requisitos básicos enunciados en las letras a) a f) del propio precepto reglamentario, entre los que no se incluye la internalización de los recursos, la acreditación del desarrollo o la realización, durante el período de observación, de dos, al menos, de una serie de acciones «preventivas». Entre ellas y junto a actuaciones en campos donde debieran centrarse las nuevas políticas preventivas superadoras de la visión tradicional e industrial del accidente, como los accidentes *in itinere* o las enfermedades profesionales, se incluyen dos acciones que guardan estrecha conexión con el objetivo enunciado. La primera acción, donde se fomenta abiertamente el uso de recursos propios, pasaría por la incorporación a la plantilla de recursos preventivos propios (trabajadores designados o servicio de prevención propio), aun cuando no esté legalmente obligada a efectuarlo, o ampliación de los recursos propios existentes. Ahora bien, aunque según el tenor de la norma el incentivo puede ir ligado, sin más, al uso de recursos propios, lo que debiera premiarse, precisamente, es su utilización en aquellos supuestos en que no existe obligación legal en tal sentido, esto es, como ha resultado del análisis realizado, la gran mayoría de nuestras empresas pequeñas y medianas.

⁵¹ A la conveniencia de la política de fomento de los servicios de prevención propios, opción cuyo coste económico la hace poco atractiva, estableciendo los correlativos incentivos económicos y ofreciendo el apoyo técnico necesario por parte de los poderes públicos se había referido ya la doctrina, *vid.* MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los servicios de prevención...», *op. cit.*, págs. 130 y 140.

La segunda acción consistiría en la realización de auditorías externas del sistema preventivo de la empresa, cuando ésta no esté legalmente obligada a ello. Es decir, con una periodicidad inferior a la reglamentariamente exigida, en supuestos donde cabe la exención legal o, lo que resulta más relevante, cuando se ha optado por un sistema externo. En este caso, aunque no se fomentan los recursos internos, la solución sería también idónea en aras a la tutela preventiva, si tenemos en cuenta que la auditoría sobre los mismos podría lograr la pretendida garantía de su calidad y eficacia. Y complementar, de este modo, los pasos emprendidos por el Real Decreto 337/2010, en orden a la remodelación de la acreditación.

La tendencia que venimos enunciando es mucho más patente en el supuesto de las pequeñas empresas que no hayan alcanzado la cifra mínima de cotización exigida para acceder a los incentivos, puesto que el artículo 3 del Real Decreto 440/2010 prevé un régimen particular para las mismas, en el que junto al cumplimiento de los requisitos básicos, excluido el de la cotización que sufre una rebaja considerable, la empresa ha de acreditar el desarrollo o realización de alguna de las siguientes opciones: asunción por el empresario de la actividad preventiva o designación de trabajadores de la empresa que asuman dicha actividad u obtención, por el empresario o los trabajadores designados que vayan a asumir las tareas preventivas, de formación real y efectiva en materia de prevención de riesgos laborales. En definitiva, si se ha optado por un sistema externo, la acción consistiría en internalizar el servicio y si ya se viene desarrollando por la asunción personal o por los trabajadores, intentar la mejora de su calidad y eficacia, a través de la formación de los sujetos encargados de la misma.

De esta forma, se fomenta efectivamente la utilización de recursos propios, en especial en las PYMES, con un marcado cambio de tendencia respecto a la predilección por la externalización del RSP, intentando que por esta vía los sistemas internos salgan reforzados, sin «necesidad» de reformar el edificio legal sobre el que se ha asentado la prestación de servicios de prevención. Ahora bien, de nuevo, son dudosas e inciertas las perspectivas ofrecidas para la real implantación de este tipo de recurso. Y ello porque, como hemos enunciado, la escasa cuantía del incentivo no va a tener fuerza bastante para cambiar el sistema ya implantado si éste desde un principio es el externo, prestado por una entidad acreditada, con frecuencia por una Sociedad de Prevención vinculada a la propia Mutua ante la que se solicita el incentivo.

