

## EL SERVICIO DE PREVENCIÓN PROPIO Y LA EXTERNALIZACIÓN PARCIAL DE ACTIVIDADES

(A propósito de la STS –Social– 3 noviembre 2005).

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
  2. OBLIGACIONES PREVENTIVAS, PODERES EMPRESARIALES Y LÍMITES
  3. LAS REGLAS ESPECÍFICAS SOBRE CONSTITUCIÓN DEL SERVICIO DE PREVENCIÓN: EN ESPECIAL, SOBRE LA REGLA DE MÍNIMOS DE LAS DOS DISCIPLINAS PREVENTIVAS
  4. DERECHOS DE CONSULTA Y PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ORGANIZACIÓN PREVENTIVA–1. *Sobre el alcance del derecho de consulta de los representantes de los trabajadores*–2. *El papel de la negociación colectiva en la organización preventiva*–3. *Derechos de consulta y acuerdo sobre programación anual de actividades en la STS de 3 de noviembre de 2005*
-

## 1. INTRODUCCIÓN

Tomando como punto de partida, algo ya habitual en el tratamiento de la temática preventiva, que el nudo gordiano de nuestra actual regulación legal (de inspiración comunitaria) es el cuadro obligatorio que se hace recaer sobre el empresario, el propio art. 14 LPRL<sup>1</sup>, entre otros numerosos y variados comportamientos, impone al empleador el de «dotarse de una organización preventiva y de los medios necesarios». Esto es, el empresario, a fin de poder dar cumplimiento al programa obligatorio o a la compleja prestación encaminada a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores debe organizar, en algún modo, la actividad preventiva. Su justificación puede buscarse en la propia conciencia tomada por el legislador a la hora de diseñar las obligaciones empresariales, de que el empresario carece, en la mayoría de los casos, de conocimientos técnicos y especializados suficientes para poner en marcha una adecuada política de prevención en su empresa. De esta forma, la obligación se traduce en la necesidad de ayudarse de terceros y de disponer de los medios materiales necesarios para aquellos mismos fines.

Ahora bien, la mencionada obligación es desarrollada tanto en el texto de la LPRL (arts. 30-32 bis<sup>2</sup> de modo más o menos general, como de forma mucho más detallada en el RSP (arts. 10 y ss.)<sup>3</sup>. Desarrollo ya anunciado en el art. 6 letra e) de la propia LPRL<sup>4</sup>. Se trata de una obligación instrumental

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

<sup>2</sup> Tras la reforma operada por Ley 54/3003, de 12 de diciembre, de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales (BOE 13 diciembre).

<sup>3</sup> RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE 31 enero). La bibliografía sobre la organización de la prevención en la empresa o sobre los servicios de prevención es ya más que abundante. Como botón de muestra, puede consultarse la siguiente, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención», *Temas Laborales* núm. 50, 1999, pgs. 19 y ss.; GONZÁLEZ ORTEGA et alri: *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. J.: «Los servicios de prevención (RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba su Reglamento)», *Documentación Laboral* núm. 53, 1997, pgs. 73 y ss.; IGARTUA MIRO, M. T.: *Manual del Servicio de Prevención*, Tecnos, Madrid, 2002; LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P.: «La organización de la prevención en la empresa: los servicios de prevención», *Actualidad Laboral*, núm. 37, 1997, pgs. 903 y ss.; LUQUE PARRA, M.: *La organización de la prevención en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; MORENO MÁRQUEZ, A.: *Los Servicios de Prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Aspectos jurídicos del Reglamento de Prevención de Riesgos laborales», *Aranzadi Social* núm. 17, 1998, pgs. 31 y ss.; VV AA: (SALA FRANCO, T., Coord.): *Los sistemas de prevención en las empresas*, *Revista Alcor de mgo*, núm. 4, 2005.

<sup>4</sup> A la «deliberada flexibilidad e incluso indeterminación que introduce a tal fin (la LPRL)» alude algún autor que constata que se hace necesario acudir a otras fuentes normativas más concretas o específicas para precisar tan crucial cuestión, vid. MOLINA

en la medida en que la necesidad de dotarse de una organización preventiva, entendida en términos de medios materiales y humanos destinados a la prevención de riesgos laborales, surge de la propia complejidad intrínseca a los comportamientos debidos y de la necesaria especialización exigida al sujeto llamado a dar cumplimiento a la normativa preventiva de la que, en la mayoría de las ocasiones, el empresario adolece.

Pues bien, una lectura de los preceptos anunciados, arroja una conclusión a la vez evidente y crucial: al empresario para cumplir esta obligación instrumental u organizativa, se le ofrecen distintas alternativas. Entre las posibilidades u opciones que se le abren, basta señalar ahora que una primera y gran alternativa es la de externalizar<sup>5</sup> la actividad preventiva, aspecto que en nuestro ordenamiento jurídico, merced a la norma reglamentaria ha cobrado un impulso seguramente desorbitado y contrario a lo querido por los dictados comunitarios<sup>6</sup>, en especial por el art. 7 de la Directiva Marco<sup>7</sup> que, a juicio del TJCE, sienta un claro criterio de subsidiariedad del recurso a competencias ajenas en relación a la obligación principal que consiste en designar a uno o varios trabajadores<sup>8</sup>. Lógicamente, la intervención externa

NAVARRETE, C.: «Servicios de prevención», en AA VV (MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N., Dir.): *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus Desarrollos Reglamentarios*, Comares, Granada, 2004, pg. 317.

<sup>5</sup> Puede verse, entre otros, BLASCO MAYOR, A.: «La externalización de las actividades de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 13, 2001, pgs. 71 y ss. A los excesos en la externalización de la prevención provocados por el RSP alude GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en supuestos de subcontratación», *Revista de Derecho Social*, núm. 27, 2004, pg. 31. Al impacto negativo que tienen sobre la eficacia de la acción preventiva las actuales tendencias a la externalización y burocratización de la prevención alude CASTELLA LÓPEZ, J. L.: «Gestión preventiva: una estrategia empresarial necesaria», en *Encuentro Nacional de Profesionales de Prevención de Riesgos Laborales*, [http://tematico.princast.es/tremfor/trabajo/iaprl/ENPRL/Papers/ENPRL2003\\_Castell...](http://tematico.princast.es/tremfor/trabajo/iaprl/ENPRL/Papers/ENPRL2003_Castell...), pg. 3. También se refiere a las causas (en especial económicas) de la utilización mayoritaria de los servicios externos PURCALLA BONILLA, M. A.: «Los servicios de prevención: notas a propósito de la jurisprudencia del TJCE y del Proyecto de Ley de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales», en *La Ley*, 2003-5, pg. 1686.

<sup>6</sup> Muy interesante a este respecto resultan las reflexiones de LUQUE PARRA, M.: «El servicio de prevención ajeno como modalidad principal de organizar la prevención en el ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 103, 2001, pgs. 57 y ss., quien afirma en pg. 65 que la «clara consonancia entre lo establecido en el art. 7 de la DM y los arts. 30 y 31 LPRL se desvanece hasta límites insospechados en el RSP».

<sup>7</sup> Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio. Téngase en cuenta que la Comunidad sigue poniendo el acento en la importancia de los servicios de prevención de composición interdisciplinar como se refleja en la conocida estrategia comunitaria de seguridad y salud en el trabajo (2002-2006).

<sup>8</sup> Puede verse, entre otros, PURCALLA BONILLA, M. A.: «Los servicios de prevención...», op. cit., pg. 1683; MARTÍNEZ FONS, D.: «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de mayo del 2003 sobre el art. 7.3 de la Directiva 89/391/CE relativa a la jerarquía normativa entre las distintas modalidades organizativas de la prevención en la empresa (Asunto C-411/01, Comisión vs. Países Bajos)», el texto en <http://www.preencionintegral.com/legislacion/Jurisprudencia/organizacion-prevenc...>, pgs. 1-5; LÓPEZ-RO-

tiene una clara justificación que suele cifrarse, de un lado, en su elevada especialización y, de otro, en la necesidad de ahorrar costes<sup>9</sup>. Ahora bien, el abuso excesivo del sistema y la visión puramente economicista de la prevención está provocando graves inconvenientes desde el momento en que se está primando un mero cumplimiento formal, alejado de la realidad de las empresas, que no compagina bien con la sentida necesidad de «eficacia» y «adecuación» de las medidas preventivas predicadas por la LPRL.

En este orden de cosas, y sin perjuicio de que algunas cuestiones se desarrollen con mayor detalle *infra*, aunque no en todos los supuestos contemplados en el desarrollo reglamentario quedan delimitados de forma diáfana cuáles son los criterios que deben inspirar la opción empresarial, más allá de los genéricos y tradicionales del tamaño, los riesgos y su distribución, en el caso del servicio de prevención propio, el RSP ha optado por enumerar los supuestos en que su constitución resulta preceptiva. Opción que, al menos a primera vista, se nos antoja además de ajustada a Derecho, perfectamente definida, de forma que no debiera plantear dificultades aplicativas ningunas<sup>10</sup>. No obstante, no es esto lo que se desprende de la práctica aplicativa de la LPRL en sus ya más de diez años de vigencia<sup>11</sup>, puesto que el TS ha tenido que pronunciarse al menos en dos ocasiones sobre esta materia, en la última (Sentencia de 3 de noviembre de 2005<sup>12</sup>, revocando un pronunciamiento anterior de la Audiencia Nacional. Pues bien, dicha resolución motiva las siguientes notas, algunas fruto de lo que en ella se afirma y otras de lo que, sin duda, omite. El pronunciamiento en cuestión trae su origen de la Demanda de Conflicto Colectivo interpuesta por la Sección Sindical de UGT en la que se solicitaba se declarara contraria a derecho la externalización hecha unilateralmente por la empresa de una parte de los servicios de prevención de la misma para el año 2003 por no considerarla acomodada a la normativa vigente y más en concreto al Acuerdo Marco del grupo Repsol y al Convenio de Repsol Butano, SA. La AN desestimó aquella pretensión al entender que aquella externalización parcial de los servicios de prevención la había llevado a cabo la empresa acomodándose a las exigencias legales y convenidas. Contra dicha sentencia recurre la Sección Sindical deman-

MERO GONZÁLEZ, M. P.: «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de salud y seguridad en el trabajo», *Revista de Información Laboral (Jurisprudencia)*, núm. 6/2005, LN-2 ss.

