

3.1. CONTINGENCIAS PROFESIONALES

a) ALTAS INDEBIDAS Y RECAÍDAS. Proceso individual y actuación sindical – Qué hacer.

1. El trabajador o, en su caso, el Delegado de Prevención llega al Asesor Técnico Sindical con el Problema: disconformidad del trabajador/a con el alta expedida por la Mutua en contingencias profesionales, y persistiendo su malestar físico que le impida subjetivamente reincorporarse al trabajo.
2. El asesor pasará comunicación al responsable de salud laboral de la federación y/o del territorio con una descripción básica del problema (esa descripción puede ser una copia de la ficha incorporada a la red ISTAS).
3. A partir de que el trabajador/a haya rellenado la Hoja de Reclamaciones en la Mutua el responsable de salud laboral utilizará la misma como documento base para facilitar la acción sindical. En este sentido si el Sistema Público ha denegado la baja por considerar que el trabajador está en situación de reincorporación al trabajo quedarían limitadas seriamente las posibilidades.
4. Para ponerse en contacto con el interlocutor marcado por la Mutua como búsqueda de solución al problema, los responsables de salud laboral (de federaciones y de territorios) disponen del protocolo de actuación y de la relación de interlocutores. Esto quiere decir que si bien el caso puede llegar a los asesores, son los responsables sindicales los que han sido nombrados como interlocutores de nuestro sindicato ante la Mutua, contando con el apoyo técnico que consideren necesario en cada momento.
5. Actuaciones a seguir por el trabajador:
 - 5.1. Puesta en conocimiento de dicha disconformidad ante el servicio correspondiente de la Mutua. La mayor parte de las Mutuas revisan a solicitud del trabajador las altas realizadas periódicamente. Se adjuntará un formulario tipo de hoja de reclamaciones que sirva como modelo de referencia.

- 5.2. Rellenar hoja de reclamaciones ante la Mutua de la que se quedará copia el interesado haciendo constar en la misma los datos del médico, centro de asistencia, período de baja y causa, así como las razones de su disconformidad.
- 5.3. Acudir al médico de cabecera del Sistema Público quien, a su juicio, procederá a dar la baja correspondiente (en este caso por contingencias comunes)¹.
- 5.4. Acudir a la Inspección médica, tanto en el supuesto de no recibir la baja médica por el médico de cabecera, como para solicitar una determinación de contingencia que obligue a la Mutua a retomar el proceso. En la Inspección se facilitará el impreso correspondiente.

Ante una **recaída** de un proceso anterior de origen laboral, y en el caso de no ser asumida como tal por la Mutua, el procedimiento es prácticamente el mismo que el descrito anteriormente, si bien es necesario dar un repaso al concepto de recaída como aquella situación en la que al trabajador(a) se le da la baja médica por la aparición de síntomas relacionados con un accidente de trabajo o enfermedad profesional previa, y de la que ya ha causado alta y la siguiente baja no haya pasado de seis meses (art.9 Orden de 13 de Octubre de 1967).

La calificación o no como recaída tiene importantes efectos económicos sobre la prestación de un trabajador que se encuentra con la extinción de su relación laboral durante una situación de Incapacidad Temporal, y que analizamos con detenimiento en el apartado correspondiente.

Para ambos supuestos con independencia de la resolución o no del problema, es recomendable, por su utilidad analítica a posteriori, la inclusión del caso en la red asesora ISTAS como medio de conocimiento de las prácticas de las Mutuas en los diferentes territorios.

Impugnación del alta médica.

En cumplimiento del Art. 69 de la Ley de Procedimiento Laboral en el momento en que el médico de la Mutua (o el de la Seguridad Social) nos da el alta, y no estamos de acuerdo con la misma, ésta se puede impugnar.

El alta se impugna ante el Director Provincial mediante reclamación previa en vía administrativa en los 30 días siguientes a la fecha en que se notifica el alta médica.

