

SUSANA MORENO CÁLIZ

*Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social. Universidad de Barcelona*

Extracto:

EL presente trabajo aborda el tema de la prevención de la Enfermedad Profesional, analizando las medidas dispuestas en el ordenamiento jurídico español, en las diversas fuentes reguladoras de la misma. Para ello se examinan las disposiciones establecidas en la normativa reguladora de la prevención de riesgos, fundamentalmente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre), así como las normas contenidas en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, texto que a su vez remite a una regulación anterior al sistema vigente de protección social, que data de 1966. La mayor parte de los instrumentos de prevención como los reconocimientos médicos previos y periódicos de los trabajadores expuestos a riesgo de enfermedad profesional, el traslado o baja en el puesto de trabajo que presenta un riesgo de exposición a ésta o la situación de los períodos de observación, que configuran el régimen de protección de carácter preventivo de esta contingencia profesional, ya estaban reconocidos en la normativa específica de carácter reglamentario de aplicación a las Enfermedades Profesionales de la década de los años sesenta. Estas medidas de prevención, que se han mantenido a lo largo de la evolución de la protección de la Enfermedad Profesional, son el objeto de análisis de este estudio.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Las medidas de prevención especiales de la Enfermedad Profesional.
 1. Los reconocimientos médicos obligatorios en materia de Enfermedad Profesional.
 - 1.1. Planteamiento de la cuestión.
 - 1.2. Características de los reconocimientos médicos: obligatoriedad y gratuidad.
 - 1.3. Los reconocimientos médicos previos y periódicos.
 2. El traslado a otro puesto de trabajo.
 - 2.1. Régimen jurídico.
 - 2.2. Cuestiones litigiosas del cambio de puesto de trabajo incompatible con la salud del trabajador.
 - 2.3. Relación entre incapacidad permanente y traslado de puesto de trabajo.
 3. La baja por imposibilidad de traslado del trabajador víctima de una Enfermedad Profesional.
 4. La incapacidad temporal impropia: períodos de observación.
 - 4.1. Concepto.
 - 4.2. Delimitación frente al traslado de puesto de trabajo como medida preventiva.
 - 4.3. Período de observación y baja en el trabajo.
 - 4.4. Duración. Procedimiento de solicitud de la prórroga.
- III. Valoraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

La Enfermedad Profesional constituye una materia de gran actualidad, derivada de las recientes tendencias de prevención de riesgos laborales. Teniendo en consideración las altas cifras de siniestralidad laboral que tiene nuestro país ¹, resulta trascendente delimitar cuáles son las especialidades protectoras que el ordenamiento jurídico dispone para prevenir el riesgo de Enfermedad Profesional.

Conviene tener en cuenta, antes de iniciar el estudio de las medidas de prevención, los parámetros en los que se enmarca la noción legal de la citada contingencia profesional, pues nos permitirá situar esta materia en el lugar que le corresponde en orden a su relevancia en el ámbito general de la prevención de riesgos laborales.

En la actualidad se ha puesto de manifiesto que el concepto de Enfermedad Profesional, establecido en el artículo 116 ² del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio ³ (TRLGSS, en adelante), es un concepto insuficiente para abarcar la multitud de patologías relacionadas con el trabajo. Se trata de un concepto tasado, limitado, en contraposición con el carácter abierto, amplio y flexible del accidente de trabajo, que obedece a una tradición histórico-legislativa relevante. Con todo, la mayoría de las dolencias que aquejan al trabajador son enfermedades vinculadas con el trabajo, por encima de los accidentes de trabajo típicos, o accidentes en sentido estricto, referidos a aquellas lesiones o dolencias que tienen su origen en una acción súbita y violenta. A ello se une el hecho de que es muy difícil encontrar enfermedades con una relación de causalidad exclusiva.

¹ El Plan de Acción Nacional que aprueba la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo el 28 de octubre de 1998 recoge el compromiso de reducir la siniestralidad laboral, pero no se ha conseguido el objetivo fijado como pone de manifiesto en el Senado la Sra. Dolors Hernández Navarro, Secretaria Ejecutiva de Relaciones Laborales y Medio Ambiente de UGT: «El año 2000, en la Comisión nacional decíamos que tenía que ser el año de cambio de tendencia de la siniestralidad en nuestro país. Había unas actuaciones preferentes en 36.000 empresas que suponían casi el 50 por ciento de la siniestralidad laboral de nuestro país. Ése es un fiel exponente de que se acuerdan cosas y luego no se llevan a cabo. El objetivo de esas actuaciones es el cambio de tendencia que, lógicamente, quería decir que respecto a los accidentes laborales en el 2000, como mínimo, teníamos que intentar bajar algo esos niveles de siniestralidad, cosa que no se ha logrado. Han seguido aumentando muchísimo los accidentes». *Vid.* Comisión Especial para la Prevención de los Riesgos Laborales, celebrada el 14 de marzo de 2001, Diario de Sesiones del Senado, Comisiones núm. 100, VII Legislatura.

² El precepto dispone que «se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional».

³ BOE de 29 de junio.

Ciertamente la proliferación de patologías con una etiología multicausal ha provocado la minoración de aquellas enfermedades con una causalidad limitada, única en el trabajo, causalidad que, por otro lado, constituye la base de la calificación de la Enfermedad Profesional. De la multitud de dolencias que padecen los trabajadores relacionadas con el trabajo, que resultan protegidas como accidentes de trabajo, destacan por su frecuencia entre la población trabajadora los trastornos o padecimientos que emanan del estrés en el trabajo tanto de carácter físico (trastornos gastrointestinales, cardiovasculares, respiratorios, endocrinos o musculares) como de carácter psíquico, esto es, fatiga crónica, depresión, insomnio, la ansiedad o el desgaste anímico o agotamiento psíquico conocido como síndrome de «BURN OUT» asociado a los profesionales del sector de la sanidad y de la enseñanza, esto es, a aquellas profesiones de quienes realizan su trabajo en contacto con otras personas que por sus características son sujetos de ayuda, que no tienen un tratamiento específico como enfermedad laboral, canalizándose por la vía del accidente de trabajo, según las últimas tendencias jurisprudenciales, que se reflejan en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) del País Vasco de 2 de noviembre de 1999 ⁴, recurrida en casación, aunque la Sala del Tribunal Supremo (TS) no se ha pronunciado sobre el tema ya que declara la inadmisión del recurso por falta de contradicción en Auto de 26-10-2000.

La tendencia en la actualidad en materia de salud laboral es a considerar un concepto abierto de la Enfermedad Profesional, que permita integrar no sólo las enfermedades clásicas y típicas, sino también aquellas enfermedades relacionadas con el trabajo, que tienen un origen multifactorial y que se pueden denominar como enfermedades inespecíficas por la etiología múltiple que presentan, siendo el factor «trabajo» un factor desencadenante, agravante o acelerador de su evolución.

La ampliación del concepto de la Enfermedad Profesional, a través de la implantación de un sistema mixto, método que propugna la OIT ⁵ y la UE ⁶, caracterizado por una lista abierta de Enfermedades Profesionales, permitiría extender las medidas de protección destinadas a la prevención de estas patologías, previstas en la LGSS.

El problema reside en que la mencionada Ley no regula todos los instrumentos de prevención de la Enfermedad Profesional que pueden ser aplicables, sino que en esta cuestión remite a una normativa específica de la década de los años sesenta, fundamentalmente al Reglamento de Enfermedades Profesionales, aprobado por Orden de 9 de mayo de 1962 ⁷ (REP, a partir de ahora), cuya vigencia ha sido cuestionada en múltiples ocasiones por la doctrina científica y la

⁴ Ar./4212.

⁵ Método que propugna en el Convenio núm. 121, relativo a las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales (1964), que España sorprendentemente no ha ratificado, establecido en el artículo 8 del texto. A este convenio acompaña una Recomendación de la misma fecha y número que interpreta algunas cuestiones del mismo (Recomendación núm. 121 sobre las prestaciones de accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales).

⁶ En la ulterior Recomendación de 1990, que sustituye a la primera Recomendación de 1962, la Comisión adopta una lista europea de Enfermedades Profesionales mínima que se complementa con una relación de patologías profesionales a considerar en un futuro próximo por las legislaciones de los Estados miembros. Recomendación 90/3326/CEE (DOCE L 160, 26-6-1990).