<sup>9</sup> Sobre algunas de las ventajas del sistema, aunque en general se muestra bastante crítico con su expansión desmesurada, vid. BLASCO MAYOR, A.: «La externalización de las actividades...», *op. cit.*, pg. 81.

<sup>10</sup> En este sentido, para LUQUE PARRA, M.: «El servicio de prevención ajeno...», *op. cit.*, pg. 83, «A diferencia de lo que sucede con relación a la designación de trabajadores, la delimitación de los supuestos en los que debe constituirse un servicio de prevención propio es sencilla pues el RSP los especifica claramente».

<sup>11</sup> Una aproximación a las Sentencias en materia de servicio de prevención habidas hasta la fecha en ROMAN VACA, E.: «Los servicios de prevención diez años después: pronunciamientos judiciales al respecto», *Aranzadi Social*, núm. 17, 2006 (BIB 2005/2555), en [www.westlaw.es/publicaciones](http://www.westlaw.es/publicaciones).

<sup>12</sup> Rec. núm. 154/2004.

dante. Debe quedar bien patente que, pese al planteamiento judicial que ahora analizaremos, el problema suscitado no lo es tanto en relación a la opción empresarial (la constitución del servicio, de la que sin duda no puede el empresario zafarse) sino en relación con los medios y recursos de que debe disponer la mencionada organización preventiva, de forma que el empresario decide ajustarse al mínimo reglamentario y externalizar dos disciplinas, opción en principio sin tacha alguna de legalidad. Ello motiva unas reflexiones más detenidas sobre todos estos asuntos.

## 2. OBLIGACIONES PREVENTIVAS, PODERES EMPRESARIALES Y LÍMITES

Como hemos señalado previamente, al empresario se le impone, junto a toda una batería de obligaciones preventivas, un auténtico deber de organización<sup>13</sup>, integrante de su propia y general posición deudora en materia de seguridad y salud en el trabajo. Nos hallamos más que ante una obligación concebida como un fin en sí misma, ante un instrumento en manos del empresario para facilitar el cumplimiento del complejo cuadro de obligaciones diseñado en la norma. Ahora bien, no estamos ante una deber rígido en su cumplimiento sino que entra en juego cierta flexibilidad a la hora de ponerlo en marcha.

Pues bien, si en un principio, con el articulado de la LPRL en la mano podríamos pensar que el empresario es completamente libre en este sentido, de forma que en cualquier momento, circunstancia y con independencia de las características de su empresa (en particular en cuanto a tamaño y riesgos) puede externalizar la actividad, a la vista de la disyuntiva empleada por el propio artículo 30 LPRL, la idea tiene que ser ciertamente matizada. Y ello porque dicho precepto legal lo único que dispone es que «en cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa». En los mismos imprecisos términos se expresa el art. 31.1 LPRL cuando señala que «si la designación fuera insuficiente... el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa, que colaborarán cuando sea necesario».

No obstante, al descender al escalón inferior representado por el RSP, nos encontramos ante normas mucho más detalladas, reglas que limitan aquella primera impresión de la omnipotencia empresarial a la hora de elegir la modalidad preventiva y determinados criterios concretos, en especial de tamaño y peligrosidad, que modalizan de forma patente la opción del empresario. Esto es, qué duda cabe que al empresario no le es dable optar libremente por la alternativa que le parezca más atractiva, sino que, a partir del somero diseño legal de las distintas modalidades organizativas ofrecidas al

<sup>13</sup> DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de prevención de riesgos laborales*, vol. II, Dijusa, Madrid, 1998, pg. 43.

empresario, el RSP viene a concretar y especificar lo concerniente a los supuestos de constitución, requisitos, medios humanos, materiales y técnicos precisos en cada supuesto, control de idoneidad y así sucesivamente. Determinadas pautas que sigue el RSP son sin duda criticables, además contrarias a la preferencia comunitaria por la «interiorización de la organización preventiva», pero tienen cierto efecto a nuestro entender positivo y es que alejan determinadas cuestiones del ámbito de la libre interpretación empresarial. Ya la propia Exposición de motivos de la LPRL justificaba la existencia de distintas modalidades organizativas en la necesidad de combinar una actuación ordenada y formalizada de las actividades de prevención y el reconocimiento de la diversidad de situaciones a las que se dirige en cuanto a la magnitud, complejidad e intensidad de los riesgos inherentes a las mismas. Por ello se otorgan un conjunto suficiente de posibilidades, incluida la actuación de las Mutuas, para organizar de manera racional y flexible<sup>14</sup> el desarrollo de la acción preventiva.

En este mismo orden de cosas, una primera aproximación a las modalidades organizativas reguladas en el RSP arroja la impresión más o menos clara de que de las cuatro (o cinco si consideramos independientemente el servicio de prevención mancomunado<sup>15</sup> que es absolutamente silenciado en el texto legal) opciones ofrecidas al empresario, mientras que dos aparecen perfectamente delimitadas otras dos quedan en muchas ocasiones en una especie de zona gris donde no es tan fácil *a priori* determinar cuál de ellas procede. O dicho de otra forma; la primera, rudimentaria y básica opción de que el propio empresario asuma la actividad preventiva en la empresa queda cerrada en tanto se delimita claramente el número de trabajadores máximo que puede tener la empresa (de escaso tamaño) y, asimismo, se excluyen toda una serie de actividades (las del anexo I) que por su peligrosidad intrínseca dejan a la empresa, aun cumpliendo el requisito de tamaño, fuera de este sistema. En segundo lugar, la opción más acabada, o lo que es lo mismo, la creación de una verdadera organización preventiva en el seno de la empresa, con medios humanos y materiales propios, se reserva a aquellas empresas que se encuentran en el otro extremo. Esto es, empresas de gran tamaño (más de 500 trabajadores) o que aúnan a un tamaño considerable una de las actividades listadas como extremadamente peligrosas. Supuesto en el que, frente a otros en los que goza de un amplio margen de maniobra, el empresario carece de libertad de opción<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Sobre la posible justificación de esa flexibilidad y sus evidentes carencias o flancos no cubiertos, vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención...», op. cit., pg. 27.

<sup>15</sup> Servicio de prevención que «desde la perspectiva jurídica, tiene el carácter de servicio de prevención propio; si bien, desde un punto de vista funcional, se aproxima más a un servicio de prevención ajeno, pues sus actividades se realizan para que sean compartidas por dos o más empresas asociadas expresamente para esta finalidad», STSJ Cantabria 23 noviembre 2004 (AS 2004, 3249).

<sup>16</sup> IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Manual del Servicio de Prevención*, op. cit., pg. 23. En esta misma línea, también para GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención...», op. cit., pg. 26, «el único caso en que no hay flexibilidad y, en consecuencia, la fórmula organiza-

Sin embargo, la alternativa entre servicio de prevención externo<sup>17</sup> y trabajador/es designados ya no aparece regida por unos criterios numéricos y de riesgo tan diáfanos sino que entran en juego conceptos más difíciles de valorar como la «suficiencia» o no de la designación, ciertamente el querido por la norma comunitaria, pero que a la hora de la verdad sucumbe ante la clara preferencia reglamentaria por aquel primer sistema<sup>18</sup>. De todas maneras, a nuestro entender quizás el debate no debería quedar focalizado tanto entre modalidades internas y externas sino procurar desterrar los factores que provocan la desconfianza hacia estas últimas, incidir en la acreditación de su calidad y en una huída efectiva del cumplimiento formalista y burocrático que se está apreciando de las obligaciones legales.

Sin género de dudas, a la vista de las normas legales y reglamentarias que resultan de aplicación y de las afirmaciones ya vertidas, no parece muy arriesgado afirmar que estamos ante una decisión puramente empresarial<sup>19</sup>, en cumplimiento de la obligación legal, donde tendrá, como ya hemos señalado, mayor o menor margen de maniobra. Esto es, como ya apuntara la EM de la LPRL y como es más o menos asumido de forma unánime por la doctrina laboral «dado que la responsabilidad recae sobre el empresario, parece lógico poner a su disposición un abanico de posibilidades para que cumpla con el deber de preservar la seguridad y la salud de los trabajadores, dejándole un amplio margen en orden a los medios de los que pueda auxiliarse para su consecución»<sup>20</sup>. Opciones que, como hemos apuntado, si siguieran de cerca los dictados comunitarios y la respuesta brindada por el TJCE a esta problemática debieran estar, sin duda, movidas por el principio de prioridad de los sistemas internos y el de participación equilibrada de los trabajadores. Pues bien, a la vista de las normas internas, estos márgenes de libertad empresarial no se ven apenas limitados por la intervención de

tiva viene impuesta por la LPRL y el RSP es el supuesto de empresas obligadas a constituir servicios de prevención propios o internos».

<sup>17</sup> Puede verse VIDA SORIA, J.: «La situación jurídica y la responsabilidad de los Servicios de Prevención ajenos en el sistema normativo de la prevención de riesgos laborales: responsabilidades y controles a los que está sometida su actividad», *Actualidad Laboral* 2004-II, pgs. 1785 y ss.

<sup>18</sup> Como se ha señalado, «la norma está permitiendo que por la mera voluntad empresarial sea posible sustituir la obligación de designar trabajadores por el recurso a un servicio de prevención ajeno, sin necesidad de fundamentar la decisión en la insuficiencia de aquellos para gestionar la prevención en la empresa. Una permisón en clara contradicción con lo dispuesto en la LPRL y en la DM», vid. LUQUE PARRA, M.: «El servicio de prevención ajeno...», op. cit., pgs. 81-82.

<sup>19</sup> En este sentido, la SAN 12 julio 2004 (JUR 2004, 315502), de la que trae su causa la que ahora nos ocupa, comienza su fundamentación jurídica, aunque no pueda compararse el resultado, con el recurso al art. 20 ET que consagra, con ciertas limitaciones, como no puede ser de otra manera, el poder de dirección del empresario, artículo donde se fundamenta la libertad, también condicionada, de decisión empresarial. Para añadir, así como el principio que anima a toda empresa que es el resultado de optimizar los resultados que, redundarán en el bonúm. commune, incluidos los trabajadores.

