

OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA

Profesora Colaboradora de la Universidad de Jaén

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de la Universidad de Jaén

Extracto:

AUNQUE de alcance limitado, y en gran medida contradictorio y confuso, la reforma operada en la LPRL por la Ley 54/2003, pretendió corregir algunos de los principales defectos detectados en el cumplimiento, más formal que real, de las obligaciones impuestas en este marco normativo, que no cesa de reformarse. Sin embargo, la efectividad de esas propuestas pasaba en buena medida por el desarrollo reglamentario de las mismas, que permitiera concretar su significado y alcance en los diferentes sectores y empresas afectados. La ausencia del mismo bloqueaba en gran medida, como ya sucediera con la LPRL hasta 1997, la posibilidad de aplicar la reforma.

Ese objetivo es el que ahora pretende asumir el Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo, que modifica básicamente el Real Decreto 39/1997, relativo a los Servicios de Prevención, con objeto de hacer realidad la reactivación legal del deber empresarial de implicación, de modo directo, en la actividad preventiva. Asimismo, trata de clarificar en qué consiste y cuándo procede el uso de esa enigmática figura que es el «recurso preventivo». Al tiempo, cerrando el entero edificio, pretende dar fiabilidad o credibilidad al instrumento sobre el que el sistema pretendió basar el control de eficacia de la actividad preventiva, las auditorías, sin duda una de las materias más torpemente tratadas en la norma reglamentaria que ahora se modifica.

.../...

.../...

Pues bien, de todo ello se da cuenta en este trabajo. Pero el estudio no se limitará a exponer de forma ordenada y exhaustiva todas las novedades, sino que ofrece una valoración de sus resultados previsibles, así como de los enfoques que sigue presentando esta regulación en orden a una mejora real de la situación.

Sumario:

1. Introducción.
2. Caracterización funcional de una nueva reforma parcial pactada: los objetivos del desarrollo reglamentario.
3. Las medidas concretadas: una visión de conjunto de las reformas reglamentarias realizadas.
4. La LPRL como sistema de gestión y el Plan de Prevención de Riesgos Laborales. Hacia un sistema de gestión integrada.
 - 4.1. El marco legal de referencia del deber de «integración» de la actividad preventiva: objetivos e instrumentos.
 - 4.2. Concreción reglamentaria del principio legal: la integración como deber del empleador y de los representantes de los trabajadores.
 - 4.3. El Plan de Prevención de Riesgos Laborales: la mejora del rango normativo no garantiza una mayor eficacia preventiva.
 - 4.4. El control de la contribución de los SPA a la integración eficaz de la actividad preventiva: ¿una contradicción?
5. Un intento de clarificación de un panorama muy confuso: cómo y cuándo se garantiza la presencia efectiva de los recursos preventivos.
 - 5.1. El marco legal de garantía de la presencia de «recursos preventivos»: una medida loable pero mal formulada.
 - 5.2. Qué alcance tiene la presencia de los recursos preventivos como medida y en qué supuestos resulta obligatoria.
 - 5.3. Reglas de organización de la presencia del recurso preventivo: normas generales y específicas para las obras de construcción.
 - 5.4. Las competencias o atribuciones del recurso preventivo.
 - 5.5. Una regla de coherencia: complementariedad de las reglas preventivas específicas de las actividades de riesgo especial.
6. La mejora de los controles externos de eficacia del sistema preventivo: entre lo privado y lo público.

- 6.1. La reordenación del régimen jurídico de las «auditorías de los sistemas» de prevención de riesgos laborales.
 - 6.1.1. La fuente de la deficiente situación previa: remisión al reglamento y desnormativización reglamentaria.
 - 6.1.2. El ámbito de aplicación de las auditorías de los SPRL: auditorías obligatorias y voluntarias.
 - 6.1.3. El sentido y alcance de la auditoría del SPRL: concepto, contenido, metodología y plazo para la realización.
 - 6.1.4. El informe de auditoría: contenido mínimo.
 - 6.1.5. El procedimiento para la realización de la auditoría de sistemas preventivos mixtos.
 - 6.1.6. La garantía de independencia del auditor: el régimen de incompatibilidades.
 - 6.1.7. Las auditorías voluntarias externas: ¿una norma de promoción de la responsabilidad social de las empresas?
 - 6.2. Una reforma en el ámbito sancionador: la delimitación del concepto de especial riesgo a efectos del TRLISOS.
7. Valoración final: un paso más hacia la reforma pendiente.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando apenas había cumplido 7 años de vigencia el formidable entramado normativo diseñado por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –LPRL–, fue objeto de un poco habitual proceso de «evaluación» en orden a su eficacia. Precisamente, a resultas de este «juicio» y con fundamento en un claro diagnóstico de fracaso en la aplicación práctica de la LPRL, la tan citada como materialmente inaplicada Ley 54/2003, 12 de diciembre, luego de reafirmar las bondades del modelo e instrumentos introducidos por la LPRL, trató de aportar una serie de medidas orientadas a corregir las principales deficiencias detectadas en su cumplimiento. Buena parte de estas medidas, prediseñadas en el doble proceso de concertación iniciado a partir de octubre de 2002, tanto con los interlocutores sociales como con las CC.AA., quedaban a expensas de los correspondientes desarrollos reglamentarios, reforzando el marcado protagonismo que desde antiguo viene manteniendo esta fuente normativa, no obstante la creciente conciencia sobre sus limitaciones y las virtudes de otras técnicas de regulación –«normalización», autonomía colectiva, códigos de buenas prácticas...–.

Pues bien, casi dos años y medio después, se ha procedido al «desarrollo reglamentario» de algunos de los aspectos más relevantes de aquella reforma legal, que vendría a «culminar» ese proceso corrector, sirviendo a modo de «garantía de efectividad» de los principales grupos de medidas introducidas por la Ley 54/2003. La escasez, e incluso el desenfoque, de instrumentos aportados por la reforma legal para afrontar los ambiciosos objetivos que se propuso se veía agravada por la ausencia de un marco normativo suficientemente preciso que contuviera las coordenadas para implementar, en cada concreta realidad empresarial, las «nuevas» medidas a adoptar para afrontar el noble objetivo de la reducción de los accidentes de trabajo –aplazado quedó el peliagudo tema de las enfermedades profesionales–. Acabar, o al menos intentarlo, con esta segunda deficiencia del «programa reformador» es la «alta misión» atribuida, pues, al *Real Decreto 604/2006, de 19 de mayo*, que modifica tanto el crucial Reglamento de los Servicios de Prevención –RSP– como, por razones de coherencia, la normativa específica sobre seguridad y salud en obras de construcción –el igualmente célebre como inaplicado RD 1627/1997–.

Este dato cronológico resulta ilustrativo. Primero del puesto que ocupa realmente, por encima de las solemnes declaraciones oficiales, la «prevención de riesgos» en las prioridades de los diferentes Gobiernos que en España han sido desde 1996, año de vigencia, que no de efectividad, de la LPRL. Segundo, y aún más inquietante, de la conciencia que tienen, en concertación con los interlocutores sociales, de cuáles son las soluciones para rebajar sustancialmente los índices de «siniestralidad laboral».

Es regla común de los análisis que venimos realizando en estas páginas, especialmente de las diferentes reformas en las normas laborales, no anticipar nuestra valoración global hasta tanto no se conozca con cierto detenimiento el sentido y alcance de sus diferentes aspectos reguladores. Se trata de no «prejuizar» la norma antes de «conocerla» en su dimensión técnico-jurídica. Sólo así el lector especializado podrá valorar, a su vez, la credibilidad o corrección de tal juicio, por cuanto ya estará, superado el meritorio proceso de lectura, en condiciones de forjar criterio propio. Así lo haremos en este trabajo. Pero es difícil soslayar ya de inicio esta clara evidencia temporal: las eventuales soluciones a un gravísimo problema detectado en 2003, el incumplimiento extendido en la práctica de una norma en vigor desde febrero de 1996, quedaban condicionadas en su eficacia a un desarrollo reglamentario, que sólo ha merecido ver la luz pública a mediados de 2006. Parece que en ese manifestado «ingente esfuerzo» reconocido por los poderes públicos en esta materia no entra estrictamente la adaptación en tiempo útil del marco normativo, pese a estar más que constatados desde antaño «*los problemas e insuficiencias*» del mismo.

No adelantemos, ni mucho menos precipitemos, empero, juicios. Vamos previamente a conocer, en un espacio de análisis razonable, en todos y cada uno de sus detalles técnicos esta nueva y doble reforma reglamentaria. Después ofreceremos, como se ha advertido, esa valoración, identificando los aspectos que se entienden adecuados y cuáles, en cambio, se revelan no ya absolutamente insuficientes sino completamente desenfocados para intentar resolver el ambicioso objetivo que se vuelve a marcar esta reforma: reducir la siniestralidad laboral promoviendo la tantas veces invocada «cultura preventiva».

2. CARACTERIZACIÓN FUNCIONAL DE UNA NUEVA REFORMA PARCIAL PACTADA: LOS OBJETIVOS DEL DESARROLLO REGLAMENTARIO

Una vez más se ha reconducido a la vía reglamentaria la ordenación jurídica de las obligaciones empresariales en materia preventiva. Como se ha recordado, si quiera tangencialmente, ésta es la tónica tradicional, auténtica constante histórica, en esta materia. De ahí que, formalmente, el Real Decreto 604/2006 es producto de la formidable potestad reglamentaria que retiene el Gobierno en este sector de regulación de condiciones de trabajo, conforme al artículo 6 LPRL. Se amplía de este modo el catálogo, monumental por su cantidad pero en absoluto por su calidad, de normas de este tipo que vienen sucediéndose, casi sin cesar, desde los primeros desarrollos de la LPRL, que tampoco fueron inmediatos a su momento de entrada en vigor, sino que hubo que esperar casi dos años –básicamente a enero de 1997, con el RSP–.

Si hasta esa fecha había quedado prácticamente bloqueada la puesta en práctica del edificio preventivo novedosamente diseñado e impulsado por la LPRL, a partir de la misma se produjo un constante proceso de renovación normativa que, en buena medida estabilizado desde 1999, hoy estaría conociendo un nuevo momento de reactivación o «esplendor». No pretendemos en modo alguno «perdernos» en el análisis de las ventajas, pero también de los muchos

inconvenientes y defectos que esta opción de técnica y política legislativa están teniendo para la eficacia y coherencia del complejo marco normativo de la seguridad y salud en el trabajo. Aquí basta con esta contextualización global de la nueva norma reglamentaria en un proceso mucho más amplio y, por tanto, en una situación más general.

Desde esta perspectiva, también entendemos oportuno recordar que la evidenciada profusión del recurso a la potestad reglamentaria ya ha tenido otros reflejos en la actualización de parte de los objetivos perseguidos con la Ley 54/2003. Así, especialmente relevantes son los desarrollos reglamentarios realizados en relación al nuevo apartado 6 introducido por dicha Ley en el artículo 24 LPRL, relativo a la coordinación de actividades –RD 171/2004–, y en orden a la extensión a los técnicos de prevención autonómicos de actividad inspectora, como la comprobación de incumplimientos y la realización de requerimientos – RD 689/2005, 10 de junio ¹–. Otros recientes desarrollos reglamentarios se vinculan también, si bien no de manera directa e inmediata, con algunos de los objetivos propuestos por la reforma, como la mejora de la gestión y organización de la actividad preventiva que conduzca a una mayor calidad y eficacia de los servicios preventivos prestados –RD 688/2005, de segregación de actividades de las Mutuas–.

Pero más allá de esta conexión funcional, más o menos inmediata, al referido programa reformador impulsado por la Ley 54/2003, en todos estos desarrollos reglamentarios encontramos otra característica común: el proceso de producción de estas normas no responde al ejercicio unilateral de una potestad que compete constitucionalmente al Gobierno sino que, al contrario, es reflejo de un proceso de concertación social. La norma reglamentaria es, desde esta perspectiva, un nuevo producto resultante del consenso alcanzado con los interlocutores sociales en la Mesa de Diálogo Social, concretado en el Acuerdo de 30 de diciembre de 2002. Asimismo, se ha producido una destacada participación de las CC.AA., en cuanto que son las autoridades laborales competentes para implementar las políticas preventivas.

Consecuentemente, con su aprobación se pretende seguir avanzado en la *reactivación* del ordenamiento de prevención de riesgos para dar un paso más en la lucha contra los daños a la seguridad y salud de los trabajadores en general, y más particularmente reduciendo el número de accidentes con consecuencias más graves. Ciertamente no es ni el único ya publicado a tales fines, como acabamos de recordar, ni será el último, pues ya están previstos y acordados otros desarrollos reglamentarios de los objetivos alcanzados en ese doble proceso de concertación, social e institucional.

Ahora bien, no puede tampoco ignorarse que este desarrollo reglamentario era especialmente esperado en orden a resolver uno de los principales problemas que sufre nuestro sistema preventivo. Nos referimos sobre todo a la falta de compromiso real de buena parte de los empre-

¹ Un desarrollo reglamentario que al mismo tiempo está impulsando un proceso de regulación reglamentaria en el ámbito de las CC.AA. Ejemplo *Decreto 73/2006, de 21 de marzo, del Gobierno de Aragón*, por el que se regula la habilitación para el ejercicio de las funciones de comprobación de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo por parte del personal funcionario público que ejerce labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales.

sarios con la actividad preventiva. La clara opción por la «externalización» de la actividad preventiva, modalidad seguida por más del 80% de las empresas españolas, supone «delegarla» a otros sujetos económicos que actúan en el mercado, los servicios de prevención ajenos –SPA– y, por tanto, «relegarla» a una función «residual» o subordinada respecto a la importancia que se da a la función productiva y a la «función de gestión» típicas de las empresas, que sí son consideradas de su exclusiva competencia.

De ahí, pues, que esta norma quiera cumplir un papel determinante, otra cosa será que estén en condiciones verdaderamente de hacerlo, en la actualización de tres objetivos básicos perseguidos por la Ley 54/2003:

- Crear en nuestra sociedad una auténtica *cultura de prevención* de riesgos laborales –hoy más cuestión de «fe jurídica» que de realidad, porque todo el mundo «cree» en ella y en la capacidad de la LPRL para implantarla pero hasta ahora nadie (o muy pocos) la han visto–.
- «*Integrar*» la prevención en el sistema de gestión de la empresa mediante un Plan de Prevención de Riesgos Laborales, esto es, mediante el relanzamiento de un nuevo «Documento».
- Mejorar el cumplimiento de la ley evitando, al mismo tiempo, una observancia meramente formal y burocratizada de la normativa, reforzando los instrumentos llamados a controlar o verificar su cumplimiento, si bien, como se verá de inmediato, no ya reforzando los «aparatos de represión», como hizo la Ley 54/2003, sino los instrumentos de «*auditoría*».