⁷ BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1962; corrección de errores en BOE núm. 22, de 25 de enero de 1963.

jurisprudencia, al desarrollar un Decreto de 1961 (Decreto 792/1961, de 13 de abril), por el cual se organizó el aseguramiento de las Enfermedades Profesionales ⁸, y estableció una lista de trabajos capaces de producir aquéllas.

Habiendo sido derogado este Decreto por el vigente Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo ⁹, que contiene la actual lista de Enfermedades Profesionales se suscita su aplicabilidad, máxime cuando las medidas de prevención que establece pueden chocar con algunos preceptos legales contenidos en el TRLGSS, tal y como se analiza en el epígrafe correspondiente (*vid.* Relación entre incapacidad permanente y traslado de puesto de trabajo).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el diagnóstico de la Enfermedad Profesional constituye una pieza clave del entramado preventivo de esta contingencia profesional, en la medida en que su presunción determina la situación médica del trabajador en período de observación, calificado como un supuesto de incapacidad temporal, pese a que el trabajador no padece una incapacidad laboral para prestar servicios. Se establece en la LGSS como un instrumento de prevención de la Enfermedad Profesional que viene condicionado por la falta de certeza del diagnóstico y que permite al facultativo médico estudiar si la dolencia que aqueja al trabajador constituye una Enfermedad Profesional.

Estas situaciones de período de observación y traslado del trabajador, que están previstas de forma directa o indirecta en la LGSS, constituyen un indicativo de las especialidades de la protección de la Enfermedad Profesional, como quiera que son exclusivas de la misma.

El presente estudio tiene por objeto definir el marco jurídico de la prevención de la Enfermedad Profesional, teniendo en cuenta sus características definidas en la Ley, pero limitándolo a las particulares medidas de protección que la legislación vigente de Seguridad Social establece para evitar la aparición de la Enfermedad Profesional.

Con ello se pretende reflejar la relevancia que en el ámbito de la Enfermedad Profesional tiene la prevención, que desde la incipiente regulación de la Enfermedad Profesional ha estado presente, primero en relación a la silicosis, en la normativa de la década de los años cuarenta, y posteriormente en la legislación de los años sesenta, punto de arranque de la prevención aplicable a todas las Enfermedades Profesionales.

⁸ Decreto por el que se organiza el aseguramiento de las Enfermedades Profesionales y la obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de Fallecidos por Accidentes de Trabajo o Enfermedad Profesional. BOE núm. 128 de 30 de mayo de 1961; corrección de errores en BOE núm. 82, de 5 de abril de 1963.

⁹ BOE de 25 de agosto.

II. LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN ESPECIALES DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL

1. Los reconocimientos médicos obligatorios en materia de Enfermedad Profesional.

1.1. Planteamiento de la cuestión.

En el ámbito de la vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos a riesgo de Enfermedad Profesional no sirven los criterios generales establecidos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, de 8 de noviembre ¹⁰ (a partir de ahora, LPRL), en el artículo 22, desarrollado por el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero ¹¹ (en adelante, RSP), concretamente por el artículo 37.3. La remisión del precepto legal a las disposiciones específicas que regulan la protección de la salud del trabajador frente a riesgos específicos ¹² vincula esta materia con los preceptos del TRLGSS que desarrollan la obligación empresarial de realizar reconocimientos médicos a los trabajadores que van a ser contratados para prestar servicios en puestos de trabajo con riesgo de Enfermedad Profesional.

Efectivamente, los artículos 196 y 197 de la Ley de Seguridad Social contienen las normas específicas para la vigilancia de las Enfermedades Profesionales así como la determinación de las responsabilidades por falta de reconocimientos médicos, respectivamente. Junto a las disposiciones legales mencionadas debemos tener en cuenta el conjunto normativo configurado por Órdenes Ministeriales dictadas en la década de los sesenta, de desarrollo reglamentario del Decreto 792/1961, de 13 de abril, mencionado en otro lugar, por el que se organiza el aseguramiento de las Enfermedades Profesionales. Así la Orden de 9 de mayo de 1962, por la que se aprueba el Reglamento del Decreto 792/1961 citado, modificada en numerosas ocasiones ¹³, contiene normas complementarias sobre los reconocimientos médicos en materia de Enfermedades Profesionales ¹⁴. Igualmente hay que tener

¹⁰ BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

¹¹ BOE núm. 27, de 31-1-1997.

¹² La regla de la voluntariedad de la vigilancia de la salud (sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento) se exceptúa en dos supuestos: 1) previo informe de los representantes de los trabajadores, cuando la realización de los reconocimientos médicos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa y 2) cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad (art. 22.1 LPRL).

¹³ La Orden de 8 de abril de 1964 modifica los artículos 38, 39, 45, 48, 57, 60, 63, 72 y 77 (BOE núm. 87, de 10 de abril). La Orden de 6 de mayo de 1965, publicada en el BOE núm. 119, de 19 de mayo, modifica el artículo 44 del REP de 9 de mayo de 1962. La Orden de 29 de septiembre de 1966 reforma los artículos 39, 45, 77, 83 del Reglamento (BOE núm. 236, de 3 de octubre). La Resolución de 24 de noviembre de 1966 de la Dirección General de Previsión contiene normas aclaratorias del REP. La Orden de 28 de julio de 1969 deroga el último párrafo del número 6 del artículo 45 del REP (BOE núm. 188, de 7 de agosto).

¹⁴ Normas reglamentarias para aplicación del Decreto 792/1961, elevadas por la Junta Administrativa del Fondo Compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

en cuenta las Órdenes Ministeriales de 12 de enero de 1963 y de 15 de diciembre de 1965, reguladoras de los reconocimientos médicos, diagnósticos y calificación de las Enfermedades Profesionales, contienen normas acerca de los controles médicos ¹⁵.

Todas ellas fueron dictadas en desarrollo del Decreto de 1961, por el que se estableció el *Cuadro de Enfermedades Profesionales* (en total, treinta y tres) y *lista de trabajos con riesgo de producirlas* ¹⁶. Este Decreto fue derogado y sustituido por el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo vigente, que fija un nuevo cuadro de Enfermedades Profesionales, vigente en la actualidad.

Sobre esta normativa pesa la duda de su vigencia y aplicabilidad al complementar un Decreto ya derogado por el Real Decreto 1995/1978. La doctrina se manifiesta a favor de su aplicación como consecuencia de la falta de una normativa específica en la materia que sustituya a la anterior ¹⁷. Por su parte la jurisprudencia también se ha pronunciado acerca de la vigencia o derogación de las mismas, procediendo con cautela en este asunto. Parece que admiten la vigencia siempre y cuando no contradigan la regulación vigente de rango superior.

La Sala de lo Social del TS en una relativamente reciente Sentencia de 5 de junio de 2000 ¹⁸ ha confirmado la aplicación del REP, que contiene reglas especiales con respecto a las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de la Enfermedad Profesional, utilizando dos argumentos: 1) en la medida en que no han sido sustituidas por la normativa posterior y 2) en cuanto resultan más beneficiosas para el trabajador.

No obstante, la aplicabilidad sigue siendo cuestionada como quiera que algunos magistrados ¹⁹ formulan en voto particular sus opiniones contrarias a la Sala, en defensa de la limi-

¹⁵ BOE núm. 62, de 13 de marzo de 1963 y núm. 14, de 17 de enero de 1966, respectivamente. En ellas se establece una clasificación por grupos de Enfermedades Profesionales según el agente enfermante –enfermedades causadas por el plomo y sus derivados, por el manganeso y sus compuestos, por el benceno y sus homólogos, etc.– para después incluir en cada uno de ellos los cuadros clínicos con derecho a reparación por el seguro, las normas para el reconocimiento previo al ingreso en puestos con riesgo, las normas para los reconocimientos periódicos, normas para el diagnóstico de la enfermedad así como para la calificación de la capacidad.

¹⁶ La Orden de 9 de abril de 1965 (BOE núm. 90, de 15 de abril) incluye la enfermedad denominada bagazosis entre las profesionales del cuadro anexo al Decreto 792/1961, de 13 de abril. Con posterioridad el Decreto 2229/1970, de 9 de julio (BOE núm. 180, de 29 de julio) modifica la lista de trabajos con riesgo de producir Enfermedades Profesionales.