Si posteriormente a la reclamación previa en vía administrativa ésta es negativa o inexistente se puede acudir a la vía judicial a través del Juzgado de lo Social, y en el plazo de dos meses, a contar de la notificación o desde el transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada.

¹ Sobre la capacidad de conceder un médico del Servicio Público una baja de un proceso de origen laboral existe un falso debate con el objetivo de judicializar los procesos y desincentivar al trabajador en el ejercicio de sus derechos.

b) NO RECONOCIMIENTO DEL CARÁCTER PROFESIONAL DE LA CONTINGENCIA.

En este caso directamente la Mutua no asume el origen laboral de la contingencia, en muchas ocasiones a partir de una presunta falta de pruebas sobre la relación causa efecto de la patología con el trabajo o cuando sobre aquella influyen o pueden influir otros factores extralaborales.

Las actuaciones a emprender tanto por el trabajador como por el sindicato pueden ser las mismas que en los supuestos anteriores.

Especial atención surge en el supuesto de plantear como opción el Recargo de Prestaciones.

Se trata de un procedimiento a desarrollar por un asesor jurídico, no obstante el asesor técnico sindical tiene que tener en cuenta que:

1. El mejor medio de prueba es el acta de Infracción de la Inspección de Trabajo por el accidente levantada como consecuencia de la investigación de sus causas, esto lleva implícita la necesidad de que originalmente se canalizara sindicalmente el proceso como accidente de trabajo poniéndolo en conocimiento inmediato de la Inspección.
2. A través de la Asesoría Jurídica de la Federación correspondiente, la petición del recargo se hará ante el INSS. En el caso de que la resolución sea negativa se podrá interponer reclamación previa y demanda ante el Juzgado de lo Social.

Vayamos un poco más allá:

En este apartado aprovecharemos para tratar diferentes cuestiones interrelacionadas:

- 1. El por qué de la necesidad de identificar adecuadamente la contingencia.**
- 2. El recargo de prestaciones.**
- 3. La definición de accidente de trabajo y su utilidad en la determinación como profesional de patologías no incorporadas en el listado de enfermedades profesionales.**

1. *La determinación de la contingencia* tiene importantes *repercusiones* médico-asistenciales, económicas y socio-laborales tanto para el sistema público como para los trabajadores y trabajadoras que se encuentren en situación de IT y requiere, necesariamente, un tratamiento rápido y justo. De tal manera que:

- a) La entidad prestadora de la asistencia sanitaria sea la competente para ello: Sistema Público de Salud o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, evitándose así la transferencia implícita de recursos del Sistema Público hacia el Sistema de Mutuas, tanto en el origen de la incapacidad como en el caso generalizado de las recaídas.
- b) Ante la determinación de una contingencia como profesional:
 - El pago de la prestación económica sea la legalmente establecida al efecto y hecha efectiva (bien por pago directo o delegado) por la Mutua o el INSS.

- Se ha de generar (en su caso) el correspondiente parte de accidente de trabajo con la correspondiente calificación (leve, grave o muy grave), ubicando en la dimensión adecuada la siniestralidad laboral de cada empresa.
 - Las medidas preventivas han de basarse en los datos previos de siniestralidad real con causa en el desarrollo de la actividad productiva. Es un elemento esencial para garantizar la eficacia de dichas medidas.
2. Además la determinación de la contingencia como profesional es un paso imprescindible para poder ejercer la posibilidad de un *Recargo de Prestaciones*:

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (actualizado a fecha 15/07/02)
(BOE 29.06.1994)

Artículo 123. Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.
2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.
3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

Como el mejor medio de prueba está el acta de Infracción de la Inspección de Trabajo por el accidente levantada como consecuencia de la investigación de sus causas, esto lleva implícita la necesidad de que originalmente se canalizara sindicalmente el proceso como accidente de trabajo poniéndolo en conocimiento inmediato de la Inspección.