3. LAS MEDIDAS CONCRETADAS: UNA VISIÓN DE CONJUNTO DE LAS REFORMAS REGLAMENTARIAS REALIZADAS

Como la propia EM del Real Decreto 604/2006 advierte profusamente, esta norma de desarrollo reglamentario no puede entenderse al margen tanto de los objetivos cuanto, sobre todo, de las medidas propuestas de modo más específico por la Ley 54/2003 para alcanzarlos. En consecuencia, adolecerá de las mismas debilidades y de las mismas inconsistencias, incluso contradicciones, que su norma legal habilitadora e inspiradora, en relación al que es el auténtico eje cardinal de todo el «plan» o proyecto reformador: *garantizar una eficaz implicación empresarial en la gestión de la actividad preventiva*.

A tal fin, se recordará que la Ley 54/2003, entre sus objetivos básicos, situó los tres siguientes:

a) El reforzamiento del *deber de integrar la prevención* de riesgos laborales en los «sistemas de gestión de la empresa» mediante su planificación adecuada

La frecuencia extrema con que el empresario español opta por «externalizar» o «exteriorizar» la actividad preventiva ha supuesto que, en buena medida, la actividad preventiva aparezca como una «obligación» del SPA con el que se concierta o contrata y no del empleador, conforme al claro diseño legal. Para tratar de corregir esta difundida imagen la Ley 54/2003 trató de reordenar la regulación vigente al objeto de garantizar la integración efectiva de la prevención en la gestión empresarial. A tal fin, se modificó una secuencia de preceptos legales –arts. 14, 16, 23 y 31 LPRL–, para obligar al desarrollo de una acción permanente de planificación y seguimiento de la actividad preventiva por parte del empleador.

Ahora bien, para articular este objetivo se incurrió en una estrategia análoga a la que se «denunciaba»: se reforzó el carácter instrumental de dicha integración, recuperando un nuevo documento, ya reconocido pero hasta ahora olvidado en su significado práctico, el Plan de Prevención de Riesgos Laborales. En consecuencia, lo que para el diseño legal se presentaba como una novedad no resultaba ser más el relanzamiento de un deber empresarial que, por desidia de todos, había quedado sistemáticamente incumplido. Verdaderamente lo que sucedió, como de inmediato comprobaremos con algún detenimiento mayor, es que se daba rango legal a una norma reglamentaria, con lo que se reforzaba pero no se innovaba el ordenamiento jurídico.

b) La *presencia de recursos preventivos* para aquellos supuestos en los que la realidad ha puesto de relieve una mayor concentración de siniestralidad.

También como una remarcada originalidad o novedad se presentaba la necesidad de mantener, si bien en determinados supuestos, la presencia en el centro de trabajo de lo que se denominaran los «*recursos preventivos*». Dejando a un lado la absoluta vaguedad del término seleccionado para referir a esta pretendida nueva obligación empresarial, pues puede servir para referir a cualquier medida organizativa o de gestión instrumentada al servicio de la actividad preventiva, lo más característico de esta previsión normativa era el carácter selectivo de la medida. Este rasgo significa que no es exigible con carácter general al empleador que mantenga en el lugar de trabajo a una persona dedicada a actividades preventivas, sino que bastará para cubrir esa responsabilidad u obligación el que se garantice tal presencia en muy contadas situaciones.

Configurada de este modo, los supuestos típicos legalmente seleccionados –conurrencias de procedimientos, situaciones de especial peligrosidad y determinación de la autoridad laboral– evidencian un claro giro en la política preventiva, apostando más por el carácter «discriminado» de la misma, en la línea de ciertos «planes de choque» y de «alerta especial». La estadísticamente constatada desigual distribución de los accidentes de trabajo, que afectarían de modo distinto en atención a características de la empresa, formas de organización del trabajo y sectores de actividad, está llevando a proponer que se concentre la actividad preventiva más intensamente en los sectores que más riesgo y, sobre todo, más accidentes vienen generando. En cierta medida, pues, la reforma legal pretende un efecto «redistribuidor» del impacto del sistema de obligaciones de la LPRL, originariamente diseñado con carácter general.

En definitiva, no sería ya fundamentalmente la dimensión de la empresa, como en gran medida sucede en orden a la delimitación de las modalidades de organización de la actividad preventiva, el criterio determinante sino el mayor riesgo inherente y, sobre todo, la acreditación fáctica de una mayor peligrosidad. En estos ámbitos es donde deberá centrarse la «lucha real» contra los accidentes de trabajo y, por tanto, los mayores esfuerzos de todos los empleadores implicados, incluyendo especialmente el deber de «*vigilancia presencial*» del cumplimiento del entramado normativo y de la planificación preventivos. Pero de esta manera, como también se verá, el legislador reformista e «innovador» de 2003 no hace sino redescubrir la figura del «*vigilante de seguridad*», ya prevista, si bien con una caracterización parcialmente diferente, eso es cierto, en la derogada pero todavía presente Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo –OGSHT–, y mantenida viva en ciertas obras de la construcción.

c) *Reforzamiento del control del cumplimiento de la LPRL*, para combatir la observancia puramente documental de ésta, *garantizando su eficacia*

No menos central resultó para la Ley 54/2003 la pretensión de reforzar el aspecto más típico de la legislación de prevención de riesgos laborales: la vigilancia y control públicos del cumplimiento de la normativa. Para lograr este nuevo objetivo de reactivación de un enfoque tradicional se introdujeron modificaciones no sólo en la LPRL sino también en el TRLISOS. De este modo, al tiempo que, en el plano institucional, se extendía la función inspectora a sujetos públicos no integrados en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) –los referidos técnicos de prevención integrados en los organismos competentes de las CC.AA.–, se ampliaron igualmente los *sujetos tenidos como responsables* y los *tipos infractores*, al objeto de mantener la coherencia del ordenamiento sancionador con el sustantivo, como ha venido sucediendo desde los orígenes.

Pues bien, la nueva normativa reglamentaria pretende dar efectividad a esos tres tipos de medidas. El cumplimiento de estos objetivos se articula formalmente mediante un real decreto que consta de:

- *Dos artículos.*

El primero, y sin duda de más amplio alcance, está dedicado a la «*modificación del Real Decreto 39/1997, 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención*». El segundo, modifica el Real Decreto 1627/1997, relativo a las «*disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción*»

- *Una disposición adicional.*

En ella se establece el mandato al INSHT para que elabore la «*Guía Técnica sobre la integración de la prevención de riesgos laborales en la empresa*». Lo complejo y, sobre todo, lo inusual en el tejido productivo español del cumplimiento de esta obligación han aconsejado la elaboración de esta guía, especialmente útil para las PYMES. Sin

embargo, no se ha establecido un plazo concreto para su elaboración, lo que hubiera hecho más creíble el objetivo.

- Una *disposición derogatoria*.

Este precepto, típico de toda norma, no contiene en esa ocasión abrogación de norma específica alguna. Se limita sólo a formular la habitual cláusula derogatoria tácita –quedan derogadas cuantas disposiciones, del mismo o inferior rango, pudieran resultar contrarias a lo dispuesto en la nueva regulación–.

- *Tres disposiciones finales*.

La **primera** recoge la también habitual *habilitación reglamentaria* al MTAS para desarrollar la norma reglamentaria. La **segunda** remite la *aplicación de los cambios en las AA.PP.* a lo que establezca su normativa específica, conforme con la disposición adicional 4.^a RSP. La **tercera** establece las *reglas de vigencia del cambio normativo*, para lo que se fijan dos reglas de aplicación diferida: una general, que difiere la entrada en vigor al mes siguiente de su publicación en el BOE –29 de junio–, y otra especial, para el desarrollo reglamentario del contenido del Plan de Prevención de Riesgos Laborales –Plan de PRL–, cuya vigencia queda diferida a los tres meses de dicha publicación –29 de agosto–.

Por tanto, de una parte, y por lo que concierne al ***desarrollo reglamentario de las reformas legales en materia de revitalización o reforzamiento del deber de integración de la actividad preventiva*** en las empresas, la norma que comentamos procede:

- Primero, a adaptar la regulación establecida en el RSP sobre integración de la actividad preventiva en la empresa y el Plan de PRL a la nueva redacción de los artículos 14.2 y 16.1 y 2 LPRL. Para ello se clarifican los conceptos, se refuerzan los principios de integración de la prevención en el «sistema general de gestión» de cada empresa y se dota al instrumento básico para realizar esta labor, el Plan de PRL, de un contenido mínimo (*nueva redacción de los arts. 1 y 2 RSP*).
- Segundo, a reforzar la implicación de los trabajadores –nueva redacción del artículo 35.1 a) RSP– y la participación de sus representantes en ese objetivo de la integración de la actividad preventiva en el sistema general de gestión de la empresa, a través de la consulta en torno a la implantación y aplicación del Plan de PRL, la Evaluación de Riesgos, la Planificación y la Organización preventivas (*nueva redacción del apartado 2 del art. 16 RSP; nuevo párrafo 2.º del apartado 2 del art. 21 RSP, en relación al servicio mancomunado*).
- Tercero a modificar ciertos aspectos de la regulación de las entidades especializadas que actúen como SPA, al objeto de asegurar un adecuado cumplimiento del objetivo básico de la integración de la actividad preventiva en la gestión empresarial ordinaria. De ahí, la *nueva redacción que se da al artículo 19 RSP, así como la modificación parcial de su artículo 20*, en concreto el párrafo c) de su apartado 1, relativo a los contenidos del «concierto» entre la empresa y el SPA.

De otra parte, y con el objetivo de *garantizar la eficacia de los medios preventivos dispuestos por el empleador en el momento de mayor riesgo profesional*, es objeto de desarrollo la materia relativa a la presencia de los «recursos preventivos» regulados en el nuevo artículo 32 bis LPRL. A tal fin, se incorpora un *nuevo artículo 22 bis en el RSP*. El objetivo básico de este nuevo precepto es *precisar o clarificar los casos en que los recursos preventivos de la empresa deberán estar presentes para verificar que las actividades preventivas se llevan a cabo de manera efectiva* y son adecuadas para combatir los riesgos laborales detectados. Con este intento de clarificación se busca intensificar las medidas preventivas en aquellos casos en los que la experiencia acumulada evidencia la concentración de mayor siniestralidad.

A tal efecto, se recoge una relación de actividades o trabajos en los que estadísticamente se concentran mayores índices de «siniestralidad»². Precisamente, esta mayor incidencia y/o frecuencia –mayor peligrosidad– justificaría el reforzamiento del deber de protección eficaz, exigiendo una mayor actividad preventiva de la empresa y reforzando el cumplimiento de la LPRL, al derivarse consecuencias más graves para las infracciones que se cometan al ejecutar estas actividades. Y ello, como reconoce la propia EM, aunque se sea consciente de que en estos casos existe una reglamentación técnica específica que, en buena medida, haría «innecesario en tales casos el recurso a la presencia regulada» en el artículo 22 bis RSP.

En definitiva, se pretende dar una dimensión más «discriminada» o selectiva a la política de prevención de riesgos profesionales. La razón obedecería a que no todos los sectores y, sobre todo, no todas las empresas contribuyen del mismo modo a engrosar la indeseada estadística de siniestralidad.

La concordancia entre las normas generales y las especiales en el sector de la construcción ha merecido una nueva disposición adicional, la 10.^a, en el RSP. Esta disposición remite, a los efectos de la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de cada contratista prevista en la disposición adicional 14.^a LPRL, a la disposición adicional única del Real Decreto 1627/1997. Esta disposición ha sido, a su vez, introducida por el Real Decreto 604/2006.

También en relación a la delimitación de lo que ha de entenderse por actividades peligrosas, y a través del artículo segundo, se aprovecha el desarrollo reglamentario para precisar este concepto a un doble efecto. El primero, para fijar las obligaciones sustantivas de coordinación de actividades previstas en el artículo 13 Real Decreto 171/2004. A tal fin se introduce una nueva disposición adicional, la 11.^a, en el RSP, que se limita a considerar actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales los incluidos en el Anexo I del RSP. El segundo, para la aplicación del TRLISOS, respecto de determinadas infracciones tipificadas en el artículo 13, apartados 7, 8 a) y 8 b), en relación todas ellas relativas, aun de naturaleza diferente, a las obligaciones en materia de presencia de recursos preventivos, en relación a su objeto y consecuencias. Dada la conexión de esta materia

² El de «siniestralidad» es un concepto habitualmente utilizado para referir conjuntamente los efectos negativos o dañosos en las personas de los accidentes –si bien en menor medida– de las enfermedades derivadas del trabajo. Como se sabe, es un concepto que procede del ámbito del Derecho de los Seguros. Nuestro afán por eludirlo –sustituyéndolo por «accidentalidad» y «morbilidad»–, o utilizarlo «entrecomillado» es para evidenciar lo impropio que es este concepto en términos técnicos y, aún más, de política preventiva. Por tanto bien haríamos en desplazarlo poco a poco. Soy consciente de la dificultad del empeño cuando un término ha hecho tanta «fortuna». Pero difícil no es imposible.

con la actividad de control del cumplimiento de la normativa preventiva remitimos su estudio al tercer bloque de cuestiones.

Por último, el texto busca mejorar la calidad de los sistemas de gestión de la prevención, **reordenando la normativa sobre el sistema de auditorías** de las actividades preventivas, con vista a mejorar su eficacia. A tal fin, se produce una amplia reforma del Capítulo V del RSP. Las principales novedades se centran en:

- Desarrollo del concepto, el contenido, la metodología y los plazos de realización de la auditoría (nueva redacción del art. 30 RSP).
- Se precisa el momento de realización de la primera auditoría, que había sido objeto de ciertas polémicas en la práctica. Se trata de una precisión claramente favorecedora de los intereses empresariales, por cuanto ha supuesto ampliar el plazo previsto para la obligación inicial de sujetar a auditoría el sistema. A cambio, se ha reducido el periodo para realizar la siguiente auditoría –pasa, con carácter general, de 5 a 4 años, siendo de 2 años sólo para las empresas con actividades del Anexo I del RSP, esto es, las de especial peligrosidad–.
- La auditoría externa, en los supuestos de organización mixta del sistema de prevención, esto es, con actividades preventivas desarrolladas mediante recursos propios y también ajenos. Se clarifica y mejora, sin duda, la regulación precedente (*nueva redacción art. 29.2 RSP y nuevo art. 31 bis*).
- Se regula la consulta con los trabajadores y sus representantes.
- Se precisa el régimen de incompatibilidades entre auditores y actividad preventiva (nueva redacción del apartado 2 del art. 32 RSP).
- Introducción de las «auditorías voluntarias», incorporando, una vez más con la pésima técnica legislativa de los preceptos «bis», el *artículo 33 bis RSP*.

Pero no se han relegado tampoco las fórmulas clásicas de control del cumplimiento. A tal fin, se pretende establecer la necesaria coherencia entre los tipos sancionadores y las obligaciones sustantivas cuyo cumplimiento efectivo aquéllos tratan de garantizar (*nueva disp. adic. 12.ª RSP*).

