

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto:

UNA vez acreditadas un número significativo de entidades especializadas en la prestación de servicios preventivos, y evidenciadas las buenas expectativas de convertir este ámbito en un lucrativo sector de actividad económica, los SPA «mercantiles» denunciaron la posición de preeminencia que en este nuevo mercado creado por la LPRL tenían las MATEPSS. La utilización de los medios personales y materiales afectos a los fines de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social, permitida normativamente, no sólo habría llevado a dificultades para controlar la actividad de las MATEPSS en este ámbito, sino a la restricción de la libre y leal competencia en este mercado. La denuncia no sólo se ha quedado en una «guerra comercial» entre operadores de un mercado «goloso», sino que ha sido asumida por los poderes públicos.

Para tratar de reorganizar este mercado, separando con nitidez la actividad preventiva de las MATEPSS con cargo a cuotas o primas y la realizada como SPA, se promulga el Real Decreto 688/2005, de 10 de junio. Sin duda la aportación más relevante es la creación de nuevas empresas mercantiles para actuar como prestadoras de servicios de prevención, como son las *Sociedades de Prevención*, promovidas por las MATEPSS que decidan seguir actuando en el mercado de la prevención, que deja de ser cada vez menos social para convertirse en competitivo.

En el estudio que aquí se presenta el autor ofrece un completo análisis de los principales aspectos contenidos en esta norma reglamentaria. Así, junto a la exposición comentada de las principales fases del proceso de segregación de las actividades preventivas impulsada por esta norma, se hace un estudio de los efectos que el mismo tendrá en las relaciones laborales constituidas en este sector, tanto en el plano individual como colectivo. Ahora bien, al mismo tiempo, en el estudio se lleva a cabo una crítica no sólo por cómo y qué dice el Real Decreto, en cuanto que revela notables incoherencias y disfunciones, sino también por lo que se calla. Para el autor, esta norma ni es completa, ni eficaz ni definitiva para resolver los verdaderos problemas o desajustes del modelo español de organización de los servicios de prevención, que pasan en realidad por un reajuste legal y reglamentario, que prime la organización interna sobre la externa, o al menos que busque o procure un mayor equilibrio entre ambas posibilidades, conforme a la preferencia marcada por la Directiva Marco y la jurisprudencia comunitaria, de la que aquí se da cuenta.

Sumario:

1. Introducción.
2. La evolución del «mercado de servicios técnicos de prevención»: ¿un liderazgo artificial de las MATEPSS?
 - 2.1. La dualidad de prestadores de SPA: fundamentos que legitiman la intervención de las MATEP en el «mercado de la prevención».
 - 2.2. Las dificultades prácticas generadas por la compatibilidad del «doble rostro» de la MATEP: incoherencias reguladoras y distorsiones de la competencia.
3. Algunas cuestiones formales: estructura y contenido normativos del Real Decreto 688/2005.
4. Las soluciones normativas: tres opciones teóricas y un solo camino verdaderamente viable.
 - 4.1. Un cuadro de opciones asimétricas: el favor por la creación de «sociedades de prevención».
 - 4.2. El régimen jurídico ordenador de la opción por la continuidad de la doble actividad preventiva: las Sociedades Mercantiles de Prevención.
 - 4.2.1. La reafirmación de la dualidad de actividades preventivas a cargo de las MATEP.
 - 4.2.2. La opción normativamente preferente y prácticamente más viable: la constitución de las nuevas Sociedades Mercantiles de Prevención.
 - 4.2.3. Una opción más teórica que práctica: la organización específica separada contablemente.
 - 4.3. Una opción poco realista en esta primera fase del proceso de reordenación de la organización preventiva de las empresas: la decisión de cese.
 - 4.4. El régimen transitorio fijado para el proceso de separación de actividades preventivas: una regulación tan prolija como incoherente.
5. La dimensión ocupacional y laboral del proceso de segregación: las «garantías para el personal».
 - 5.1. El impacto en el sistema de relaciones laborales: la regulación de presente.
 - 5.2. El impacto de la reforma en la evolución de futuro próximo del sector: la necesidad de una reordenación convencional.
6. La crítica global: por lo que dice y por lo que se calla.
7. Reflexión final: una reforma parcial de transición.

1. INTRODUCCIÓN

Entre las múltiples paradojas, contradicciones y perplejidades generadas por la aprobación y puesta en práctica, muy lenta y deficientemente, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –LPRL–, se encuentra la siguiente: el indudable incremento de la «actividad preventiva», a raíz de la progresiva asunción por los empresarios de sus extensas e intensas obligaciones legales, no ha supuesto una paralela mejora ni de las condiciones de trabajo ni, aún menos, de la accidentalidad y morbilidad profesionales en nuestro país. Eso sólo puede significar que, no obstante los discursos oficiales orientados en otra dirección mucho más positiva, la mejora de las condiciones de trabajo y los objetivos de seguridad y salud laborales siguen siendo secundarios respecto de los objetivos de rendimiento económico para la mayor parte de las empresas. Los crecientes estudios que evidencian la rentabilidad de la prevención de riesgos laborales, presentándola más como una «inversión productiva» que como un «gasto social», no consiguen llegar a sus auténticos destinatarios, a los empleadores, principales responsables de las políticas de seguridad y salud en el trabajo, a través de una actividad preventiva eficaz –art. 14 LPRL–, y a los poderes públicos, responsables de crear el marco normativo e institucional adecuado para que la prevención se refleje convenientemente en los resultados contables de las empresas. Sólo de esta manera la prevención se integraría de lleno en la gestión no sólo socio-legal de la empresa sino en su gestión económica, adoptando nuevas pautas organizativas más acordes con las exigencias de un mercado competitivo y global.

Pero esta paradoja –más actividad preventiva no reduce los accidentes y enfermedades–, que se explica por el reconocido cumplimiento eminentemente formal de las obligaciones preventivas, nos conduce de inmediato a una grave contradicción. Unos de los principios cardinales del edificio preventivo, español y comunitario, reside en la *obligación de integrar* de modo efectivo la prevención en la gestión de la empresa –arts. 15 y 16 LPRL; art. 1 Reglamento Servicios de Prevención–. Sin embargo, la realidad evidencia que el modelo de organización preventiva más seguido se basa en la «*externalización*»: el recurso a los Servicios de Prevención Ajenos (SPA). En otros términos, el empleador puede limitarse a «comprar» estos servicios en el «mercado», la «descentralización productiva» mediante la celebración de contratos y conciertos con otras «empresas de servicios» especializadas en prevención. Consecuentemente, si antes de la LPRL no existían tales formas organizativas, un resultado efectivo sí le es atribuible: no habrá sido capaz de mejorar la seguridad y salud de los trabajadores pero no se le puede negar que ha creado «*empresas*» y, consecuentemente, un «*mercado*» de «servicios de prevención».

Por supuesto no hay nada que objetar a que la prevención se haya convertido en un nuevo «yacimiento de empleo» –aunque no siempre el deseado, ni en términos cuantitativos ni, sobre todo, cualitativos (empleo precario)–. Pero convendremos en que no deja de resultar muy curioso o llamativo. Recuérdese que la LPRL buscaba impulsar la «responsabilidad social» de los empleadores, y del resto de sujetos implicados en la política de prevención de riesgos, erradicando cualquier reminiscencia de la tradicional «monetarización» o «mercantilización» de la salud y, por tanto, sacando la obligación de protección eficaz frente a los riesgos profesionales de la lógica del mercado. En cambio, termina produciendo como realidad más tangible un problema netamente mercantil: las eventuales distorsiones a una competencia, libre y leal, provocadas por el marco normativo que ha impulsado la creación de las «empresas» concurrentes y del mercado donde se encuentra la oferta y la demanda de servicios preventivos. Lo que nace con un propósito netamente «desmercantilizador» –la salud y la seguridad laborales ni se compra ni se vende, se garantiza como derecho contractual y constitucional–, acaba viéndose envuelto en las diatribas y conflictos más claramente mercantiles: quién gana la posición competitiva en el mercado de los «servicios de prevención»¹.

Pues bien, éste es el auténtico contexto en el que ha de enmarcarse la comprensión, teórica y práctica, del *Real Decreto 688/2005, 10 de junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social –MATEPSS– como SPA*. El real decreto se plantea formalmente responder a un doble objetivo. Por un lado, intentar ofrecer una solución razonable a los problemas generados por la intervención de Entidades colaboradoras de la Seguridad Social, como son las MATEP, en un mercado competitivo, como es el de la actividad de servicios de prevención de riesgos laborales. A tal fin trata de organizar la «segregación» o separación de actividades preventivas realizadas por las MATEP a favor de sus socios, distinguiendo las realizadas con cargo a cuotas –primas– de la Seguridad Social, conforme a la típica técnica mutualista de prestación de servicios, y las prestadas como SPA, para lo que se promueve la creación de «Sociedades Mercantiles de Prevención». Por otro, pretendería desarrollar la autorización legal conferida a las MATEPSS para actuar como SPA que no habría sido objeto de un específico desarrollo reglamentario hasta la fecha.

En este trabajo pretendemos exponer, de forma sucinta, los diferentes aspectos que conforman esta nueva regulación reglamentaria. A tal fin, y como es habitual, además de desgranar el contenido normativo del Real Decreto 688/2005, evidenciando sus principales claves de conocimiento y problemas aplicativos más relevantes, aportaremos argumentos críticos sobre los mismos, para que el lector pueda formarse un juicio más amplio sobre el sentido de esta norma, más allá de la dimensión técnica y aparente.

¹ Naturalmente nos limitamos al «mercado de servicios técnicos de prevención», y dejamos otro gran mercado generado por la LPRL, quizás aún más desregulado, como es el «mercado de servicios formativos o de competencias en prevención». Pero eso requiere un estudio monográfico por sí solo que aquí no procede, aunque pueda –y deba– hacerse en estas mismas páginas en un momento no muy lejano.

2. LA EVOLUCIÓN DEL «MERCADO DE SERVICIOS TÉCNICOS DE PREVENCIÓN»: ¿UN LIDERAZGO ARTIFICIAL DE LAS MATEPSS?

2.1. La dualidad de prestadores de SPA: fundamentos que legitiman la intervención de las MATEP en el «mercado de la prevención».