Pensemos en el caso de que una vez definida adecuadamente la contingencia se produce una incapacidad total para la profesión habitual del trabajador, con una prestación por tanto del 55% de la base reguladora correspondiente, ésta podrá incrementarse entre un 30% a un 50% con carácter vitalicio en el caso de que la petición de recargo prospere y con exclusivo cargo del empresario. Desde la perspectiva sindical se valorará en este caso o bien ejercer esta opción o presionar con la misma para la recolocación del trabajador en una nueva tarea compatible con su grado de incapacidad.

La petición del recargo se hará ante el INSS. En el caso de que la resolución sea negativa se podrá interponer reclamación previa y demanda ante el Juzgado de lo Social.

3 - La definición de *accidente de trabajo* y su utilidad en la determinación como profesional de *patologías no incorporadas en el listado de enfermedades profesionales*.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la *Ley General de la Seguridad Social (actualizado a fecha 15/07/02)* (BOE 29.06.1994)

Artículo 115. Concepto del accidente de trabajo.

1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.
2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:
 - a.
 - b.
 - c.
 - d.
 - e. *Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.*
 - f. *Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.*
 - g. *Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación*
3. *Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.*
4.
5. No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo:
 - a. La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira.
 - b. La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo.

Parece que sólo es necesario leer detenidamente los apartados f) y g) del número 2 del artículo para despejar dudas sobre el carácter de la contingencia del agravamiento de una dolencia anterior como consecuencia del trabajo (f), y del supuesto de enfermedades o dolencias «intercurrentes» (g).

Para los casos de enfermedades no incorporadas en el cuadro de enfermedades profesionales pero que mantengan una relación causa – efecto con el trabajo se estará a lo establecido en la letra e) del punto 3 de este art. 115 de la LGSS: « *Tendrán la consideración de accidentes de trabajo las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.*»

En este caso la carga de la prueba corre a cargo del trabajador/a y se habla literalmente de «causa exclusiva de la enfermedad la ejecución del trabajo»; varias son las patologías afectadas: bronquitis crónica, cáncer de pulmón, y muy especialmente *las enfermedades musculo-esqueléticas* (incluidas en el cuadro de enfermedades profesionales para algunas actividades: tenosinovitis de los mozos de restaurante, cajeras, costureras, dactilógrafos, mecanógrafas, lavanderas, etc; periostitis de los chapistas, herreros, caldereros, albañiles, canteros, etc.) *y las enfermedades mentales.*

Es importante además estar a la literalidad del punto 3 del mencionado artículo 115 de la LGSS cuando establece que «*Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo*»; *relevante para la defensa del carácter profesional de crisis agudas sufridas en el lugar de trabajo.*

c) MALA PRÁCTICA MÉDICA.

1. Ante una presunta mala práctica médica en primer lugar el trabajador debe rellenar, como en cualquier otro caso de queja por el desempeño de la Mutua, hoja de reclamaciones con el mayor detalle posible.
2. La inclusión del caso en la red asesora ISTAS es en estos supuestos de singular importancia ya que solo el análisis por Mutua de las incidencias de este tipo y para todo el territorio es lo que permitirá al sindicato distinguir entre una mala práctica puntual – por error, omisión o negligencia – de aquellas que son consecuencia de las directrices o recomendaciones emanadas de la gerencia.
3. El asesor pasará comunicación al responsable de salud laboral de la federación y/o del territorio con una descripción básica del problema (esa descripción puede ser una copia de la ficha incorporada a la red ISTAS).
4. La mala práctica médica además de provocar la interlocución con la Mutua como medio de resolución del problema aparecido, puede recomendar acudir a otras instancias (Colegios de Médicos, Organizaciones de consumidores y usuarios) como medida de prevención ante ulteriores situaciones de negligencia o dolo del colegiado correspondiente.

d) DERECHO A LA INFORMACIÓN MÉDICA.

En el caso de vetarle por parte de la Mutua el acceso a su información médica al trabajador(a), en primer lugar cumplimentará como en casos anteriores la Hoja de Reclamaciones correspondiente.