4. LA LPRL COMO SISTEMA DE GESTIÓN Y EL PLAN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. HACIA UN SISTEMA DE GESTIÓN INTEGRADA

4.1. El marco legal de referencia del deber de «integración» de la actividad preventiva: objetivos e instrumentos.

La obligación de implicar directamente al empleador en la gestión de la actividad preventiva recibe el nombre, ya desde el artículo 1 RSP, en su formulación originaria, allá por 1997,

de «*integración*» en el conjunto de decisiones y actividades de las empresas. Este imperativo no es sino reflejo de los propios principios de la acción preventiva ya fijados en el artículo 15 LPRL y en el artículo 6.3 a) de la Directiva 89/391/CE. Por lo tanto, queda claro que cuando la Ley 54/2003 pretende hacer girar la mayor parte del programa reformador sobre este objetivo no está innovando nada, ni en los principios ni en los instrumentos, tan sólo está llamando la atención sobre la necesidad de corregir un incumplimiento sistemático del empleador públicamente consentido o tolerado. La «*externalización*» de la actividad preventiva y su agotamiento en pura «*documentación*» habrían quebrado dos exigencias de eficacia: que sea asumida por el empleador al mismo nivel que sus demás responsabilidades de gestión, por un lado, que se muestre continuamente viva, actual, dinámica, por otro.

Por lo tanto, frente a la «*exteriorización*» se propone una suerte de «*interiorización*» de la actividad preventiva, y frente a la formalización documental de ésta se promueve su «*dinamización*». Para ello se recurre a tres actuaciones básicamente. La primera es eminentemente terminológica o, si se quiere *conceptual*, y supone una simplificación de la redacción dada a la exigencia de integración, de modo que resulte más evidente y enfático el objetivo.

De esta manera, la exigencia de integración se identifica con el deber de incorporar la actividad preventiva al «*Sistema General de Gestión*» de la Empresa. Las consecuencias prácticas de esta formulación, si bien entendida, son inmediatas y de alcance radical para la actual experiencia española en esta materia, porque significa que su implantación eficaz no es sólo «*asunto*» de la estructura responsable de la prevención, como hoy piensa la mayor parte de los empleadores, privados y públicos, sino de la «*gerencia*» empresarial.

La segunda actuación tiene un cariz marcadamente documental. Para visualizar esta integración es necesario formalizarla a través de un instrumento adecuado de planificación preventiva. De nuevo se excluye cualquier innovación en este punto y se acude a revitalizar un deber empresarial que había quedado en vía muerta, como tantas otras del sistema preventivo: el Plan de Prevención de Riesgos Laborales. Esta exigencia aparecía expresamente recogida en el artículo 2.1 RSP, en su formulación originaria: el «*establecimiento de una acción de prevención de riesgos integrada en la empresa supone la implantación de un **plan de prevención** de riesgos que incluya...*».

Pese a la clarísima formulación del deber documental en la norma reglamentaria pasó completamente desapercibido, tanto para la mayor parte de los comentaristas del precepto cuanto para la práctica preventiva desempeñada por las entidades de prevención. Tan sólo en grandes empresas, en ocasiones incluso a través de compromisos adquiridos mediante la firma de convenios colectivos, es posible encontrar manifestaciones relevantes de esta exigencia normativa. De este modo, la convicción generalizada y la práctica difundida de iniciar y casi agotar la actividad preventiva en la «*evaluación de riesgos*» llegaba a su fin, por cuanto ahora la primera actuación a documentar será el Plan de Prevención (art. 16 LPRL).

La tercera actuación se orientará a evitar que, con este «*nuevo*» deber documental, se incurra en el mismo vicio que con la evaluación de riesgos, de modo que se tome el documento

por el todo preventivo. Así, y concretando una exigencia que aparece igualmente en los principios de acción preventiva, se exigirá una «acción permanente de seguimiento» de ésta. El cumplimiento de las obligaciones preventivas no se para, pues, en la redacción de documentos y en la constitución de los órganos que tienen que formalizarlo y asumir los compromisos que genera, sino que requiere de una actualización continuada y de una verificación permanente del grado de adecuación de la prevención «prescrita» –la planificada conforme a las exigencias legales– con la «prevención real» –la practicada en la empresa por todos los integrantes de la misma, empleadores, encargados, trabajadores, representantes...–.

En definitiva, el único sentido de la reforma legal es el dotar de rango legal a un deber que hasta ese momento sólo tenía rango reglamentario, al tiempo que se advierte de un grave error aplicativo del mismo, por completa omisión, que es oportuno corregir. Sin embargo, el análisis detenido de sus contenidos, más allá de los usos y abusos terminológicos tan frecuentes, evidencia que sus contenidos no se apartan mucho de los que tenía en el diseño reglamentario. De ahí que, como veremos, se extendiera un segundo error interpretativo: su desarrollo ya estaba en el RSP.

4.2. Concreción reglamentaria del principio legal: la integración como deber del empleador y de los representantes de los trabajadores.

A partir de estas consideraciones, que pretenden recordar el marco de actuaciones básicas emprendidas por la reforma de la LPRL, es hora ya de analizar cómo ha procedido la norma reglamentaria para concretar las medidas predisuestas para alcanzar este objetivo de la implicación eficaz del empleador en la gestión preventiva. A tal fin, y de inicio, la norma reglamentaria procede a una reordenación de los artículos 1 y 2 RSP al objeto de precisar o concretar y reforzar tanto el *principio de integración de la actividad preventiva en la empresa* cuanto su *instrumento aplicativo*, el *Plan de PRL*. Por lo que concierne al «principio de integración» las novedades de la reforma son básicamente dos:

- Una *regla de clarificación* del sentido y alcance de la integración preventiva en el sistema general de gestión de la empresa.
- Una *regla de implicación* de los trabajadores y sus representantes en esta integración de la actividad preventiva en la empresa.

Con la primera regla, a reformular la redacción antes dada al apartado 1 del artículo 1 no se innova realmente nada sino que tan sólo se aclara o precisa que la prevención de riesgos laborales, como actividad propia de la empresa, «deberá integrarse en su sistema general de gestión». Ninguna actividad empresarial, ningún proceso técnico-productivo, ningún nivel de organización jerárquica de la empresa, podrá quedar, pues, al margen del diseño y puesta en práctica de la actuación preventiva. Conforme a los conocidos «sistemas de gestión de calidad», la responsabilidad del funcionamiento correcto de todo el entramado empresarial en materia

preventiva concierne a todos los niveles organizativos, debiendo todos incluir la prevención en cualquier decisión que adopten.

Esta faceta del principio de integración, la prevención como algo inherente a la actividad empresarial y al mismo nivel que la dimensión económica, no se encontraba tan claramente formulada en la precedente redacción, aunque estuviera expresada en los principios de la acción preventiva. Por eso, con la nueva redacción, se deja bien claro que la prevención no es ningún asunto «externo» y añadido a la gestión empresarial, sino su núcleo duro, un aspecto central, al mismo nivel de preocupaciones que la gestión «de calidad» industrial. La prevención no puede ser alguno externo, que se impone como límite a la actividad productiva, sino como un elemento propio de la racionalidad económica, un modo de producción y, por tanto, de organización del trabajo que es exigible a todas las empresas.

Una confirmación de esta configuración de la actividad preventiva como una «responsabilidad compartida» por todos es la segunda novedad que incorpora el artículo 1.2 RSP, en relación al segundo principio que inspira la actividad preventiva en la formulación reglamentaria –y legal–, *el principio de participación de los trabajadores*. En este caso, el resultado de la nueva redacción es el entendimiento de la implicación de trabajadores y sus representantes en esta actividad de integración no sólo como un «derecho», sino también como un «deber». Así, en la anterior redacción se afirmaba que los trabajadores «tendrán derecho a participar...» en el diseño, adopción y cumplimiento de las medidas preventivas. Ahora, se dice que trabajadores «y sus representantes deberán contribuir a la integración de la prevención de riesgos laborales en la empresa y colaborar en la adopción y el cumplimiento de las medidas preventivas a través de la participación» reconocida en el Capítulo V LPRL.

A la luz de estos cambios, queda claro que no varían propiamente las formas de participación de los trabajadores en la actividad preventiva, que ahora incluye también la consulta acerca de la implantación y aplicación del Plan de PRL, como prueba la persistente remisión, como no podía ser de otra manera, a la LPRL. Ahora bien, lo que sí sucede es que aparece en buena medida diluida la dimensión de derecho de la misma para aparecer como un deber de implicación y de cooperación con el empleador para hacer efectivo en la práctica ese principio. Más allá de la retórica institucionalista que pueda haber tras esta formulación, así como de lo llamativo que resulta que una norma reglamentaria presente formalmente lo que es un derecho de origen legal en un deber, lo cierto es que no supone, ni puede suponer, innovación sustancial alguna en cuanto que tal deber de colaboración no es más que una concreción del deber más genérico que pesa sobre trabajadores y sus representantes.

4.3. El Plan de Prevención de Riesgos Laborales: la mejora del rango normativo no garantiza una mayor eficacia preventiva.

Más relevante resulta, en cambio, al menos formalmente, la completa reordenación que se introduce en el artículo 2 RSP, en orden a concretar el instrumento documental y de planifi-

cación sobre el que se hace recaer la efectividad de este ambicioso objetivo integrador: el referido *PRL*. Como ya se ha puesto de manifiesto por cuantos comentaristas se acercaron a la reforma de la *LPRL* operada por la Ley 54/2003, una de las principales «estrellas» de ese proceso reformador, el referido documento, no era tampoco ninguna novedad en la legislación preventiva. El artículo 2.1 *RSP*, en su versión originaria, ya hablaba de la «implantación de un plan de prevención de riesgos», con un contenido equivalente al que entonces se le atribuyó y ahora se quiere concretar. Pero la práctica de todos, intérpretes y operadores, lo condenó al olvido, del que la reforma lo rescató.

Precisamente, la constatación de este dato llevó en un primer momento a un nuevo error de interpretación, tal y como hemos advertido. En efecto, la evidente continuidad de contenidos entre la norma reglamentaria y la norma legal llevó a pensar que no procedería desarrollo reglamentario alguno, por cuanto tal desarrollo ya existía, el propio del *RSP*. Todo un «sarcasmo» si se tiene en cuenta que la *LPRL* parecía crear un nuevo documento sobre el que construir el entero edificio de la actividad preventiva en la empresa. Ya hemos visto que realmente no hay novedad alguna, sino relanzamiento de un deber ya existente y mejora del rango normativo, pero no por ello podía devolverse la situación a 1997 cuando se partía del fracaso de esta exigencia. El nuevo Gobierno ha revisado esta opción técnica y política, de modo que sí ha entendido oportuno desarrollar reglamentariamente esta figura. A tal fin, no sólo se precisa lo que es el Plan, sino que se perfila su contenido³. Cosa distinta será, como también se comentará, que el esfuerzo haya quedado más en un loable intento que en una formulación precisa y acabada, esto es, realmente útil para alcanzar los objetivos propuestos.

Los principales rasgos caracterizadores del mismo son:

- Se trata del instrumento a través del cual no sólo se documenta –cumplimiento formal– sino que se integra efectivamente la actividad preventiva en el sistema general de gestión, fijando la política de prevención de riesgos laborales.
- La competencia para aprobarlo corresponde a la Dirección de la Empresa, si bien previa consulta a los representantes legales de los trabajadores.
- El documento en que se concreta habrá de estar a disposición tanto de las autoridades, laboral y sanitaria, como de las representaciones de los trabajadores, conforme al artículo 23.1 a) *LPRL*.

Está claro que este Plan no tendrá en todos los casos la misma extensión, por cuanto debe depender de «la dimensión y características de la empresa», siendo obligada su adecuada adaptación –lo que en la práctica muchas veces no sucedía con las «evaluaciones de riesgos», que se trasladaban miméticamente de unas empresas a otras–. Sin embargo, la norma reglamentaria requiere en todos los casos la delimitación de una serie de aspectos que, por tanto, deberán aparecer obligatoriamente en todos ellos, aunque con contenidos y alcance diferenciado.

³ Distingue entre inexistencia del Plan y deficiente redacción del mismo, reduciendo por ello la sanción administrativa en este segundo caso, la *STSJ Baleares*, 14 de diciembre de 2004.

Estos aspectos son:

- *Identificadores de la empresa*, de su actividad productiva, número y tipo de centros de trabajo y dimensión ocupacional –número de trabajadores–.
- *La estructura organizativa de la empresa*, delimitando funciones y responsabilidades asumidos por cada nivel jerárquico, así como los cauces de comunicación entre ellos, respecto de la PRL.
- *Organización de la producción* –identificación de los procesos, procedimientos y prácticas técnicos y productivos sean relevantes para la PRL–.
- *Organización de la prevención* en la empresa –modalidad preventiva elegida y órganos de representación existentes–.
- *Política, objetivos y metas que se pretenden alcanzar en materia preventiva, así como los «recursos humanos»* y técnicos, materiales y económicos de los que se va a disponer a tal efecto.

A la vista de tan genérica formulación cabe dudar de la eficacia real de esta reglamentación. Realmente para «este viaje no necesitábamos alforjas». En realidad, no hay un modelo único de Plan, sino que dependerá de cada sector y empresa, por lo que la estructura dispuesta es muy básica. Por eso, quizás hubiese sido mejor remitir esta cuestión a la negociación colectiva, en la medida en que sus productos reguladores y/o de gestión están en mejores condiciones para realizar esta adaptación. Como es sabido, no son pocos los convenios que han venido previendo la existencia de este Plan de PRL y estableciendo algunos condicionantes al mismo. La falta de una práctica generalizada, la dimensión técnica del Plan y este desarrollo reglamentario no pueden ser, sin embargo, argumentos que puedan frenar la posible, e incluso conveniente, intervención negociadora en esta importante materia, eje esencial de la «política preventiva» que, en lo posible, debe definirse consensualmente.

La adaptación no ha constituido una exigencia de aplicación inmediata, por cuanto que el plazo para su realización era de tres meses desde la entrada en vigor del Real Decreto, por lo tanto debió producirse a 29 de agosto de 2006. Recuérdese que también la Ley 54/2003 concedió un período adicional para realizar el Plan, aplazando la exigibilidad seis meses desde la entrada en vigor de la norma legal.

Como ya precisara el artículo 16 LPRL, la puesta en práctica de este documento se hará, a su vez, a través de dos instrumentos. Por un lado, la evaluación de riesgos –que deben ser todos los posibles, *STJCE de 15 de noviembre de 2001*– y, por otro, la planificación de la actividad preventiva (art. 2.3 RSP).

Precisamente por ello, se reforma el párrafo primero del artículo 7 RSP. Con esta reforma se llama la atención sobre la necesidad de identificar los aspectos que han de contener estos

documentos, como vías para reflejar cada puesto de trabajo cuya evaluación evidencie la necesidad de tomar medidas.