¹⁷ J. IGNACIO GARCÍA NINET, en la obra colectiva *La Incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1996, pp. 25-32, advierte que la normativa de los años 61 y 62 se acepta con carácter reglamentario y necesario, a falta de desarrollo *ex post* del TRLGSS, aunque hay dudas razonables de su vigencia. Por su parte, J. GARCÍA ORTEGA defiende la vigencia de las mismas, en «La Enfermedad profesional», *Enciclopedia de Seguridad Social*, Valencia. (Ed. CISS-PRAXIS), obra actualizable. HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN y otros autores, en *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales*, Madrid (ed. COLEX), 2.ª edición, 1993, constatan la dudosa vigencia de tales Órdenes al derogarse el Decreto 792/1961, de 13 de abril, que desarrollaban. No obstante consideran que tal y como se desprende de la exposición de motivos del Real Decreto 1995/1978, se deroga el cuadro de Enfermedades Profesionales anterior, con la finalidad de adecuar la legislación a los avances médicos en la investigación, pero no se refiere a los diagnósticos, reconocimientos y calificación de las mismas. Por consiguiente, deducen que la derogación se limita al cuadro de Enfermedades Profesionales y no alcanza a las Órdenes de desarrollo relativas a los reconocimientos.

¹⁸ Ar./4806.

¹⁹ Excmos. Sres. D. Luis Gil Suárez, D. Aurelio Desdentado Bonete.

tación de la aplicación del Reglamento, en virtud de los principios de jerarquía y modernidad, a tres supuestos: 1) cuando exista una remisión de la legislación actual a la anterior, 2) cuando se trate de integrar lagunas de la nueva regulación y 3) cuando por peculiaridades de la materia regulada sea conveniente aplicar la norma especial anterior preferentemente a la norma general posterior.

Por su parte, las Salas de lo Social de los TSJ admiten la aplicabilidad de los preceptos reglamentarios si estas disposiciones no chocan con la regulación legal vigente, especialmente en materia de incapacidad permanente. Sirvan como ejemplo las resoluciones dictadas por las Salas del TSJ de Cataluña y Cantabria en Sentencias de 16 de junio de 1993 (Ar./2985) y de 12 de julio de 1994 (Ar./2985), respectivamente sobre la aplicabilidad de los preceptos reglamentarios mencionados en relación con las disposiciones sobre invalidez permanente contenidas en el TRLGSS:

«[...] Resolviendo en el caso de autos la cuestión mediante el cambio teórico a un puesto de trabajo en la práctica inexistente con las prestaciones temporales y readaptación formativa a una nueva actividad profesional, previo cese en la empresa, como disponen los artículos 48 y 49 del citado Reglamento, se estará haciendo de peor condición a la enfermedad profesional que la común con vulneración de las normas legales sobre calificación de la invalidez permanente aplicables a una y otra, sobre las que no pueden prevalecer las referidas reglamentarias, por su inferior rango [...].» (STSJ de Cataluña, citada, FJ Único).

«[...] Por lo que se refiere a la prevalencia de los preceptos legales sobre los reglamentarios, no debe ofrecer duda de que la aplicación de éstos, en virtud de la remisión contenida en el artículo 131.2 de la Ley General de la Seguridad Social, no puede significar la exclusión de los conceptos de la invalidez permanente establecidos en sus artículos 132.3 y 135 cuando se trate de enfermedades profesionales, puesto que no existe ninguna salvedad legal a este respecto. [...] además se proponen soluciones materialmente imposibles de aplicar, puesto que no existe empresa a la que imponer el pago de doce meses del salario, aparte de la cuestionable legalidad de esta imposición por desempleo desconocidas en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, rectora de las mismas.» (STSJ de Cantabria, de 12 de julio de 1994, FJ 3.º).

Como se desprende de estas resoluciones judiciales la aplicación del REP, especialmente la medida contemplada en el mismo de traslado o baja del trabajador al que se les descubren síntomas de Enfermedad Profesional, puede chocar con las disposiciones en materia de invalidez permanente, que tienen carácter preferente por su ubicación en el texto de la LGSS, cuestión sobre la que se incidirá más adelante.

Sin embargo, se puede afirmar que, a falta de un desarrollo reglamentario de los preceptos del TRLGSS aplicables a los reconocimientos médicos en materia de Enfermedades Profesionales y en virtud de la remisión del artículo 133.2 del mismo cuerpo legal a las obligaciones «establecidas o que puedan establecerse en lo sucesivo, a cargo de este Régimen General o de los empresarios, cuando

por causa de enfermedad profesional se acuerde respecto de un trabajo el traslado de puesto de trabajo, su baja en la empresa u otras medidas análogas»²⁰, las citadas disposiciones constituyen la normativa de desarrollo de aquéllos, en la medida en que no colisionan con normas de rango superior.

1.2. Características de los reconocimientos médicos: obligatoriedad y gratuidad.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 196 del TRLGSS todas las empresas que hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo profesional deben realizar obligatoriamente, so pena de cometer una infracción sancionable, determinados reconocimientos médicos. La Ley contempla dos tipos de controles médicos: previos a la contratación²¹ y de carácter periódico.

En cualquier caso son obligatorios para la empresa y para el trabajador, y gratuitos para este último. Son obligatorios para el empresario, que asume el deber de llevarlos a la práctica, y para el trabajador, que no puede negarse a que le examinen:

«Los reconocimientos serán a cargo de la empresa y tendrán carácter de obligatorios para el trabajador [...].»

La negativa del trabajador a que se realicen dichos controles condicionará su contratación, en el caso de ser un reconocimiento obligatorio previo, o incluso la continuidad en la empresa, si se trata de un reconocimiento periódico. La cuestión estriba en determinar qué consecuencias tiene para el trabajador el incumplimiento de esta norma. El caso es que la Ley (TRLGSS) sí que contempla la responsabilidad de la empresa por falta de reconocimientos médicos (art. 197), pero olvida la responsabilidad del trabajador, a quien obliga a someterse a los reconocimientos.

Tratándose de un reconocimiento previo, siendo éste un requisito necesario para celebrar el contrato, si el trabajador se niega a su práctica, la empresa queda liberada de formalizar el vínculo contractual. Cosa distinta sería que esta última incumpla el deber de someter al trabajador a la prueba médica, situación que contempla el artículo 197.2 y que conlleva la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones²².

²⁰ El artículo 196.4 del TRLGSS también se remite a la normativa de desarrollo aplicable a los reconocimientos médicos para Enfermedades Profesionales: «Las disposiciones de **aplicación y desarrollo** determinarán los casos excepcionales en los que, por exigencias de hecho de la contratación laboral, se pueda conceder un plazo para efectuar los reconocimientos inmediatamente después de la iniciación del trabajo».

²¹ A diferencia de lo que dispone la LPRL como criterio general aplicable a los controles médicos iniciales que se realizan tras la incorporación en la empresa o después de la asignación de tareas específicas con nuevos riesgos para la salud (desarrollado por el art. 37.3.1.º del RSP).

²² Dispone el precepto que el incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos la constituirá en responsable directa de todas las prestaciones que puedan derivarse, en tales casos, de Enfermedad Profesional, tanto si la empresa estuviera asociada a una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, como si tuviera cubierta la protección de dicha contingencia en una entidad gestora.

Por otro lado, el carácter obligatorio del reconocimiento periódico trae consigo el deber del trabajador de someterse a estos exámenes de salud. El antecedente más inmediato de esta norma, prevista en la disposiciones reguladoras de la Enfermedad Profesional, se halla en el artículo 38.1 del REP, que reconoce el carácter obligatorio para el trabajador, aunque no contempla la consecuencia de su incumplimiento ²³.