A diferencia de las «prestaciones de Seguridad Social», que se configuran jurídicamente como de «servicio público» –art. 41 CE–, por tanto de titularidad pasiva pública, las «prestaciones de Seguridad y Salud Laboral», se entienden ahora ya básicamente como obligaciones a cargo de los empleadores –art. 14 LPRL–, por tanto de titularidad privada que, dada su complejidad técnica, puede –y debe– actualizarse o cumplirse mediante el recurso a diversas modalidades de organización de servicios profesionales especializados –arts. 30 y ss. LPRL–. No obstante, esta inconfundible diferencia en el plano teórico-conceptual ni se ha presentado igual en todos las etapas por las que ha atravesado tanto la materia de Seguridad Social como la de «Seguridad e Higiene en el Trabajo», ni aparece inequívocamente formulada en el ordenamiento vigente.

En el primer aspecto, el cronológico, no será ocioso recordar que aún encontramos en nuestro Derecho ese «cadáver normativo viviente» que es la LGSS/1974, que configura(ba) la Seguridad e Higiene como un «Servicio (público) Social». En el segundo, el normativo, no puede obviarse que la prevención de riesgos laborales aparece en la LPRL como una «responsabilidad social», por tanto asumible por la sociedad en su conjunto, al tiempo que se configura como un derecho social fundamental, para cuya actualización existe un claro mandato a los poderes públicos de protección, vigilancia y promoción (arts. 40 y 15 CE). Asimismo, convendrá recordar que la implicación de la Seguridad Social en la política preventiva no es sólo una constante histórica en nuestra regulación, y en nuestra experiencia, sino que aparece expresamente formulada tanto en la LPRL como en la LGSS, por lo que la instrumentación de la vertiente reparadora al servicio de la dimensión preventiva de la seguridad y salud laboral sigue estando presente, con sus virtudes y vicios.

En consecuencia, ni en un plano teórico ni en un plano normativo debería sorprender ni causar especial perplejidad la presencia de las MATEP, Entidades Colaboradoras del Sistema de Seguridad Social, en el ámbito de la prevención de riesgos profesionales. Razones teóricas y jurídicas que se verían reforzadas si se realiza una mirada retrospectiva a la experiencia española en materia de prevención de riesgo, que se ha caracterizado por ser un auténtico páramo preventivo, a diferencia de lo sucedido en países como Francia o Alemania, salvo por el empeño de algunas Mutuas –no de todas– en realizar y fomentar una elemental preocupación por los aspectos preventivos. Fuera de las MATEP, hasta 1995, y por supuesto de los extintos «Gabinetes provinciales» de Seguridad e Higiene, en el ámbito público, ni hemos tenido «profesionales de la prevención» ni, por supuesto, entidades, mercantiles o no, especializadas en esta materia.

No cabe duda que ambas razones, especialmente la segunda –razón práctica, están en la base de la autorización formulada en el artículo 32 LPRL para que las MATEP pudieran actuar como «Servicio de Prevención Ajeno», si bien sólo para sus asociados. De este modo, la LPRL establecía

una nueva libertad (económica) de opción al empleador para organizar la actividad preventiva a la que viene obligado. El empleador puede, primero, o elegir asumirla «directa» e «internamente» en buena parte de los supuestos, excepcionalmente por sí mismo –en empresas de menos de 6 trabajadores (art. 11 RSP)– o, como fórmula normal, mediante una «organización específica» –trabajadores designados, «servicios de prevención» propios, sin perjuicio de los reducidos casos en que éstos resultan obligatorios²– o «exteriorizarla». Si selecciona esta opción organizativa «descentralizadora» podrá, segundo, bien acudir a técnicas mutualistas –MATEP– o estrictamente mercantiles –empresas de prevención–.

Por tanto, esta actividad de la MATEP como SPA era compatible, incluso complementaria, con su función principal de entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, conforme a una ordenación arraigada en este ordenamiento (art. 68 TRLGSS y RD 1993/1995, 7 de diciembre). El desarrollo de esta autorización se produjo en el artículo 22 RSP que, evidenciando una cierta opción de política jurídica favorable al incremento de la actividad de las MATEP, disponía que tal actuación se desarrolle «en las mismas condiciones que las aplicables a los SPA», por tanto estrictamente privados o con ánimo de lucro, si bien exige respetar «la normativa específica aplicable» a las MATEP. La OMTAS de 22 de abril de 1997, regulaba parcial y provisionalmente la actuación de las MATEPSS como SPA, condicionada al pago de un canon como contraprestación a la Seguridad Social.

En definitiva, conforme a lo previsto en el artículo 68.2 b) LGSS, la MATEP podía asumir la actividad preventiva a que vienen obligados sus asociados, en cuanto empleadores, tanto como *servicio de acción social*, prestado mediante una organización que responde al principio típicamente «mutualista», cuanto como *servicio profesional especializado*, a prestar mediante una organización que se ordena bajo el principio típicamente competitivo –mercado–. La primera dimensión de esta actividad preventiva «mutual» sería ordenada conforme a la normativa específica de estas entidades, que forma parte del ordenamiento de Seguridad Social. Para la ordenación de la segunda dimensión, la mercantil, se remite a la normativa preventiva.

Como hemos advertido, la naturaleza singular de las MATEP, organizaciones empresariales privadas, pero a caballo entre la «economía de mercado» y la «economía no lucrativa», y la propia ambivalencia o complejidad de la deuda de seguridad y salud en el trabajo, principalmente contractual pero con fuerte intervención pública –y social–, puede justificar, probablemente requerir, que la MATEP siga desplegando su labor como «modalidad preventiva». En este sentido, no es desdeñable el argumento de las MATEPSS que, en la ineludible reordenación del mercado de la prevención de riesgos profesionales, recuerda la *dimensión social* que tiene esta actividad. Por lo tanto, como cualquier mercado, precisa de una específica regulación que garantice su correcto funcionamiento, ahora bien, no se trata de un «mercado competitivo» sin más, sino de un mercado eminentemente «socializado», de ahí no sólo la presencia de Entidades típicas de la «economía social», como las

² Vid. artículos 31 LPRL y 14 RSP (empresas > 500 trabajadores; > 250 trabajadores incluidas en el Anexo I RSP; por decisión de la autoridad laboral).

Mutuas, sino la necesidad de una regulación mucho más incisiva por parte de los poderes públicos para garantizar la efectividad del cumplimiento del objetivo primario, que es la seguridad y salud de los trabajadores ³.

Ahora bien, no cabe duda que permitir una actuación preventiva sometida a dos regímenes parcial pero significativamente diferenciados, el de la colaboración en la gestión de un Servicio Público como es la Seguridad Social, y el de la concertación de un Servicio Preventivo responsabilidad principal de un sujeto privado, el empleador, genera el riesgo de confusión de ambos planos y provoca necesariamente algunas disfunciones. Desde luego para el efectivo control de su funcionamiento como para la eficacia del objetivo perseguido. En consecuencia, antes o después tendría que plantearse la necesidad de corregir o solventar estas disfunciones ⁴.

En definitiva, si los dos sectores de «entidades especializadas» concurrentes coinciden ampliamente en el diagnóstico –ambas han observado una evolución distorsionada del mercado de servicios de prevención–, no coinciden ni en las causas que lo provocan ni, mucho menos, en las soluciones. Como siempre en materia socio-laboral, el poder público tratará de ofrecer una repuesta que trate de ponderar los fuertes intereses (económicos) en juego o en conflicto, si bien terminará proponiendo, como veremos, más un «remedio casero» que una solución definitiva.

Veamos primero los problemas generados por esta confusa y parcialmente desregulada situación, repasando los argumentos atendibles de unos y otros «competidores» en duro litigio, hasta el punto de sostener una incruenta «guerra comercial» y «de opinión». Después, analizaremos la solución –o remedio– intentado por el legislador reglamentario.

2.2. Las dificultades prácticas generadas por la compatibilidad del «doble rostro» de la MATEP: incoherencias reguladoras y distorsiones de la competencia.

Como es natural, el problema ni siquiera hubiera surgido de no haberse convertido la prestación de «servicios de prevención» mediante fórmulas «ajenas» o «externas» a la empresa en un negocio lucrativo y con crecientes expectativas de crecimiento, una vez que las empresas, siquiera sea desde un punto de vista formal y documental, parecen decididas a cumplir con sus obligaciones en esta materia. El recurso a un SPA es la modalidad de organización y gestión de los «recur-

³ De ahí que nos parezca desajustada la conclusión de ANEPA, que excluye que las MATEPSS puedan desarrollar al mismo tiempo una actividad preventiva integrada en la cobertura de las prestaciones de Seguridad Social y otra mediante técnicas de mercado, por cuanto la «naturaleza jurídica mixta de las Mutuas es incompatible con el desarrollo de una actividad empresarial». Informe *La regulación de los Servicios de Prevención-Diagnóstico de un fracaso y propuestas de reforma*. 2003. pág. 32.

⁴ Por eso, es criticable la posición «angelical» que describe AMAT en este punto, recordando su carácter de organización empresarial privada pero obviando que se trata de «entidades sin ánimo de lucro» por determinación legal. Cfr. Informe *Los SPA y las MATEP*. Febrero 2004. pág. 56.

«preventivos» adoptada por la mayoría de las empresas de este país. Según la V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo elaborada por el INSHT es la modalidad más relevante en términos de frecuencia. Ha pasado de algo menos del 40 por 100 en 1999 a un 80 por 100, el doble, para el 2004.

Queda claro, pues, que es el elemento dominante del sistema preventivo español en la actualidad. Desde luego, y según se indicará como reflexión crítica frente a la solución normativa, esta constatación ya revela en sí misma como una muy grave contradicción o incoherencia normativa e institucional, porque en el diseño normativo esta modalidad preventiva aparece, aunque algo equívocamente, como «subsidiaria». La opción legal preferente era la de la «simultaneidad» de modalidades preventivas, de modo que las modalidades de organización interna, fundamentalmente el «trabajador designado», fueran complementadas con una modalidad organizativa externa. En cambio, las empresas se decantan claramente por «exteriorizar» el cumplimiento de esta obligación, a través de la concertación con SPA que no existían antes de la LPRL.