Inclusión en la red ISTAS y descripción del problema (impresión de la ficha) al responsable sindical correspondiente (de federación y/o territorio), quien tratará con el interlocutor de la Mutua.

Norma de apoyo:

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (estará en vigor seis meses después de su aparición en el BOE).

Quedan derogados los artículos 10 y 61 de la Ley General de Sanidad, se produce una sustitución normativa de avance en la garantía de los derechos del paciente.

El derecho de información sanitaria

Art. 4. Derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.
2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.
3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.

De aquí se concluye que:

- 1º El trabajador/a usuario (accidentado o enfermo) tiene derecho a la información concerniente a su estado de salud y por lo tanto será él el que autorice o no el acceso a la misma a terceros.
 - 2º En el mismo sentido y por la misma causa no puede vetársele el acceso a la información completa de su estado de salud (elaborada al efecto por el médico), ni por institución ni por especialista alguno.
- e) EL PRINCIPIO DE CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS MÉDICOS.
1. Ante esta situación las actuaciones a desarrollar son similares a las realizadas en el apartado anterior, sin embargo en caso de tener prueba de la violación de este principio de confidencialidad se

hace necesario emprender las acciones legales oportunas por lo que se debe poner en conocimiento de la Asesoría Jurídica de la Federación correspondiente.

Art. 7. El derecho a la intimidad

1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.
2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.

f) PRÓRROGA DE INCAPACIDAD TEMPORAL (en contingencias comunes y profesionales)

Supuestos:

- Si no hay alta médica y no hay posibilidad de mejora la IT se extinguirá por agotamiento del plazo máximo de duración de 18 meses, a partir de ese momento el INSS examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como incapacidad permanente. (Art. 131 bis 2 LGSS).
- Cuando, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso que, en ningún caso, podrá rebasar los 30 meses siguientes a la fecha de iniciación de la IT. (Art. 131 bis 2 LGSS). La prórroga de los efectos de la incapacidad temporal requerirá, como *requisito previo* el oportuno *dictamen de los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social*, en el que expresamente se señale la conveniencia de no proceder de inmediato a la calificación de la incapacidad permanente, atendida la situación clínica del interesado y la necesidad de continuar con el tratamiento médico.

3.2.LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LAS MUTUAS

PROPUESTAS DE INCAPACIDAD PERMANENTE POR PARTE DE LA MUTUA

Cuando un trabajador se encuentra en situación de Incapacidad Temporal la Mutua puede valorar la posibilidad de solicitar al Sistema Público la determinación de una Incapacidad Permanente en alguno de sus grados (o de lesión permanente no invalidante)

Hay que tener en cuenta que:

1. En los expedientes de incapacidad tramitados al Equipo de Valoración de Incapacidades (o

CRAM en el caso de Cataluña) debe estar incluido necesariamente el consentimiento informado del trabajador/a afectado/a para la puesta a disposición de sus datos médicos ante el EVI correspondiente.

2. Si no se han agotado los plazos máximos en situación de IT nos podemos encontrar en diferentes situaciones:
 - 2.1. Que la propuesta vaya acompañada del alta, en cuyo caso el trabajador debe reincorporarse al trabajo con independencia de la resolución a adoptar en su momento por el EVI. Compatible solo si la propuesta que hace la Mutua es de Lesión Permanente no Invalidante (indemnización según baremo no actualizado desde 1991) o de Incapacidad Permanente Parcial (indemnización de 24 mensualidades). En ambas propuestas la indemnización siempre a cargo de la Mutua.
 - 2.2. Que la propuesta no vaya acompañada del alta, manteniendo hasta el momento de la resolución del EVI al trabajador en situación de IT. Este caso se producirá cuando la propuesta de la Mutua sea de Incapacidad Permanente Total (prestación del 55% de la Base Reguladora), Incapacidad Permanente Absoluta (100%) o Gran Invalidez (150%), en los tres casos a cargo de la Mutua si viene derivado de un accidente de trabajo y a cargo del Sistema Público si lo es de una enfermedad profesional.