<sup>20</sup> GARCÍA ORTEGA, J.: «Los servicios de prevención ajenos», en *Revista Alcor de mgo*, núm. 4, 2005, pg. 51.

los trabajadores que, en este caso, como en la mayoría de los previstos, se limita a un mero trámite de consulta en los términos contenidos en el art. 33 LPRL; aspecto del que nos ocuparemos con más detalle *infra*.

En el diseño legal de la figura, el criterio que determina la necesidad de acudir a los servicios de prevención es la insuficiencia de la designación de trabajadores<sup>21</sup>, por tanto, no se establecen supuestos concretos en que el recurso a los mismos deviene obligatorio, aspecto que se detalla en el RSP. La referencia al término «insuficiencia» de la designación debe venir entendida, en una interpretación conjunta del precepto con el resto de la regulación sobre los servicios, no tanto a la numérica o cuantitativa como a la insuficiencia de esta modalidad inespecífica de designación basada en la consideración de que, sobre la base del tamaño de la empresa, riesgos y complejidad de las actividades preventivas, es preciso recurrir a una modalidad mucho más estructurada. En este sentido, como se ha señalado, aunque teóricamente podría superarse la insuficiencia mediante la adscripción sucesiva de nuevos trabajadores designados, no es ésta la idea del legislador pues existen diferencias sustanciales entre uno y otro sistema, principalmente la existencia de una organización, la dedicación exclusiva de sus integrantes y la mayor especialización que caracterizan al servicio de prevención propio<sup>22</sup>.

Sentado lo anterior, si acudimos al texto del RSP<sup>23</sup>, podemos observar que en relación al servicio interno no deja en manos del empresario la valoración de la insuficiencia del sistema sino que objetiviza y define determinados supuestos en los que se presume (*iuris et de iure*) que resulta necesaria la constitución del servicio de prevención propio, en función del tamaño y el riesgo. O lo que es lo mismo, hallándonos ante uno de los supuestos especificados en la norma (art. 14 RSP) no resulta factible eximirse de la obligación de constituir el servicio demostrando la suficiencia de la designación de trabajadores. No obstante, no existe unanimidad en la doctrina acerca de la idoneidad de esta opción reglamentaria. De esta forma, no faltan autores que la ponen en tela de juicio en la medida en que parece apartarse de los dictados de la Directiva Marco y de la propia LPRL que dejan un amplio margen de libertad al empresario para elegir la modalidad más adecuada a sus necesidades preventivas y que, además, como regla general (art. 7 DM), parte de la obligatoriedad de designar a uno o más trabajadores y, en el

<sup>21</sup> Según el art. 31.1 LPRL «si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o de la peligrosidad de las actividades desarrolladas con el alcance que se establece que se establezcan a que se refiere la letra e) del apartado 1 del artículo de la presente Ley, el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos, que colaborarán cuando sea necesario».

<sup>22</sup> DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de prevención de riesgos...*, op. cit., pg. 88.

<sup>23</sup> No puede perderse de vista que la doctrina no ha dudado en afirmar que el RSP, con carácter general, ha contado con un extremado margen de decisión reguladora, rayana en muchas ocasiones en la deslegalización, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: «Servicios de Prevención», op. cit., pg. 320.

casos de que éstos no sean suficientes, acudir a un servicio de prevención externo<sup>24</sup>. Por el contrario, en una posición, a nuestro juicio, más acertada, se ha sostenido que el sistema se adecua perfectamente a la norma comunitaria, cuya máxima preocupación es priorizar los sistemas internos sobre los externos, sin concretar cuáles pueden ser las formas de expresión de cada uno de ellos<sup>25</sup>.

Téngase en cuenta que, a la vista de lo anterior, no puede sino rechazarse la argumentación contenida en la SAN 12 julio 2004<sup>26</sup> que, sin descender al texto reglamentario, considera que la interpretación del art. 30.1 LPRL arroja luz sobre el problema planteado. El Alto Tribunal centra su atención en la conjunción disyuntiva «o» presente en el precepto, que denota diferencia, separación o alternativa entre dos personas o cosas. De forma que, según la más ortodoxa interpretación lingüística del art. 30.1 LPR, en consonancia con la Real Academia Española de la Lengua, y las reglas hermenéutico-jurídicas del artículo 3.1 del Código Civil, la empresa Repsol debe constituir un servicio de prevención o, en su lugar, concertarlo con una entidad especializada. Interpretación de la Audiencia en términos de alternativa plena y libre del empresario entre externalizar o constituir el servicio que ni concuerda con la opción llevada a cabo por el RSP, habilitado para ello expresamente en el art. 6 de la norma legal, que concreta los supuestos en los que es obligatorio constituir el servicio ni es acorde con la Directiva Marco ni con la interpretación realizada por el TJCE.

### **3. LAS REGLAS ESPECÍFICAS SOBRE CONSTITUCIÓN DEL SERVICIO DE PREVENCIÓN: EN ESPECIAL, SOBRE LA REGLA DE MÍNIMOS DE LAS DOS DISCIPLINAS PREVENTIVAS**

Una vez que se ha comentado en el epígrafe anterior *in extenso* la opción reglamentaria y su adecuación, hemos de entrar ya en concreto a analizar el caso enjuiciado en la STS 3 noviembre 2005, esto es, el relativo a empresas con más de 500 trabajadores. Para el RSP resulta preceptivo en este supuesto constituir un servicio propio, en base a un criterio puro del tamaño de la empresa, que se erige en el único determinante. Pese a la crítica de algún autor ligada a la conveniencia de usar este criterio únicamente en combinación con el de los riesgos, la mayoría de la doctrina estima que ante empresa de tal magnitud se dan otra serie de circunstancias que hacen precisa una

<sup>24</sup> MORENO MÁRQUEZ, A.: *Los Servicios de Prevención*, op. cit., pg. 28.

<sup>25</sup> LUQUE PARRA, M.: *La organización de la prevención...*, op. cit., pg. 47. En este sentido, para LÓPEZ TERRADA, E.: «Los servicios de prevención propios», *Revista Alcor de mgo*, núm. 4, 2005, pg. 73, y en atención a la expresa invocación al Reglamento contenida en el art. 6 LPRL, «es lógico que la flexibilidad organizativa quiebre y se ponga de forma obligatoria la constitución del servicio de prevención propio, en cuanto sistema de organización más complejo y cualificado, cuando concurren alguno de los supuestos enumerados en el art. 14 RSP».

<sup>26</sup> (JUR 2004, 315502).

organización de este tipo<sup>27</sup>. Aspecto ratificado, asimismo, por el TS en su Sentencia de 24 de abril de 2001<sup>28</sup>, donde de forma acertada entendió que el art. 30.1 LPRL «parece consagrar un derecho de opción a favor del empresario, pero una lectura atenta del propio art. 30.5 y 6 de la Ley lleva a la conclusión de que no se trata de conceder derecho de opción alguno y sí de enumerar dos formas distintas de cumplir la obligación de ofrecer a los trabajadores un servicio de prevención de riesgos profesionales, que puede ser determinada reglamentariamente». Para seguir afirmando que «Si el art. 30 de la Ley en su integridad evidencia que son tres las formas de otorgar el servicio, y que la más rudimentaria, asumirlo el propio empresario, se condiciona a un primer requisito de ser una empresa de muy pocos trabajadores, parece coherente entender que reglamentariamente pueda determinarse cuando procede una u otra de las formas que menciona el art. 30.1 de la Ley en función de la magnitud de la empresa. Que es justamente lo que lleva a cabo el art. 14 del Reglamento. Esta interpretación es acorde con lo dispuesto en el art. 7 Directiva 89/391/CCE del Consejo de 12 de junio 1989...». Destacando, por último que, conforme al art. 6 LPRL, es la propia Ley la que encomienda al desarrollo reglamentario las modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención, que es justamente lo que en parte realiza el art. 14 del Reglamento al exigir que el empresario constituya un servicio propio cuando, entre otras cosas, se trate de empresa que cuenta con más de 500 trabajadores.

Pues bien, sentado y aclarado lo anterior, y entrando ya en la caracterización básica del servicio de prevención propio, una de sus notas más destacables, junto a la organización, la estabilidad, la especialización y la exclusividad<sup>29</sup>, es la interdisciplinariedad. Según establece el art. 31.4 LPRL<sup>30</sup> el servicio se caracteriza por unir o agrupar coordinadamente dos o más disciplinas técnicas o científicas en materia de prevención de riesgos laborales. Disciplinas enumeradas en el art. 34 RSP que se refiere a la medicina en el trabajo, la seguridad en el trabajo, la higiene industrial y la ergonomía y psicología.

<sup>27</sup> Por todos, vid. LÓPEZ TERRADA, E.: «Los servicios de prevención propios», op. cit., pg. 74.

<sup>28</sup> (RJ 2001, 5119).

<sup>29</sup> La imposición de la dedicación exclusiva a los integrantes del servicio por parte del RSP cuando la LPRL únicamente hablaba de dedicación «suficiente y adecuada» ha sido puesta en tela de juicio por algún autor que considera que podría dudarse incluso de la legalidad de la opción reglamentaria y que puede ser considerada una invasión no autorizada por la Ley formal en el ámbito de libertad del empresario, con desprecio al derecho de organización que tiene atribuido, vid. DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de prevención de riesgos...*, op. cit., pg. 107.

<sup>30</sup> «El servicio de prevención tendrá carácter interdisciplinario, debiendo sus medios ser apropiados para cumplir sus funciones. Para ello, la formación, especialidad, capacitación, dedicación y número de componentes de estos servicios, así como sus recursos técnicos, deberán ser suficientes y adecuados a las actividades preventivas a desarrollar, en función de las siguientes circunstancias: a) Tamaño de la empresa; b) Tipos de riesgo a los que puedan encontrarse expuestos los trabajadores; c) Distribución de riesgos en la empresa».

gía aplicada. Con el objetivo de dar satisfacción a esa anunciada interdisciplinaria se impone al servicio de prevención propio la necesidad de contar, como mínimo, con dos de tales disciplinas preventivas (*ex art. 15.2 RSP*).