Por tanto, y al margen de esa observación jurídica, en el plano económico, queda igualmente claro que la regulación actual ha tenido la virtud, ciertamente positiva en su valoración global, aunque plagada de sombras o vicios, de crear una «actividad empresarial» organizada a través de un creciente y pujante mercado de empresas, que, como tales, no pueden dejar de ofrecer sus servicios especializados en materia preventiva a cambio de un precio. La mayor exigencia de regulación e intervención de carácter público –y social (control sindical)– en esta «actividad empresarial» no sólo no ha impedido sino que ha fomentado la creación de un mercado competitivo en el que continuamente pujan, al objeto de ganar la mayor posición concurrencial posible, SPA «mercantiles» y SPA «mutualistas».

Este efecto netamente mercantil de una norma legal primariamente social no es en modo alguna nueva en la experiencia jurídico-laboral. En este sentido, para no extendernos en recordar que en realidad es una auténtica constante histórica y una «marca» o señal de identidad del ordenamiento laboral típico de la economía de mercado –la doble alma social y económica de la norma laboral, incluidas las normas comunitarias–, bastará con traer a colación la Ley 14/1994, 1 junio, relativa a las Empresas de Trabajo Temporal (ETT). Por supuesto el ejemplo no se extrae «a boleo» y por puro ánimo ilustrativo, sino con toda intención. Ésta no es otra que recordar los negativos efectos que tuvieron para las garantías de los derechos de los trabajadores las enormes imprevisiones y lagunas a este respecto de la norma legal, hasta el punto de motivar tanto una importante reforma legal –1999–, que provocó una reorganización de las ETT, como una reordenación convencional del entero sector del empleo temporal reservado a las ETT ⁵.

⁵ Ya tuvimos oportunidad de comentar el proceso en las páginas de esta Revista, por lo que a ellas remitimos al lector interesado en analizar los sorprendentes paralelismos de unas situaciones y otras. Vid. «La empresa, el mercado de empleo temporal y el Derecho: el nuevo sistema de gestión propuesto por la reforma». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 199, 1999. También en mi libro *Nuevas reglas de competencia en el mercado de las ETT*. Universidad de Jaén-Caja Sur. 2000. Más recientemente M.N. MORENO VIDA. *El trabajo en régimen de ETT*. Comares. Granada. 2005.

En este caso, sabido es que la LPRL no ha creado –ni en modo alguno querido– un mercado basado en la reserva o monopolio de la actividad preventiva a favor de determinadas entidades, lucrativas o no lucrativas, como sí sucede respecto del empleo temporal. Ahora bien, a la vista de la regulación vigente antes de la reforma aquí comentada, parecía bastante fácil «adivinar» o pronosticar que, una vez emergente el referido mercado, su crecimiento no se produciría mediante posiciones simétricas o iguales entre ambos «operadores de prevención», dado el régimen favorable, aunque no propiamente «privilegiado», predispuesto para las MATEP, que podían instrumentar recursos legalmente integrantes del patrimonio de la Seguridad Social al servicio de esta iniciativa empresarial.

Esta razonable previsión parece encontrar confirmación a la luz de los datos oficiales disponibles ⁶, lo que «naturalmente» no podía dejar de evidenciar una fuerte y creciente tensión entre ambos:

Operadores	Número	Cuota de mercado	Empleados
MATEPSS	28	80	6.000
SPA mercantiles	600	20	10.000

FUENTE: Datos a 31-12-2004, V Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (MTAS). En 2003 eran 507 los acreditados, con lo que el crecimiento del sector ha estado en torno al 20 por 100.

Oficialmente esta evolución distorsionadora ha sido refrendada por una amplia gama de Organismos Públicos. Así, los más relevantes son el Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Seguridad Social. Ambos han venido señalando, en sus Informes Anuales de los últimos años, que las MATEPSS han llevado a cabo este tipo de actividad como SPA utilizando los medios personales y materiales dedicados a la cobertura de las contingencias profesionales. Esto significaría básicamente dos cosas:

- Que se ha «externalizado» o *desplazado una parte importante de los costes de esta actividad a la propia Seguridad Social*, pues las inversiones para el desarrollo de tal actividad se habrían financiado fundamentalmente por ésta, sin que el canon de contraprestación previsto compense suficientemente este «desvío» de recursos (en torno al 38% de la estructura de costes como SPA) ⁷.
- Que, de este modo, se estaría produciendo una más que probable situación de *restricción indebida de la libre competencia*, cuando la LPRL no habría establecido limitación alguna más allá de la necesidad de acreditación administrativa «en igualdad de condiciones» para unos operadores y otros.

⁶ Los Informes, algo sesgados de parte, presentados por AMAT ofrecían una imagen diferente, atribuyendo una cuota de mercado superior a los SPA Mercantiles.

⁷ Además, según se ha desprendido de diferentes órdenes ministeriales, habrían obtenido un beneficio neto de al menos el 15 por 100, independientemente de la estructura de costes que asumiera la Seguridad Social como consecuencia de la gestión desarrollada.

También el Consejo de Estado, en los dos informes emitidos sobre sendos Proyectos de real decreto regulador de la separación de actividades de las MATEPSS, habría dejado constancia de esta anómala situación. Incluso da cuenta de Informes del Tribunal de Cuentas recogido por la Memoria Explicativa que acompañaba al primer Proyecto en el que se solicitaba tanto una reforma legal como un nuevo desarrollo reglamentario, tanto por razones de modernización de la regulación vigente como por la necesidad de corregir «*las consecuencias negativas derivadas de determinados aspectos de la regulación contenida en la misma*»⁸.

De este modo, el remarcado liderazgo asumido por las MATEPSS en el mercado de los servicios de prevención parecería para los «competidores» como artificial, en cuanto asentado en su «régimen jurídico privilegiado» y no en su mayor especialización o calidad de servicios. Una posición de preeminencia a la que también contribuiría su mayor capacidad de «penetración comercial» en este mercado, por su mayor tradición en estas materias, y el carácter parcialmente «cautivo» que tiene para ellas el mercado de los asociados, especialmente en el ámbito de las empresas de mayores dimensiones. Así, la regulación vigente habría alentado una situación de restricción a la libre competencia, denunciada sistemáticamente por el Tribunal de Cuentas, para el que, como entendiera el TJUE respecto a los objetivos de los servicios públicos de colocación y empleo, también un fin social como la protección de la seguridad y salud se alcanzaría mejor en un contexto de competencia.

Pero esta inmodificada situación jurídica también, y lo que es peor, habría producido una *devaluación o «trivialización» de la prevención* de riesgos laborales, como consecuencia de unos «precios de venta» de los servicios prestados por las MATEPSS muy por debajo del coste real de los mismos. Precios de venta a los que los SPA «mercantiles» se habrían visto abocados para sobrevivir en este «mercado salvaje», con el consiguiente impacto negativo de valoración en la «demanda» empresarial de un servicio «ofrecido» a un precio notablemente inferior del real. El problema, pues, no parece configurarse tanto como una restricción de la «libertad» de competencia, pues ni la autorización provisional en 1996 ni la instrumentación del patrimonio histórico de las MATEPSS a los fines preventivos «privados» habrían impedido un crecimiento importante y continuo de los SPA «mercantiles», cuanto una situación de competencia «desleal». El progresivo e imparable acceso de los SPA «mercantiles», que en muchos casos constituyen auténticos grupos empresariales de extraordinaria potencia organizativa y gran volumen de facturación, se produciría más que por la mejora de la calidad por la reducción de los precios –«guerra de precios»–.

Por descontado que el sector de MATEPSS –representado por AMAT– tiene otra explicación para estas deficiencias de funcionamiento del mercado de servicios técnicos de prevención, identificando los «factores reales de no competitividad» en otros aspectos. Entre ellos se citan la falta de experiencia, la insuficiente especialización técnica de los mismos o la carencia de inversiones en locales, instalaciones y equipos especializados de muchos de ellos. Precisamente, esta situación podría estar no sólo permitida sino propiciada por un régimen normativo excesivamente flexible del RSP aplicado, además, con mayor generosidad –o descontrol– por las autoridades laborales, de modo que crecerían los SPA en forma de «sociedad de responsabilidad limitada», entidades de escasa solvencia.

⁸ Vid. Dictamen de 26 de mayo de 2005, referencia 657/2005. También Dictamen de 17 de mayo de 2005, Expediente número 74/2005.

Sea como fuere, unos y otros coinciden en que todo este cúmulo de circunstancias vendría a conformar una realidad que exigiría la adopción de medidas inexcusables. Paradójicamente, tanto uno como otro coincidían en la necesidad de introducir una regulación que permitiera un control más incisivo de la actuación de los SPA como modalidad preventiva y mucha más transparencia en la misma. Claro está, mientras que el sector de SPA «mercantiles» promovía esa reforma en la normativa reguladora de las MATEPSS, propiciando una nítida separación de la actividad preventiva realizada con cargo a cuotas –primas– de Seguridad Social y la realizada bajo técnicas de mercado, éstas lo solicitaban con ardor –quizás excesivo– y urgencia para aquéllos, imponiéndoles mayores cargas y responsabilidades sociales ⁹.

Aunque son más que evidentes los «excesos argumentativos», y el carácter deliberadamente interesado de los respectivos informes, no cabe duda de que en una y otra posición encontramos argumentos cargados de razón y que, por tanto, deberían haber sido atendidos por los poderes públicos, legislativo, reglamentario y ejecutivo llamados a poner soluciones a un problema innegable. Como veremos, el Real Decreto 688/2005 no afronta de manera global y suficiente esta cuestión y se ha limitado a dar una respuesta que, acogiendo las demandas de los organismos públicos que evidenciaban la necesidad de cambios, produjera la menor «turbación» o alteración posible en la ordenación actual del sistema regulador y organizativo de las modalidades de gestión e integración de la actividad preventiva en las empresas.

Sin entrar ahora en un análisis en profundidad de estos argumentos hay otra observación que parece evidente y es la necesidad de adaptar la regulación a la realidad social –y económica– de cada momento. En este sentido, nadie puede dudar que, en el tiempo en que se produjo la autorización a las MATEPSS, incluso de modo provisional antes de acudir a procedimiento autorizador alguno –que tuvo poco impacto, pues hasta 1999 no se acreditaron todas–, no había otra solución realista que ésta, pues no existían ni los profesionales, ni los servicios ni el mercado para «adquirirlos». A la altura de 1996 las MATEPSS eran las únicas estructuras organizativas sobre las que actualizar las exigentes demandas de la nueva normativa. Ahora bien, tampoco cabe desconocer que, aun manteniéndose inmodificada en lo sustancial la regulación legal –a salvo el enigmático concepto de «recursos preventivos» introducido por la Ley 54/2003–, operadores, actividades y reglas de funcionamiento han evolucionado significativamente desde ese momento.