Analicemos los **posibles escenarios**:

Que el trabajador se encuentre con el alta – en este caso el no dar el consentimiento al traslado del informe médico ante el EVI no tendría sentido ya que se optaría a una prestación de la seguridad social a tanto alzado y de una sola vez por un grado de incapacidad compatible con el trabajo habitual. No obstante aquí hay que hacer una salvedad en el supuesto de que el trabajador se muestre disconforme con el alta y, por lo tanto con la propuesta de Incapacidad Parcial o LPNI, en este supuesto el medio de actuación sería el mismo que el antes indicado para «altas indebidas»; dar el visto bueno al traslado de expediente para la tramitación de una Incapacidad de estas características puede parecer contradictorio con la impugnación del alta.

Que el trabajador, sin haber agotado el plazo máximo en IT, se encuentre con una propuesta de incapacidad permanente por parte de la Mutua, previo consentimiento al traslado del expediente; aquí es clave el equilibrio de intereses entre Mutua y trabajador/a:

La Mutua puede considerar innecesario y/o poco rentable agotar el plazo máximo de IT, el trabajador estará igualmente cubierto por una prestación económica de la Seguridad Social. Si el trabajador da su consentimiento sin conocer el grado de incapacidad propuesto se puede encontrar con que sin haber agotado el plazo máximo en IT (con una prestación del 75% de la Br) opta por una Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual (55% de la Br).

No hay que olvidar, sin embargo que la Mutua sólo tiene capacidad de proponer un grado u otro de incapacidad sin estar obligada a ello, y que la decisión final es del INSS². Además la falta de consentimiento sobre el traslado del informe médico dificulta la tramitación y resolución del expediente pero no lo imposibilita.

² Se adjuntan en Anexo II modelos tipo de Reclamación Previa ante Resoluciones del INSS.

3.3. CONTINGENCIAS COMUNES

a) CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL.

1. La colaboración de las Mutuas es en la gestión de la prestación económica derivada de la Incapacidad Temporal por contingencias comunes; dicha prestación corre a cargo del sistema público a partir del 16º día de baja (del primero al cuarto a cargo del trabajador, del cuarto al 15º a cargo del empresario); por ello las revisiones del estado de salud del trabajador/a a realizar por las Mutuas se hacen a cargo del sistema en el periodo a cargo del mismo y nunca antes.
2. Más que reconocimientos médicos se trata de verificaciones del estado de salud del trabajador/a para proponer, o no, el alta correspondiente. La restitución del estado de salud del enfermo/a no es el objetivo de esta colaboración.
3. La consecuencia de la negativa injustificada por parte del trabajador a acudir a la cita a reconocimiento realizada por la Mutua a partir del 16º día queda recogido en la modificación del art. 131 bis de la LGSS por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (BOE 31/12/2001) de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social:

«El derecho al subsidio se extinguirá por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad social o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social;»

Aquí **surgen varias cuestiones:**

- 3.1. Para que exista incomparecencia debe haber una citación previa por parte de la Mutua con prueba documental que la acredite.
- 3.2. Nada se dice sobre qué se entenderá como incomparecencia «justificada». Parece lógico pensar que la justificación debe venir por la incapacidad física del trabajador de asistir al reconocimiento y ésta sólo puede venir apoyada por el criterio cualificado de un médico (con la emisión del justificante médico correspondiente).
- 3.3. Por regla general la verificación del estado de salud del trabajador/a se realizará en las instalaciones de la Mutua, propias o concertadas.
- 3.4. Sobre los *costos del desplazamiento* a la Mutua por parte del trabajador/a citado/a la generalidad de las Mutuas asume el costo del transporte público utilizado, sin embargo en ocasiones se producen controversias al respecto. En este sentido la obligatoriedad de asumir este costo por parte de las Mutuas es exigible al entender el mismo como parte del coste de los controles médicos de comprobación de la I.T. (tipo de coste al que se refiere expresamente la normativa). También para resolver este tipo de cuestiones contamos con la red de interlocución implementada.