Una vez asumida esta opción reglamentaria<sup>31</sup>, sin perjuicio de las críticas que pudiera suscitar, se plantea la cuestión subsiguiente de a qué modalidad organizativa debe acudir el empresario para cubrir las carencias de ese servicio propio. Partiendo del tenor literal de los artículos 15.4 y 16.1 RSP<sup>32</sup>, la opción parece quedar reducida al concierto con un servicio externo<sup>33</sup>. La lectura coordinada de los preceptos reglamentarios enunciados arrojan una conclusión meridianamente clara y es la relativa a que la constitución del servicio con dos disciplinas (mínimo reglamentario) y la externalización de las restantes actividades no asumidas queda sujeta a la simple voluntad del empresario<sup>34</sup>, sin necesidad de justificar su opción. En este sentido, resulta patente que se estaría respetado la constitución preceptiva del servicio, si bien limitándolo en cuanto a sus medios humanos y materiales, dejándolo reducido al mínimo admitido por el texto legal.

Qué duda cabe que es una lástima que ninguno de los pronunciamientos judiciales entre en este asunto, de forma que la cuestión no queda bien planteada pues ya no nos movemos en el terreno propio de la decisión empresarial por la modalidad de constitución (servicio propio o externo), sino en el más concreto de la organización del servicio y de los recursos mínimos con los que debe contar. Resulta patente que el TS se queda en el primer escalón, en el de la modalidad preventiva y viene a sostener que «el art. 30 de la LPRL lo que hace es enumerar las posibilidades genéricas que cualquier empresa tiene en relación con los obligatorios servicios de prevención, habiendo delegado en el Reglamento la regulación de los supuestos en que algunas empresas deberán tener necesariamente un servicio de prevención propio en atención a determinadas características de las mismas...y la empresa ahora demandada se halla entre las de este grupo, puesto que no sólo tiene más de este número de trabajadores sino que su actividad es de las incluidas en el Anexo I, razón por la cual viene obligada por imperativo

<sup>31</sup> La asume como natural la STSJ Cantabria 23 noviembre 2004 (AS 2004, 3249), puesto que hace referencia a que el servicio (propio mancomunado) «en concreto debía disponer de personal para realizar las funciones de nivel básico e intermedio, asumiendo como mínimo dos especialidades y posibilitando que los que no lo fueran pudieran asumirse a través de uno o más servicios de prevención ajenos».

<sup>32</sup> El primero hace referencia a que «Las actividades preventivas que no sean asumidas a través del servicio de prevención propio deberán ser concertadas con uno o más servicios de prevención ajenos» y el segundo a que «el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención ajenos... cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:.... c) que se haya producido la asunción parcial de la actividad preventiva en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 15».

<sup>33</sup> No obstante, algunos autores admiten la coexistencia con trabajadores designados, entre otros, PURCALLA BONILLA, M. A.: «Los servicios de prevención...», op. cit., pg. 1685.

<sup>34</sup> GONZÁLEZ LABRADA, M.: «Las modificaciones del marco...», op. cit., pg. 32.

reglamentario a tener un servicio propio, sin opción». La afirmación del Alto Tribunal es palmaria y no puede recibir tacha alguna, ahora bien, olvida la sentencia hacer referencia a las reglas concretas sobre constitución del servicio y sus exigencias de medios materiales y humanos en donde se hace expresa referencia a que el servicio ha de contar, como mínimo, con dos de las especialidades o disciplinas preventivas, exigencia que en este caso se respetaría. Puesto que la empresa no pretende externalizar toda la actividad preventiva, sino exclusivamente, en uso de sus legítimos poderes, decidir con qué recursos propios desenvuelve el servicio y, aplicando los preceptos citados, concertar dos de las disciplinas preventivas (medicina y ergonomía, como expresamente se refleja en la sentencia) con un servicio externo.

Sin lugar a dudas son muchas las interrogantes que despierta esta opción reglamentaria, y en la que se hubiera agradecido la mediación del Alto Tribunal. La principal incógnita hace referencia a dónde hallamos el límite para la legitimidad de la decisión empresarial de constituir el servicio con dos disciplinas y externalizar las otras dos. Ahora bien, con la solución normativa en la mano nos movemos en un terreno notablemente inseguro puesto que por la vía de los hechos se podría llegar a vaciar de contenido la opción reglamentaria de obligatoriedad de servicio de prevención propio. Es patente que no puede admitirse este camino, puesto que nos hallaríamos ante conductas que bien pueden tildarse de fraudulentas y abusivas<sup>35</sup>. Pero también es verdad que los límites para considerar la legitimidad de la opción vienen establecidos, en buena medida, a base de conceptos jurídicos indeterminados.

El primer límite viene representado por la necesidad de contar con dos de las disciplinas preventivas. Se ha planteado la duda de si es necesario la presencia de dos expertos o si es suficiente con uno que cubra ambas especialidades. Aunque algunos autores defienden esta segunda posibilidad, que ciertamente tiene cabida en el tenor literal de la norma<sup>36</sup>, nos inclinamos a pensar que resulta necesaria la presencia de dos expertos como mínimo<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> En la misma línea se mueve LUQUE PARRA, M.: «El servicio de prevención ajeno...», op. cit., pg. 86, para quien una empresa que dota al servicio de prevención de los medios humanos y materiales mínimos con la finalidad de desarrollar una actividad preventiva meramente testimonial, concertando el resto de la actividad preventiva –su casi totalidad– con un servicio externo incurriría en un claro abuso de derecho. Apuesta por una interpretación restrictiva del supuesto que le lleva a entender que «sólo excepcionalmente podrá completarse y no sustituirse la actividad de aquel servicio por la de un servicio de prevención ajeno».

<sup>36</sup> Vid. DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de prevención de riesgos...*, op. cit., pg. 104; LÓPEZ TERRADA, «Los servicios de prevención propios», op. cit., pg. 83; LUQUE PARRA, M.: *La organización de la prevención...*, op. cit., pg. 85; PURCALLA BONILLA, M. A.: «Los servicios de prevención...», op. cit., pg. 1685.

<sup>37</sup> No ignoramos, desde luego, que el RSP en relación a los SP ajenos en su art. 18 usa una redacción mucho más acertada y sin género de dudas al señalar que debe contar con «personal que cuente con la cualificación necesaria para el desempeño de las funciones de nivel superior... en número no inferior a un experto por cada una de las especiali-

En apoyo de dicha interpretación puede traerse a colación el uso constante del plural de que hace gala el precepto que se refiere a «expertos» y, a mayor abundamiento, la alusión a que dichos expertos actuarán de forma coordinada, en particular en relación con las funciones relativas al diseño preventivo de los puestos de trabajo, la identificación y evaluación de los riesgos, los planes de prevención y los planes de formación de los trabajadores. Tampoco debe olvidarse, en último extremo, que el modelo legal de organización preventiva trata de huir de un cumplimiento formal de la norma, de manera que será el empresario, a la vista del supuesto concreto y de la actividad preventiva a desempeñar, quien habrá de determinar la suficiencia o no de los medios humanos dedicados a la prevención. Y, como se ha dicho, «resulta muy difícil –imposible– pensar en una unidad organizativa específica y adecuada en la que sólo haya un profesional o preventivo»<sup>38</sup>. Junto a los especialistas de nivel superior, el propio RSP exige que cuente «con el personal necesario que tenga la capacitación requerida para desarrollar las funciones de los niveles básico e intermedio...» (art. 15.2 RSP).

El siguiente límite de esta legítima opción empresarial (constituir el servicio con dos disciplinas) vendría de la mano de la «suficiencia» de la organización preventiva, regla que, como es bien sabido, cruza transversalmente toda la regulación legal de los servicios. No obstante, la suficiencia parece quedar circunscrita exclusivamente a los medios humanos y materiales internos<sup>39</sup>, como se deriva de una lectura coordinada de los arts. 31.4 LPRL y 15.1 RSP<sup>40</sup>. En esta conclusión que parece derivarse del texto legal vemos un reflejo de la confianza ciega que se pone en el servicio externo que parece goza de la presunción de la suficiencia, eficacia e idoneidad. Sin embargo, quizás lo conveniente sería hacer, además, otra valoración omnicomprendiva de si, el sistema mixto instaurado, en su conjunto, es suficiente. Este requisito legal viene a identificarse, a grandes rasgos, aparte de con la suficiencia numérica de los encargados de la prevención, con que tengan capacidad y dispongan de recursos necesarios a fin de garantizar la eficacia de las funciones que tienen asignadas<sup>41</sup>.

A la suficiencia, plasmada en la LPRL se añaden otros parámetros legales como el ser «apropiados» o «adecuados» a las actividades preventivas a desa-

dades o disciplinas preventivas...». Pero ello nos parece no es óbice para sostener la postura enunciada en el texto.

<sup>38</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: «Servicios de Prevención», op. cit., pg. 338. A la necesidad de dos técnicos se refiere también GARRIGUES GIMÉNEZ, A., en AA VV (Dir. GARCÍA NINET, J.): *Manual de Prevención de Riesgos Laborales (Seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo)*, 2ª edición, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2005, pg. 348.

<sup>39</sup> DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de prevención de riesgos...*, op. cit., pg. 108.

<sup>40</sup> «Los servicios de prevención propios habrán de contar con las instalaciones y los medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas que vayan a desarrollar en la empresa».

<sup>41</sup> En un sentido similar, BLASCO MAYOR, A.: «La externalización de las actividades...», op. cit., pg. 77.

rollar en función de los ya tradicionales criterios del tamaño de la empresa, tipos de riesgos a los que puedan encontrarse expuestos los trabajadores y distribución de los riesgos en la empresa. A ello seguramente hay que añadir la eficacia del servicio desde un punto de vista preventivo y su ajuste a las necesidades preventivas, en especial desde una perspectiva geográfica, dependiendo de la concreta ubicación del servicio, puesto que no se debe olvidar que el número de trabajadores que determinan la constitución viene referido a la empresa y no a cada centro de trabajo.