En suma, el año 2005 a efectos de organización de los servicios de prevención no es el año 1996 –aunque los resultados en términos de mejora de la seguridad y salud sean bastante más comparables, para nuestro lamento–. Este dinamismo en la organización de la actividad preventiva puede comprobarse perfectamente en la cuidada V Encuesta sobre Condiciones de Trabajo realizada por el todavía INSHT –y esperemos que en breve Agencia Estatal de Seguridad y Salud en el Trabajo–. Por tanto, soluciones que parecían buenas –o necesarias– en un momento se evidencian contraproducentes, o exigidas de cambios, en otro. En este contexto, una de las cuestiones fundamentales, pero no la única, respecto de los SPA era –y es– cómo separar nítidamente en las MATEPSS las dos

⁹ A tal fin proponían medidas que «o bien eliminen como modalidad preventiva excluyente la actuación de los Servicios de Prevención Ajenos, o bien establezcan una mayor regulación y transparencia en la actuación de las entidades especializadas que desarrollan sus actividades como modalidad preventiva de las empresas, definiendo un sector con funciones y responsabilidades sociales de mayor trascendencia». Cfr. Informe cit. pág. 48.

actividades preventivas y, sobre todo, los recursos provenientes de ambas: una, la efectuada con cargo a las primas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en cuanto derivada de la función aseguradora; la otra, en cuanto función preventiva externa y ajena.

3. ALGUNAS CUESTIONES FORMALES: ESTRUCTURA Y CONTENIDO NORMATIVOS DEL REAL DECRETO 688/2005

Aunque como ya se ha indicado para acometer esta tarea la nueva regulación reglamentaria utiliza una vía algo equívoca o elusiva, pues difumina el objetivo fundamental de la reorganización de la actividad preventiva de las MATEPSS, a través de la reclamada separación, con una suerte de «autocrítica» por la actitud abstencionista del titular de la potestad reglamentaria ante el mandato legislativo de desarrollo del artículo 32 LPRL. En realidad más que una «autocrítica» es una «crítica postera» al Gobierno anterior, pues habría sido él el que no atendió a tal mandato. Al margen de esta curiosidad, lo que aquí importa resaltar es que, como advirtiera el Consejo de Estado, lo relevante no es el desarrollo reglamentario del precepto legal, sino que lo acuciante era «*la determinación del régimen jurídico "interno" de las mutuas cuando actúan externamente como servicios de prevención, al lado y en competencia con otras entidades especializadas...*» –Dictamen de 17 de marzo de 2005–.

A tales efectos, se establece reglamentariamente un enjundioso procedimiento administrativo para proceder a actualizar la «invitación» que hace la norma a adaptar la actuación de las MATEPSS a la nueva situación competitiva, así como los principales efectos que se derivarán de este proceso, quizás demasiado prolijo y prolongado. De ahí la propia estructura de la norma reglamentaria. En efecto, el Real Decreto 688/2005 consta de un cuerpo normativo compuesto por 2 artículos, y un conjunto de disposiciones de cierre integrada por nada menos que 8 *Disposiciones Transitorias* (DDTT), completadas con 2 *Disposiciones Finales*.

En primer lugar, por lo que atañe al núcleo regulador del real decreto, los cambios propuestos se realizan a través de la modificación de dos reales decretos, uno perteneciente al ámbito de la Seguridad Social el otro a la Prevención de Riesgos Profesionales. En esta dirección, se modifican:

- Los artículos 13 y 37 del *Reglamento General de sobre colaboración* en la gestión de las Mutuas –RD 1993/1995, de 7 de diciembre– (art. 1 RD 688/2005).

El primero tiene su fundamento en el referido apartado 2 b) del artículo 68 de la LGSS, que integra las actividades de prevención –también las de recuperación y asistencia– dentro de la «colaboración en la gestión de la Seguridad Social», si bien remite a la regulación por la LPRL y su desarrollo reglamentario las actividades que pueda realizar como «servicio de prevención ajeno». Lo más destacado es que para la actividad preventiva voluntaria de cada Mutua como SPA se establece la obligación de crear una «organización específica» e independiente de la correspondiente a las actividades de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, bien atribuyéndole personalidad jurídica propia y distinta de la MATEP –sociedad mutua–, de optar por las «sociedades de prevención» –sociedad mercantil–, bien creando una estructura integrada pero diferenciada organizativa y contablemente.

La reforma del segundo precepto reglamentario indicado, el artículo 37, tiene como razón de ser el extender el ámbito de actuación de las Comisiones de Control y Seguimiento existentes en las MATEPSS a la actividad de éstas como SPA. A tal fin se introduce un nuevo párrafo al apartado 3 del referido precepto. Esta reforma sigue la línea de reforzamiento del control de estas entidades, ya realizado con Reales Decretos 576/1997 y 1117/1998, en paralelo al crecimiento de sus actividades.

- Artículo 22 del Real Decreto 39/1997, 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (art. 2 RD 688/2005).

Esta reforma responde a un objetivo de coherencia técnica y se limita a añadir un párrafo segundo, en el que se deja clara constancia de que las funciones preventivas realizadas por las MATEPSS como SPA son «distintas e independientes» de las correspondientes a la «colaboración en la gestión». En realidad reitera lo dispuesto en el artículo 13.2 del Real Decreto 1993/1995.

Esta regulación, desde un plano de mera técnica legislativa, no escapa a las críticas, formuladas tanto por el sector de los SPA como por el de las MATEPSS, en la medida en que plantearía muchas dudas de legalidad. Las razones estarían en la falta de rango normativo para realizar reformas o cambios de la envergadura que presenta esta regulación, por lo que se podría estar afectando materias reservadas a la ley.

En este sentido, además de promover la creación de una estructura societaria, materia típica de la legislación mercantil, con un régimen reglamentario, se entendería que si es el artículo 13 el que regula verdaderamente el funcionamiento de las MATEPSS como SPA, sería un precepto de Seguridad Social el que ordenaría una materia atribuida a la ley –art. 32 LPRL y, por remisión, art. 68 TRLGSS–. En consecuencia, ya desde la misma estructura normativa del real decreto se haría acreedor de una doble crítica:

- Por deslegalización –las líneas maestras debían fijarse en la LPRL y no dejarlo todo a una norma reglamentaria–.
- Por deslocalización normativa –de la LPRL se pasa a la Seguridad Social, lo que sigue una línea de confusionismo siempre presente en esta materia–.

Si esta última cuestión ha pasado desapercibida en los dos Dictámenes del Consejo de Estado, la primera, si bien en relación a la posible afectación de la legislación mercantil, sí fue tratada por el primero de ellos, planteando algunos reparos, incluyendo la doble remisión vacía entre ambas Leyes –Dictamen 17 de marzo de 2005–. El Consejo de Estado concluye que, a la vista de las normas legales que regulan esta materia, como son la LPRL y la LGSS, «por vía reglamentaria pueden establecerse no sólo aquellos requisitos orientados a garantizar la debida separación de actividades desarrolladas por las mutuas..., sino también aquellos otros que permitan a las sociedades mercantiles que decidan crear las mutuas (reguladas, en todo caso, por la "legislación mercantil") actuar en el ámbito de la prevención» –Dictamen de 26 de mayo de 2005–.

En segundo lugar, el procedimiento de adaptación de las MATEPSS que actúan al día de hoy como SPA al nuevo régimen establecido en los preceptos apenas referidos se desgrena en las DDTT. Su contenido es el siguiente:

- Procedimiento para ejercitar la opción bien por la continuidad, mediante una sociedad de prevención o mediante organización interna específica, bien por el cese (DT 1.^a).
- Expediente de autorización administrativa de la continuidad en la actuación preventiva mediante la cesión a una sociedad de prevención (DT 2.^a).
- Expediente para tramitar la autorización administrativa de continuidad mediante organización específica (DT 3.^a).
- Expediente de cese en la prestación del SPA (DT 4.^a).
- Régimen ordenador de las posibles incidencias que determinadas vicisitudes puedan tener en los procesos de segregación, tratando de evitar que se distorsione el proceso de adaptación (DDTT 5.^a y 6.^a).
- Adaptaciones estatutarias (DT 8.^a).

En tercer lugar, y como un aspecto fundamental exigido por los representantes de los trabajadores en el proceso de negociación de la norma reglamentaria, en el marco del reabierto Diálogo Social en esta materia, se establece una «*garantía para el personal*» que pueda verse afectado por las decisiones de cese en la actividad preventiva, una vez obtenida la escritura pública que formaliza la finalización del proceso de segregación. En estos supuestos, se prevé una doble garantía: una obligacional o resarcitoria, como es la responsabilidad subsidiaria de la MATEP; otra de estabilidad real, como es el derecho de retorno a la plantilla de la MATEP, si ésta es la opción acogida por dicho personal.

A continuación se exponen y analizan las principales reglas de este alambicado y prolongado proceso.

4. LAS SOLUCIONES NORMATIVAS: TRES OPCIONES TEÓRICAS Y UN SOLO CAMINO VERDADERAMENTE VIABLE

4.1. Un cuadro de opciones asimétricas: el favor por la creación de «sociedades de prevención».

En proyectos anteriores de esta misma regulación reglamentaria se establecía la obligación de las MATEPSS de constituir una persona jurídica distinta, aunque vinculada a aquélla, para desarrollar los servicios de prevención mediante fórmulas privadas o competitivas. Sin embargo, el Consejo de Estado reparó esta elección de política jurídica, por cuanto no existiría habilitación legal suficiente para poder imponer este régimen por vía reglamentaria. El Dictamen de 17 de marzo de 2005 entendía que por esta vía reglamentaria sólo era posible introducir una serie de requisitos orientados

a garantizar el objetivo, la separación de actividades medios humanos, materiales y financieros, a fin de evitar la financiación pública de actividades privadas y las prácticas restrictivas de la competencia denunciadas por el Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Seguridad Social. De ahí que, para atender tal observación, se deje a las MATEPSS opción para elegir el camino que estime más adecuado en orden a alcanzar el objetivo de la separación.