4.4. El control de la contribución de los SPA a la integración eficaz de la actividad preventiva: ¿una contradicción?

Este loable, aunque dudoso, intento de reactivación de la exigencia de integrar la actividad preventiva en las decisiones cotidianas de gestión empresarial no puede llevar a olvidar una inequívoca realidad: la mayor parte de las empresas han optado ya por los SPA. Por lo tanto, difícilmente puede corregirse, mucho menos invertirse, la situación actual si no se actúa también en relación a la actividad de éstos. Por eso, una tercera línea de reformas se dirige a reforzar la contribución de los SPA a este objetivo o principio esencial de la integración preventiva.

De este modo, aun asumiendo esta vía tal cual está ahora mismo ordenada en el marco regulador vigente, se intentan poner algunos «remedios» para evitar que la «concertación» de servicios preventivos implique una «externalización» real de la actividad, de modo que el empleador tenga la impresión de que una vez contratada a actividad con el SPA él queda «liberado» de aquella actividad, dedicándose a lo que «de verdad» le compete, que es el proceso productivo y la gestión económica de la empresa. Nada más alejado de la realidad, sin embargo. No ya sólo porque la responsabilidad legal siempre le corresponde al empleador, sino porque la actividad preventiva es tarea a asumir en primera persona, si bien a través de instrumentos organizativos y técnicos adecuados, por el empleador y todo el «cuadro de directivos».

En esta dirección, las principales novedades son:

1. Se refuerza el derecho de los trabajadores a participar, mediante la consulta previa y, en su caso, el acuerdo, en la selección del SPA –y actuación del Servicio Prevención Mancomunado–.

El artículo 16.2 contempla ahora de modo separado dos decisiones sobre las que los trabajadores, a través de sus representantes en materia preventiva, tienen derecho a participar. La primera es la decisión empresarial de concertar la actividad preventiva, naturalmente en el marco de las reglas establecidas sobre las diferentes modalidades de organización de la actividad privada, que dejan un gran margen al empleador en tal sentido. La segunda es la fijación de los criterios que habrán de servir para llevar a cabo el concreto proceso de selección del SPA.

Pues bien, la nueva regulación reglamentaria prevé el derecho de deliberación previa con los representantes legales sobre ambas decisiones, esto es, la de concertar, por un lado, y, por otro, la de fijar los «*criterios a tener en cuenta para la selección de la entidad con la que se vaya a concertar dicho servicio, así como las características técnicas del concierto*»⁴.

⁴ Por coherencia, se reforma también el artículo 21.2 RSP, respecto de los servicios mancomunados, aún tratándose de servicios «propios». El sentido de la reforma es reconocer este mismo derecho, en términos idénticos, a las «condiciones

El ámbito en el que se ejercerá este derecho de participación es el del Comité de Seguridad y Salud –CSS– de la empresa. Es este órgano mixto, y no de pura representación laboral, el que asume tal competencia consultiva, remitiendo el precepto reglamentario para su concreción a los términos previstos en el artículo 39.1 a) LPRL.

Ahora bien, una comparación de la formulación legal y la redacción reglamentaria evidencia una cierta disonancia en el contenido del derecho. Mientras que el precepto legal sólo habla de un derecho a debatir, previamente a su puesta en práctica, el aspecto incidente en materia preventiva de que se trate, la norma reglamentaria no habla sólo de deliberación sino también de «acuerdo». En consecuencia, de su tenor literal parece desprenderse un *derecho de codecisión* de los criterios de selección de la entidad a concertar y las características técnicas del mismo, de modo que el empleador no puede fijar unilateralmente tales criterios, aun consultando al Comité.

En definitiva, desde esta lectura, al empleador le pertenece la decisión de optar por la modalidad de concertar con terceros la actividad preventiva, previa consulta al CSS. La eventual oposición por parte del CSS a tal decisión, lo que es improbable dada la naturaleza mixta y paritaria de su composición –si acaso serán los delegados de prevención los que podrían oponerse, raramente los representantes de la empresa–, no bloquearía esta decisión.

Pero adoptada por el empleador, con la aceptación o no del CSS, entonces no tendría más remedio que consensuar con los representantes de los trabajadores, en el seno del CSS, los criterios a tener en cuenta para seleccionar la entidad concreta que va a realizar esta actividad. De este modo, se habría seguido la reivindicación sindical de considerar este aspecto como una cuestión a negociar necesariamente con las representaciones de los trabajadores, aunque sea en un órgano más técnico que representativo, conforme a la tradicional configuración jurisprudencial, sin duda hoy urgida de una cierta corrección o modalización.

Quizás podría pensarse que esta lectura es demasiado rígida y que chocaría con algunos argumentos. El primero con la remisión a la LPRL, que no contempla un derecho de codecisión, sino sólo de participación previa en el debate sobre los efectos de las decisiones empresariales en materia preventiva. Queda claro que por el principio de jerarquía normativa que pesa. El segundo, con la propia cautela adoptada por el artículo 16.2 *in fine* RSP, conforme a la cual no siempre será posible el acuerdo, sino tan sólo «en su caso». Por lo que podrían darse casos en los que no se alcanzara y, por tanto, la decisión empresarial de «concertar» la actividad preventiva podría seguir para adelante, dado el carácter preceptivo pero no vinculante de la consulta.

No oculto la falta de precisión de la norma reglamentaria que puede dificultar un pronunciamiento claro al respecto. No obstante, si se atiende al carácter pactado de esta norma regla-

en que dicho servicio de prevención debe desarrollarse», que también deberán debatirse y, en su caso, acordarse en el seno del Comité de Seguridad y Salud.

mentaria, a la fuerte demanda en tal sentido de los sindicatos y la razonabilidad de que los trabajadores participen al mismo nivel que los empleadores en la selección del SPA va a «vigilar» o cuidar por su seguridad y salud parece que pesan más los argumentos para la primera lectura que para la segunda. Una vez más la práctica forense tendrá que dilucidar cuál es la solución más correcta.

2. Se reformula la redacción del artículo 19 RSP para clarificar que siempre es el empleador el que asume la responsabilidad de ejecutar la actividad preventiva, aun la concertada, al tiempo que el SPA debe contribuir eficazmente a la integración preventiva.

El artículo 19 RSP fija lo que denomina «*funciones de las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención*». La precedente redacción se limitaba a establecer la obligación del SPA de «asumir directamente» la actividad preventiva concertada, en los términos del artículo 31.3 LPRL, haciendo una referencia tangencial a la integración preventiva. El SPA debería «tener presente» a esa exigencia de integración en todos los niveles, pero no le correspondería garantizar esa integración, por ser una responsabilidad del empleador.

Pues bien, ahora se reordena el precepto distinguiendo dos apartados. El segundo reitera en buena medida la redacción anterior si bien introduce un importante matiz en relación al papel del SPA en relación a la integración preventiva. El primero, de nueva incorporación, trata de clarificar el reparto de posiciones ante la actividad preventiva del empleador y el SPA, recordando la atribución directa al empleador del imperativo de integración y el carácter colaborador, a tal fin, del SPA.

En este sentido, al SPA correspondería:

- La obligación de *asesorar* y facilitar a las empresas en la realización de las actividades concertadas (art. 19.1 RSP).
- El deber de «*contribuir a la efectividad*» de la integración de las actividades de prevención (art. 19.2 RSP).
- La *obligación de asumir directamente el desarrollo de las actuaciones preventivas concertadas*, en los términos del artículo 31.3 LPRL.

Al empleador correspondería, en cambio:

- La garantía de efectividad del carácter integrado de la actividad preventiva, cualquiera que sea la modalidad que elija.
- La «responsabilidad de ejecución» de las «actividades concertadas». Eso sí, sin perjuicio de la «responsabilidad directa» que le corresponde al SPA «el desarrollo y ejecución» de la actividad concertada (art. 19.1 *in fine*).

Como puede verse, es manifiesto el «intento» del legislador reglamentario de remarcar la permanente «responsabilidad de ejecución» preventiva por parte del empleador, al tiempo que se intensifica la obligación del SPA en la colaboración para que el deber empresarial de integración sea real. Una línea reformadora que quedaría confirmada por la obligatoriedad de incluir, como contenido obligatorio del concierto, la «*valoración de la efectividad de la integración de la PRL en el sistema general de gestión de la empresa a través de la implantación y aplicación del Plan PRL en relación con las actividades concertadas*» [letra c) del art. 20.1 RSP]. Consecuentemente, un insuficiente grado de integración puede dar lugar a considerar incumplido el deber por parte del empleador.

Ahora bien, pese al intento, no menos evidente es que se ha quedado en eso, en puro «intento». Porque la redacción no puede ser más caótica, de modo que se afirman cosas –responsabilidad directa de la empresa–, que luego se diluyen –responsabilidad directa también del SPA–, al tiempo que se intercambian términos que, en la práctica, no aseguran un resultado diferente –«tener presente», «contribuir»...–.

En realidad, el problema es otro y más de fondo. No se trata tanto de repartir con precisión –lo que aquí no se lleva a cabo con fortuna– las «responsabilidades» de empleador y SPA, sino de evidenciar que, en sí misma, la opción por la «concertación» supone una quiebra de las exigencias de integración. Es 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 casos.

5. UN INTENTO DE CLARIFICACIÓN DE UN PANORAMA MUY CONFUSO: CÓMO Y CUÁNDO SE GARANTIZA LA PRESENCIA EFECTIVA DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS

5.1. El marco legal de garantía de la presencia de «recursos preventivos»: una medida loable pero mal formulada.

La segunda gran línea de reformas emprendida por la Ley 54/2003 fue, como ya hemos recordado, la previsión de una nueva medida preventiva, la presencia de los denominados «*recursos preventivos*» en el lugar de trabajo cuando concurren determinados factores de riesgo adicional que, por sus características, aconseje una presencia física, sin perjuicio de la aplicación del resto de obligaciones empresariales en la materia. Lo enigmático de esta figura comienza –y quizás termina– con la propia denominación elegida, «recursos preventivos», pues se trata de una terminología atípica en la normativa legal y reglamentaria precedentes. Precisamente, la evidente ambigüedad de su uso aparece en un significativo número de decisiones judiciales que lo utilizan con carácter genérico para delimitar el conjunto de medidas organizativas disponibles (*STSJ Cantabria, 5 de mayo de 2004; Baleares, 14 de diciembre de 2004*).

Más allá de esta confusa terminología podría pensarse que la nueva denominación realmente responde, atendiendo a las modalidades organizativas de estos recursos previstos en la norma legal, a una figura original o nueva. Sin embargo, excepción hecha de la posibilidad, dejada a la libre decisión u opción empresarial y de actualización muy poco probable por el coste que representaría para las PYMES, de «*asignación*» de trabajadores cualificados, distintos a los integrantes del Servicio de Prevención Propio o de los trabajadores «*designados*», sabido es que el artículo 32 bis recurre a las modalidades ya previstas con carácter general en el artículo 30 LPRL. Quizás por ello, en algún caso, se ha entendido que esta medida no es más que una concreción de las obligaciones de organización ya previstas en los artículos 17, 30 y 31 LPRL –*SAP Barcelona, 28 de octubre de 2005*–.

La formulación no pudo quedar más abierta y plural. Como plural es el sujeto responsable de garantizar esta medida, por cuanto corresponde a todas las empresas que estén presentes en el centro de trabajo cuando se den las circunstancias que sirven de presupuesto para exigir la presencia del «recurso preventivo». Todos los empleadores que integran la cadena de contratación y subcontratación presentes en el lugar de trabajo asumen, sin delegación, esta obligación.

En este contexto, lo más relevante de la regulación legal termina siendo la delimitación de las situaciones en que resulta necesaria esta presencia física. Supuestos que, conforme al apartado 1 del referido artículo 32 bis LPRL, son tres: las situaciones de concurrencia de actividades que agraven los riesgos, las que suponen realización de actividades con especiales riesgos y aquellas determinadas por la ITSS. De este modo, la indeterminación vuelve a aflorar en los preceptos preventivos por cuanto se recurren a conceptos extremadamente inciertos y que exigen un análisis muy vinculado a circunstancias concretas en cada caso. De ahí, pues, la especial importancia de un desarrollo reglamentario que precisara estas circunstancias y situaciones. Desarrollo reglamentario al que remite, en algún caso, la propia norma legal y que, como se anticipó y después veremos con algún detalle, ha tratado de afrontar el Real Decreto 604/2006.

Antes de exponer y comentar este régimen reglamentario quizás convenga realizar alguna observación general que nos ayude a situar correctamente el marco legal de referencia. A este respecto, no podemos dejar de constatar que la previsión de esta medida preventiva ha generado tantas expectativas de mejora como incertidumbre.

Expectativas de mejora de la actual situación preventiva por cuanto es coincidente la opinión favorable a su introducción, conscientes los analistas de lo inusual de esta presencia en los lugares de trabajo, no obstante la referida exigencia de integración. A la espera de una adecuada reordenación del marco regulador de los sistemas preventivos, que promueva la decisión empresarial de optar por modalidades organizativas internas, conforme reclama el respeto del marco comunitario de referencia, tal y como viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), esta medida de exigir la presencia efectiva, física, inmediata, próxima de la persona responsable de cuidar que se respeten las exigencias de prevención

puede paliar, si quiera en ciertos casos, aquella deficiencia, que de momento el legislador parece empeñado en ignorar.

Incertidumbre porque, al mismo tiempo, es común la crítica que se formula por la confusa situación resultante tras la reforma. De este modo, se confirma un dato que es ya una realidad palpable.

En efecto, el legislador, ante la constatación de ineficacia del sistema preventivo por la continuidad de los altos índices de accidentalidad laboral, no parece contemplar más que una solución viable, que no es otra que la de multiplicar el número de «*recursos humanos preventivos*», de naturaleza y entidad diversas. De este modo, buscando resolver los problemas de descoordinación y dispersión existentes, ante la creciente presencia de sujetos empresariales responsables de disponer medidas preventivas, no hace sino «echar más leña al fuego».

La razón está en que tal acumulación de profesionales de la prevención incrementa las dificultades para una actuación eficaz, en términos de unidad y coherencia. En poco tiempo, hemos asistido a este proliferar, en sede legal y en sede reglamentaria, de figuras «competentes» en materia de prevención cuyo ámbito de intervención no queda nada claro, como sucede con estos recursos preventivos y las eventuales personas de la «coordinación de actividades» preventivas que, al amparo del desarrollo reglamentario del artículo 24 LPRL, pueden también intervenir en un mismo lugar de trabajo. La habitual exigencia de un deber de cooperación –ejemplo art. 32 bis, punto 4 LPRL–, siempre presupuesto, parece poca garantía, a la vista de lo sucedido hasta el momento, para asegurar ese funcionamiento coordinado. Como tampoco se ha revelado una fórmula eficaz la previsión en estos desarrollos reglamentarios de reglas que pretenden ordenar esta concurrencia.