Téngase en cuenta que esta opción reglamentaria, aunque seguramente contraria a los dictados comunitarios, en tanto no hace depender la opción empresarial de criterio objetivo alguno (insuficiencia de medios, imposibilidad técnica o razonable inexigibilidad de dotarse de las cuatro disciplinas preventivas, excesivo coste en relación a la actividad productiva, listado de actividades poco peligrosas u otras análogas) y sí se le permite con total libertad externalizar todo aquello que no asuma como propio, debe ser objeto de una reinterpretación que limite la posibilidad de constituir un servicio interno de mínimos, al margen de su suficiencia, y a externalizar la parte cuantitativa y cualitativamente más importante del servicio. Qué duda cabe que el TS ha desaprovechado la oportunidad de hacer una exégesis de esta norma coherente con los dictados comunitarios y que, en cierto modo, frenara la tendencia expansiva de la externalización. Lejos de limitarse, como ha hecho, a decir que la pretensión de Repsol exteriorizar es contraria a derecho. La norma reglamentaria ciertamente existe y mientras no sea anulada debe ser aplicada, a mayor abundamiento cuando la genérica opción legal no parece priorizar claramente ningún sistema.

En definitiva, nos parece que la opción formal del reglamento consistente en determinar supuestos en que es preceptivo el servicio de prevención propio no puede recibir tacha alguna, pero sí quizás decisiones complementarias como esta regla de las dos disciplinas completada con una «necesaria» externalización o la libertad empresarial en el supuesto de servicio de prevención propio por decisión de la autoridad laboral de optar (sin sujeción a causa alguna) por un servicio de prevención externo, donde queda patente la laxitud con que se admite el recurso a la externalización de los recursos. Qué duda cabe que estos aspectos deberían ser objeto de una profunda revisión en la proyectada reforma del RSP<sup>42</sup>, y ello de forma acu-

<sup>42</sup> No obstante, en el texto manejado (3ª versión del Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, 11 de noviembre de 2005) nada se contempla en relación a este aspecto. El único tema relacionado con el supuesto que nos ocupa radica en la regulación específica de la llamada auditoría parcial para los sistemas mixtos de seguridad. Aunque ya se había alcanzado la conclusión de que en aquellos supuestos donde parte de la actividad se lleva a cabo con medios y recursos propios y parte se externaliza hay que auditar lo asumido internamente, el proyecto viene a ratificar esta idea. De esta forma, en el artículo cuatro se introduce un art. 31 bis dedicado a esta cuestión, haciendo hincapié en la necesidad de garantizar en estos supuestos la integración de la prevención en la empresa y el deber de la auditoría de analizar, en particular, el modo en que están coordinados los recursos propios y los ajenos.

ciente si tenemos en cuenta la doctrina sentada por el TJCE en este sentido<sup>43</sup>. En la misma línea, también resulta de interés el establecimiento de sistemas de control de la calidad de las entidades externas que operan en el mercado de la prevención, aspecto que se halla entre las «prioridades» del Gobierno dentro de su política de mejora de la seguridad y salud en el trabajo<sup>44</sup>, pero siempre teniendo en cuenta que deberíamos limitar el exceso que ya se ha producido en el recurso a entidades externas en materia de prevención de riesgos laborales.

Sentado todo lo anterior, puede entenderse que desde la perspectiva de la adecuación de la decisión empresarial a la norma legal y reglamentaria, ésta es perfectamente ajustada a Derecho, ahora bien, se hace preciso un análisis de detalle centrado en la normativa convencional aplicable al supuesto concreto, aspecto que se presenta bastante confuso en el pronunciamiento judicial y a lo que dedicaremos el siguiente epígrafe.

#### **4. DERECHOS DE CONSULTA Y PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ORGANIZACIÓN PREVENTIVA**

##### **4.1. Sobre el alcance del derecho de consulta de los representantes de los trabajadores**

Entre las competencias de consulta de los representantes de los trabajadores

<sup>43</sup> Téngase en cuenta que la doctrina no ha dudado en señalar que la interpretación de distintos artículos del RSP arroja que la designación de trabajadores no es la modalidad preferente, sino excepcional, y con ello se evidencia que el RSP es contra legem –y por tanto, debería ser declarado nulo–, violentando además el texto de la Directiva Marco, vid. MARTÍNEZ FONS, D.: «La Sentencia del Tribunal...», op. cit., pg. 4, quien sigue en este punto a LUQUE PARRA. Para LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, M. P.: «La jurisprudencia del Tribunal...», op. cit., LN-8 «parece claro que las previsiones del artículo 15 del Real Decreto que regula los servicios de prevención y de todos sus concordantes son contrarias al Derecho comunitario por cuanto no cabe, en ningún caso, un derecho de opción para el empresario, sino una obligación en una determinada situación. Sólo la insuficiencia de los propios recursos legítima la intervención de servicios de prevención ajenos».

<sup>44</sup> Así se desprende claramente del Plan de actuación para la mejora de la Seguridad y Salud en el Trabajo y la reducción de los accidentes laborales (22 de abril de 2005), que hace referencia a «dotar de mayor transparencia y calidad a los servicios preventivos que contratan las empresas» (pg. 3), asimismo sitúa a la calidad de la prevención, en cierto modo, como la apuesta principal de la propia estrategia (española de seguridad y salud, pendiente de aprobación), para afirmar que «Tal calidad ha de ser la de todo el sistema preventivo aunque se debería poner un especial énfasis en la del mercado de la prevención (servicios de prevención, auditorías, entidades formativas)» (p. 15). El texto puede consultarse en [www.tt.mtas.es/periodico/laboral/200504](http://www.tt.mtas.es/periodico/laboral/200504). Una primera fase en este camino, al menos hacia la transparencia, puede verse representada en la reforma de las mutuas como servicios de prevención externos; sobre la misma, por todos, vid. MOLINA NAVARRETE, C.: «La salud laboral como mercado y las nuevas sociedades mercantiles de prevención. Comentario del RD 688/2005, de 10 de junio, regulador del régimen de funcionamiento de las MATEPSS como SPA», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF), núm. 271/2005, pgs. 149 y ss.

se sitúa, en concreto, la relativa a «la organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa», a lo que se añade «incluida la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo» [art. 33.1 b) LPRL]. Aunque bien es verdad que el RSP de forma más específica en su art. 16 parece circunscribirla, exclusivamente, al supuesto en que el empresario opta por contratar con un servicio ajeno. No obstante la redacción literal del precepto reglamentario, la doctrina no ha dudado a la hora de proponer, pese a su defectuoso tenor, una interpretación teleológica del mismo que lleva a pensar que pretende que «los representantes de los trabajadores tengan conocimiento previo del propósito concreto del empresario o de su idea acerca de cómo organizar la prevención en la empresa; de manera que puedan tener la posibilidad de emitir su opinión e intentar influir en la decisión finalmente adoptada»<sup>45</sup>. A mayor abundamiento y, aunque ha quedado patente que en la mayoría de los casos si hablamos de servicio de prevención propio su constitución responderá a la imposición normativa y, por tanto, la opción viene directamente del legislador, la consulta debe ir encaminada a otros aspectos de vital interés para el servicio tales como su composición, especialidades, distribución territorial, número de componentes, formación, medios personales y materiales y otros análogos<sup>46</sup>.

Pues bien, aunque estas interpretaciones nos llevan a sostener la necesidad de cursar la consulta en relación a cualquier decisión centrada en la organización preventiva, no debe perderse de vista que, en ningún caso tiene carácter vinculante. Esto es, pese a que la doctrina mayoritariamente se inclina por considerar que la opinión de los representantes, emitida con la debida antelación, habría de tener la virtualidad de influir en la decisión empresarial, integrándose en la propia dinámica decisoria, no puede imponerse a la voluntad final del empresario que, dentro de los márgenes de flexibilidad que las normas le permiten, decidirá finalmente cuál es el modelo organizativo a implantar en la empresa<sup>47</sup>. Este mismo carácter meramente consultivo

<sup>45</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención...», op. cit., pgs. 41-42. Ya habíamos afirmado la necesidad de la consulta en todos los supuestos, IGARTUA MIRÓ, M. T.: *Compendio de Prevención de Riesgos Laborales*, Laborum, Murcia, 2004, pg. 201. También en relación al texto de la LPRL se ha considerado que la consulta afecta a cualquier modalidad preventiva y se extiende a otros aspectos como el concreto servicio, suficiencia del personal, los medios, etc., vid. MORENO VIDA, M. N. y ÁLVAREZ MORENO, A.: «Consulta y participación de trabajadores» (Capítulo V) en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N.): *Comentarios a la Ley de Prevención...*, op. cit., pg. 371. En general, sobre las competencias de consulta de los delegados de prevención puede verse RODRIGUEZ RAMOS, M. J.: *Manual del Delegado de Prevención*, Tecnos, Madrid, 2002, pgs. 147 y ss.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención...», op. cit., pgs. 41-42.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención...», op. cit., pg. 43. Como afirman MORENO VIDA, M. N. y ÁLVAREZ MORENO, A.: «Consulta y participación de trabajadores», op. cit., pg. 366 «la consulta deja intacto el poder de decisión del empresario». También MELLA MÉNDEZ, L.: «Los delegados de prevención: algunos puntos críticos», *Aranzadi Social*, núm. 6, 2003, pgs. 83-84, se inclina por el rechazo del carácter vinculante

ostenta el comité de seguridad y salud, al menos en su configuración legal ex art. 38 LPRL, de forma que no se exige acuerdo previo entre la empresa y los representantes de los trabajadores para la puesta en práctica de las actuaciones de prevención<sup>48</sup>. Si bien, obviamente, mientras que allí estamos básicamente ante un acto que se ventila en la emisión de un informe, por mucho que la doctrina considere que la consulta va más allá e incluye un proceso de intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo con los representantes de los trabajadores<sup>49</sup>, con el comité sí que asistimos a la constitución de un órgano dedicado a la consulta de manera regular y periódica, por tanto con una especial vocación de órgano permanente para el debate y la puesta en común de la problemática relativa a la seguridad y salud de los trabajadores.