A mayor abundamiento el propio Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores ²⁴ (TRET, en lo sucesivo) establece en materia de seguridad e higiene la obligación del trabajador a observar las medidas legales y reglamentarias que se establezcan en la empresa (art. 19.2 TRET) y su incumplimiento constituye una infracción laboral que entra dentro del ámbito del poder disciplinario del empresario, reconocido en el artículo 20 del mismo cuerpo legal. De hecho el artículo 29 de la LPRL considera el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos como incumplimiento laboral sancionable por la vía del artículo 58.1 del TRET, que regula las faltas y sanciones de los trabajadores. En función de la gravedad de la falta la sanción a imponer tendrá la calificación prevista en la disposición legal o en el convenio colectivo aplicable. Por consiguiente el incumplimiento de la obligación por parte del trabajador se incluiría dentro del supuesto de incumplimiento laboral sancionable.

La obligatoriedad de los reconocimientos del artículo 196 contrasta con el principio de voluntariedad que rige en la vigilancia de la salud derivada de lo dispuesto en el artículo 22 de la LPRL, a salvo las excepciones legales ²⁵.

Por otro lado, en cuanto a la gratuidad de dichos reconocimientos médicos -que comprende los gastos de desplazamiento y la totalidad del salario- es una regla constante en la evolución histórico-legislativa de la Enfermedad Profesional ²⁶. Ello supone que el empresario sufragará los gastos que generan la realización de las pruebas médicas en los términos que establezcan la Ley y los convenios colectivos.

²³ Sin embargo en el artículo 122 el REP prevé la posibilidad de sancionar al trabajador que se niega a ser sometido a tratamiento de recuperación y rehabilitación por la, entonces, Dirección General de Previsión, a propuesta del Fondo Compensador (ente que sucedió a la Junta Administrativa del Seguro de Enfermedades Profesionales y que se integró en el INSS). La sanción prevista sería la pérdida de la percepción económica por incapacidad temporal o permanente, en su caso.

²⁴ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el TRET. BOE de 29 de marzo.

²⁵ S. GONZÁLEZ ORTEGA y J. APARICIO TOVAR son partidarios de que el empresario realice con carácter obligatorio un control médico inicial previo a la contratación, aunque la LPRL no lo exprese. La justificación a esta propuesta reside en la presencia de este requisito en las Directivas específicas de desarrollo de la Directiva Marco. En *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Madrid (Trotta), 1996, p. 151.

²⁶ Así el Decreto 792/1961 (art. 20) ya reconocía la obligatoriedad y gratuidad para el trabajador, gratuidad que el REP concretaba en el abono de los gastos de desplazamiento (si procedía) y la totalidad del salario que por causa del reconocimiento pudiera dejar de percibir (art. 38.1, Orden de 9-5-1962).

En efecto, el TRLGSS atribuye esa carga al empresario, pero cabe la posibilidad de que la norma convencional fije otros conceptos económicos a cargo del empresario. Al respecto debe destacarse que el artículo 22 de la LPRL omite cualquier referencia a la cuestión económica de los reconocimientos médicos, pero el artículo 14.5 reconoce que el coste de las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo no debe recaer en los trabajadores. A ello se une el hecho de que la Directiva comunitaria, en la que se inspira la Ley (art. 6.5 Directiva 89/391/CEE de 12 de junio de 1989²⁷), establece que las medidas que se adopten en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo no pueden suponer una carga financiera para el trabajador. Ello significa que esta regla de gratuidad es aplicable también a los reconocimientos médicos previstos en la LPRL²⁸.

1.3. Los reconocimientos médicos previos y periódicos.

La realización de los primeros exámenes de salud en materia de Enfermedad Profesional tendrá lugar antes de la admisión del trabajador en la empresa, si bien con carácter excepcional, la Ley permite que se puedan efectuar inmediatamente después de iniciar el trabajo por exigencias de hecho de la contratación laboral en los casos que determinen las disposiciones de aplicación y desarrollo (art. 196.4 TRLGSS).

En este sentido el REP establece en su artículo 38 la obligación de efectuar reconocimientos médicos de admisión a los puestos de trabajo con riesgo de Enfermedades Profesionales²⁹ en los mismos términos que establecía el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril³⁰, en su artículo 190 (se corresponde con el art. 190 LGSS de 1974 y art. 196 TRLGSS vigente, de 1994).

²⁷ DOCE L 183, de 29 de junio.

²⁸ Un supuesto jurisprudencial de aplicación del artículo 191.2 de la LGSS (1974) de forma análogica a una situación de reconocimientos médicos obligatorios para las empresas que debían contar con un servicio médico de empresa puede verse en la STSJ de Andalucía/Málaga de 14 de octubre de 1996, Ar./3695: «[...] De las normas citadas se infiere claramente que es obligación de la demandada el contar con los adecuados Servicios Médicos de Empresa, que velen por la conservación y mejora de la salud de sus trabajadores, y responsabilidad de la misma que éstos se sometan, al menos una vez al año, al preceptivo reconocimiento médico. Y si por conveniencia de la patronal tales Servicios están organizados de forma que imponen al trabajador el desplazamiento de su lugar de residencia a otro distinto para ser reconocido, es obvio que el perjuicio económico que ello comporta no debe gravarle a él, sino a la empresa, que como se ha dicho es la responsable de que la expresada medida preventiva se cumpla, sin necesidad de acudir, para llegar a esta conclusión, a la aplicación análogica del artículo 191.2 de la Ley General de Seguridad Social, que expresamente impone a la empresa los gastos de desplazamiento de los trabajadores por razón de reconocimiento médico previo a su ocupación en puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales, que no es el caso de autos» (FJ 5.º).

²⁹ Dicho precepto desarrollaba el artículo 20 del Decreto 792/1961, que imponía a todas las empresas que debían cubrir puestos de trabajo con riesgos de Enfermedad Profesional la práctica de reconocimientos médicos previos a la admisión y posteriormente con la periodicidad fijada por las Órdenes Ministeriales, con carácter obligatorio y gratuitos para el trabajador.

³⁰ BOE núms. 96 y 97, de 22 y 23 de abril de 1996.

Particularmente sobre la práctica de controles médicos previos la citada norma establece la posibilidad de realizarlos con posterioridad siempre que se cumplan dos condiciones: 1) lo autorice la entidad aseguradora y 2) se realicen en un plazo máximo que no supere el período de prueba ³¹.

La finalidad de estos reconocimientos reside en conocer el estado de salud del trabajador en el momento de ingresar en la empresa de modo que permita determinar la posible susceptibilidad del individuo al riesgo de Enfermedad Profesional y consecuentemente la aptitud para desarrollar la actividad con riesgo ³².

En este sentido, el Reglamento sobre trabajos con riesgo de amianto aprobado por la Orden de 31 de octubre de 1984 ³³, en su artículo 13, considera que los reconocimientos médicos previos sirven para determinar la capacidad específica para trabajos con riesgo por amianto, de modo que la presencia de ciertas manifestaciones patológicas enumeradas en el propio precepto determina la no admisión del trabajador.

Si el resultado de la prueba médica revela la ineptitud del trabajador para el puesto de trabajo que vaya a ocupar no podrá ser contratado por la empresa, prohibición que establece expresamente el artículo 196.3 del TRLGSS y que se extiende a la continuación del trabajador en su puesto de trabajo cuando se mantenga la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos ³⁴.

Ni la LGSS ni la LPRL concretan el plazo en el que se debe hacer la notificación de los reconocimientos médicos realizados para detectar posibles dolencias relacionadas con el trabajo o que puedan determinar la ineptitud. De nuevo debemos remitirnos a la Orden de 9 de mayo de 1962 (REP), cuyo artículo 38 establece que las empresas obligadas a realizar los reconocimientos deben notificar a los trabajadores dentro de las 48 horas siguientes el resultado de los mismos (ya sean previos o periódicos) cuando el diagnóstico emitido fuera normal y útil para el trabajo ³⁵.

³¹ Artículo 38.6: «En casos excepcionales, debidos a las exigencias de la forma obligada de contratación laboral, se concederá por la Entidad aseguradora un plazo máximo igual al del período de prueba que señale la correspondiente Reglamentación de Trabajo para la efectividad de estos reconocimientos». La redacción de este precepto obedece a la reforma operada por la Orden de 8 de abril de 1964 que modifica ciertos preceptos de la Orden de 9 de mayo.

³² Según los expertos de la OIT «los exámenes médicos deberían efectuarse, según proceda, antes o inmediatamente después de la entrada en el empleo o en el cargo asignado, para recopilar información que pueda servir de referencia en la futura vigilancia de la salud». En Principios directivos sobre vigilancia de la salud, Serie Seguridad y Salud en el Trabajo, num. 72, Ginebra (OIT), 1998, (punto 3.10), p. 7.