VI. ALGUNAS CONCLUSIONES

Mostrado el desalentador panorama anterior, donde ha quedado de manifiesto que los movimientos de cambio se han caracterizado por su timidez,

por el humo político y por una especie de miedo reverencial a cambiar las estructuras sobre las que se ha cimentado la organización de la prevención en la empresa, las conclusiones que podemos extraer apuntan todas en el mismo sentido. Esto es, qué duda cabe, que resta al Gobierno acometer una Reforma en profundidad del sistema preventivo en la que, definitivamente, se de satisfacción tanto a la Directiva Marco como a los objetivos previstos en la Estrategia. Sistema en el que habría de restringirse el papel de los servicios externos, amén de seguir garantizando su calidad, pues es en este aspecto donde se ha puesto el acento en la última Reforma comentada. Y ello en la medida en que resulta patente que los pasos dados por el desarrollo reglamentario de la LPRL en orden a la preferencia de la externalización preventiva han originado una serie de problemas de gran calado, para los que no son suficientes soluciones de retoque, por muy bien intencionadas que se nos presenten. Y ello en la medida en que los comportamientos que están en el origen de la ineficacia de la normativa preventiva, agravados por la insuficiencia, la indeterminación o la presencia meramente formal de los recursos preventivos, están demasiado arraigados para ser contrarrestados con soluciones caracterizadas por su escasa fuerza de obligar, por su solapamiento con estructuras vigentes y con cambios sucesivos que casi no son asimilados en las empresas.

Como se ha ido exponiendo a lo largo del trabajo, el fomento de los recursos propios, aun cuando necesario e imperante, a tenor de los dictados comunitarios, de conformidad con los objetivos declarados en la Estrategia Española e impuesto por la constatación de la falta de calidad y de eficacia de los servicios prestados por entidades acreditadas, se ha pretendido satisfacer con reformas puntuales, con parches de regulación y por la vía indirecta, pero sin acometer el examen y la reconfiguración de los pilares sobre los que en el año 1997 se asentó el régimen jurídico de los servicios de prevención. Situación que se perpetúa tras las normas recientemente aprobadas donde volvemos a ser testigos de un nuevo movimiento en esta dirección que viene a convivir con un sistema que sigue escorado hacia la externalización, que conlleva indudables ventajas, en especial de tipo crematístico, para las empresas y que confía en una vuelta atrás cimentada en unos pocos incentivos económicos y en la buena voluntad, la conciencia social y la cultura preventiva de los sujetos implicados en la actividad preventiva, en especial empresarios, trabajadores y sus representantes.

A la vista de lo anterior, el sutil movimiento de cambio en su momento emprendido y ahora retomado, debiera culminarse con el establecimiento obligatorio del desarrollo de la actividad preventiva con recursos propios, en especial, trabajadores designados, respecto a los que se necesitará también un desarrollo reglamentario sobre su estatuto jurídico: derechos, deberes, garantías, tiempo de dedicación, aceptación y rechazo de la designación, formación, afectación de la carrera profesional y del salario y así sucesiva-

mente. En este sentido, quizás cabría pensar en estas últimas medidas normativas desplegadas como la antesala, a través del incentivo y las bonificaciones, de la generalización de la implantación voluntaria de este tipo de sistema en un buen número de empresas, algo que facilitaría la imposición obligatoria acometida en un momento ulterior. Para ello sería también deseable que se pusieran en marcha, cuanto antes, mayores bonificaciones específicas para la contratación de trabajadores designados o que formen parte de los servicios de prevención propios, anunciadas por la misma Estrategia. Sin lugar a dudas, en épocas de elevadísimas cotas de desempleo como las actuales y de notables dificultades económicas, estos incentivos tendrían que ser lo suficientemente atractivos como para superar las reticencias empresariales. No obstante lo anterior, a la vista del Real Decreto 404/2010, de momento estamos ante un desiderátum más que ante una previsión real de la evolución del sistema.

En otro orden de consideraciones, también debería producirse un viraje en el papel de los servicios externos, de forma que pasen de ser el sistema predominante y de desplegar una acción preventiva «integral» para las empresas, a desarrollar actividades «complementarias» y, en principio, no las básicas y generales que deberían realizarse por la propia estructura empresarial con sus propios medios, en especial tras la simplificación operada, sino aquéllas más costosas, que exijan importantes niveles de especialización e instrumental o medios materiales sofisticados que no quepa exigir a las empresas. Aunque también cabe pensar en algunos supuestos donde los servicios ajenos se encarguen de construir los cimientos del sistema (plan de prevención, evaluación y planificación preventiva) para que luego los recursos propios se ocupen de su efectiva implantación, desarrollo, ejecución y revisión, aunque con el asesoramiento pertinente de los aquéllos. A lo que podría acompañar la realización también de otras actividades complementarias (información, investigación de accidentes, fomento de la prevención, actividades formativas, mejora permanente y un largo etcétera). De lo que se trataría, en última instancia, es de evitar que el sistema quede en manos exclusivamente de medios externos y mediatizado por condicionantes ajenos a la eficacia preventiva.