Para entender el tipo de colaboración que las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales hacen en esta contingencia hay que acudir, en primer lugar, a la causa que la origina: El Real Decreto 575/1997 por el que se regulan determinados aspectos de la Gestión y el Control de la Presta-

ción Económica de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal (BOE 24/04/097), se inscribe, en el programa del Gobierno de lucha contra el uso indebido de la protección social y el fraude, «lucha que si siempre debe ser objeto de una actuación decidida de las Administraciones públicas, lo es más cuando ese fraude afecta a la protección social, detrayéndose, de esta forma, recursos públicos que la sociedad, a través de sus legítimos representantes, previó para unas finalidades específicas de protección y de cobertura de situaciones de necesidad».

Queda entonces clara la razón por la que sólo a partir del 16º día de baja pueden las Mutuas llamar a los trabajadores/as en situación de baja a este tipo de revisiones. No obstante hay que añadir un elemento: la capacidad de control del empresario.

b) LA CAPACIDAD DE CONTROL DEL EMPRESARIO.

La capacidad del empresario de realizar verificaciones del estado de salud del trabajador/a en situación de baja antes del 16º día de la misma y que está literalmente recogido en el art.20.4 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24/03 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

20.4. «El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir

Esta verificación del estado de salud del trabajador/a en baja lo hará el empresario a su exclusivo cargo. y durante el tiempo en el que corra a su cargo la renta sustitutoria del salario, es decir, del cuarto al 15º día, y posteriormente en el supuesto de tener en convenio colectivo establecido un complemento a la prestación económica de la Seguridad Social, y sólo por este complemento. El conflicto surge cuando personal de la Mutua se pone en contacto con el trabajador/a antes del 16º día para realizar dicha verificación, en ese caso el trabajador debe exigir la prueba documental de que se está actuando en nombre del empresario (y no del Sistema).

c) PROPUESTA DE ACTO MÉDICO EN CONTINGENCIAS COMUNES.

El artículo 82 del Real Decreto 1993/1995, por el que se aprueba el Reglamento sobre Colaboración de las MATEPSS, establece los requisitos para la actuación sanitaria de las Mutuas en contingencias comunes:

Artículo 82. Actuaciones sanitarias de urgencia de las Mutuas.

«Cuando, transcurridos más de quince días a partir de la baja en el trabajo, la situación de incapacidad se prolongase a consecuencia de la demora en la práctica de las pruebas diagnósticas o en la aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos prescritos por el Servicio de Salud correspondiente, los servicios médicos de las Mutuas podrán llevar a cabo dichas pruebas o tratamientos, previo consentimiento informado del trabajador y con la conformidad de la autoridad sanitaria del Servicio de Salud correspondiente, una vez comprobada la adecuación y calidad de los mismos y en los términos y condiciones que se establezcan en los acuerdos y convenios a que se refiere el artículo 83.2».

Estos requisitos por lo tanto son:

- El acto médico debe ser prescrito por el Servicio de Salud correspondiente.
- Existencia de lista de espera en el Sistema Público.
- Actuación sanitaria a partir del 16º día.
- Consentimiento informado del trabajador o trabajadora.
- Conformidad de la autoridad sanitaria del Servicio de Salud.

3.4. VIGILANCIA DE LA SALUD

a) VIGILANCIA DE LA SALUD. PRINCIPIOS DE APLICACIÓN PRÁCTICA

En marzo del 2002 se elaboró un documento conjunto entre CC.OO, UGT y AMAT sobre lo que deberían ser los «Principios generales y criterios de aplicación práctica de la Vigilancia de la Salud», donde quedaba recogido lo que entendemos por Vigilancia de la Salud de los Trabajadores y Trabajadoras: un conjunto de actuaciones sanitarias, referidas tanto a individuos como a colectividades con el fin de conocer su estado de salud para aplicar dicho conocimiento a la prevención de riesgos en el trabajo; adoptando como concepto de salud de los trabajadores la definición de la OMS sobre «bienestar físico, mental y social y no sólo la ausencia de enfermedad».