³³ BOE de 7-11-1984.

³⁴ En el mismo sentido, véase el artículo 40 de la Orden de 9 de mayo de 1962 que prohíbe la contratación de trabajadores que en el reconocimiento médico previo no hubieran sido calificados como «aptos para el trabajo a que se les destina».

³⁵ Asimismo, la citada norma contemplaba la anotación de los resultados de los reconocimientos médicos en la cartilla sanitaria del trabajador, que era la misma que la OSME (Orden de 21-11-1959, que aprueba el Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa) ordenaba para las empresas obligadas a tener un servicio médico de empresa. En efecto el artículo 46 del Reglamento obligaba a las empresas a facilitar a cada trabajador una cartilla sanitaria –en la que debía constar el resultado del reconocimiento previo así como los datos esenciales obtenidos en los interrogatorios y exploraciones– que se ajustase al modelo oficial establecido. La Inspección de Trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Orden, debía asegurarse de que todo trabajador ocupado en puesto con riesgo de Enfermedad Profesional

Con posterioridad a la admisión del trabajador en la empresa deben llevarse a cabo los controles médicos con carácter periódico ³⁶. La periodicidad de los controles médicos obligatorios viene determinada en la normativa reglamentaria que dicte el Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales para cada tipo de Enfermedad Profesional ³⁷.

No obstante, con carácter general, para todo tipo de Enfermedad Profesional, se prevé en el REP (art. 50) la realización de reconocimientos médicos postocupacionales ³⁸. Así, aquellos trabajadores que cesen en el trabajo por razón de la Enfermedad Profesional deben ser sometidos a reconocimiento médico por lo menos una vez al año por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) (sucesor del extinto Fondo Compensador de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional).

estuviera dotado de la cartilla sanitaria y hubiera sido declarado apto en los reconocimientos. En la actualidad el artículo 23 d) de la LPRL obliga al empresario a elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral la práctica de los reconocimientos médicos y los resultados de los mismos, sin tener en cuenta la vieja «cartilla sanitaria».

³⁶ De conformidad con la normativa anterior a la LPRL, es decir, el Decreto 1036/1959, de 10 de junio, de Reorganización de los Servicios Médicos de Empresa y la Orden de 21-11-1959 por la que se aprueba el Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa, la periodicidad de los reconocimientos médicos era anual con carácter general, salvo en algunos casos en los que se realizaban semestral o mensualmente. Los reconocimientos médicos debían integrar una serie de pruebas médicas, a saber (art. 44 del Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa): «estudio médico detenido, incluyendo radioscopias de tórax, investigación de componentes anormales y sedimentos de orina, recuento de hematíes y leucocitos, fórmula leucocitaria y velocidad de eritrosedimentación, así como un examen psicotécnico elemental de acuerdo con las condiciones requeridas para su puesto de trabajo». A partir de 1989 se prohíben las exploraciones radiológicas sistemáticas (por Orden de 18-10-1989).

³⁷ Hasta la fecha se han dictado las siguientes: la Resolución de 15 de febrero de 1977 sobre el empleo de disolventes y otros compuestos que contengan benceno (BOE de 11 de mayo); el Reglamento para la prevención de riesgo y protección de la salud por la presencia de plomo metálico y sus compuestos iónicos en el ambiente de trabajo, por Orden de 9 de abril de 1986 (BOE 24 de abril); la Orden de 31 de octubre de 1984 por la que se aprueba el Reglamento sobre Trabajos con Riesgos de Amianto (BOE 7-11-1984); Orden de 7 de enero de 1987, por la que se establecen normas complementarias del Reglamento sobre Trabajos con Riesgos de Amianto (BOE de 15 de enero); Orden de 26 de julio de 1993 (BOE de 5-8-1993); la Orden de 9 de abril de 1986 por la que se aprueba el Reglamento para la Prevención de Riesgos y Protección de la Salud por la presencia de cloruro de vinilo monómero en el ambiente de trabajo (BOE de 6 de mayo); el Real Decreto 1316/1989, de 27 de octubre, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la exposición al ruido durante el trabajo (BOE de 2-11-1989); el Real Decreto 88/1990, de 26 de enero, sobre protección de los trabajadores mediante la prohibición de determinados agentes específicos y/o determinadas actividades (BOE de 27 de enero); el Real Decreto 53/1992, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre Protección Sanitaria contra Radiaciones Ionizantes (BOE 12-2-1992); el Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particulares dorsolumbares, para los trabajadores (BOE de 23 de abril); el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización (BOE de 23 de abril); el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE de 24 de mayo); el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (BOE de 24 de mayo).

³⁸ También están previstos en el RSP, artículo 37.3: «En los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral a través del Sistema Nacional de Salud».

2. El traslado a otro puesto de trabajo.

2.1. Régimen jurídico.

La Orden de 9 de mayo de 1962, por la que se aprueba el REP, prevé entre los mecanismos de prevención de la Enfermedad Profesional el traslado del trabajador en la empresa. El cambio de puesto de trabajo constituye en este ámbito un derecho del trabajador, como consecuencia de la incompatibilidad entre su estado de salud y la permanencia en la ocupación que desarrolla ³⁹.

Esta medida no es exclusiva de nuestro ordenamiento jurídico sino que forma parte de las legislaciones de los Estados europeos tal y como pone de manifiesto D. PIETERS: «la peculiaridad de los sistemas de enfermedades laborales es que a veces también otorgan prestaciones destinadas a prevenir la aparición de la enfermedad. Eso supone proporcionar una prestación de salario sustitutivo (o una prestación por la que se eleva el salario profesional en el caso de haberse producido un desplazamiento a un puesto de trabajo peor retribuido) a cualquier persona con probabilidades de contraer una enfermedad laboral en caso de continuar trabajando en el ambiente profesional que está dañando a su salud» ⁴⁰.

El régimen jurídico del traslado previsto en el REP sigue siendo aplicable a todos los casos de Enfermedad Profesional en los que concurren los elementos exigidos en la misma, si bien su aplicación plantea algunos conflictos con los preceptos del vigente TRLGSS (1994), según se deduce de la praxis jurisprudencial.

³⁹ Existen en el ordenamiento jurídico dos supuestos en los que se configura como obligación del empresario en materia de prevención de riesgos el cambio de puesto de trabajo basado en la alteración de la salud del trabajador, a saber: respecto a los trabajadores nocturnos, por disposición legal expresa, artículo 36.4 del TRET: «Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos», y las mujeres embarazadas o lactantes, vía artículo 26 de la LPRL: «Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifique el médico que en el régimen de la Seguridad Social aplicable asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado».

⁴⁰ Esta idea de separar al trabajador de su puesto de trabajo se integra dentro del ámbito de la prevención de la Enfermedad Profesional. Para D. PIETERS «las acciones preventivas que se sirven de las prestaciones merecen ser apoyadas. De hecho, no sólo encajan muy bien con la idea según la cual la prevención debe tener carácter prioritario sino también con la opción genérica a favor de una política activadora del mercado de mano de obra, de tal modo que se saque a tiempo de su puesto de trabajo a las personas que se encuentran amenazadas por una enfermedad profesional y se las canalice hacia otra actividad profesional (no expuesta al peligro) dentro o fuera de la empresa. En especial, conviene tener en cuenta a este respecto los suplementos de transición con los que se compensa el cambio de salario profesional entre la antigua y la nueva profesión». *Vid.* «El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea», en AA.VV.: *Cien años de Seguridad Social*, Madrid (Muprespa), 2000, pp. 194, 202.

El caso es que el artículo 45 del REP determina el cambio de puesto de trabajo cuando se detectan *síntomas de la Enfermedad Profesional* que no incapacite temporalmente al trabajador con la finalidad de evitar el deterioro de la salud del trabajador. Con ello se pretende frenar el avance de la enfermedad, detectada en esa primera fase en la que todavía es fácil tratarla porque empieza a manifestar sus síntomas. No se trata de una enfermedad crónica y consolidada o permanente sino de una manifestación de la misma en sus inicios.