Pues bien, de nuevo al objeto de adecuar el RSP a la reforma legal de 2003 en esta importante materia el Real Decreto 604/2006 ha introducido un nuevo artículo 22 bis en el RSP. Además de recordar la pésima técnica legislativa de los recurrentes preceptos «bis», que no tiene más explicación que la desidia del legislador por una ordenación mínimamente racional la desorbitada dimensión que tiene este precepto, lo que quizás podría haberse evitado dedicándole una Sección o varios preceptos. Nos limitaremos aquí a exponer y comentar sucintamente los aspectos más destacados de este desarrollo reglamentario del artículo 32 bis LPRL.

5.2. Qué alcance tiene la presencia de los recursos preventivos como medida y en qué supuestos resulta obligatoria.

Consciente el legislador reglamentario de la indeterminación, incluso confusión, con que quedó incorporada en nuestro ordenamiento esta nueva figura, ya gráficamente reflejada en el recurso a esa nefasta técnica legislativa que es el recurrir a los preceptos «bis», el Real Decreto 604/2006 trata de clarificar, o precisar, el alcance de la presencia de los recursos preventivo.

Así, por un lado, tal presencia obligada se considera como *una medida preventiva de carácter complementario* a las relativas a la organización de la actividad preventiva. En consecuencia, no permite configurarla como alternativa a las ya existentes con carácter general, sino que las presupone, adicionando una medida para compensar el *factor de riesgo adicional* derivado de circunstancias especiales que requieren una especial alerta preventiva, que no puede cubrirse más que con la presencia de una persona competente que cuide del cumplimiento del plan de prevención.

Precisamente, porque se trata de una medida complementaria y no alternativa, el apartado 10 del artículo 22 bis RSP cuida en advertir que la aplicación de esta medida no exime al empleador del cumplimiento de las *«restantes obligaciones que integran su deber de protección de los trabajadores»*. Nueva previsión reiterativa y textualmente «inflacionaria», pues está claro que la presencia integra el contenido del deber de protección pero ni lo agota ni lo desplaza.

Asimismo, se especifica también que la finalidad perseguida con tal medida es la de *«vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas en relación con los riesgos derivados»* de las situaciones contempladas en la norma legal. Se trata con ello de asegurar un *«adecuado control»* de tales riesgos (apartado 4). En cierta medida pues, como ya anticipábamos, se redescubre la figura tradicional del *«vigilante de seguridad»*, ya recogido en la vieja OGSHT, si bien ahora para supuestos y competencias limitadas. Bien es verdad que tampoco estamos ante ninguna novedad.

A estos efectos, debe recordarse que ya la disposición adicional 14.^a LPRL, relativa a la presencia de los recursos preventivos en las obras de construcción, ya había identificado la función de esta figura con la vigilancia del cumplimiento de las medidas incluidas, en estos casos, en el «Plan de Seguridad y Salud» en el Trabajo, así como comprobar su eficacia [letra c), apartado 1]. Por tanto, lo que ahora hace la norma reglamentaria es generalizar esta idea a todos los sectores y ámbitos.

Delimitado el sentido y alcance de esta medida preventiva, en segundo lugar, y como no podía ser de otra manera, se reiteran los 3 *supuestos* del artículo 32 bis LPRL en los que es exigible la presencia en el centro de trabajo de los referidos «recursos preventivos», cualquiera que sea la modalidad de organización de dichos recursos establecida en la empresa, conforme a las amplias posibilidades abiertas al empleador por los apartados 2 –cualquiera de las modalidades previstas en el RSP, salvo la asunción directa por parte del empleador– y 4 –trabajador especialmente designado a estos efectos– de este precepto ⁵.

Esos tres supuestos son, como se recordará, los siguientes:

a) Situaciones en las que los riesgos puedan verse agravados, en el desarrollo de los procesos productivos o actividades empresariales, por la concurrencia simultánea o suce-

⁵ En este ámbito sí se consagra un «derecho de opción» a favor del empleador que, sin embargo, ya ha quedado descartado en relación a la constitución de las modalidades organizativas «básicas» cuando concurran los presupuestos legales para la creación de un servicio propio. *Vid. STS de 24 de abril de 2001.*

sivamente de operaciones diversas, exigiendo un control específico (*conurrencia de actividades que exijan control de ejecución*).

- b) La realización de actividades o procesos peligrosos o considerados con riesgos especiales (situaciones de especial peligrosidad). Para la fijación de estas actividades se remitía expresamente al desarrollo reglamentario.
- c) Supuestos en que así lo determine la ITSS.

No obstante, se prevé la posibilidad de que esta medida de prevención de riesgos complementaria pueda utilizarse en otros casos distintos de los previstos en el artículo 32 bis LPRL, «siempre que sea compatible con el cumplimiento de sus funciones» (apartado 7). Se trata de una previsión reglamentaria poco sustanciosa, por cuanto no es sino expresión del carácter mínimo que asumen las normas de PRL (art. 2.2 LPRL). En la medida en que esta garantía de presencia efectiva supone una mejora de los recursos disponibles puede ser utilizada cuando así lo decida el empleador, unilateralmente o de conformidad con los representantes de los trabajadores.

En relación a la delimitación de los supuestos en que procede la presencia del recurso preventivo lo más relevante es, sin duda, el listado de los procesos y actividades a integrar en el segundo grupo de supuestos, los de especial peligrosidad. La enumeración, que ha de entenderse cerrada a estos efectos, sin perjuicio de la opción abierta a la ITSS para determinar la misma solución organizativa conforme a la letra c), se concreta en cinco supuestos. A saber:

- 1.º *Trabajo con riesgos especialmente graves de caída desde altura*, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo.
- 2.º *Trabajos con riesgo de sepultamiento o hundimiento*.
- 3.º *Actividades en las que se utilicen máquinas que carezcan de declaración CE de conformidad*, por ser su fecha de comercialización anterior a la exigencia de tal declaración con carácter obligatorio. Ahora bien, no basta con constatar esta situación, sino que se requieren dos condiciones más para que sea exigible la presencia del recurso preventivo:
 - Que las máquinas sean del mismo tipo para las que la normativa sobre comercialización de máquinas requiere la intervención de un organismo notificado en el procedimiento de certificación.
 - Que la protección del trabajador no esté suficientemente garantizada.
- 4.º *Trabajos en espacios confinados*. Por tal se entiende el «recinto con aberturas limitadas de entrada y salida y ventilación natural desfavorable, en el que pueden acumularse contaminantes tóxicos o inflamables o puede haber una atmósfera deficiente en

oxígeno, y que no está concebido para su ocupación continuada por los trabajadores».

- 5.º *Trabajos con riesgo de ahogamiento por inmersión*, si bien respecto de los trabajos en inmersión con equipo subacuático habrá que estar a su normativa específica [apartado 8 letra a) del art. 22 bis RSP].

Como es natural, estos supuestos deben estar correctamente identificados en los documentos de acción preventiva. De ahí, que también se fijan algunas *reglas más concretas o precisas para la evaluación y planificación de riesgos laborales en estos supuestos*. Así, conforme a la exigencia del apartado 2 del precepto reglamentario que comentamos, esta evaluación de riesgos, tanto la realizada en el momento inicial como en otros sucesivos, deberá identificar expresamente los diferentes supuestos concurrentes en cada caso.

Asimismo, para los supuestos del tercer tipo, los determinados por la ITSS, también se prevé la necesidad de revisar la evaluación de riesgos cuando no contemple tales supuestos, una vez intervenida la ITSS, sin perjuicio de cumplir el requerimiento efectuado a tal fin por ésta. Por su parte, la forma de llevar a cabo la presencia efectiva de los recursos preventivos, en uno u otro supuesto, deberá quedar expresamente determinada a través de la planificación de la actividad preventiva, realizada de conformidad con las previsiones de los artículos 8 y 9 RSP. Esta planificación también deberá ser modificada cuando no hubiera incluido la necesidad de la presencia de los recursos preventivos.

5.3. Reglas de organización de la presencia del recurso preventivo: normas generales y específicas para las obras de construcción.

Un aspecto importante igualmente del desarrollo reglamentario está constituido por las reglas que *organizan la presencia de las personas designadas como recursos preventivos en el centro de trabajo*, estableciendo una serie de obligaciones a cargo del titular del centro de trabajo (apartado 3). A saber:

- Deber de facilitar a los trabajadores los datos necesarios para identificar a las personas que actúan como recurso preventivo.

Debe recordarse, en este punto, el ya evidenciado deber de colaboración con los recursos preventivos que pesa sobre los trabajadores, conforme al artículo 32 bis, apartado 4 LPRL.

- Deber de ubicarlo en un emplazamiento seguro, de modo que se evite que su presencia se pueda convertir en un «factor adicional de riesgo».
- Debe permitir y facilitar la actuación del recurso preventivo durante todo el tiempo en que se mantenga la situación que determine su presencia.

A estos mismos efectos, el apartado 9 contiene una regla especial o particular en relación a aquellas situaciones, hoy muy frecuentes ante el generalizado fenómeno de la «externalización» de actividades productivas y empresariales, en las que *concurren varias empresas en el mismo centro de trabajo*, a su vez responsables de la realización bien de las actividades coincidentes de primer supuesto bien de las actividades de especial riesgo del segundo supuesto. En estos casos, la obligación de designar recursos preventivos para su presencia en el centro de trabajo recae sobre cada una de las empresas que realicen tales operaciones. Una previsión que, de nuevo, es coincidente con la responsabilidad atribuida, para el sector de la construcción, a todos los «contratistas» –y habrá que entender también que, en su caso, de los subcontratistas– (disp. adic. 14.^a LPRL). La más que probable situación de pluralidad de recursos preventivos concurrentes en tal situación lleva a establecer el típico deber de colaboración entre ellos, así como con las personas encargadas de la «*coordinación*» de las actividades preventivas del empresario titular o empresario principal del centro de trabajo, conforme al artículo 24 LPRL y Real Decreto 171/2004.

Precisamente, a estos efectos de la coordinación de actividades empresariales, la reforma reglamentaria ha introducido una nueva disposición adicional para fijar qué se entiende por actividades peligrosas. Se trata de la disposición adicional 11.^a que, con vista a determinar la previsión del artículo 13.1 a) Real Decreto 171/2004, *remite para fijar las actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales al Anexo I del RSP* y no al artículo 22 bis.

Asimismo, y para el siempre complicado, incierto y conflictivo sector de las obras de construcción, se establece una regulación específica en orden a ordenar esa presencia de recursos preventivos. Con este objetivo se lleva a cabo una doble operación normativa.

Por un lado, se introduce una nueva disposición adicional 10.^a en el RSP, conforme a la cual aquella presencia se realizará en los términos establecidos en la disposición adicional única del Real Decreto 1627/1997. Por otro lado, y en paralelo, se reforma esta última norma reglamentaria al objeto de introducir este régimen especial, a cuyo fin se introduce la referida disposición adicional única.

Este régimen de adaptación a las especificidades del sector de la construcción es coherente con la propia técnica utilizada por la Ley 54/2003, que remitía a una aplicación de la disposición adicional 14.^a LPRL también al sector de la construcción pero incorporando un conjunto de especialidades. Así, conforme a la disposición adicional única del Real Decreto 1627/1997 la forma de llevar a cabo la presencia de los recursos preventivos queda remitida al Plan de Seguridad y Salud. En lo sustancial, el régimen de atribuciones o facultades de las personas que actúan como recursos preventivos, cuya obligación es de cada contratista –insiste en esta expresión la nueva regulación, no obstante la inadecuación a la actual doctrina jurisprudencial que considera implicados a toda la cadena de contratistas y subcontratistas–, es el mismo que el previsto con carácter general y que veremos de inmediato.

5.4. Las competencias o atribuciones del recurso preventivo.

Con objeto de clarificar con mayor precisión la tarea que asume el recurso preventivo, la norma reglamentaria intenta concretar en qué consiste la actividad a realizar por la persona que asume la función de recurso preventivo. Así, además de delimitar genéricamente su función como de «vigilancia del cumplimiento» de la actividad preventiva en relación con estas situaciones de riesgo específico, atribuyéndole la facultad de comprobación de la eficacia de tales actividades para prevenir los riesgos derivados de estas situaciones específicas, procede a concretar en qué consiste exactamente su función. A tal fin, la norma reglamentaria distingue entre dos supuestos diferentes. A saber:

- a) Observación de un *cumplimiento deficiente de las actividades preventivas* previstas en estos casos (apartado 5 del art. 22 bis RSP). En estos supuestos las personas que actúan como recurso preventivo deberán.
- *Llevar a cabo las indicaciones necesarias* para el correcto e inmediato cumplimiento.
 - *Poner de manifiesto tales circunstancias al empresario*, con objeto de que éste adopte las medidas necesarias para corregir las deficiencias observadas si éstas no hubieran sido subsanadas a raíz de la intervención directa de requerimiento del recurso preventivo.
- b) Verificación de una *planificación preventiva deficiente* –por ausencia de medidas o por deficiencia de las mismas– de estas situaciones. En estos supuestos sólo podrá dirigirse al empleador para alertarle de dicha situación y que éste proceda de inmediato a corregir tales deficiencias, modificando la planificación efectuada o, en su caso, la propia evaluación de riesgos (apartado 6 del art. 22 bis RSP).

5.5. Una regla de coherencia: complementariedad de las reglas preventivas específicas de las actividades de riesgo especial.

Finalmente, el desarrollo reglamentario se ocupa de establecer una regla de coherencia o de compatibilidad entre el régimen específico previsto a efectos preventivos y la vigencia de las *normas técnicas de seguridad* que, por lo general, resultan obligatorias para la realización de la mayor parte de actividades catalogadas por el reglamento como de riesgo especial. A tal fin procede a enumerar, si bien de forma no exhaustiva sino abierta, una serie de actividades o trabajos para los cuales la presencia efectiva de los recursos preventivos no debe suponer alteración de las «disposiciones preventivas específicas» ya previstas para ellas, que deberán ser aplicadas «en sus propios términos» (apartado 8: trabajos de inmersión con equipos subacuáticos, trabajos que impliquen exposición a radiaciones ionizantes, trabajos realizados en cajones de aire comprimido, trabajos con riesgos eléctricos...).

6. LA MEJORA DE LOS CONTROLES EXTERNOS DE EFICACIA DEL SISTEMA PREVENTIVO: ENTRE LO PRIVADO Y LO PÚBLICO

6.1. La reordenación del régimen jurídico de las «auditorías de los sistemas» de prevención de riesgos laborales.

6.1.1. La fuente de la deficiente situación previa: remisión legal al reglamento y desnormativización reglamentaria.

El modelo regulador diseñado por la LPRL pretendió configurarse como un genuino «sistema de gestión de calidad», inspirado en las reglas de normalización típicas de la «calidad industrial» –y a su vez de la sostenibilidad ambiental–. Por eso, el entramado concerniente a la organización interna de la actividad preventiva se sujetaba a un instrumento de *control externo* típico de este sistema, cerrando todo el edificio: las *auditorías de sistemas de PRL*.