Este papel asignado a los representantes se ha considerado escaso, afirmación fácil de compartir, a lo que se ha añadido «que no hay incoherencia en ello al situarnos ante un deber contractual (por tanto privado) de cuyo cumplimiento es responsable el empresario»<sup>50</sup>. Esta última idea seguramente podría recibir mayores objeciones dada la importancia de la participación en materia preventiva y la sentida necesidad, para seguir avanzando en la implantación de sistemas de seguridad eficaces y en la integración preventiva, de implicar cada vez más a los trabajadores en esta compleja problemática. De esta forma, y excluida prácticamente la intervención en calidad de veto de los trabajadores, puede afirmarse sin reparos que las limitaciones a la organización de la actividad preventiva que afectan de lleno, sin duda, a los poderes empresariales<sup>51</sup> vienen de la mano de la norma legal y, en especial, de los requisitos y exigencias mínimas contenidos en la norma reglamentaria. Sin duda, también podrían venir, aspecto al que haremos referencia a continuación, de la mano de la negociación colectiva. Estas limitaciones son admitidas sin ambages por la doctrina, que en términos ya tradicionales, viene a sostener que cualquier posible contraposición entre la vida o la integridad física del trabajador y la libertad organizativa del empresario, sus poderes empresariales e, incluso, su libertad de empresa reconocida constitucionalmente, ha de resolverse siempre a favor de aquellos bienes del trabajador<sup>52</sup>.

del informe emitido por los representantes, aunque considera probable que, en la mayoría de las ocasiones, los empresarios tengan en cuenta la opinión de los delegados –sobre todo, si es razonada y coherente– dado que son el órgano especializado en la materia.

<sup>48</sup> Entre otros, MONTEBLANCO MONTESINOS, S.: «Las competencias y facultades del Comité de Seguridad y Salud», *Actualidad Laboral*, 2002-3, pg. 836.

<sup>49</sup> MORENO VIDA, M. N. y ÁLVAREZ MORENO, A.: «Consulta y participación de trabajadores», op. cit., pg. 367.

<sup>50</sup> GARCÍA ORTEGA, J.: «Los servicios de prevención ajenos», op. cit., pg. 51.

<sup>51</sup> Téngase en cuenta que, como ya señalara en su día la doctrina «todas las materias objeto de la llamada legislación social o tuitiva pueden contemplarse como límites a la libertad, es decir, al poder de que, conforme al derecho común, disponía el empresario para determinar las condiciones en que los trabajadores prestaban su trabajo», DIEGUEZ CUERVO, G.: «Poder empresarial: fundamento, contenido y límites», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 27, 1986, 331.

<sup>52</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención...», op. cit., pg. 21.

#### 4.2. El papel de la negociación colectiva en la organización preventiva

La primera precisión en relación con el papel de la negociación colectiva en esta materia, pese a su obviedad, es la relativa a que las modalidades previstas en la LPRL son tasadas, lo que elimina la posibilidad de que introduzca otras nuevas<sup>53</sup>, no obstante, es bastante amplio su margen de actuación en otras cuestiones que en el texto legal y en el RSP, pese a sus soluciones de detalle, dejan un amplio margen de decisión al empresario.

De este modo, en primer lugar, los negociadores sí pueden desarrollar un rol importante en relación con la modificación de los requisitos que obligan a acudir a un determinado sistema, ejemplificativamente, restringir la posibilidad de asumir personalmente la actividad, obligar a la constitución de un servicio propio justificada por razones de tamaño o de peligrosidad aunque no figure en los supuestos previstos reglamentariamente<sup>54</sup> y otros análogos. De esta forma, y como ya se ha puesto de manifiesto por la doctrina laboral, qué duda cabe que al convenio le es dable «regular de forma más estricta que en el RSP los supuestos en que cabe recurrir a cada modalidad de servicio preventivo, por la vía de incidir sobre el ámbito de libertad que la LPRL confiere al empresario, estableciendo cláusulas que obliguen a acudir a una modalidad que se considera más protectora»<sup>55</sup>.

En segundo lugar, también resulta interesante y necesaria la debida especificación, dentro de cada uno de los tipos de organización preventiva, de los medios materiales y humanos que resultan ser los «necesarios» en un concreto ámbito productivo o empresa. En esta línea, la propia DA 7ª del RSP remite a la negociación colectiva<sup>56</sup> la fijación de detalle de

<sup>53</sup> En esto existe bastante unanimidad doctrinal, entre otros, GARCÍA ORTEGA, J.: «Los servicios de prevención ajenos», op. cit., pg. 52; MOLINA NAVARRETE, C.: «Servicios de prevención», op. cit., pg. 319.

<sup>54</sup> No obstante, según un estudio de campo realizado por la doctrina una mínima parte de los convenios colectivos establecen como obligatoria la constitución de servicios de prevención propios, aunque ponen de relieve las dificultades existentes para interpretar los datos estadísticos, vid. BENAVIDES, F. G., DEL REY, S., LUQUE, M. y MONTAGUT, R.: «Análisis de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva española», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, 2002, pg. 349. La doctrina asume como natural que la implantación de esta modalidad de organización preventiva pueda provenir de la negociación colectiva, LÓPEZ TERRADA, E.: «Los servicios de prevención propios», op. cit., pg. 74.

<sup>55</sup> GARCÍA ORTEGA, J.: «Los servicios de prevención ajenos», op. cit., pg. 53.

<sup>56</sup> Sobre la especial idoneidad de esta materia concreta para la intervención de la autonomía colectiva, no tanto como norma de mejora sino como norma complementaria o de adaptación a las particularidades de cada organización empresarial, entre otros, MOLINA NAVARRETE, C.: «Servicios de prevención», op. cit., pg. 317, aunque en la práctica el alcance sea todavía limitado. En este sentido, también se ha señalado que «la negociación colectiva se presenta así como el medio idóneo de elección, ya que aunque en principio es el empresario el que está legitimado para decidir, la consulta a los representantes de los trabajadores se hace en algunas ocasiones obligatoria y de ahí la importancia de la negociación colectiva, vid. BLASCO BONILLA, J.: «El desarrollo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales por Convenio Colectivo», en AA VV: *La nueva función de la Negociación*

critérios<sup>37</sup> para la determinación...del tiempo y los medios personales y materiales con que deben contar los servicios de prevención propios en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y de su distribución en la misma, partiendo, obviamente, de los mínimos reglamentarios.

Para terminar, qué duda cabe, se podrían establecer normas convencionales en relación con los derechos de información y consulta de los representantes. A mayor abundamiento, establecer, en lo que aquí interesa, procedimientos de consulta más intensos y eficaces, más permanentes e incisivos hasta incluso configurarlos como verdaderos derechos de vetos de opciones organizativas y de ofertas de contratación externa, de entidades especializadas dispensadoras del servicio, imponiendo una verdadera codecisión en este tema<sup>38</sup>.

En los supuestos concretos de constitución de un servicio de prevención propio, aunque ésta normalmente tendrá lugar por imposición reglamentaria, resultaría más que conveniente la determinación desde el propio texto del convenio de aspectos tales como el número de sujetos que han de integrarlo, las disciplinas preventivas que van a gestionarse directamente por el servicio, así como la especialización de cada uno de los miembros del servicio<sup>39</sup>. Se podrían, incluso, establecer reglas más exigentes en cuanto a los mínimos que deben cubrirse con medios internos o fijar límites a la externalización «indiscriminada» de disciplinas preventivas.

No obstante todas estas posibilidades abiertas a los agentes sociales en relación con la organización preventiva en la empresa, la práctica aplicativa sigue demostrando que, al igual que con carácter general los resultados arrojados por la negociación en el ámbito preventivo son todavía cuando

*Colectiva y los Acuerdos Interconfederales sobre el empleo, X Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, MTAS, Madrid, 1998, pg. 133. Al amplio ámbito de actuación de la negociación colectiva en este campo se refiere MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «Obligaciones de seguridad y salud y negociación colectiva», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 53 (2005), pg. 132.

<sup>37</sup> Algún autor ha señalado esta referencia exclusiva a la fijación de criterios, considerando que aunque nada se opone a la concreción total de estos medios, parece que la Ley prefiere establecer únicamente criterios cuya aplicación temporal pueda fluctuar y adaptarse a la realidad, como corresponde a la actividad de prevención. Por otro lado, la negociación debe encontrar su límite en la exigencia legal de que el tiempo y los medios sean los suficientes, vid. DÍAZ MOLINER, R.: *Derecho de prevención de riesgos...*, op. cit., pg. 71.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención...», op. cit., pg. 43. En la misma dirección, MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: «El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales», *Aranzadi Social*, núm. 14, 2002, pg. 73. Vid. asimismo, LÓPEZ TERRADA, E.: «Los servicios de prevención propios», op. cit., pg. 84, para quien si bien en la mayoría de los supuestos, tratándose de servicios propios, la decisión del empresario no es tal, por venir la constitución del servicio obligatoriamente impuesta por la normativa aplicable, la obligación de consulta puede ayudar a definir el cómo específico de dicho servicio.

<sup>39</sup> Vid., en este mismo sentido, MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «Obligaciones de seguridad y salud...», op. cit., pg. 133.

menos decepcionantes<sup>60</sup>, su incidencia sobre esta faceta es bastante escasa. De esta forma, se ha constatado que la mayoría de los convenios colectivos se limitan a enumerar las distintas modalidades de organización preventiva recogidas en el RSP o a transcribir la obligación empresarial de prever las posibilidades en cuanto a la organización de la actividad preventiva<sup>61</sup>. Nada se contempla tampoco en relación con esta temática ni en el XXI Convenio Colectivo de la empresa Repsol butano ni en el III Acuerdo Marco de Repsol YPF<sup>62</sup>.

### 4.3. Derechos de consulta y acuerdo sobre programación anual de actividades en la STS de 3 de noviembre de 2005

Sin duda alguna, uno de los problemas principales planteados en la STS de 3 de noviembre de 2005, es el relativo al papel que, en este caso concreto, estaban llamados a cumplir los representantes de los trabajadores en relación con la decisión empresarial de externalizar dos disciplinas preventivas. Esto es, si ya hemos expuesto grosso modo cuál es el carácter de la consulta en el régimen legal, hay que averiguar si estamos ante un supuesto donde, vía algún instrumento convencional, el empresario ha cedido parte de su poder decisorio en aras a la participación de los representantes. Esto es, si efectivamente, en el caso enjuiciado, era precisa una decisión pactada que no se ha respetado. Y a ello vamos a dedicar las siguientes líneas, no sin antes poner de manifiesto que es difícil extraer ideas concluyentes de los datos del pronunciamiento judicial comentado en el que, en buena medida, se aprecia una confusión importante en la propia dinámica empresarial acerca de los derechos de consulta de los representantes, el papel de cada uno de los órganos específicos implicados y así sucesivamente.