De tal suerte que si la Enfermedad Profesional diagnosticada constituye una situación de incapacidad, ya sea temporal o definitiva, para el trabajador no será aplicable el régimen jurídico previsto por la norma del traslado ⁴¹. Por tanto se exigen dos presupuestos significativos para aplicar esta norma: 1) existencia de **síntomas** de Enfermedad Profesional y 2) que esas manifestaciones de la enfermedad **no sean incapacitantes**. El objetivo último que se persigue no es otro que prevenir el avance de la enfermedad, lo cual significa que existe esa dolencia aunque se encuentre en un primer estadio.

Por ello no cabe confundir esta situación con la aparición de una Enfermedad Profesional que incapacita permanentemente al trabajador para su profesión habitual, en cuyo caso, será aplicable el régimen jurídico previsto para la incapacidad permanente.

Si la situación aconseja un cambio de puesto de trabajo a otro exento de riesgo, a tenor del juicio médico, con el objetivo de evitar la progresión de la enfermedad, deberá realizarse atendiendo a unas normas concretas:

- En primer lugar se realizará dentro de la misma empresa (concepto más amplio que centro de trabajo);
- El médico que constata los síntomas debe informar a la empresa, a la autoridad laboral correspondiente y a la entidad aseguradora de la situación e indicar que el cambio tiene carácter temporal o definitivo;
- El empresario, por su parte, debe cumplir con el dictamen médico de traslado y comunicarlo al INSS que integra al extinto Fondo Compensador;
- La remuneración del trabajador no será inferior a la que venía disfrutando en el anterior puesto de trabajo de modo que percibe el mismo salario, exceptuando las retribuciones ligadas a la producción del puesto de origen ⁴²;

⁴¹ Vid. la STSJ de Cataluña de 21 de abril de 1998 (Ar./5579).

⁴² Por motivos económicos particulares de la empresa es posible solicitar a la autoridad laboral correspondiente (la Delegación Provincial de Trabajo, en el momento de dictar la norma) la reducción del salario. En ese caso la autoridad resolverá en sentido favorable o no para la empresa, pero nunca podrá suponer una reducción del salario inferior al señalado para la nueva categoría de trabajo asignada.

- La imposibilidad de ocupar al trabajador en puesto exento de riesgo, según el criterio de la empresa, corroborado por la Inspección de Trabajo determina que sea dado de baja en la misma y perciba con cargo a la misma, previa inscripción en las oficinas de empleo, un subsidio equivalente al salario íntegro durante un período de doce meses; dicho subsidio se amplía durante seis meses más si no se le da ocupación al trabajador a cargo de la entidad gestora (INSS como sucesora del Fondo Compensador).

Para los trabajadores silicóticos de primer grado se establecen normas específicas respecto a los puestos de trabajo incompatibles, retribución (percepciones complementarias), vacaciones, cotización, prestación económica por baja en la empresa ⁴³.

2.2. Cuestiones litigiosas del cambio de puesto de trabajo incompatible con la salud del trabajador.

Los principales problemas que plantea la aplicación de esta norma se ubican en dos puntos esenciales: 1) el procedimiento de separación del puesto de trabajo incompatible con la salud del trabajador y 2) la imposibilidad de dar una ocupación efectiva y adecuada a su estado de salud.

2.2.1. El procedimiento de separación del puesto de trabajo.

En cuanto a la primera cuestión el REP (art. 45.1) nada dice acerca de la movilidad del trabajador más que se realizará dentro de la misma empresa ⁴⁴ y a un puesto exento de riesgo. Omite cualquier referencia al tipo de movilidad que se debe aplicar (horizontal, vertical, ascendente o descendente) así como a los requisitos de profesionalidad que se exigen al trabajador, a diferencia de lo que ocurre respecto al cambio de puesto de trabajo del trabajador nocturno a quien se le reconocen problemas de salud ligados al hecho de su trabajo. En este caso el TRET (art. 36.4) establece que el traslado a un puesto de trabajo diurno se realice de conformidad con lo dispuesto

⁴³ El artículo 45 del REP detalla el régimen jurídico del traslado para los trabajadores que se hallan en el primer grado médico de silicosis. Al respecto existen tres grados de silicosis. El primer grado no es incapacitante pero el segundo y el tercero generan incapacidad.

⁴⁴ En los mismos términos se pronuncia el artículo 25.1 del Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las Enfermedades Profesionales y la obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o Enfermedad Profesional (DEP), a saber: «Los médicos que en el ejercicio de sus funciones y como consecuencia de los reconocimientos que realicen a los trabajadores descubran algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del productor a otro puesto de trabajo *dentro de la misma Empresa*, además de informar a ésta sobre tal circunstancia, especificando si el cambio debe ser temporal o definitivo, están también obligados a hacerlo a la Delegación de Trabajo correspondiente y a la Entidad con la que se esté contratado el Seguro de Accidentes del Trabajo».

en los preceptos reguladores de la movilidad funcional y modificación sustancial de condiciones de trabajo (arts. 39 y 41) así como que se tenga en cuenta la condición de profesionalmente apto para ese nuevo puesto ⁴⁵.

Asimismo existe en el Derecho vigente otro supuesto en el que procede el cambio de puesto de trabajo por motivos de salud, y es el que contempla el artículo 26 de la LPRL, relativo a la protección de la maternidad. Efectivamente la norma prevé que, ante la existencia de un riesgo para la salud de la trabajadora embarazada –hecho constatado por el médico de la Seguridad Social– y pese a la aplicación de medidas preventivas por parte del empresario (adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo), la trabajadora tiene derecho a un cambio de puesto o función para evitar las consecuencias negativas del trabajo en su salud.

En ese caso la movilidad funcional se llevará a cabo siguiendo las reglas establecidas por el TRET (idéntica solución a la contemplada para los trabajadores nocturnos), es decir, atendiendo al grupo o la categoría profesional equivalente de la trabajadora y con carácter temporal y no definitivo, hasta que su estado de salud permita su reincorporación al puesto de origen. A mayor abundamiento, si la aplicación de dichas reglas sobre movilidad funcional no dan el resultado esperado, cual es la remoción del puesto de trabajo nocivo para la salud de la mujer embarazada, el legislador admite que la movilidad funcional se realice a un puesto de trabajo no correspondiente al grupo o categoría equivalente, aunque conservando el derecho al conjunto de retribuciones del puesto de origen ⁴⁶.

Por su parte el REP únicamente pone dos límites al cambio de puesto de trabajo: uno es que se haga a un puesto exento de riesgo, y otro que se respeten los derechos económicos del trabajador.

En cualquier caso, la aplicación de los preceptos estatutarios en materia de movilidad funcional a este supuesto viene determinada por el rango legal del TRET frente al carácter reglamentario de la norma. Por tanto, habrá que considerar si el régimen contemplado en el TRET es más beneficioso para el trabajador en este punto. Así el texto legal referenciado contempla la movilidad funcional ordinaria, dentro del grupo profesional o categorías profesionales equivalentes o extraordinaria (por razones justificadas) fuera del grupo o categorías profesionales equivalentes, así como los límites a la movilidad funcional (respeto a la dignidad del trabajador, formación, promoción profesional y a sus derechos económicos).

⁴⁵ Según M. GONZÁLEZ LABRADA en *Seguridad y Salud en el trabajo y responsabilidad contractual*, Madrid (Civitas), 1996, pp. 386-387, corresponde al empresario determinar la existencia o no del puesto de trabajo diurno para el que sea profesionalmente apto el trabajador, aspecto que critica duramente, pues se condiciona el derecho al cambio de puesto a la voluntad de una de las partes, restando de este modo efectividad al derecho reconocido con finalidad preventiva.

⁴⁶ En consonancia con lo dispuesto en el artículo 39.2 del TRET que admite la movilidad funcional para realizar funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes cuando existan razones técnicas u organizativas que justifiquen esa decisión empresarial y se haga por el tiempo imprescindible para su atención. Si la movilidad funcional implica realizar funciones inferiores a las correspondientes del puesto de origen se mantienen las retribuciones propias de éste.