Sin embargo, la trascendencia de este instrumento no se vio refrendada por la regulación dispuesta en el RSP. En este sentido, es también un lugar común dejar constancia de las profundas deficiencias de este régimen, que puede explicar en parte el rotundo fracaso en la práctica de esta herramienta.

Esta notable deficiencia tampoco pasó desapercibida por completo al legislador de reforma en 2003. Sin embargo, la dedicación que le prestó no se vinculó a la revisión, urgente, del régimen sustantivo, sino que se condujo por la vertiente sancionadora, de modo que para reforzar el cumplimiento de esta obligación se tipificaron dos nuevas conductas infractoras, una calificada como grave –nuevo apartado 25 del art. 12 TRLISOS– y la otra como muy grave –nuevo apartado 13 del art. 13 TRLISOS–. Consecuentemente, la fuente principal del problema seguía inmodificado.

Esta desatención en aquel momento de esta cuestión se debía al carácter estrictamente reglamentario del régimen regulador de las auditorías de los sistemas de prevención de riesgos laborales –SPRL–, pues el artículo 30.6 LPRL se limitaba a:

- Reconocer la obligación del empresario: *«El empresario que no hubiere concertado el Servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa deberá someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa...»*.
- Remitir el régimen de la auditoría a una norma reglamentaria: *«... en los términos que reglamentariamente se determinen»*.

Por su parte, la norma reglamentaria parecía renunciar en buena medida a esta tarea reguladora para remitirla, a su vez, a otro ámbito de regulación, al propio de las *«normas técnicas»*

–modelo de normalización–. Así, el artículo 30 RSP, en su formulación originaria, si bien no ha desaparecido tras la reforma, estableció que la auditoría *«deberá ser realizada de acuerdo con las normas técnicas establecidas o que puedan establecerse...»*. Dejando a un lado la crítica que merece esta opción de técnica reguladora, que deposita la regulación de un tema tan crucial en normas no vinculantes y que desconoce la propia configuración de la LPRL, en sí misma, como un sistema de gestión de calidad preventiva, lo cierto es que no existía esa norma técnica de referencia, ni tampoco se estableció con posterioridad por el INSHT.

Este organismo científico-técnico se limitó a formular unos criterios orientadores para realizar las auditorías. En todo caso, la inexistencia de una norma técnica suficientemente validada en esta materia, no obstante algunos ensayos experimentales, explica, aunque no justifica, la lamentable situación con que nos encontrábamos hasta el Real Decreto 604/2006.

6.1.2. *El ámbito de aplicación de las auditorías de los SPRL: auditorías obligatorias y voluntarias.*

El primer aspecto novedoso de la reforma reglamentaria tiene que ver con la propia delimitación de los tipos de auditorías contempladas por la norma. Así, conforme a la nueva regulación, ahora hay que distinguir entre *«auditorías obligatorias»* y *«auditorías voluntarias»*. Las primeras se regulan en los artículos 29 y ss. RSP, las segundas en el nuevo artículo 33 bis RSP.

Por lo que respecta a las primeras, las auditorías obligatorias, la primera modificación relevante se produce ya en la delimitación del ámbito aplicativo mismo de las auditorías (art. 29.2 RSP). Como se sabe, esta obligación está sometida a la concurrencia de dos condiciones o presupuestos previos:

- El primero es que exista una concreta actividad preventiva en la empresa, a raíz de la evaluación de riesgos laborales (art. 29.1 RSP).
- El segundo que se trate de un sistema de prevención organizado con recursos propios del empleador, por tanto no concertado con un SPA ⁶.

Por lo que refiere al primero, conviene matizar que la auditoría no sólo tiene como misión comprobar la corrección de la evaluación de riesgos y la adecuación de la actividad preventiva, que en su caso hubiese que llevar a cabo, sino el nivel de integración mediante la implantación del

⁶ Por tanto, se incluye tanto la modalidad de trabajador designado como la creación de un servicio propio. A estos efectos, conviene recordar que en el diseño comunitario no existe diferencia entre ambas modalidades organizativas, de modo que la diferencia es propia del Derecho español, de ahí que el respeto a la normativa comunitaria requiera tratar de forma semejante ambas formas de realizar la función o actividad empresarial de servicio preventivo garantizada por la Directiva Comunitaria. *Vid.* STSJ Cantabria, 2 de abril de 2003. Fuera siguen quedando, sin embargo, los sistemas propios de las AA.PP. que, conforme a la inmodificada disposición adicional 4.^a, apartado 2, quedan exentas del régimen general, remitiendo el imprescindible instrumento de control a la normativa específica de adaptación aplicable en el ámbito de las AA.PP.

Plan de Prevención y éste es obligatorio en todo caso. Por lo tanto, parece claro que la obligación de auditar el sistema es de todas las empresas que no hayan optado, en el marco normativo vigente, por un SPA. Con lo que en la práctica se relativizaría o neutralizaría este presupuesto.

Por lo que concierne a la segunda condición, ciertamente se suscitaba la duda respecto de la situación en que quedaba aquella empresa que hubiese decidido asumir parte de la actividad preventiva y concertar el resto con una o varias entidades especializadas. Esta posibilidad aparece claramente expresada en el artículo 31.1 LPRL. Una interpretación conjunta del precepto legal y del precepto reglamentario, en la versión original, llevaba a la conclusión de que la obligación de auditar se limitaba sólo a la parte de actividad preventiva asumida por el empleador, dejando fuera la realizada por la entidad especializada.

Esta cuestión es ahora afrontada directamente por el nuevo desarrollo reglamentario. La comprensión que de la misma hace el legislador reglamentario parece que supone añadir un nuevo supuesto de auditoría obligatoria, el relativo a los *sistemas mixtos de organización preventiva*. Pero en realidad se trata, por lo comentado, más bien de una norma clarificadora porque en sede interpretativa ya se había venido aceptando que también estos supuestos quedaban incorporados al ámbito de situaciones obligadas a someterse a la correspondiente auditoría, aunque fuese con ese alcance limitado ya indicado. En definitiva, para estos casos, esto es, para las empresas que organizan su actividad preventiva «con recursos propios y ajenos», ahora se prevé expresamente la necesidad de proceder a la adaptación del procedimiento general a las peculiaridades de este sistema mixto. Así resulta del nuevo artículo 31 bis RSP, que comentaremos en su momento.

No afecta la reforma, sin embargo, a la regulación que la norma reglamentaria, en el artículo 29.3, hace de las «excepciones» previstas a este deber de someter la actividad preventiva a la auditoría. De este modo, la imagen de la auditoría como regla general que parece querer traslucir la norma encontraría diversos correctivos. El primer correctivo de ese pretendido carácter general es fáctico, aun apoyado en la inadecuada regulación reglamentaria de las modalidades organizativas, y se vincula al dato ya comentado de la escasa presencia en nuestro sistema de modalidades de organización interna de la prevención –apenas alcanzaría el 15% de las empresas–. El segundo es estrictamente normativo, en cuanto que la práctica totalidad de las empresas de seis o menos trabajadores quedan fuera del deber de auditar. Consecuentemente, si al dato socio-económico y estadístico relativo a que estas empresas son más del 80% de nuestro tejido productivo añadimos otras exclusiones, como la de las AA.PP., es evidente que la tan proclamada vocación de universalidad de la LPRL es más una aspiración que una realidad.

Por lo que refiere a la excepción de las microempresas debe recordarse que las circunstancias establecidas para beneficiarse de la misma son:

- Que se trate de empresas de hasta seis trabajadores.
- Que su actividad no esté incluida en el Anexo I.

- Que el empresario asuma personalmente o a través de uno o más trabajadores designados las tareas preventivas.
- Que la eficacia del sistema de prevención resulte evidente sin necesidad de auditoría, por el limitado número de trabajadores –lo que es inherente a su carácter de microempresa– y por la escasa complejidad de su actividad preventiva.

Para estos casos se establece un procedimiento alternativo a la auditoría y que consiste en un procedimiento de notificación, a cargo del empleador, sobre la concurrencia de estas circunstancias, así como una serie de datos sobre identificación de los riesgos existentes en la empresa y actividad preventiva adoptada. El empleador ha de cumplimentar estos requisitos conforme al modelo que figura en el Anexo II del RSP, debiendo notificarlo a la autoridad laboral, que registrará y ordenará estas notificaciones por actividades de las empresas. Es obligación de la autoridad laboral facilitar la información global a los órganos de participación institucional –Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo sobre todo, si bien habrá que entender también a órganos análogos de las CC.AA., dado que la competencia es de las CC.AA.–. Recuérdese que esa exención puede, a su vez, ser excepcionada por decisión de la autoridad laboral, previo informe de la ITSS.

No se insiste más en este ámbito porque no hay novedad legal alguna. Tan sólo recordar que han quedado pendientes de resolver algunas dudas aplicativas que la experiencia ha ido evidenciando. Así, por ejemplo, queda sin resolver de forma expresa la situación en que quedan las empresas de hasta seis trabajadores adheridas al «Servicio de Prevención Mancomunado» –SPM–, pues queda la duda de si han de pasar necesariamente la auditoría o, en cambio, pueden acogerse al más flexible régimen de la notificación, previsto en el artículo 29.3 RSP.

La cuestión no es nada baladí si se tiene en cuenta el mucho más flexible –y barato– régimen permitido a las microempresas y la doctrina judicial que considera como sujetos «responsables» de la obligación de auditar, también en el marco de los SPM, a todas las empresas integradas en él. De modo que, de no realizarse tal deber legal, se incurriría en infracción administrativa grave, cometida por:

*«cada una de las empresas que no ha sometido **su sistema** de prevención propio al control de una auditoría externa, tal y como ha efectuado la Administración demandada, con **independencia de que el servicio de prevención constituido sea mancomunado...**» (SSTSJ, Sala 3.ª, Madrid, 11 de marzo y 4 de mayo de 2005, reiterando doctrina ya formulada, respecto del mismo grupo empresarial, en diferentes sentencias de 2004).*

Para el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) no existiría «base jurídica» para atender a la pretensión de la empresa que planteó el recurso contra la resolución de la Administración Laboral, a instancia de una actuación inspectora de carácter sancionador. Esa pretensión era la de considerar que, puesto que se trataba de un SPM, se debería imponer, de existir infracción, «una

*única sanción con responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del SPM propio del Grupo FCC..., en lugar de sancionar a cada una de las empresas, como ha efectuado la Administración...». Para el Tribunal esta tesis es insostenible precisamente por el carácter de «servicio propio» de cada empresa que tiene el SPM, por lo que sería cada una de las empresas integrantes el «sujeto responsable del incumplimiento de someter **su sistema** de prevención al control de una auditora externa» (fundamento jurídico segundo, *in fine*).*

Ahora bien, pese a esa tesis, el TSJ no confirma las sanciones sino que las anula por entender que no hay infracción imputable, y ello porque considera que sí se había cumplido con la obligación de someterse a auditoría. La razón es que ya se había firmado un contrato, por la empresa matriz del Grupo, para realizar dicha auditoría. En términos más claros: de la misma manera que todos los empleadores integrantes de la «comunidad de servicio preventivo» son responsables del incumplimiento del deber de auditar el SPM, todos ellos se benefician del cumplimiento por uno del deber, en la medida en que lo contratado sea «*la auditoría externa del Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*» global –en este caso del Grupo, pero la tesis es válida para todos los casos, siempre que conste la celebración de un contrato con una empresa auditora celebrado a tal fin–.

Aunque esta doctrina judicial nos parece cuestionable, por cuanto supone considerar el Servicio de Prevención Mancomunado más como una pluralidad que como una unidad organizativa específica, unitaria pero con ámbito múltiple, de aceptarse o consolidarse en la jurisprudencia habría que alcanzar la siguiente conclusión: cuando una empresa decida no asumir directamente la actividad preventiva sino que opta por constituir, o integrarse, en un SPM, queda exonerada de la obligación de organizar la actividad preventiva por sí misma, trasladándola al SPM.

La empresa no queda, pues, exonerada del deber de auditar «*su sistema*», pero el modo en que cumple ese deber es diferente, atendiendo a cada modelo organizativo de la prevención, de modo que **cuando es un SPM tendrá que ser el entero Sistema el auditado, y no cada una de las empresas**. Naturalmente, para que la auditoría respete los criterios legales **ha de garantizarse que el SPM está en condiciones de ser «operativo y eficaz» en todas y cada una de las empresas que lo integran**.

6.1.3. El sentido y alcance de la auditoría del SPRL: concepto, contenido, metodología y plazo para la realización.

La segunda modificación de relieve se realiza a través de una completa reordenación del artículo 30 RSP, cuya redacción precedente adolecía de un exceso de confusión. El precepto cambia incluso de denominación y ahora reza: «*concepto, contenido, metodología y plazo*». El cambio no es sólo nominal sino que las dimensiones de este precepto han crecido considerablemente respecto de la redacción anterior, limitada a fijar con concesión el «concepto» y los «objetivos» de la auditoría.

Por lo que se refiere al concepto, la nueva redacción sigue identificando la auditoría como un «*instrumento de gestión*». No obstante, ahora se precisa algo más su finalidad, incorporando criterios netamente extraídos de los planteamientos típicos de las ciencias y técnicas auditoras. Así, se precisa que la finalidad de esta herramienta de gestión es:

«reflejar la imagen fiel del sistema de prevención de riesgos laborales de la empresa, valorando su eficacia y detectando las deficiencias que puedan dar lugar a incumplimientos de la normativa vigente para permitir la adopción de decisiones dirigidas a su perfeccionamiento y mejora.»

En definitiva, la auditoría sigue siendo lo que era antes: *una evaluación de la eficacia del sistema preventivo*. No obstante, se refuerza aún más el carácter de «*auditoría legal*» que ya tenía en la anterior redacción, en la medida en que se vincula muy directamente a la verificación de los eventuales «*incumplimientos de la normativa*» que pudieran existir, misión que ha venido siendo tradicionalmente propia de la función inspectora. En todo caso, se aclara la discusión precedente en torno a determinar si la auditoría establecida en la LPRL era una «*auditoría del deber de prevención eficaz*» del empresario, o, más genuinamente, se trataba de una típica «*auditoría del sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales*» (Auditoría SGPR).

El modo de realización de una y otra, su sentido y alcance varía significativamente. Pues en el primer caso se aproxima más a una «*evaluación externa*» del cumplimiento estricto de cada obligación establecida en la Ley, evidenciando puntualmente las conformidades y desconformidades conforme al «*sistema preventivo*» diseñado en la LPRL. En el segundo, se pone más énfasis en la adecuación del «*sistema global*» de gestión empresarial para procurar una actividad preventiva fiable y eficaz. Ni que decir tiene que esta última configuración es la que domina en los diferentes intentos de alcanzar una norma técnica en esta materia –UNE, ISO, OIT, OSHA 18001...–.