En primer lugar, cabe señalar que de los hechos probados se desprende con claridad que se ha ventilado un trámite de consulta que la propia empresa

<sup>60</sup> Puede verse en este sentido el documento de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo «Incidencia de la prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva (enero-diciembre 2004)», donde se afirma que «frente a los textos estudiados que contienen un desarrollo más o menos adecuado de previsiones normativas en la materia que nos ocupa, se alza aún una exigua mayoría de textos que o no contienen o hacen una, a veces más que sucinta, referencia a la existencia de la normativa de prevención de riesgos laborales» (pgs. 15-16), no obstante, en pg. 14 califica de modélico el convenio de Repsol Butano. El texto consultado en [www.mtas.es/inshht/cnsst/neg-col.pdf](http://www.mtas.es/inshht/cnsst/neg-col.pdf). La doctrina ha puesto de manifiesto que no se está aprovechando en toda su amplitud la oportunidad que ofrece la negociación colectiva para adaptar la LPRL a la realidad laboral de cada empresa o sector de actividad económica, BENAVIDES, F. G., DEL REY, S., LUQUE, M. y MONTAGUT, R.: «Análisis de la prevención de riesgos laborales...», op. cit., pg. 352. También se hacen eco de los insatisfactorios resultados de la negociación, ya puestos de manifiesto por el Informe Durán, MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: «El futuro de la negociación colectiva...», op. cit., pg. 61.

<sup>61</sup> Vid. estas conclusiones en MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: «Obligaciones de seguridad y salud...», op. cit., pgs. 133-134.

<sup>62</sup> XXI Convenio Colectivo de la empresa «Repsol Butano, Sociedad Anónima» (BOE 12 de marzo de 2004); III Acuerdo Marco del Grupo Repsol YPF (BOE 7 mayo 2003).

en su comunicación justifica tanto en el art. 33 b) LPRL (referido, como es sabido, a los delegados de prevención y no al comité) como en el 73.5 b) del XX Convenio Colectivo de Repsol Butano. El día 18 de marzo de 2003 se da traslado de la información acerca de la posibilidad de concertar servicio de prevención en las materias de medicina en el trabajo y ergonomía para todos los centros de Repsol butano, excepto oficinas centrales, con fraternidad muprespa, facilitando el modelo de contrato<sup>63</sup> y se otorga a los miembros de la Comisión Coordinadora de Seguridad y Salud Laboral (en adelante, CCSSL) un plazo de 15 días desde la recepción para informar de cuantas alegaciones puedan tener a dicho posible cambio en la organización del servicio de prevención. El día 31 del mismo mes, reunida dicha Comisión, se aprobó el plan anual de prevención de 2003. A continuación fue estudiado el contrato, mostrando la parte social sus discrepancias, des- acuerdo que se repitió en una reunión posterior.

A nuestro juicio, uno de los principales aspectos criticables de la Sentencia del TS radica precisamente en no ahondar en profundidad en este concreto punto de la argumentación esgrimida por la parte laboral, en la medida en que es precisamente aquí donde radica la solución ajustada a este caso concreto. Habida cuenta que, como hemos dicho, la decisión empresarial está perfectamente amparada en el texto del RSP, el único obstáculo a la misma puede venir de la mano de esos supuestos derechos de los representantes de los trabajadores. Por tanto, la argumentación judicial debería haberse centrado en desentrañar, aspecto en absoluto sencillo, el alcance de la intervención reservada a los representantes en los instrumentos colectivos que resultaban de aplicación, las prerrogativas de la mencionada Comisión ante la que se plantea la cuestión de la externalización, el tipo de decisiones que requieren la mayoría absoluta y, en última instancia, el tipo y la eficacia del acuerdo ya aludido sobre la programación anual, dedicando cierto espacio a reflexionar más detenidamente sobre la posibilidad de modificación, incluso unilateral por el empresario.

Ya la SAN de 12 de julio de 2004 se hace eco de que la demanda pone también el acento en el hecho de que no se obtuvo mayoría absoluta en la CCSSL para aprobar la exteriorización de los dos servicios antedichos. Ahora bien, a juicio del Tribunal nos hallamos ante una exigencia sin soporte legal o convencional. Así viene a reconocer que aunque la LPRL concede un derecho de consulta a los representantes ex art. 33 b), estamos ante una competencia funcional de la empresa, que no es titularidad de los trabajadores...para afirmar que «No cabe, pues, la votación vinculante o la oposición expresa de los representantes de los trabajadores, sino solamente la consulta. Nos movemos en el terreno de las certidumbres semánticas y

<sup>63</sup> En este sentido, se ha sostenido que en cuanto al servicio de prevención externo si bien la consulta abarca la decisión en sí de acudir al servicio externo, no puede considerarse bien planteada si no viene acompañada de una información completa y minuciosa, esto es, con el total y el detalle de la oferta de servicios y los términos del contrato, vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «La organización de la prevención...», op. cit., pg. 42.

jurídicas, por lo que no se puede confundir la consulta con la votación vinculante». A mayor abundamiento, señala que el Reglamento de la CCSSL, pactado con los representantes de los trabajadores, en su cláusula relativa a las normas de funcionamiento, sólo contempla la mayoría absoluta de votos en dicha Comisión para, entre otros, la aprobación del programa anual de prevención. De esta forma, afirma que el programa estaba ya aprobado con fecha 31 de marzo de 2003 y luego fue estudiado el contrato de exteriorización ya considerado. Ambas son cuestiones distintas, ya que una planifica y la otra ejecuta no pudiendo confundir o mezclar una y otra.

En cambio, para el TS en el caso enjuiciado la intervención de la CCSSL en el establecimiento y aprobación del sistema de prevención es determinante para poder hablar de una adecuada implantación de la misma, en tanto que el Convenio Colectivo aplicable le atribuye, entre otras funciones, la «planificación de los programas anuales de prevención», lo que integra no sólo una función de colaboración sino de decisión que viene corroborada por lo previsto en el propio Reglamento regulador del funcionamiento de dicha Comisión al establecer en su punto 4.5 la necesidad de que «se tomarán por mayoría absoluta de los miembros de la comisión» los acuerdos que entre otras cosas consistan en la «aprobación del programa anual de prevención». En el presente supuesto se la circunstancia de que en el seno de la CCSSL se aprobó el Plan de Prevención para el año 2003 propuesto por la empresa con un servicio de prevención propio, pero dicho Plan fue modificado posteriormente por la misma de forma unilateral para encargar la gestión de parte de los servicios de prevención establecidos a una empresa distinta, modificando con ello el Plan anterior sin contar con aquella mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

Llegados a este punto, es sin duda este último extremo uno de los más problemáticos de todo el razonamiento contenido en la sentencia pues, por un lado, resulta patente que nos hallamos ante dos decisiones distintas (la organización y dotación de medios del servicio y la programación anual), de desigual calado, llamadas a tener distinta vigencia temporal y con finalidades también diferentes. Pero, por otro, el problema radica en que en el programa anual que se aprueba se hace expresa mención a que se va a ejecutar con los servicios propios de Repsol Butano y de Repsol YPF, para casi en unidad de acto proponer un cambio en el mismo y externalizar determinados servicios. Quizás pueda señalarse como falla principal la secuencia temporal, motivada seguramente por cuestiones estratégicas, con que se aprueban las decisiones, puesto que la organización de la actividad preventiva en la empresa suele ser fase previa a la elaboración del plan preventivo y, como se ha firmado, patrimonio exclusivo del empresario. Ahora bien, también es verdad que no estamos ante una cuestión en absoluto cerrada, puesto que una primera aproximación a la normativa preventiva parece arrojar que la secuencia lógica es evaluar, planificar y organizar. Aunque ni en la norma hay prescripción alguna que obligue a seguir el mencionado orden ni la práctica aplicativa demuestra que sea así, aspecto que, entre otros factores, depende en gran medida de la modalidad organi-

zativa por la que se opte<sup>64</sup>. Además, téngase en cuenta que el art. 31 LPRL sitúa las principales funciones de los servicios de prevención en el asesoramiento y apoyo en la elaboración de un plan de prevención de riesgos en la empresa, realización de la evaluación de riesgos y planificación y programación de la actividad preventiva ulterior.

Ciñéndonos a un aspecto meramente formal, resulta cierto que en la normativa interna sólo el programa anual exige la mayoría absoluta y que en tales términos ha sido aprobado. Ahora bien, desde una perspectiva material, se ha aprobado haciendo expresa mención a que durante este año la actividad preventiva se llevaría a cabo por servicios de prevención propios, aspecto que quedaría vacío de contenido si permitimos a la empresa casi en unidad de acto cambiar unilateralmente esta cuestión. Siendo este el orden secuencial desarrollado, una vez aprobado el programa, seguramente el centro del debate debiera pasar a ser, por tanto, la posible naturaleza, la eficacia y la posibilidad de modificación del acuerdo ante el que nos hallamos. El planteamiento previo que hace la Sentencia nos parece bastante desatinado en la medida en que no se produce desajuste alguno entre la decisión de externalizar pretendida y la normativa legal o reglamentaria.

Antes de entrar en detalle en este espinoso asunto, baste resaltar que las normas convencionales que resultan de aplicación, en términos generales, tratan las competencias y facultades de los delegados de prevención y los comités de seguridad y salud en términos bastante similares a los legales (art. 76.3 y 5 XXI Convenio Colectivo de Repsol Butano), si bien se contemplan peculiaridades reseñables en lo que hace a la elección de delegados<sup>65</sup> o a la posibilidad de que efectúen las funciones correspondientes a los mismos personas que vienen efectuando las propias de los antiguos miembros de los comités de seguridad e higiene, aunque no formen parte de la representación de los trabajadores o la posibilidad de que existan comités en la factorías nodrizas aun cuando no cuenten con cincuenta trabajadores<sup>66</sup>. Uno de los aspectos más destacables es la concreta referencia a la llamada «Comisión Coordinadora de Seguridad y Salud laboral», órgano de carácter paritario, cuyo ámbito de actuación se extiende a toda la empresa, integrada por los miembros nombrados por la Dirección de la Empresa y por representantes de los trabajadores designados por los Sindicatos en proporción a los resultados electorales. A dicha Comisión, entre otras funciones, se le atribuye la de elaborar un mapa de riesgos, un plan general de la prevención y una planificación de programas anuales de prevención<sup>67</sup>, aunque no queda constancia de ningún dato adicional ni hemos podido acceder a su

<sup>64</sup> Esta problemática con mayor amplitud en IGARTUA MIRÓ, M. T., *Manual del Servicio...*, op. cit., pgs. 28 y ss.