El apartado 4 del artículo 45 del REP reconoce el derecho al salario del puesto de origen, descontando las retribuciones ligadas a la producción correspondientes a ese puesto, si el traslado a un puesto compatible con su estado de salud tiene fijada menor retribución. No obstante, el artículo 39.3 del TRET mantiene el derecho a la retribución de origen, sin salvedad alguna, cuando la movilidad funcional vertical sea descendiente.

Pero, lo que sí está claro es el espíritu de la norma reglamentaria que no es otro que evitar, «en la medida de lo posible», el perjuicio que supone el traslado del trabajador. Si bien éste es el objetivo perseguido, el precepto contempla la posibilidad de que dicha regla no sea aplicable, a petición motivada de la empresa a la autoridad laboral, cuando existan circunstancias económicas especiales. Dicha solicitud de exención de la aplicación de la prohibición de aminorar la retribución del trabajador con motivo del traslado permitiría a la empresa reducir el salario de los trabajadores trasladados, aunque la mencionada minoración no podía en ningún caso significar una retribución inferior a la fijada para la nueva categoría de trabajo asignada.

2.2.2. La imposibilidad de realizar el cambio de puesto de trabajo.

Por otro lado, otra de las cuestiones sobre la que también cae el peso de la duda acerca de su legalidad se refiere al significado de la baja en la empresa ante la imposibilidad, afirmada por la empresa y constatada por la Inspección de Trabajo, de ocupar al trabajador en puesto exento de riesgo (art. 48 REP).

En ese caso el REP determina la baja acompañada de la inscripción en la Oficina de Colocación, en los mismos términos que establecía el artículo 25.4 del Decreto 792/1961 que desarrolla, a saber:

«Si no fuera posible el traslado del trabajador dentro de la misma Empresa a un puesto exento de riesgo profesional, previo informe favorable de la Inspección de Trabajo, será dado de baja e inscrito con carácter preferente en la Oficina de Colocación, percibiendo con cargo a la Empresa el salario íntegro durante un período de doce meses y los seis meses siguientes con cargo al Fondo Compensador. La indicada prestación económica cesará antes de expirar tales plazos si la Oficina de Colocación ofrece al trabajador un puesto adecuado a su categoría profesional».

La decisión empresarial relativa a la inexistencia de puesto exento de riesgo es fiscalizable por la Inspección de Trabajo para evitar posibles abusos. Pero lo más sorprendente es el régimen de prestaciones que acompañan a la baja en la empresa. El cese en la empresa viene acompañado de un subsidio equivalente al salario íntegro durante el período de doce meses con cargo a la empresa, salvo que se le busque ocupación (puesto compatible con su estado de salud y adecuado a su cate-

goría profesional). Ello supone que la carga financiera de la Enfermedad Profesional cuando no incapacita para el trabajo es asumida por el empresario, hecho que fue criticado en su momento por la doctrina ⁴⁷.

Si durante ese período de un año se mantiene el desempleo, el trabajador tiene derecho a ese mismo subsidio durante seis meses más pero a cargo del Fondo Compensador, cuyas funciones las asume en la actualidad el INSS.

La percepción del mencionado subsidio ha sido objeto de crítica también por parte de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes en ciertas ocasiones han planteado la legitimidad de dicha medida. Así en la Sentencia del TSJ de Cantabria, de 12 de julio de 1994 (Ar./2985) se alude a la «cuestionable legalidad de esta imposición y de la posterior asignación de unas prestaciones por desempleo desconocidas en la Ley 31/1984, de 2 de agosto, rectora de las mismas».

Ciertamente la línea jurisprudencial imperante relativa a la medida preventiva de traslado *versus* la declaración de la prestación de invalidez permanente total consiste en dar preferencia a las normas contenidas en el TRLGSS de 1994 (art. 137, especialmente) sobre las normas reglamentarias relativas a Enfermedades Profesionales, de modo que en la práctica apenas se aplica esta medida de la baja. Así la Sentencia del TSJ de Cataluña de 16 de junio de 1993 (Ar./2985) establece que «Es por ello reiterada la doctrina que cuando no es posible el cambio de puesto de trabajo, en supuestos de enfermedad profesional, como en el que aquí se enjuicie debido a su inexistencia en la profesión de oficial de cilindros en fábrica de fibrocemento, se impone la calificación que ha quedado razonada [Invalidez Permanente Total]» ⁴⁸. Así lo muestran las Sentencias de los TSJ de Cantabria y de Madrid de 12 de noviembre de 1991 y 5 de febrero de 1991, respectivamente ⁴⁹.

En el mismo sentido la Sentencia del TSJ de Cantabria de 12 de julio de 1994 (Ar./2985) establece que:

«El sentido de la doctrina de esta Sala en dicha materia, expresada en las sentencias que citan la recurrida y las partes impugnantes del recurso, es que la enfermedad profesional no puede obtener trato menos favorable que la común o que el accidente de trabajo,

⁴⁷ Vid. entre otros SERRANO PICÓN en *Las enfermedades profesionales y la Seguridad Social*, Valladolid (Lex Nova), pp. 347-348: «no se concibe cómo pueda quedar excluida la consecuencia de ésta aunque sea en su primer grado, haciendo que las Empresas tengan que desembolsar el importe de un año de salario íntegro, caso de no poseer puesto de trabajo compatible con el estado físico del obrero».

⁴⁸ El mismo Tribunal en Sentencia de 22 de octubre de 1996 (Ar./4792) reconoce que «la posibilidad de mejora o incluso desaparición, al cesar la exposición al riesgo no significa que la enfermedad no tenga carácter definitivo, sino sólo que está condicionada al desempleo del trabajo en que la enfermedad surgió y se reproduce o agrava. Así pues, aunque cabe que no sea continua, sí es permanente en relación con la actividad profesional, lo cual es fundamental a la hora de calificar la incapacidad permanente pese a la posible continuidad de la patología, porque el criterio a que debe someterse la valoración de un estado físico como invalidante es el de su trascendencia funcional en cuanto obstativo a desempeños profesionales».

⁴⁹ No obstante en Sentencias de 22-1-1992 (Ar./313) y de 24 de marzo de 1993 (Ar./1551) del TSJ de Cataluña resuelven a favor de la aplicación de las medidas preventivas establecidas en el REP.

a efectos de calificar la invalidez permanente, y que los preceptos reglamentarios invocados en el recurso [arts. 45, 48.4 REP] ceden ante los legales en virtud del principio de jerarquía normativa y requieren, en último término, condiciones que posibiliten su aplicación efectiva, que en el presente supuesto no se dan. [...] Por lo que se refiere a la prevalencia de los preceptos legales sobre los reglamentarios, no debe ofrecer duda de que la aplicación de éstos, en virtud de la remisión contenida en el artículo 131.2 de la Ley General de Seguridad Social, no puede significar la exclusión de los conceptos de la invalidez permanente establecidos en sus artículos 132.3 y 135 cuando se trate de enfermedades profesionales, puesto que no existe ninguna salvedad legal a este respecto.»⁵⁰

Algunos autores (M. GONZÁLEZ LABRADA) han considerado que el subsidio opera como una *renta de sustitución a cargo de la empresa y la Entidad Gestora por la pérdida del empleo*⁵¹.

La protección dispensada con motivo de la baja del trabajador en la empresa (es decir, el subsidio mencionado a cargo de la empresa y de la entidad gestora) cesa en el momento en que se encuentre un puesto adecuado a la categoría profesional del trabajador. Ello supone que la aplicación de la medida preventiva de separar al trabajador de su puesto de trabajo va ligada a que los síntomas de la Enfermedad Profesional que presenta sean incompatibles con el desempeño de ciertos puestos de trabajo correspondientes a su categoría profesional. De esta suerte la existencia de una enfermedad profesional **irreversible**, que inhabilite permanentemente para desarrollar cualquier puesto de trabajo de la categoría profesional del trabajador, supone el reconocimiento del derecho a la prestación de incapacidad permanente total. En estos términos se ha expresado el TS en reiteradas resoluciones, especialmente en la Sentencia del TS de 27 de junio de 1994, Ar./5490 (doctrina que es reiterada por la Sentencia del TS de 21-11-1996, Ar./8713):

«Es cierto que el invocado artículo 48, para supuestos en que quien sufre mal de origen profesional no pudiera ser trasladado a otro puesto de trabajo de su misma empresa que excluyera la manifestación de dicho mal o su agravación, dispone la baja en la misma otorgándole determinada protección, distinta al reconocimiento de incapacidad permanente total, mas no lo es menos que tal norma reglamentaria condiciona su mandato a que el referido mal profesional **sólo inhabilite para el desempeño de ciertos puestos de trabajo que por las circunstancias que les son propias perjudiquen la enfermedad, lo cual denota que pueden existir otros, correspondientes a la categoría profesional del trabajador, cuyo eventual desempeño no generaría las indicadas consecuencias**. No es dudoso lo últimamente expuesto, pues el citado artículo 48 contiene previsión según la cual, si durante el tiempo en que ha de ser dispensada la referida protección se ofreciese "al trabajador un puesto adecuado a su categoría profesional" cesa-

⁵⁰ Véanse en el mismo sentido las Sentencias de la misma Sala del TSJ de 18 de septiembre de 1995 (Ar./3230), de 6 de mayo de 1991 (Ar./3252), de 28 de octubre de 1991 (Ar./5537) y de 11 de diciembre de 1992 (Ar./5958).