Tras la reforma parece quedar claro que la auditoría legal se identifica como un instrumento de gestión, al mismo nivel que las típicas de calidad y medio ambiente, por lo que se trata de una «*Auditoría de Gestión de Sistemas Preventivos*». La norma reglamentaria lo refiere expresamente al concretar su alcance en un análisis y comprobación, de carácter sistemáticos, objetivos y documentados, de la «*eficacia del sistema de prevención*» (art. 30.1). Sin embargo, la expresa vinculación a incumplimientos normativos «*traiciona*» en alguna medida esta imagen. A nuestro juicio, la misión de una auditoría no es tanto verificar el cumplimiento puntual y exhaustivo de la LPRL, como supone una «*inspección legal*» –a cargo de la ITSS–, cuanto garantizar, mediante este instrumento de control «*privado*», que la gestión preventiva realizada por la empresa es suficientemente fiable para asegurar el resultado perseguido por la LPRL: la seguridad y salud de los trabajadores.

En definitiva, la auditoría nunca puede ser una inspección, no puede buscar el cumplimiento o incumplimiento de la normativa en un momento dado, sino que ha de buscar la *eficacia*

del funcionamiento global del Sistema preventivo a lo largo de un determinado período de tiempo. Por eso mismo, no es un puro examen de cómo se llevan a cabo las actividades, sino que analiza sus resultados, esto es, la evaluación de la actividad preventiva no responderá sobre todo a su adecuación al entramado normativo sino a los resultados conseguidos, esto es, conforme al estándar de eficacia exigido al deber de protección empresarial de la seguridad y salud en el trabajo. De este modo, la regulación reglamentaria no sólo reflejaría o anticiparía el modelo que presumiblemente terminará difundándose a través de las técnicas de «normalización preventiva» impulsadas, y recientemente reactivadas, en esta materia por los organismos internacionales, incluso nacionales, sino que obedecería al imperativo legal ⁷.

Desde esta comprensión es más fácil valorar el acierto, o error, del legislador reglamentario a la hora de detallar con más precisión las cuestiones relativas al contenido *de la auditoría*. A este respecto, hay que decir que se mantiene en lo sustancial las previsiones de la normativa que ahora se modifica, si bien se aprovecha la oportunidad para especificar, conforme al objetivo global que inspira el entero proceso de reforma, legal y reglamentaria, para requerir una mayor atención a las cuestiones relativas a la integración de la actividad preventiva en el sistema general de gestión de la empresa. En concreto, el cumplimiento del fin al que sirve la auditoría requiere el concertar un análisis sistemático, documentado y objetivo del sistema de PRL que, como mínimo, habrá de incluir:

- a) La *comprobación de cómo se ha realizado la evaluación* inicial y periódica de los riesgos profesionales, analizando sus resultados y verificarlos en caso de duda.
- b) La *comprobación del grado de ajuste de la planificación preventiva a lo dispuesto en la normativa, tanto general como específica*.
- c) El *análisis de la adecuación entre la actividad preventiva exigible conforme a esa normativa y los recursos realmente puestos a disposición* por el empleador para llevarla a cabo, atendiendo al modo en que está organizada esa actividad y tales recursos.
- d) *Valoración del grado de integración de la PRL en el sistema general de gestión*, tanto en su conjunto como en cada uno de los niveles jerárquicos, a través de la implantación del Plan de PRL.

Como puede constatarse la norma reglamentaria insiste en el marcado carácter legal que asume la auditoría, con lo que es difícil diferenciarla de una inspección normativa, actividad con la que nunca debería confundirse. De este modo, como antes se anunciaba, la norma reglamentaria parece contradecir su propia fuente de referencia, que no son sino los instrumentos de normalización de la «gestión de calidad» industrial –y de la gestión ambiental– ⁸. No obstante, en

⁷ De ahí que resulte mucho más acorde el concepto propuesto por la norma UNE 81.900, conforme a la cual por auditoría del SPRL había que entender toda «Evaluación sistemática, documentada, periódica, objetiva e independiente que evalúa la eficacia, efectividad y fiabilidad del sistema de gestión para la prevención de riesgos laborales, así como si el sistema es adecuado para alcanzar la política y los objetivos de la organización en esta materia».

⁸ Ej.: Normas ISO 900 y su serie, o NORMA UNE-EN-ISO 9001:2000; o de Gestión Ambiental, conforme a la serie ISO 14001, o la OSHA 18001, o Directrices de la OIT, o Sistemas Integrados de Gestión (ISO9000+ISO14000+UNE81900).

lo que concierne a la *metodología* a emplear el desarrollo reglamentario mantiene, como en la redacción anterior, la incertidumbre en torno a la eventual «*norma técnica*» a seguir para llevar a cabo la auditoría.

En este sentido, reitera la misma previsión anterior, conforme a la cual la auditoría se llevará a cabo «*de acuerdo con las normas técnicas establecidas o que puedan establecerse y teniendo en cuenta la información recibida de los trabajadores*». Se reconoce de este modo una característica esencial de las auditorías como es el seguir, para su realización, una serie de etapas ordenadas y sistemáticas que garanticen la eficacia y fiabilidad de esta actividad, respetando determinadas coordenadas estrictamente «técnicas». Sin embargo, no se ha preocupado la norma reglamentaria de delimitar esta cuestión.

Por lo tanto, a diferencia de lo previsto para la integración, para cuya concreción técnica se remite a una norma técnica del INSHT (disp. adic. única RSP), para la auditoría se silencia la solución. Más aún: se parte de la aceptación de una pluralidad de procedimientos o metodologías a seguir a tal fin, como por lo demás sucede en relación a otros procedimientos técnicos, como la evaluación de riesgos. Esta previsión abierta es coherente con la diversidad de reglas técnicas hoy existentes en el ámbito de la «normalización». De este modo, el Gobierno español no habría querido tomar partido por una regla u otra, sabiendo que éste es un tema hoy todavía especialmente polémico y en el que existe una notable conflictividad, incluso «lucha» en el plano internacional, por «imponer» una determinada regla de normalización técnica, clave para la consolidación de este sector del mercado de servicios de prevención de riesgos laborales.

En todo caso, cualquiera que sea la opción seguida por el auditor, sí se requiere que tenga un contenido mínimo. Aunque no puede decirse que la norma reglamentaria haya elevado a rango normativo los «criterios de auditoría» elaborados por el INSHT, no cabe duda de que han estado muy presentes y seguro que, de manera informal, servirán para orientar la actividad auditora, no obstante la diversidad de metodologías hoy existentes en el mercado, como se ha indicado. Los aspectos que lo integrarían son (apartado 3):

- a) Un *análisis documental* –del Plan de PRL, de la Evaluación de Riesgos, de la Planificación preventiva y de cuanta información sobre organización y actividad preventivas sea necesaria para el ejercicio de la actividad auditora–.
- b) Un *análisis de campo*, dirigido a verificar que la documentación refleja con exactitud la realidad preventiva de la empresa. A tal fin será necesario una visita a los puestos de trabajo, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a las habituales «técnicas de muestreo».
- c) Una *evaluación de la adecuación* del SPRL a la normativa de PRL.
- d) Las *conclusiones* sobre la eficacia del SPRL de la empresa.

Como puede comprobarse el panorama es extremadamente complejo, y no cesa de renovarse, pero en todo caso está claro que en todos estos ámbitos se evidencia la diferencia entre la «auditoría de sistemas de prevención» y las «inspecciones».

Algunas cuestiones han quedado en el aire. Así, por ejemplo, la cuestión relativa a cómo ha de hacerse la auditoría en sistemas de prevención especiales, como la modalidad organizativa de servicio de prevención mancomunado. El problema no se presenta sólo en un plano teórico sino que ha dado lugar a un significativo número de pronunciamientos judiciales en los últimos años. A este respecto, debe recordarse que la obligación de auditar existe ante la naturaleza de servicio de prevención propio que tiene esta modalidad, no obstante su aproximación, desde el punto de vista funcional, a los servicios de prevención ajenos, *«pues sus actividades se realizan para que sean compartidas por dos o más empresas asociadas expresamente para esta finalidad»* (STSJ, Sala Social, Cantabria, 23 de noviembre de 2004).

Finalmente, la reforma del artículo 30 RSP se ocupa de establecer el **plazo para llevar a cabo las auditorías**, tanto la inicial como las sucesivas o periódicas. Sin duda es este apartado el que supone una mayor novedad respecto de la regulación anterior, lo que en sí mismo evidencia la pobreza de la reforma y también su ambivalencia, pues si es cierto que contiene mejoras en sentido tutelar no menos cierto es que contiene una regla de flexibilización del deber de someterse a la primera auditoría que resulta de dudosa legitimidad. La norma reglamentaria, aprovechando una reforma que pretende ser puramente técnica y de clarificación, realmente corrige una doctrina judicial que había realizado una interpretación más exigente y, en nuestra opinión, más correcta del precepto reglamentario vigente con anterioridad a la reforma. Vayamos por partes y expliquemos esta afirmación.

En efecto, la regulación anterior no había previsto regla expresa alguna en orden a fijar el plazo para la primera auditoría. Sólo fijó la periodicidad con que deberían realizarse las sucesivas, fijando el plazo en 5 años. A falta de esta referencia expresa, la mayor parte de la doctrina científica y una reciente doctrina judicial habrían puesto claramente de manifiesto que la primera auditoría debiera realizarse de manera inmediata a la constitución de cada concreto sistema preventivo. En todo caso, el momento del nacimiento de la obligación no podía quedar en manos de la decisión empresarial (STSJ, 3.^a, Madrid 26 de septiembre de 2005).

Conforme a esta doctrina, pues, la obligación de auditar es de:

«... cumplimiento inmediato, de manera que, formalizado por parte de la empresa su propio sistema de prevención de riesgos, a continuación y sin solución de continuidad, debe proceder a su homologación por parte de empresa especializada, pues de esta manera, su sistema de prevención... adquiere relevancia y contraste oficial. Por tanto, no es necesario que legalmente se establezca plazo alguno ni tampoco que pueda quedar al criterio de parte interesada la verificación de la suficiencia de su propio sistema de prevención...».

Pues bien, desmarcándose de esta interpretación, la regulación reglamentaria deja ahora claro que la primera auditoría del sistema de prevención deberá llevarse a cabo *«dentro de los doce meses siguientes al momento en que se disponga de la planificación de la actividad pre-*

ventiva» (art. 30.4 RSP). En consecuencia, el deber ya no surge automática o inmediatamente sino que debe pasar un año antes de que nazca esa obligación. La nueva previsión, sin embargo, no deja de plantear problemas, tanto de seguridad jurídica como de legitimidad de la solución.

Quizás en compensación por esta previsión claramente restrictiva de los derechos de los trabajadores y perjudicial para la eficacia de los sistemas preventivos, la norma reglamentaria ha reducido los plazos para realizar las sucesivas auditorías. Así, se afirma con claridad que la auditoría deberá ser repetida, con carácter general, cada cuatro años, lo que significa reducir un año las previsiones anteriores, que fijaba esta periodicidad en cinco años. Un plazo que aún se reduce más, quedando establecido en sólo dos años, cuando se trata de empresas que realicen actividades incluidas en el Anexo I del RSP.

6.1.4. El Informe de Auditoría: contenido mínimo.

La evidenciada necesidad de formalizar o documentar la actividad de auditoría ha determinado que se regule con mucho mayor detenimiento todo lo relativo al *Informe de Auditoría*. A tal fin, se ha dado un nuevo y más extenso contenido al artículo 31 RSP, que ya establecía, también en su redacción anterior, si bien muy escuetamente, esta obligación de reflejar la actividad auditora por escrito. En este caso, la influencia de los criterios establecidos por el INSHT es más evidente. Los aspectos más relevantes de la regulación reglamentaria son:

- Se establece el *contenido mínimo* que ha de tener el Informe de Auditoría (art. 31 apartado 2 RSP).

Básicamente este contenido responde a dos tipos de datos: unos los relativos a la identificación de los sujetos implicados en la relación de auditoría, por tanto el auditor, que habrá de firmarla, o bien el responsable de la entidad auditora, y la empresa auditada; otros los que permiten identificar si la actividad auditora se ha hecho conforme a las previsiones legales, al objeto de conocer con precisión si el sistema auditado cumple o no con los objetivos de eficacia exigidos.

- Se fija el deber de la empresa auditada de *mantener la integridad del Informe*, prohibiendo cualquier alteración del mismo, mucho más de cualquier falsedad.

Los deberes análogos de la empresa auditada ya fueron objeto de reforma legislativa, al tipificarse como infracción muy grave la alteración o el falseamiento, por las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría, del contenido del Informe de la empresa auditada –art. 13.13 TRLISOS–. Se trata en todo caso de luchar contra las auditorías realizadas de forma fraudulenta, haciendo responsables tanto a los auditores como a las empresas de auditoría. No se tipifica expresamente, sin embargo, en el TRLISOS esta infracción cuando es la empresa auditada la que realiza la alteración. La única infracción prevista sigue siendo la del artículo 12.20 TRLISOS, conforme a la cual es infracción grave el no someter, en los términos reglamentariamente previstos, el sistema preventivo al control de auditoría.

- Se determina el deber de la empresa auditada de *adoptar las medidas necesarias para subsanar* las deficiencias detectadas en el Informe de Auditoría, siempre que «*supongan incumplimientos de la normativa sobre prevención de riesgos laborales*» (apartado 4).

Lo que de nuevo evidencia esa identificación de la auditoría de sistemas con una auditoría legal «inspector», lo que no es nada positivo, ni normativa ni prácticamente.

- El Informe *debe quedar a disposición tanto de la autoridad laboral como de los representantes de los trabajadores* (apartado 1).

6.1.5. El procedimiento para la realización de la auditoría de sistemas preventivos mixtos.

El régimen expuesto es el previsto con carácter general. No obstante, la reforma reglamentaria contempla un régimen especial para aquellas empresas que cuenten con *un sistema preventivo mixto*, esto es, desarrolle su actividad preventiva con recursos propios y ajenos.

A este respecto, conviene recordar que el empresario no tiene un derecho de opción, sin obligación de crear el servicio de prevención propio si concurren los requisitos legales (STS de 24 de abril de 2001). Ahora bien, eso no significa que el servicio propio haya de asumir toda la actividad preventiva (SAN de 12 de julio de 2004).

Corresponde, pues, al empleador, o a la autonomía colectiva en los términos previstos por la bastante poco explorada disposición adicional 7.^a RSP⁹, determinar el concreto alcance de los sistemas de prevención propios, abriendo mayor o menor margen a la actuación de los servicios de prevención ajenos. En todo caso, es habitual que se establezcan estas fórmulas mixtas, en especial por lo que tiene que ver con la actividad relativa a la vigilancia de la salud. La implicación de diferentes modalidades organizativas obligará a una especial planificación de la actividad preventiva global al objeto de asegurar el objetivo de la integración.