Obviando aquí el referido problema del insuficiente rango normativo de la regulación, en la medida en que al afectar a las modalidades de organización de la actividad preventiva debería haber conllevado una reforma legal –como ocurrió con los denominados «recursos preventivos» en el marco del RD 171/2004–, se prevén dos opciones. Por un lado, o continuar con o cesar en la actividad, exigiendo en ambos casos la correspondiente autorización administrativa. Por otro, si se ha elegido la opción «continuar», entonces la MATEPSS podrá igualmente elegir una de las siguientes dos modalidades (nuevo art. 13.2 RD 1993/1995):

- a) La creación por las MATEPSS de una Sociedad Mercantil (anónima o de responsabilidad limitada), denominada «Sociedad de Prevención».

Su regulación se remite a la legislación mercantil en lo que hace a su estructura organizativa, sin perjuicio de la significativa incidencia de esta regulación reglamentaria para salvar la dimensión social que tienen estas entidades, así como la actividad que realizan. Vuelve a plantearse de este modo el mismo problema que con otras figuras de intersección entre lo mercantil y lo laboral –contratos de puesta a disposición en relación a las ETT–, que se dejan a «lo mercantil» cuando tiene estrecha conexión con «lo socio-laboral».

- b) Directamente por la Mutua, a través de una organización específica e independiente de la correspondiente a las funciones y actividades de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

Ahora bien, en realidad esta opción responde más a esa preocupación formal por no incurrir en un vicio de legalidad –*ultravires*–, que paradójicamente no ha estado presente para otros aspectos, que a una convicción sobre la paridad de posiciones de ambas posibilidades. En realidad, es manifiesto que la normativa reglamentaria es claramente favorable a la vía de la creación de una «sociedad de prevención», y sin duda ésta será la opción más seguida en la práctica, como ya puede apreciarse en las MATEPSS que han iniciado el proceso. Las fases de este proceso son, en lo sustancial, las siguientes.

4.2. El régimen jurídico ordenador de la opción por la continuidad de la doble actividad preventiva: las Sociedades Mercantiles de Prevención.

4.2.1. La reafirmación de la dualidad de actividades preventivas a cargo de las MATEP.

En parte vinculado formalmente por lo dispuesto en el artículo 68.2 b) TRLGSS, en parte por compartir en buena medida las tesis de las MATEPSS, sobre la legitimidad de la dualidad de actividades, el párrafo primero del artículo 13 confirma la posibilidad de que las MATEP reali-

cen actividades con cargo «a las primas». Es una clara concesión a la actividad mutua en esta materia, con lo que se mantiene la dimensión social de la actividad preventiva privada, instrumentando la Seguridad Social no sólo en la vertiente reparadora sino también en la preventiva. Pero no precisa ni delimita de forma concreta estas actividades, lo que seguirá siendo fuente de problemas.

No obstante, si no en positivo, al menos sí en negativo trata de ofrecer algún criterio. Así, el segundo párrafo procede a una doble exclusión respecto de esas actividades con cargo a cuotas o primas. Por un lado, respecto al título jurídico por el cual se presta, cuida bien en advertir que tales actividades «no implican atribución de derechos subjetivos» a los empleadores asociados, a sus trabajadores dependientes y a los trabajadores por cuenta propia adheridos, beneficiarios de la actividad «seguro-preventiva» o preventivo-aseguradora. Por otro lado, en lo que concierne a las actuaciones excluidas, se precisa que quedan fuera las «obligaciones que los empresarios deban desarrollar a través de alguna de las modalidades de organización de la actividad preventiva» en cumplimiento de la LPRL.

Finalmente, se introduce una norma reafirmadora del carácter diferenciado de estas actividades, lo que evidencia la reiteración de mandatos, lo que nos hace pensar que no está muy seguro el legislador de haber dado una norma «cierta», pues se reitera en el propio texto y reitera mandatos legales. Así volverá a suceder con la reforma del artículo 22 RSP, lo que en cualquier caso también se explica por esa doble y vacua remisión.

4.2.2. La opción normativamente preferente y prácticamente más viable: la constitución de las nuevas Sociedades Mercantiles de Prevención.

El apartado 3 del artículo 13 establece con enorme minuciosidad este procedimiento de constitución de la sociedad mercantil de prevención. Así, en el supuesto en que la Mutua opte por la «sociedad de prevención», opción más realista y viable, la autorización y desarrollo de la actividad se ajustarán a los siguientes requisitos:

a) Exclusividad del objeto social.

El objeto social de las sociedades de prevención, cuyo capital pertenecerá íntegramente a una MATEPSS, será, única y exclusivamente, la actuación como SPA para las empresas asociadas a la Mutua correspondiente.

b) Denominación social.

Incluirá su denominación social el término «sociedad de prevención», y no podrá hacer referencia a la Mutua, ni a su acrónimo –MATEPSS–, salvo en lo referente a su vinculación a la que sea titular de su capital social. Con ello se pretende introducir seguridad jurídica para terceros en el tráfico negocial.

c) Capital social.

Para constituir el capital social de la sociedad, la MATEPSS promotora de aquella podrá realizar aportaciones dinerarias o no dinerarias con cargo a su patrimonio histórico, según el artículo 3 del Real Decreto 1993/1995. Las aportaciones futuras a la sociedad con cargo a dicho patrimonio estarán sujetas a las limitaciones establecidas en la normativa de aplicación.

d) Autonomía organizativa y financiera.

Como auténtica razón de ser de la entera regulación, se insiste una vez más en que la actividad de las «sociedades de prevención» se desarrollará con total independencia y autonomía de los servicios que dispongan las MATEPSS para la prevención con cargo a primas. De ahí que requiera que disponga de la organización, instalaciones, personal propio y equipos necesarios para el desarrollo de la actividad, si bien no los concreta, como suele suceder en esta materia –*vid.* recursos preventivos...–. No obstante, se recoge expresamente la posibilidad de subcontratar la realización de actividades preventivas, en los mismos términos en que pueden hacerlo los SPA conforme a la normativa preventiva [art. 23 b) RSP].

e) Régimen económico: imputación de la actividad al patrimonio histórico.

Los rendimientos percibidos por las MATEPSS procedentes de estas «sociedades de prevención» seguirán el régimen establecido para los ingresos de su patrimonio histórico, que está fijado en el artículo 68.4 LGSS, y que se caracteriza por ser de la «propiedad» de la Mutua en su calidad de «asociación de empresarios», sin perjuicio de la tutela prevista en el artículo 71 LGSS. Este patrimonio se halla afectado estrictamente al fin social de la entidad y en ningún caso pueden constituir incrementos patrimoniales o rendimientos para la Mutua que constituyan gravamen para el patrimonio único de la Seguridad Social.

f) El régimen de incompatibilidades de los directivos de la MATEPSS –función directiva de la Mutua– a la administración de las sociedades preventivas.

Como una garantía más del objetivo de la autonomía organizativa y de gestión entre MATEPSS y la «sociedad de prevención» promovida por ella se establece una prohibición para cualquiera que ejerza funciones directivas en aquella, de modo que no podrá ejercer como administrador de la sociedad de prevención. No obstante, y como prueba de una incoherencia más de esta norma, sí se permite que durante el período transitorio de adaptación puedan los Directores-Gerentes de las MATEPSS realizar tareas de administración, gestión y dirección en las sociedades de prevención (DT 2.ª RD 688/2005). Asimismo, los administradores están sujetos a las prohibiciones del artículo 76 TRLGSS –de comprar y vender activo patrimonial de la entidad, prohibición de pactos indemnizatorios que incrementen la cuantía de la indemnización por ruptura en la relación laboral común–. También el régimen de incompatibilidades del artículo 17 c) RSP: no mantener con las empresas concertadas vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como servicio de prevención.

- g) Los instrumentos de control de la actividad preventiva de las MATEPSS como Sociedad de Prevención: los límites de la autonomía de funcionamiento.

La actuación desarrollada por las Mutuas a través de las Sociedades de Prevención se somete al control y seguimiento de la Comisión regulada en el artículo 37.3 último párrafo del Reglamento de colaboración, añadido por esta norma. En cambio, el control de su actividad preventiva en el ámbito de la Seguridad Social se realizará a través del recientemente creado Consejo Tripartito, formado por representantes de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, a razón de 4 por cada sector y hasta un máximo de doce miembros –Orden TAS/1974/2005, de 15 de junio–.

Pero no es éste el único límite previsto a su autonomía de funcionamiento para garantizar la transparencia de la actividad. De ahí que, en todo caso, se dice, a la *«Intervención General de la Seguridad Social le corresponde las competencias establecidas en su normativa de aplicación»*. Asimismo, también se prevé un amplio conjunto de disposiciones en las que se recoge la necesidad de solicitar autorización para realizar una considerable secuencia de actuaciones, en los casos de creación, modificación o supresión de centros, propios o concertados, en aras a mantener el buen fin del proceso de separación (DT 5.^a), o de la modificación de las condiciones en que se basó su acreditación como SPA (DT 6.^a). Lo que no es sino consecuencia del importante intervencionismo administrativo que envuelve desde antaño esta materia, lo que no perjudica su dimensión de organización empresarial privada.

En consecuencia, la remisión genérica que se realiza a la normativa mercantil –lo que descarta para las MATEPSS el recurso a «sociedades civiles», conforme a una práctica seguida hoy por el 4% de los SPA–, en el plano eminentemente constitutivo u orgánico, no puede ocultar una amplia actividad de control, por tanto de intervención y tutela, por parte de la Seguridad Social. Esto puede explicar –para algunos justificar– la regulación en este Reglamento y no en el de los Servicios de Prevención, si bien está claro que esta misma actividad de control de la transparencia de organización y funcionamiento, pública y social –acción colectiva–, puede perfectamente establecerse en la normativa preventiva, como sucede en general para los SPA.