<sup>65</sup> Vid. art. 27 III Acuerdo Marco del Grupo Repsol YPF.

<sup>66</sup> Vid. Punto 6 del III Acuerdo Marco del Grupo Repsol YPF y 76.3 XXI Convenio Colectivo.

<sup>67</sup> Art. 76.3 del XXI Convenio Colectivo; con idéntica redacción en el XX Convenio Colectivo de la misma empresa (BOE 29 septiembre 1999).

reglamento de funcionamiento, mientras que, por el contrario, en el mismo texto convencional se regulan las normas de funcionamiento interno mínimas y transitorias (hasta que los comités aprueben sus propios reglamentos de funcionamiento) de los comités de seguridad y salud (anexo IV).

La diferencia en cuanto a la intensidad de sus funciones entre esta Comisión y los comités es patente en la medida en que mientras que respecto a aquélla las funciones son ejecutivas («elaborar»), por tanto decisorias e, incluso, negociadoras, las del comité, según el mismo precepto convencional son de «participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa. A tal efecto se debatirán antes de su puesta en práctica, y en lo referente a su incidencia en la prevención de riesgos, los proyectos en materia de: planificación, organización del trabajo, introducción de nuevas tecnologías y organización y desarrollo de las actividades en materia de protección y prevención y proyecto y organización de la formación en materia preventiva». Seguramente esta diferencia se ha querido remarcar también en la propia composición de ambos órganos pues mientras la de la Comisión es proporcional a los resultados electorales, en relación al comité no se hace referencia a criterio alguno y, como es sabido, el TS ha mantenido de forma unánime la innecesaria del respeto al principio de proporcionalidad<sup>68</sup> siendo suficiente el mayoritario. Un supuesto carácter negociador en sentido estricto de esta Comisión impediría, como es bien sabido, la exclusión de cualquier sindicato de su composición<sup>69</sup>.

La naturaleza y la eficacia del acuerdo adoptado por la CSSL es un aspecto difícil de discernir habida cuenta la escasez de datos de que disponemos. Dada la configuración legal del comité como lugar de encuentro, foro para el debate si se quiere, encaminado a facilitar una negociación casi permanente en esta materia con competencias escasamente ejecutivas, de la LPRL «no se desprende la obligación de tomar acuerdos vinculantes», pero, tal y como se ha sostenido, «en cuanto adoptados por representantes de trabaja-

<sup>68</sup> Tesis que, indudablemente, ha recibido duras críticas por parte de la doctrina, por todos vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: «Las relaciones, subjetivas y competenciales entre los representantes de los trabajadores, generales y especializados, con competencias en materia preventiva», *Temas Laborales*, núm. 50, 1999, pg. 66. La doctrina del TS en Sentencias como la de 15 de junio de 1998 (RJ 1998, 5702), 14 de junio de 1999 (RJ 1999, 6007), y 30 de abril de 2001 (RJ 2001, 4618).

<sup>69</sup> Vid. la STS (Sala de lo Social) de 19 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7153) que en relación con el Comité Estatal de Seguridad y Salud de AENA considera que no es negociadora una comisión que adopta «meros acuerdos en cumplimiento de la finalidad que el Convenio Colectivo atribuyó a aquel Comité de Seguridad y Salud, en cuanto órgano de encuentro y de coordinación de criterios de los Comités de Seguridad y Salud de los distintos centros de trabajo... es una labor del Comité acomodada al encargo o previsión contenida en el Convenio Colectivo sin que de su contenido se desprenda una actuación negociadora que sustituya o pretenda sustituir acuerdos propios de una negociación sobre la materia». Sobre el carácter no negociador del Comité de Seguridad y Salud, SSTSJ Cataluña 19 julio 2001 (AS 2001, 3642); Andalucía (Sevilla) 23 junio 2004 (AS 2005, 292); Madrid 5 de julio de 2004 (JUR 2004, 22591).

dores y empresario, tendrían el valor de un acuerdo de empresa<sup>70</sup> y puede exigirse su aplicación en los términos del acuerdo»<sup>71</sup>. Respuesta trasladable sin duda a nuestra Comisión, que entendemos que al tener carácter paritario y un ámbito de actuación empresarial, hace las veces de un comité inter-centros. Nada obstaría, por tanto, a indagar sobre su eficacia e, incluso, a plantearse como más que posible su modificación unilateral. Esta modificación, en hipótesis, resultaría incluso factible, ajustándose a los dictados de la norma estatutaria (art. 41), si decidiéramos encajarla dentro de las sustanciales de condiciones de trabajo. Ello, en línea de principio, sería posible puesto que la enumeración de condiciones de trabajo contenida en el artículo lo es «ad exemplum», por tanto, dando cabida también a las relativas a la seguridad y salud del trabajador, de especial trascendencia en las relaciones laborales, aunque sería discutible si la decisión concreta de que hablamos, de corte organizativo-empresarial, aparece dotada de la sustancialidad requerida por el precepto legal<sup>72</sup>. Pues bien, siguiendo con este discurso, existe una causa (de tipo organizativo), que puede entenderse concurrente pues en ocasiones anteriores ha sostenido el propio TS que es suficiente con que la decisión pueda ayudar a «mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos»<sup>73</sup>. La empresa, de haber considerado esta posibilidad, en vez de ceñir el trámite de consultas a lo que estimó propio de la decisión a adoptar ex art. 33 LPRL, por ser temática relacionada con la organización de la actividad preventiva en la empresa, para nosotros el único preceptivo, podría perfectamente haber abierto un período de consultas, sujeto al deber de negociar de buena fe, casi cumplimentado ya que se acredita la celebración de una reunión posterior en este sentido, trámite que una vez ventilado debería haberle permitido «notificar a los trabajadores su decisión sobre la modificación» (ex art. 41.4.4º ET). De todas formas, y para terminar, seguramente la secuencia lógica de la empresa debiera haber sido primero adoptar la decisión de externalizar, que no depende, en modo alguno, a nuestro en-

<sup>70</sup> Sobre los aspectos fundamentales de su régimen jurídico, por todos, ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, CES, Madrid, 2000; QUINTANILLA NAVARRO, R. Y.: *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Civitas, Madrid, 2002.

<sup>71</sup> MORENO VIDA, M. N. y ÁLVAREZ MORENO, A.: «Consulta y participación de trabajadores», op. cit., pg. 424.

<sup>72</sup> Como resulta palmario, cabe afirmar con la doctrina que «la sustancialidad se predica por el legislador de la modificación pretendida, que no de la condición de trabajo afectada», vid. ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos de empresa...*, op. cit., pg. 184.

<sup>73</sup> Si tenemos en cuenta que el TS, en ocasiones anteriores, y en una doctrina que ha merecido importantes y justificadas críticas, ha llegado a considerar procedente, con esta misma argumentación, la amortización de puestos de trabajo (de médico o ATS de empresa) para optar por un servicio externo, en tanto constituye «una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial», SSTs de 3 y 4 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8660 y 8291), no resulta de recibo imponer unas exigencias mayores en cuanto a justificación en una medida mucho menos incisiva y que no afecta a la estabilidad en el empleo, sino simplemente a la forma de organizar el servicio mismo.

tender, de la opinión de los trabajadores (salvo previsión convencional en tal sentido que no consta expresamente) y con posterioridad proponer la aprobación del programa, aunque sin duda pensó que aquella decisión siempre polémica impediría la puesta en marcha del programa anual. El señalado, seguramente, es el derrotero que debía haber tomado la Sentencia, puesto que no existiendo tacha de ilegalidad en la decisión, habida cuenta que es perfectamente ajustada al ámbito de libertad organizativa que el empresario recibe de la normativa en vigor que resulta de aplicación, debía haberse centrado en la naturaleza, eficacia y posibilidad de modificar el acuerdo. No obstante, este tema es zanjado de forma abreviada por el Tribunal que se limita a afirmar que la empresa modifica el plan anual de forma unilateral sin contar con la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

No obstante lo anterior, dado que la empresa no se plantea la modificación del acuerdo sino una decisión que considera independiente a la anterior, quizás podría admitirse el resultado de la sentencia si se coincide con el punto de partida allí adoptado relativo a que «efectivamente» la empresa en instrumentos colectivos ha cedido su libertad de elección en cuanto a la organización de los servicios para llegar incluso a la «codecisión» en algunos aspectos trascendentales de la actividad preventiva, qué duda cabe que debe ahora respetar esta cesión de poder y no puede pretender de modo unilateral y sin sujeción a los procedimientos legales cambiar las cosas. Ahora bien, cosa distinta, donde la argumentación judicial no es en absoluto compartible, es afirmar que ha habido una vulneración de la normativa reguladora de los servicios que creemos haber demostrado que brilla por su ausencia y ello es patente porque el empresario puede constituir el servicio con dos disciplinas o, incluso, en un momento posterior y en atención a consideraciones de índole puramente empresarial, organizativa, y económica, incluso, decide externalizar dos disciplinas. Esta afirmación, no obstaría, que se entrara a valorar o a juzgar la «suficiencia» o «adecuación» del sistema elegido, y para ello existen distintos mecanismos de control, siempre *a posteriori*, entre ellos la auditoría. Pero, como línea de principio, sin normas pactadas que dispongan otra cosa, o que establezcan requisitos más exigentes, la opción es plenamente legítima. Una cosa es la constitución del servicio y otra distinta los requisitos mínimos del mismo, quizá el defecto deriva de la propia defensa arbitrada por la empresa en la que no parece haber aludido, siquiera, al art. 15 RSP.

María Teresa IGARTUA MIRÓ  
Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Sevilla