De ahí que, en realidad, la norma reglamentaria, a través del referido nuevo artículo 31 bis RSP, se limite a establecer dos reglas de adaptación:

- La fijación del objeto de la actividad auditora (apartado 1): «*las actividades preventivas desarrolladas por el empresario con recursos propios y su integración en el sistema general de gestión de la empresa*», como sucede con carácter general, pero «*teniendo en cuenta la incidencia en dicho sistema de su forma mixta de organización, así como el modo en que están coordinados los recursos propios y ajenos en el marco del plan de PRL*».

⁹ Aunque la ordenación de la actividad preventiva forma parte del poder de organización empresarial, o de las *potestades de autoorganización de las AA.PP.* (STSJ, Sala 3.ª, 16 de abril de 2004, respecto de la creación de los servicios de prevención), queda claro que es necesario, por constituir una materia de interés común y afectar muy directamente a los derechos de protección de los trabajadores, promover una mayor implicación de éstos y sus representantes, tanto en la regulación –negociación colectiva– como en su gestión –participación–.

- Un mandato de adaptación del régimen general al objeto específico de este supuesto (apartado 2).

6.1.6. *La garantía de independencia del auditor: el régimen de incompatibilidades.*

Una cuestión clave para el régimen de auditorías es el relativo a las *garantías establecidas para asegurar la autonomía o independencia* de la persona o entidad auditora. Para reforzar este principio de autonomía se da una nueva redacción al apartado 2 del artículo 32 RSP, en cambio se mantiene inmodificado el apartado 1.

La independencia del auditor trata de garantizarse fijando un severo régimen de «incompatibilidades» entre las personas y entidades responsables de las diferentes actividades preventivas, por un lado, y la realización de la actividad auditora de éstas, por otro. El resultado, sin embargo, dista de tener la certeza exigible y en todo caso más que simplificar y clarificar la situación tenemos para nosotros que la ha complicado.

Este régimen queda integrado por *una regla de incompatibilidad general y diversas reglas específicas de incompatibilidad entre la actividad auditora y otras actividades preventivas*, que a su vez cuentan con concretas excepciones expresamente previstas por la nueva regulación reglamentaria y que representan, por tanto, sendas reglas de compatibilidad. Por lo que refiere a la regla general, el primer párrafo del apartado 2 del artículo 32 RSP mantiene la redacción anterior inmodificada, que a su vez resulta análoga a la establecida por el artículo 17 c) RSP a las entidades especializadas para prestar servicios preventivos, aunque en principio aparece más intensa. Conforme a la misma se establece la prohibición de que las personas auditoras, físicas o jurídicas, mantengan con la empresa auditada vinculación comercial, financiera o de cualquier otro tipo, con las empresas auditadas, siempre y cuando tales relaciones *«puedan afectar a su independencia o influir en el resultado de sus actividades»*.

El carácter genérico, e incierto, de esta previsión general hacía obligado precisar algo más el régimen de incompatibilidades. De ahí, que las personas o entidades auditadas no puedan realizar para la misma o distinta empresa:

«actividades en calidad de entidad especializada para actuar como servicio de prevención, ni mantener con estas últimas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo distintas de las que concierte la propia auditora como empresa para desarrollar las actividades de prevención en el seno de la misma.»

Pues bien, la nueva redacción de este párrafo añade una precisión, incluyendo en ese régimen de incompatibilidad, además de los dos supuestos anteriores –actuación como servicio de prevención y vínculos de cualquier tipo– también se encontrarían quienes realizarán la «coordinación de actividades preventivas» para las empresas auditadas. Pero no sólo intenta precisar

los supuestos de incompatibilidad sino también los de compatibilidad. A tal fin, trata de ordenar las excepciones que acepta al régimen general de incompatibilidad. Estas excepciones son (art. 32.2, 2.º párrafo):

- a) El concierto de la persona o entidad auditora con uno o más servicios de prevención ajenos para la realización de actividades preventivas en su propia empresa –la auditora aparece en calidad de empleadora sujeta a los deberes de protección preventiva respecto de su personal–.
- b) El contrato para realizar la auditoría del sistema de prevención de un empresario dedicado a la actividad de servicio de prevención ajeno –aquí el SPA aparece, a estos efectos, como empleador sujeto al deber de protección no propiamente como empresa de servicios preventivos.

6.1.7. Las auditorías voluntarias externas: ¿una norma de promoción de la responsabilidad social de las empresas?

Finalmente, y como novedad normativa, aunque de alcance notablemente incierto, se regulan las denominadas «auditorías externas voluntarias» (art. 33 bis RSP). La regulación establecida a tal efecto se ordena en torno a tres reglas, a las que se dedican sendos apartados del precepto comentado. A saber:

- a) Finalidad de las auditorías voluntarias.

El objetivo de estas auditorías del sistema de prevención de riesgos sería el de «*permitir la adopción de decisiones dirigidas a su perfeccionamiento y mejora*». En consecuencia, el objetivo se centraría en superar el estándar de conducta mínimo establecido en la norma legal. En este sentido, debe advertirse que no se trata de las «auditorías internas» que pueden realizar las propias empresas, sino que ha de tratarse de auditorías realizadas por entidades externas y especializadas.

- b) Supuestos en que procede.

Estas auditorías podrán realizarse en todos «*aquellos casos en los que la auditoría externa no sea legalmente exigible*», o, «*cuando siéndolo, se realicen con una mayor frecuencia o con un alcance más amplio a los establecidos*» en la normativa reglamentaria (apartado 2).

- c) Una norma de fomento de las auditorías voluntarias que se ajusten al régimen establecido en la norma reglamentaria.

Con objeto de primar un desarrollo relativamente «normalizado» de esta herramienta se prevé que todas aquellas auditorías voluntarias que respeten sustancialmente el marco establecido para las auditorías obligatorias, en particular la metodología, contenido y procedimiento (art. 30, apartados 2, 3 y 5), el Informe (art. 31), el régimen de incom-

patibilidades y compatibilidades (art. 32) y los requisitos de autorización para efectuar estas auditorías (art. 33), se beneficiarán del régimen de incentivos previsto en el artículo 5.3 LPRL.

Un régimen de incentivos que, en buena medida, hoy corresponde a las CC.AA., no teniendo esta materia, conforme a lo previsto en la disposición adicional 1.^a el carácter de básico, por lo que esta cuestión dependerá de las políticas de prevención de riesgos de cada Comunidad Autónoma.

En nuestra opinión, se trata de una clara concesión a la contemporánea corriente de la «*responsabilidad social de la empresa*». Y, como tal, goza de las mismas virtudes y adolece de los mismos males que están implícitos, y explícitos, en esta nueva dimensión de las políticas sociales, en especial de la política preventiva.

En todo caso, conviene precisar que se trata de auditorías externas no internas, por lo que debe hacerse por personas acreditadas, en consecuencia, con las garantías de formación suficiente –capacitación– y autonomía –independencia– exigidas para las obligatorias.

6.2. Una reforma en el ámbito sancionador: la delimitación del concepto de especial riesgo a efectos del TRLISOS.

Dado el rango reglamentario de esta norma difícilmente podría llevarse a cabo una regulación incisiva en relación a la otra dimensión, más clásica, del control externo del cumplimiento de la normativa preventiva, la regulación sancionadora. No obstante, se ha aprovechado esta reforma para introducir algunas precisiones en orden a facilitar la aplicación de determinados tipos infractores, como los previstos en los apartados 7 y 8 a) del artículo 14 TRLISOS. El objetivo es establecer unos criterios diferenciados, a efectos sancionadores, en orden a determinar qué se entiende por actividades peligrosas o con riesgos especiales.

A tal fin, de nuevo se prefiere remitir al Anexo I del RSP. No obstante, se realizan algunas precisiones. Así, para que se consideren como actividades peligrosas o con especial riesgo no basta con que estén incluidas en ese Anexo, sino que además ha de concurrir alguna de las siguientes situaciones –disp. adic. 12.^a RSP–:

- Una *especial dificultad para controlar las interacciones* de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo que puedan generar riesgos calificados como graves o muy graves.
- Una *especial dificultad para evitar que se desarrollen* en el centro de trabajo, sucesiva o simultáneamente, actividades incompatibles entre sí desde la perspectiva de la seguridad y salud de los trabajadores.

- Una *especial complejidad para la coordinación* de las actividades preventivas como consecuencia del número de empresas y trabajadores concurrentes, del tipo de actividades desarrolladas y de las características del centro de trabajo.

Como puede comprobarse, el recurso a conceptos especialmente ambiguos o indeterminados no ayuda mucho para precisar los tipos, en un ámbito especialmente urgido de tipicidad de las conductas. En todo caso, debe recordarse la jurisprudencia que acepta que se recurra al desarrollo reglamentario para concretar, o al menos intentarlo, los tipos ya previstos en una disposición legal, sin que ello perjudique el principio de jerarquía normativa ni el principio de reserva legal.

En cambio, a los efectos del tipo infractor previsto en el artículo 13.8 b) TRLISOS, sí se consideran actividades peligrosas o con riesgos especiales las incluidas en el artículo 22 bis 1 b) RSP.

7. VALORACIÓN FINAL: UN PASO MÁS HACIA LA REFORMA PENDIENTE

Llegados a este punto conviene realizar alguna observación que permita «evaluar» la tasa de éxito augurable para esta nueva reforma normativa en un sector tan complejo e inestable, con el elevado precio que ello tiene en términos de ineficacia, como el preventivo. Cierto que no se trata ni de anticipar un juicio que sólo será posible cuando haya transcurrido un periodo razonablemente amplio para actualizar las reformas en la vida cotidiana de las empresas, ni de evidenciar una actitud negativa o pesimista respecto de este loable esfuerzo en aras de la reducción de los índices de accidentalidad –los de morbilidad profesional y laboral tendrán que esperar su turno–, sabiendo de antemano de las dificultades del empeño. Lo que aquí pretendemos es evidenciar, una vez expuesto con detalle su contenido técnico-jurídico, es el grado de acierto del legislador reglamentario, y de los interlocutores sociales, a la hora de establecer la terapia.

Es desde esta perspectiva donde encontramos difícil creer en las bondades de estas medidas para conseguir sus objetivos. En primer lugar, ya se advirtió, por el retraso con que llega. Si las medidas propuestas por la ley de reforma eran tan relevantes y urgentes parece claro que aguardar tanto tiempo no es la mejor opción.

En segundo lugar por el tipo de medidas aportadas, en cuanto que la solución pasa por «más de lo mismo», esto es, se quiere evitar un cumplimiento puramente formal reactivando un nuevo documento que ya era conocido, como el Plan de Prevención, o rehabilitando una figura muy arraigada, como la vigilancia presencial de las medidas preventivas, aun en situaciones limitadas. Cierto que esta limitación no es imputable a la normativa reglamentaria, por cuanto la escasez de propuestas y sus contradicciones proceden de la propia reforma legal. Pero queda claro que una reforma reglamentaria más profunda hubiera podido afrontar algunos problemas

relevantes y que están en la base de las deficiencias de nuestro sistema y de su ineficacia práctica relativa. A este respecto, el desarrollo reglamentario no aporta más que una reordenación de la controvertida herramienta que supone las auditorías, ausente en el proyecto legal de reforma, no así en el Acuerdo social de 2002. Pero ni se amplían realmente los supuestos de aplicación obligatoria ni se clarifica verdaderamente su sentido y alcance, en especial en relación a lo que debe ser la inspección preventiva.

En definitiva, tenemos la impresión de que como receta nuestro legislador, legal o reglamentario, no encuentra más que multiplicar tanto la actividad institucional como los «recursos preventivos» de carácter personal, para alcanzar el mismo resultado que cabía esperar antes de las reformas de 2003 y, por supuesto, de su instrumentación en 2006. Pero de este modo difícilmente se puede avanzar en la ansiada «cultura preventiva», y sobre todo, flaco favor se hace a la implantación de la prevención en el ámbito socio-económico donde aparece más deficiente, en las microempresas. En consecuencia, parece que es necesario afrontar otros enfoques, otras vías que permitan augurar un mayor progreso en estos objetivos, irrenunciables en todo caso.

En tercer lugar, y en consecuencia, es hora ya de afrontar la verdadera deficiencia de nuestro modelo de organización de la actividad preventiva que, con esta última reforma, apenas experimentará cambios y quedará como estaba. Porque el verdadero problema es, en efecto, la «externalización» seguida en la mayoría de los casos. Difícilmente se puede cumplir el objeto de la integración cuando el 90% acude a la externalización. Y el problema no es que sea un desarrollo inevitable, sino que viene auspiciado por la propia regulación reglamentaria. En este sentido, la indeterminación o ambigüedad de la norma legal quedó en el desarrollo reglamentario claramente decantada por el moderno de externalización. Por lo tanto, puede haber afrontado una nueva dimensión pero no se ha hecho, no obstante su carácter pactado.

Desde este punto de vista debe tenerse en cuenta que la segregación impulsada en la actividad de las MATEPS y la clarificación parcial del alcance de la medida de presencia de recursos efectivos no resolverán el problema. El primero porque no sirve sino para cambiar la naturaleza jurídica de las entidades prestadoras de los servicios «mercantiles» de prevención, pero en absoluto supone una corrección de la tendencia, al contrario la profundiza. El segundo porque es tan confuso y limitado que difícilmente puede cumplirse, cuanto menos corregir el problema, aunque pueda entenderse que apunta claramente en esa dirección. Pero es un cumplimiento puramente tangencial de esa obligación, con lo que sigue sin adecuarse nuestro sistema, tanto en la norma reglamentaria –sí en la LPRL– como en la práctica, al modelo asumido por el Derecho Comunitario, en la interpretación reiteradamente dada por el TJCE.

El verdadero problema de fondo es, pues, que estamos ante un compromiso normativo no asumido... Por tanto, no es sólo una cuestión de eficacia –que es evidente–, sino de legalidad, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria aquí recordada.

En cuarto lugar, y por lo que hace a las auditorías, está claro que ésta es una vía adecuada de principio. Pero en el actual contexto es muy difícil que pueda progresar. Por un lado ha supues-

to una cierta flexibilización en cuanto a la obligación, al menos respecto de la interpretación judicial que parecía ya desarrollarse en la doctrina de suplicación. Por otro, al permanecer la mayor parte de los sistemas fuera de ese control –externalización– y haber renunciado las AA.PP. a un control más exhaustivo, es de Perogrullo concluir que estamos ante un intento más loable que práctico. La inadecuada diferenciación entre auditorías de sistemas e inspecciones legales sistemáticas tampoco ayuda mucho.

En fin, parece claro que, a la luz de estas consideraciones, habrá que seguir compareciendo en estas páginas para ir dando cuenta de los nuevos desarrollos normativos hasta alcanzar no sólo la adecuación a los imperativos comunitarios, sino al que dista la razón, social pero también económica: la prevención es más una inversión que un coste, por eso debe ser asumido, al menos en buena parte, desde la organización interna, como sucede con las funciones realmente estratégicas de la empresa.