4.2.3. Una opción más teórica que práctica: la organización específica separada contablemente.

La segunda opción teórica está igualmente desarrollada en la reforma promovida por el Real Decreto 688/2005, pero con menor detalle –art. 13.4 RD 1993/1995–, lo que sin duda evidencia la escasa confianza del titular de la potestad reglamentaria en esta vía. En realidad, esta regulación es un sinsentido, o en todo caso se revela incoherente con los objetivos perseguidos por el real decreto, en la medida en que si es cierto que una razón de ser de la regulación ha sido las dificultades de control de tales entidades difícilmente se resolverá este problema con una «organización diferenciada» y específica sometida a los mismos controles por parte de la Intervención General de la Seguridad Social. La autonomía es eminentemente «contable» y «financiera». La gestión de esta

organización –que será una masa patrimonial y un conjunto de recursos humanos sin personalidad jurídica propia, por tanto plenamente pertenecientes a la plantilla de la MATEPSS– está igualmente sujeta al control interno de la Intervención General de la Seguridad Social.

4.3. Una opción poco realista en esta primera fase del proceso de reordenación de la organización preventiva de las empresas: la decisión de cese.

El artículo 13.5 del Reglamento –en relación con la DT 7.^a y DT 4.^a RD 688/2005– regula el cese de la actividad preventiva que, para ser efectivo, precisará de autorización del MTAS, implicando su liquidación o, bien, su transmisión a un tercero. Por lo que de nuevo se abre una doble vía, siempre sometida a auditoría de la Intervención General de la Seguridad Social:

- *Procedimiento liquidador* de la actividad preventiva y de la sociedad afectada, integrándose el remanente en el patrimonio histórico de la MATEPSS.
- *Procedimiento de transmisión a terceros* –más probable en el plano de las decisiones de rentabilidad económica y social–.

4.4. El régimen transitorio fijado para el proceso de separación de actividades preventivas: una regulación tan prolija como incoherente.

Como advertíamos, la efectividad de este nuevo régimen regulador del funcionamiento de las MATEPSS como SPA no se producirá de inmediato, sino que ha de seguir un dilatado, extenso y prolijo procedimiento administrativo para adaptarse a la nueva regulación. Esta regulación, en su triple opción –creación de la sociedad de prevención, organización específica y cese– está recogida en las DDTT del Real Decreto 688/2005. Lo que sí ha sido perentorio es el plazo concedido para fijar el acuerdo de continuidad o de cese en la actividad preventiva –dentro de los siete primeros meses del ejercicio 2005–, por lo que a estas alturas del año ya se ha producido en la mayoría de las MATEPSS las correspondientes convocatorias. Asimismo, para acelerar algo el proceso se permite que sea la propia Junta Directiva la que adopte, si bien de forma provisional, pues el acuerdo definitivo corresponde a la Junta General de la MATEPSS (DT 2.^a, párrafo segundo), la opción que estima más adecuada, a los efectos de iniciar los trámites previstos en la correspondiente Disposición Transitoria.

Así, si es positiva se sigue el procedimiento evidenciado para constituir la sociedad de prevención –DT 2.^a– o constituir una organización específica –DT 3.^a–. Si es negativa, esto es, la improbable de cese, se seguirá lo dispuesto, de forma muy concisa, en la DT 4.^a.

Acorde con la marcada preferencia por la constitución de la Sociedad de Prevención es la DT 2.^a la que tiene un contenido mucho más amplio que el resto. En todo caso, la continuidad se hace depender de la autorización del MTAS, a cuyo fin se instará la apertura del correspondiente expe-

diente de segregación –la resolución deberá recaer en un plazo máximo de seis meses–. Esta solicitud deberá cursarse en el plazo máximo de un mes desde el acuerdo, acompañándose una amplia documentación detallada en el apartado 1 de la DT 2.^a.

Debe destacarse la inclusión de un doble «inventario laboral», esto es, una memoria de las relaciones laborales que se verán afectadas por el proceso de segregación. Sin perjuicio del comentario algo más detallado que haremos en el próximo apartado, conviene aquí establecer que, en aras de la garantía de continuidad de la actividad preventiva, se asegura la subrogación de la sociedad en todas las relaciones concertadas por la MATEPSS, incluida las laborales (art. 44 LET), para la realización de la actividad preventiva.

Aunque el final del proceso de segregación debe llevar a la prohibición de utilizar, por las sociedades de prevención constituidas por las MATEPSS, los medios materiales y humanos utilizados para la colaboración en la gestión, la normativa prevé dos situaciones en las que no regirá la nueva regulación, si bien de modo excepcional y transitorio. Así, en primer lugar, se prevé que por un período máximo de 5 años –los 3 primeros con carácter general y los 2 segundos si hay expresa autorización del MTAS– este uso confuso o indiscriminado de bienes, muebles e inmuebles, y derechos adscritos a la colaboración en la gestión de la Seguridad Social puedan ser utilizados en la actividad preventiva como SPA. En este período incluso se consiente que el Director-Gerente ejerza funciones de dirección y gestión de la sociedad de prevención.

En segundo lugar, en tanto no se produzca esta opción, las MATEPSS podrán seguir desarrollando su actividad como SPA en los términos actuales, utilizando de forma transitoria los medios humanos, materiales e inmateriales adscritos al programa de actividades de prevención de la entidad en la cobertura de las contingencias profesionales; igualmente se mantendrá la correlativa obligación de imputar a las cuentas que soporten los gastos de las actividades como SPA el coste de su utilización, conforme a los criterios, términos y condiciones establecidos en la Orden Ministerial de 22 de abril de 1997, por la que se regula el funcionamiento de las MATEP en el desarrollo de las actividades de prevención de riesgos laborales (DT 2.^a 5).

Si esta posibilidad ya nos parece incoherente con los presupuestos establecidos por el real decreto para promulgar esta normativa, como son los problemas de control y los efectos negativos en el funcionamiento del entramado preventivo, aún más chocante es que se permita un período transitorio de utilización indiscriminada tan prolongado. Si bien se mira, casi tanto como lo que llevan funcionando de forma efectiva la mayor parte de las MATEPSS como SPA –1999–.

Paradójicamente, no se recoge esta posibilidad de continuar con un uso conjunto o indiscriminado de patrimonios si se opta por una organización específica y ya ha culminado el proceso de segregación por la correspondiente autorización. Así se desprende de la remisión a las normas aplicables en los apartados 1, 2 y 5 de la DT 2.^a, y no al 4 (DT 3.^a). En este supuesto el plazo se acorta también notablemente, porque se precisa que el proceso debe estar finalizado en el plazo máximo de un año desde la fecha de aprobación, de modo que «agotado dicho plazo, las mutuas no podrán utilizar para el desarrollo de las funciones correspondientes a los servicios de prevención los medios...

adscritos a la colaboración...». Si opta por el cese debe pedir autorización a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo adoptado por la Junta General –DT 4.^a–.

Aunque en principio parece concebirse el procedimiento de autorización como discrecional, de modo que al MTAS cabría un juicio de oportunidad, entendemos que no es así. La fuerte presencia de control, más que tutelar, del MTAS respecto al régimen de funcionamiento de las MATEPSS no puede llevar a ignorar su naturaleza de organización empresarial privada, si bien sin ánimo de lucro, por lo que no sería lícito obligar a las Mutuas a continuar con esta actividad si se ha decidido no hacerlo. Entiendo que ni por atendibles razones de política de empleo ni por no menos legítimas razones de garantía de buen o correcto funcionamiento del mercado de prevención de riesgos laborales podría concluirse tal posibilidad. Naturalmente, en caso de cese, en el plano laboral, habrá de estarse bien a la solución liquidatoria, en cuyo caso estaremos ante un supuesto de «fuerza mayor impropia» –*factum principis*–, bien a la solución transmisora a terceros, en cuyo supuesto estaremos en los dominios del artículo 44 LET –garantías por cambio de empresario–.

5. LA DIMENSIÓN OCUPACIONAL Y LABORAL DEL PROCESO DE SEGREGACIÓN: LAS «GARANTÍAS PARA EL PERSONAL»

5.1. El impacto en el sistema de relaciones laborales: la regulación de presente.

Esta última observación nos permite recalcar con algún detalle en los aspectos más netamente ocupacionales –efectos sobre el empleo– y laborales –impacto sobre las relaciones de trabajo– de estos procesos de separación de actividades que, como es natural, han estado muy presentes en todo el proceso negociador de la normativa reglamentaria. A este respecto, y sin perjuicio de la aplicación de la normativa laboral general, que es obvio que una regulación reglamentaria tampoco puede ni desconocer ni moralizar, como sucede respecto de la legislación mercantil, son perfectamente visibles en el real decreto las huellas de esta preocupación de los representantes de los trabajadores, a los que se ha consultado esta norma.

En este sentido, es posible identificar una serie de garantías para los derechos de los trabajadores –el personal adscrito a la actividad preventiva de las MATEPSS como SPA– que vienen a reforzar las previsiones laborales generales. Unas son procedimentales, tanto de carácter público como colectivo, y otras sustanciales. Así, entre las primeras están:

- El sometimiento de todo el proceso a específicas autorizaciones por el MTAS tiene como referente, sin duda, la búsqueda de una intervención pública que actuara en todo momento como vigilante y garante de la neutralidad del proceso en el volumen de empleo actual y en los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios en este ámbito.

- La necesidad de acompañar a la solicitud de autorización, cualquiera que sea la opción, un *doble inventario detallado de las relaciones laborales* afectadas, tanto a la actividad preventiva como SPA, a 31 de diciembre de 2004, objeto en su caso de cesión a la sociedad preventiva, o a las actividades preventivas a cargo de primas [DT 1.ª c), 4.º y 5.º RD 688/2005].
- Se establece como presupuesto previo, a emitir la resolución por el MTAS, la celebración de un *proceso de negociación con los representantes de los trabajadores con vista a alcanzar un acuerdo colectivo* sobre el volumen de trabajadores a ceder a la sociedad de prevención y sus condiciones laborales.

La regulación reglamentaria deja claro que se trata de un requisito preceptivo para poder tramitar regularmente –en forma– la solicitud de continuidad con la actividad mediante sociedad de prevención. Ahora bien, se trata de una manifestación del deber de negociar de buena fe pero no de un deber de alcanzar acuerdos, como evidencia el que baste con acreditar que se han tenido las negociaciones [DT 1.ª, letra c), 4.º]. La debida conexión entre esta regulación y el artículo 44 LET, que el propio real decreto reclama, como no podía ser de otra manera, lleva a configurar esta exigencia como una mejora respecto de los deberes de información puestos a cargo por cedente y cesionario en los apartados 6 y 8 del artículo 44 LET. Si en este caso se trata de simples deberes de información en tiempo y forma útil, aquí se trata de un auténtico derecho a la negociación, por tanto más intenso que el derecho de consulta. Ahora bien, si con motivo del proceso de segregación y posterior cesión estuvieran previstas «medidas laborales» de carácter modificativo, es claro que este deber de negociación deberá responder a lo previsto en el apartado 9 del artículo 44 LET.