También estábamos todos de acuerdo en los fines preventivos que debe perseguir dicha Vigilancia de la Salud:

- Adaptar el trabajo a las condiciones de salud de las personas.
- Identificar situaciones de riesgo insuficientemente evaluadas
- Evaluar la eficacia de las acciones preventivas.

Todas las actividades desarrolladas, además, deben ser acordes con los criterios deontológicos de respeto a la intimidad y de no discriminación. La realización de estas actividades tienen el único objetivo de cuidar y promover la salud de los trabajadores o el de prevenir enfermedades, desde la independencia profesional. En este sentido también se recogía en la literalidad del documento que la aplicación de un programa de vigilancia de la salud requiere un marco de confianza mutua entre los destinatarios y los profesionales.

Se consideran excluidas del ámbito de la vigilancia de la salud las actividades orientadas a la selección del personal.

b) VIGILANCIA DE LA SALUD E INAPTITUD SOBREVENIDA.

Los problemas más serios nos los encontramos cuando haciendo caso omiso a la norma y a lo que establecen los expertos, se utilizan los datos de la Vigilancia de la Salud con fines discriminatorios y selectivos.

Así, en la letra a) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995) se habla de la extinción del contrato por causas objetivas «por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa».

Desde una perspectiva jurídica este precepto puede entrar en «contradicción insuperable» con el principio de no discriminación establecido en el art.22.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL 31/1995). En ese caso pudiera pensarse en un bloqueo en la aplicación del 52.a), ya que aunque las dos normas tienen el mismo rango, primaría el espíritu de la norma más específica o más actual (en este caso la LPRL).

A partir de un caso, podemos entender mejor la problemática con la que nos enfrentamos:

Trabajador de una empresa de calderería, la Mutua en su actuación como Servicio de Prevención Ajeno le aplica los protocolos de vigilancia de manipulación manual de cargas, posturas forzadas, ruido, trabajo en altura, esfuerzos físicos, soldadura y vibraciones. A partir de aquí, la Mutua remite a la empresa una carta con la calificación de «Apto con limitaciones», donde queda restringido a trabajar a nivel de suelo, sin poder trabajar de forma prolongada de rodillas o en cuclillas, su trabajo no requerirá permanecer de pie prolongadamente y sin poder levantar pesos superiores a 10kg. La carta no dice nada más.

Resultado: la empresa aplica el art.52.a) y el 53.b) del Estatuto de los Trabajadores y extingue el contrato por causas objetivas.

Lo que no dice la carta, y aquí reside la responsabilidad de la Mutua como SPA, es que la figura de «Apto con restricciones» está contemplada en el Protocolo de Vigilancia Sanitaria específica por «Manipulación manual de cargas», con un objetivo claramente establecido: «Tiene por objeto lograr la rehabilitación y recuperación laboral del trabajador que lo precise», quedando implícito por tanto el carácter temporal de esta limitación (excepto en el supuesto de integración profesional de trabajadores minusválidos). Las restricciones adaptativas implican la adaptación del entorno laboral al trabajador para la realización íntegra de las tareas propias de su puesto de trabajo y pueden coexistir con prohibiciones (restricciones) de realizar total o parcialmente tareas muy concretas y específicas de su puesto de trabajo hasta su completa recuperación.

La responsabilidad de las Mutuas reside en la emisión de estas cartas-certificados, poco aclaratorios sobre el principio máximo de no discriminación y sobre el carácter temporal de la limitación. Nuestro objetivo es que el trabajador quede curado y restablecido (apto), con la adaptación del puesto de trabajo si fuese necesario, en Incapacidad Temporal si su estado de salud es incompatible con el trabajo y hasta su completa recuperación, o en Incapacidad Permanente si aquella no fuera posible.