Esta exigencia de negociación previa a la solicitud de autorización del MTAS no se contempla en el expediente de cese, como se ha mencionado más arriba, pues tan sólo se hace alusión al doble inventario de relaciones laborales. Eso significa que en tales caso, según se ha apuntado igualmente, regirán las normas laborales aplicables a tales situaciones –art. 51 LET o art. 44 LET–.

Por su parte, la DT 7.ª establece dos garantías sustanciales de protección de los derechos de los trabajadores para un determinado supuesto de cese de las actividades preventivas de la MATEPSS como Sociedad de Prevención. Así, el supuesto de hecho es que se produzca, «*durante un período de cinco años desde el otorgamiento de la escritura pública a que se refiere la DT 2.ª ... el cese por imperativo legal de las actividades que como servicio de prevención viniese desarrollando la mutua a través de la correspondiente sociedad de prevención*». En este caso, las garantías establecidas son las siguientes:

- La MATEPSS responderá subsidiariamente, con cargo a su patrimonio histórico y con cargo al patrimonio de la Seguridad Social adscrito, por este orden, de las obligaciones que se pudieran derivar respecto al personal cedido a la Sociedad Mercantil de Prevención.

Aunque se trata de una responsabilidad subsidiaria y no solidaria, como suele ser regla general en el ámbito laboral, se trata de una garantía razonable, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 44.2 LET, la comunicación de responsabilidades abarca sólo a las

obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas. En este supuesto reglamentario, la garantía se extiende no sólo a las anteriores a la constitución de la sociedad de prevención –para las que regirá la norma laboral estatutaria–, sino también y sobre todo para las nacidas con posterioridad, una vez consumada la subrogación plena de la Sociedad de Prevención en las relaciones laborales establecidas por la MATEPSS en su actividad como SPA. Como es obvio, esta responsabilidad no afectará a las obligaciones contraídas con el personal que eventualmente hubiera podido contratar durante ese periodo la Sociedad de Prevención, pues la norma reglamentaria precisa que se trata de una garantía «respecto al personal cedido».

- El personal puede *optar por la readmisión* en la plantilla de la MATEPSS.

También en este caso estamos ante una garantía adicional respecto de las contempladas en la legislación laboral aplicable a los supuestos de transmisión de empresa, en la medida en que la «cesión de las relaciones de trabajo» no es definitiva, pese a haber operado la subrogación *ex lege*, conforme al artículo 44 LET, sino que admite reversión. En efecto, para estos supuestos, en los que el cese de actividad se vincula a imperativos legales, por tanto ajenos a la voluntad de quien gestiona el servicio, y no a razones de gestión ordinaria de la empresa y del mercado, se concede al trabajador una suerte de «derecho de retorno» a la MATEPSS en la que estuvo contratado inicialmente para esta actividad. Es un derecho potestativo en la medida en que se hace depender sólo de la voluntad del trabajador, titular de la opción. No cabe duda de que esta garantía de retorno supone confirmar una vez más la estrecha vinculación económica y organizativa, no obstante la formal autonomía jurídica, no tanto patrimonial, de la Sociedad de Prevención a la MATEPSS.

5.2. El impacto de la reforma en la evolución de futuro próximo del sector: la necesidad de una reordenación convencional.

Queda claro que no cabe desdeñar las repercusiones de este proceso de reforma en las relaciones de trabajo. Ni en un plano ocupacional –garantía de empleo–, ni en uno estrictamente laboral –tutela de los derechos profesionales–. En este sentido, la clara preferencia por la constitución de una Sociedad de Prevención, con las garantías de subrogación, y las buenas expectativas de crecimiento de la actividad preventiva, parecen razones suficientes para no entender amenazado en modo alguno este sector. Más aún: en general, se confía en un aumento del empleo a medio plazo en torno al 20 por 100, así como la mejora de la calidad tanto del empleo como del «servicio» prestados por los SPA, una vez superado el momento inicial de incertidumbre sobre el impacto de la reforma. La racionalización buscada del sector pretende a medio plazo mejorar no sólo la competencia –acceso y funcionamiento de operadores concurrentes– sino también la competitividad entre las empresas intervinientes en este singular mercado de economía social, tratando de desplazar el actual modelo basado en los precios por un modelo basado en la especialización técnica, en el trato personalizado y, por tanto, en la calidad del servicio.

En todo caso, queda igualmente claro que se abre un nuevo espacio de intervención colectiva para reforzar y profundizar en la racionalización de este sector. Una intervención colectiva que no sólo se nos antoja oportuna sino incluso imprescindible, dada la diferente regulación convencional que en estos momentos existe para el sector. Así, mientras que los empleados de las MATEPSS se rigen por el convenio del sector de seguros y reaseguros, mucho más favorable, las SPA lo hacen respecto del sector de oficinas y despachos, menos garantista.

De ahí que, con razón, los sindicatos más representativos ya han reclamado crear una Mesa de Negociación que ordene más coherentemente el sector. De nuevo emerge la comparación con lo sucedido en el sector de empleo temporal reservado a las ETT. Pero de nuevo aparecen las diferencias de posición entre un sector empresarial –el mutualista– y otro –el mercantil–.

En efecto, el sector de MATEPSS ve con buenas expectativas esta negociación, en la medida en que confían en una negociación que reduzca los costes que ahora les supone la aplicación de un convenio tan favorable. Según datos del propio sector, actualmente los costes de personal adscrito al SPA es más del doble de los ingresos obtenidos por esta actividad, lo que, dicho sea de paso, evidencia la instrumentación de otros recursos que debían destinarse a su actividad de colaboración en la gestión de la Seguridad Social al servicio de una actividad privada. En cambio, el sector de los SPA «mercantiles» lo ve con preocupación, por cuanto entiende que, por flexible que sea la norma convencional, supondrá un aumento de los costes salariales.

Para los SPA «mercantiles», pues, esta necesaria o inexcusable reordenación convencional significará un aumento teórico de las tarifas que puede perjudicar la continuidad de ciertos SPA. La razón es que el marco normativo sigue permitiendo todavía, conforme al régimen transitorio previsto en el Real Decreto 688/2005, ciertas ventajas a favor de los operadores mercantiles constituidos por las MATEPSS.

6. LA CRÍTICA GLOBAL: POR LO QUE DICE Y POR LO QUE SE CALLA

A la luz del régimen aquí somera, pero íntegramente, expuesto y analizado, parecen evidenciarse algunas observaciones críticas de carácter global sobre una norma que, en su conjunto, podría catalogarse de positiva, y en todo caso necesaria. En este sentido, los principales reparos desde esta perspectiva igualmente general podríamos ordenarlos en torno a tres aspectos, que de una forma simple pero ilustrativa podríamos expresar así: cómo ha dicho o escrito esta reforma; la incoherencia de ciertas cosas que dice y, sobre todo, lo que se calla.

En el primer plano, la técnica reguladora elegida para la reforma, queda claro que la norma reglamentaria elegida no es la más adecuada para introducir cambios en las modalidades organizativas de prevención como los que conllevará su aplicación práctica. Asimismo, en cuanto que sigue autorizando la instrumentación del patrimonio de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social al servicio de actividades privadas –ej., capitalización ilimitada a través del patrimonio histórico–,

aún de extremada dimensión social, podría estar incurriéndose en un vicio de legalidad, conculcando el ordenamiento en materia de Seguridad Social –arts. 4.3 y 68.4 LGSS–. Sin duda, tanto en relación al marco preventivo como al de Seguridad Social afectados hubiera sido preferible una reforma legal acompañada de la reglamentaria.

En el segundo plano, en lo relativo a «lo que dice», es igualmente evidente que la regulación reglamentaria, no obstante su esfuerzo racionalizador de un confuso marco normativo, también son criticables algunas concesiones a la continuidad de la situación actual, no obstante partir de las perturbaciones normativas y de mercado que generan. Así, el período transitorio es demasiado largo –más de seis años– para que durante el mismo se pueda seguir utilizando recursos de las MATEPSS por parte de su Sociedad Mercantil, y pueden estar igualmente administradas y dirigidas por el Director Gerente de la MATEPSS a la que pertenecen. En consecuencia, se perpetúan dificultades de control y restricciones a la libertad de competencia que, sin embargo, parecen ser cuestionadas por todos los organismos públicos encargados de velar porque no sea así –Tribunal de Cuentas, Tribunal de Defensa de la Competencia, Intervención General de la Seguridad Social, Consejo de Estado...–.

Así las cosas, el Real Decreto 688/2005 no sólo es susceptible de críticas en el plano jurídico sino también en el plano económico. En este sentido, la tolerada perpetuación de la restricción a la libre competencia (capitalización ilimitada con cargo a patrimonios históricos y utilización de medios, instalaciones, recursos y estructura de las MATEPSS por parte de las nuevas sociedades de prevención durante ocho años) se ha visto como un factor restrictivo de la competencia. Primero porque podría afectar negativamente a la capacidad de seguir en el mercado para ciertos SPA, que no puedan adaptarse, por su tamaño reducido, a las nuevas exigencias, así como a eventuales incrementos de tarifas. Segundo, también podría suponer que alguna MATEPSS, cuyo patrimonio histórico no sea suficiente para abordar la creación y mantenimiento de su sociedad de prevención, se vean obligadas, para reducir una brecha diferenciadora en negativo con respecto a otras MATEPSS que sí lo posean, a procesos de «fusión».

Consecuentemente, parecen continuar abiertos múltiples flancos de litigiosidad, jurídica y económica, entre ambos sectores de organización empresarial de la actividad preventiva externa o ajena, las sociedades mutuas –y sus vinculadas sociedades mercantiles de prevención–, y los SPA típicamente mercantiles. Por tanto, la norma reglamentaria tampoco tendrá el efecto buscado de pacificar o apaciguar la «guerra» abierta entre ambos, que se traduce en un claro perjuicio no ya para la competencia y la competitividad, valores económicos que no pueden estar en el primer plano de las preocupaciones de esta legislación, sino para la calidad de la actividad preventiva, objetivo final al que debe instrumentarse todo este entramado o maraña.

No obstante, parece que empiezan a florecer más las vías de la negociación y el acuerdo entre competidores que la crítica y la conflictividad. En este sentido, es positivo el Convenio Marco de Colaboración firmado, el 22 de abril de 2004, entre ANEPA (Asociación Nacional de Entidades Preventivas Acreditadas) y AMAT (Asociación de MATEPSS), que persigue «favorecer el diálogo permanente como herramienta fundamental para el buen clima y entendimiento entre ambas entidades y sus asociados». La «dicha» no es completa porque no aparece la otra Asociación representativa de SPA (ASPA).

En todo caso, este iniciado espacio de diálogo y consenso facilitará el que se utilice el importante espacio de mejora de la regulación reglamentaria que puede realizarse a través del necesario desarrollo por el MTAS. Minimizar tiempos, limitar el uso de los orígenes de capitalización, valoración de activos por su valor de reposición, evitar que se produzca una liberación de patrimonios históricos y que luego sean vendidos a entidades privadas, incrementar las actividades preventivas con cargo a cuotas para absorber el máximo número de personal dedicado al SPA.

Se abre ahora la vía, pues, de participar, tanto por las empresas como por los sindicatos, en la redacción de los desarrollos a través de las correspondientes órdenes ministeriales del citado real decreto, ya que es la voluntad del MTAS de mejorar la ordenación una vez conocida la auténtica realidad del sector. Pero de nuevo se hará a través de caminos formalmente inadecuados y con una precipitación y deficiencias de técnica jurídica que son impropias, máxime en un momento en el que desde las instituciones comunitarias se pide mayor rigor y racionalización del marco jurídico en materia preventiva.

Precisamente, esta última observación me lleva a la principal crítica que para mí merece esta regulación y que no se vincula a lo que dice sino a lo «que se calla», esto es, a lo que no hacer o respecto de lo que guarda silencio. En efecto, el Gobierno ha acometido con relativa celeridad un problema de fondo y forma, pero ha ofrecido una solución parcialmente incoherente, más atenta a los intereses de las MATEPSS que a la de una reorganización adecuada del mercado, en el que ya compiten más de 600 empresas privadas, pero también insuficiente. Y es que ha contemplado sólo el problema desde la *perspectiva de la racionalización de los procesos de exteriorización de la organización* de la actividad preventiva, buscando una mayor racionalidad de mercado y jurídica, pero ha obviado por completo el GRAN PROBLEMA que presenta la organización de los recursos preventivos en nuestro sistema empresarial: la falta de integración de la actividad preventiva en la gestión ordinaria de las empresas.

En otros términos más contundentes: el regulador reglamentario ha aceptado sin más el modelo impuesto en la práctica, que hace de los SPA la forma dominante, preocupándose, aunque deficientemente, de mejorar la igualdad entre las entidades oferentes. En cambio, no se ha preguntado sobre la adecuación o no de ese modelo práctico al modelo normativo fijado en la LPRL y, lo que es peor, al modelo efectivamente exigido para que la prevención sea eficaz, esto es, tengan resultados positivos en la reducción de la accidentalidad y morbilidad, así como en la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores. Como se desprende con nitidez de la V Encuesta de Condiciones de Trabajo la evolución de nuestro sistema preventivo ha supuesto que ya el 85 por 100 de las empresas cuenten con alguna modalidad preventiva, con lo que se reducen al mínimo los vacíos preventivos. Ahora bien, al mismo tiempo, se sigue comprobando que, además de mantenerse todavía una cuota de entorno al 40 por 100 de empresas que no integran en su gestión la actividad preventiva, la mayor parte de las empresas, por supuesto las PYMES, pero también las grandes empresas, optan por «exteriorizar» la organización preventiva.

Pero esta evolución práctica no sólo contradice un principio axial de la LPRL, como es la integración, sino que se muestra incoherente con la regulación comunitaria. Como ha confirmado la jurisprudencia del TJCE (Ss. de 15 de noviembre de 2001 y 22 de mayo de 2003), la Directiva

Marco no concede al empresario la facultad de elegir con plena libertad entre una modalidad organizativa «interna» y un servicio externo, sino que existe una marcada jerarquía entre ambas opciones, gozando de preferencia la primera respecto de la segunda, que sólo se entiende de forma subsidiaria y complementaria a la primera. Aunque la norma reglamentaria de transposición permite concluir esta preferencia, no obstante algunas ambigüedades y equívocos contenidos en su articulado, es opinión común que la práctica ha llevado a configurar una amplísima libertad de opción para las empresas, lo que supone una clara contradicción con el marco comunitario de referencia, así como con los valores y principios fundamentales que inspiran esta regulación, por lo que es necesario una reforma en tal sentido.

7. REFLEXIÓN FINAL: UNA REFORMA PARCIAL DE TRANSICIÓN

Llegados al final de este estudio, conviene formular una reflexión final. Nadie puede dudar seriamente de los «servicios prestados» por las MATEPSS al sistema, e incluso a la «cultura», preventivos, esto es, a la construcción, lenta y atormentada, a veces dramática, del edificio preventivo. Llenaron un «hueco» muy profundo en el origen y en modo alguno debe promoverse ni una renuncia ni una exclusión para seguir desplegando un importante papel en el futuro inmediato en esta materia.

Ahora bien, está aún pendiente determinar en qué modo han de hacerlo, si manteniendo esta dualidad de «rostros», como «servicio social» –carga a primas–, o como «servicio mercantil» –con cargo a contratos lucrativos–. Por el momento, la reforma ha sido marcadamente continuista, procurando sólo efectos clarificadores para hacer más tolerable, jurídica y económicamente, esta dualidad de actuaciones preventivas, que no puede dejar de evidenciarse «esquizofrénica», por más que sea legal, legítima y posible. Sin embargo, el aviso de la norma es igualmente claro. La opción ha sido netamente «mercantilista». Se ha optado por primar el recurso a Sociedades Mercantiles, favoreciendo el carácter competitivo del mercado en detrimento de su inequívoca dimensión social y sin perjuicio del fuerte intervencionismo de control mantenido por el MTAS.

En consecuencia, parece igualmente evidenciarse cuál va –o debe– ser la evolución en el futuro inmediato. Ésta no puede ser otra que concentrar a las MATEPSS en la actividad preventiva con cargo a cuotas o primas y dejar al «mercado competitivo», aunque socialmente regulado, la prestación de SPA.

En esta dirección, una vez consolidado el «mercado de la prevención» las MATEPSS deberían replugar definitivamente velas, transmitiendo esa actividad ejercida mediante Sociedades Mercantiles de Prevención a «terceros». La situación de la prevención de riesgos laborales en España todavía dista mucho de los niveles de desarrollo jurídico, social y económico exigidos. Quedan muchas cosas por hacer en este ámbito, que necesitan del esfuerzo de todos los agentes implicados. Por ello, las MATEPSS seguirán funcionando como entidades colaboradoras de primer relieve en el desarrollo del sistema preventivo español, al menos en orden a la promoción y divulgación de una cultura preventiva, paso previo y fundamental para una correcta implantación.

Entiendo que el «mercado» se encuentra ya razonablemente preparado para asumir este nuevo reto, que supone una importante transformación en el sector de la prevención, en la senda de la elevación del nivel de calidad que prestan los SPA; la mejora de la eficiencia del sector de la prevención; y a clarificar el mercado contribuyendo a la desaparición de los operadores no sólo ineficientes sino inadecuados. En esta labor también tendrán un papel determinante los interlocutores sociales, a través de la negociación de un convenio colectivo adecuado a este sector, en la medida en que la dualidad hasta ahora existente puede ser igualmente determinante de distorsiones. En consecuencia, estamos ante una reforma de pura transición hacia un cambio de modelo más significativo en orden a la organización externa de la actividad preventiva por parte de las empresas, que precisa tanto elementos de mayor flexibilidad –ej., fomentar la actuación como «servicios de prevención» de profesionales autónomos con competencia técnica adecuada, como pueden ser los «consultores» o asesores individuales en materia de prevención–, como de mayor control –reforzando las exigencias para constituir y funcionar como SPA–.

Ahora bien, como ya advertimos, ésta no es ni la única, y si me apuran, ni la más importante, cuestión. Porque el verdadero problema es saber si efectivamente el modelo es el adecuado. Hay que analizar si estamos ante un modelo de lenta o muy progresiva implantación, o realmente estamos ante un camino parcialmente equivocado. En este sentido, debe recordarse que no se ha afrontado el punto de verdad doliente o neurálgico: no es la «exteriorización» la respuesta, sino su «integración organizativa», lo que lleva a reconducir el papel hacia las modalidades de organización «interna» y no externa. Lo que pasa, a mi juicio, por relanzar la modalidad del trabajador designado, lo que confusamente ha pretendido hacer la regulación reciente sobre los «recursos preventivos» –art. 32 bis LPRL–, o la de flexibilizar los requisitos exigidos para crear un «servicio de prevención propio», incluyendo la modalidad de los «servicios de prevención mancomunados», muy poco practicados.

Por tanto, tampoco desde esta perspectiva, puede ser –ni se pretende– una solución definitiva y eficaz a la necesaria y urgente reorganización global del entramado técnico-organizativo de la prevención previsto en la LPRL, cuyo funcionamiento no sólo se ha alejado en la práctica del modelo predeterminado como primario por el marco comunitario –STJUE de 22 de mayo de 2003–, sino que aparece cada vez más confuso y distorsionado a raíz de las sucesivas reformas legales –Ley 54/2003– y reglamentarias –ej., RD 171/2004–. Se trata, pues, de una norma de reorganización sólo parcial y transitoria, a la espera de una nueva reforma más amplia y eficaz, lo que sin duda se aleja del ideal de estabilidad normativa que debería haber alcanzado ya en nuestro país el marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales, pues no se pueden construir buenas prácticas sobre reglas de juego cambiantes e inseguras. En todo caso, es necesario y ya urgente revisar la regulación legal y reglamentaria para asegurar un modelo de organización de los servicios preventivos más eficaz y equilibrado, en la línea propuesta por la normativa comunitaria y ratificada por la jurisprudencia del TJCE.