⁵¹ En *Seguridad y Salud en el Trabajo y responsabilidad contractual...*, cit., p. 392.

rá dicha protección. Consiguientemente, cuando la enfermedad profesional padecida, cual es el caso, presenta carácter irreversible, inhabilitando permanentemente para el desempeño de cualquier puesto de trabajo para la categoría profesional ostentado por el trabajador, resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total y el abono de la pensión correspondiente. La doctrina expuesta reitera línea jurisprudencial, manifestada, entre otras, en la Sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1988. No se han producido, por tanto, las infracciones denunciadas, pues la sentencia impugnada ha dado recta interpretación a los preceptos citados.» (FJ, 2.º)

Así las cosas el TS considera aplicable las disposiciones de Seguridad Social en materia de incapacidad permanente cuando la enfermedad profesional que se detecta a partir del reconocimiento médico sea IRREVERSIBLE y DEFINITIVA, lo que supone, *a sensu contrario*, que las normas reglamentarias contenidas en el REP serán de aplicación cuando la enfermedad sea REVERSIBLE y, además, atendiendo al tenor literal del artículo 45 del texto normativo referenciado, no incapacite al trabajador. Efectivamente la presencia de síntomas incapacitantes dará lugar a una prestación de incapacidad temporal, porque entra de lleno, en el supuesto de aplicación del artículo 128 del TRLGSS.

Por otro lado, una vez el trabajador se encuentra en situación de baja en la empresa y percibiendo el subsidio correspondiente, sólo es posible que cese la prestación si la Oficina de Colocación ofrece un puesto adecuado para su categoría profesional, debiendo resolver si efectivamente existe dicho puesto la Inspección de Trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 del REP. Dicha disposición plantea algún que otro problema de interpretación. Ciertamente la exégesis literal del precepto llevaría a la aseveración de que el cese de la prestación económica únicamente está en manos de la Oficina de Colocación, excluyendo al empresario por completo en esa decisión. Es decir, el REP limita el ofrecimiento del puesto de trabajo adecuado a su categoría profesional, lo que supondría la vuelta al trabajo y, por ende, la finalización del abono del subsidio económico, a la Oficina de Colocación.

Las consecuencias que derivan del precepto reglamentario van en perjuicio del empresario, que está obligado a abonar el subsidio e irremediablemente abocado a esperar que la Oficina de Colocación encuentre un puesto de trabajo adecuado para el trabajador que cesa en la empresa con motivo de la Enfermedad Profesional. Sin embargo, esta situación es fruto de la inexistencia de un puesto de trabajo en la empresa, que determina la baja del trabajador. Por tanto, el empresario interviene con carácter previo la baja, siendo precisamente su decisión relativa a la imposibilidad de ocupar al trabajador en un puesto compatible con su estado de salud –corroborada, eso sí, por la Inspección de Trabajo– la que determina la baja del trabajador.

Teniendo en cuenta lo dicho parece razonable que una vez producido el cese sea la Oficina de Colocación la que intervenga en el proceso, proporcionando la búsqueda de un empleo para el trabajador desocupado. A mayor abundamiento la actuación de la Oficina de Colocación aparece reforzada por la intervención de la Inspección de Trabajo, que va a resolver en caso de existir discrepancia entre el trabajador y aquel organismo sobre la existencia de un puesto adecuado a su categoría.

En cualquier caso durante ese período de dieciocho meses (doce con cargo a la empresa y seis más con cargo al Fondo Compensador ⁵²) si el trabajador necesita asistencia sanitaria específica para la Enfermedad Profesional debe asumirla la entidad gestora de las contingencias profesionales o empresa autorizada a colaborar en la gestión. Transcurridos esos dieciocho meses el trabajador recibe con cargo al Seguro de Desempleo seis meses de prestación (equivalente a su salario íntegro), prorrogables por otros seis meses más, siempre y cuando el trabajador se haya inscrito en un curso de formación intensiva profesional dentro de los tres primeros meses de la prestación (compatible con la beca o salario de estímulo que percibe durante dicho curso).

2.3. Relación entre incapacidad permanente y traslado de puesto de trabajo.

El carácter permanente de la incapacidad, que no es sinónimo de continuo o constante como ha considerado la doctrina ⁵³ y la jurisprudencia ⁵⁴, plantea su delimitación en materia de Enfermedades Profesionales con respecto al traslado de puesto de trabajo, medida preventiva establecida por el REP.

La jurisprudencia del extinto Tribunal Central de Trabajo (TCT) pone de manifiesto que no es una cuestión nueva sino que se plantea desde la aparición de la normativa específica protectora de la Enfermedad Profesional ⁵⁵. La problemática reside en la aplicación de los preceptos regla-

⁵² De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 del REP, una vez agotados los doce meses de prestación a cargo de la empresa, ésta debe remitir en un plazo de cuarenta y ocho horas siguientes copia de la autorización otorgada por la autoridad laboral del cese del trabajador así como certificado acreditativo del salario y de la cuantía de la indemnización satisfecha para que sea abonada por el INSS (Fondo Compensador) sin solución de continuidad.

⁵³ ÁLVAREZ DE LA ROSA considera que el término técnico-jurídico «permanente» se refiere a un estado de invalidez y no a la enfermedad en sí misma considerada. «Es permanente pues, el estado invalidante que ha disminuido la capacidad de trabajo y ello en el sentido que la constatación de dicho estado comporte un juicio de permanencia, no absoluta, relativa de la situación biológica y socioeconómica referido al sujeto protegido o, en otros términos, un juicio de probabilidad que el estado invalidante será de larga duración por tiempo imprecisable». *Vid. Comentarios a la Ley General de Seguridad Social* (Dir.: J. L. Monereo), Granada (Comares), 1999, p. 1.331.

⁵⁴ STSJ de Madrid de 16-7-1996 [Ar./3315. Ponente: M. Calvo Ibarlucea], en la que resulta ser criterio de la Sala la teoría de que no cabe equiparar a incapacidad permanente secuelas de naturaleza crónica que por un tiempo prolongado, pero no definitivo, aquejan al beneficiario; STSJ de la La Rioja de 4-5-1999 [Ar./5977. Ponente: I. Espinosa Casares], según la cual permanente es sinónimo de definitivo, es decir, que las reducciones anatómicas o funcionales son previsiblemente definitivas, incurables e irreversibles «siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la Medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad»; STSJ de Andalucía/Granada, de 5-1-1993 [Ar./44. Ponente: E. León Sola]; STSJ de Murcia de 19-1-1994 [Ar.91. Ponente: J. Samper Juan], entre otras muchas.

⁵⁵ *Vid.*, entre otras, STCT de 9-12-1986 (13336), que considera aplicable el régimen del traslado a un oficial de la construcción que padece dermatitis profesional aunque no presenta manifestaciones ni lesiones definitivas. En sentido contrario, al concurrir lesiones irreversibles para el peón albañil que presenta una dermatitis profesional al contacto con el cemento se pronuncia la Sala en STCT de 10-12-1986 (13413): «[...] se deja dicho en los hechos probados que la enfermedad es susceptible de repetición una vez que reanuda el contacto con el cemento, lo que prueba que la curación sólo alcanza a los episodios de la enfermedad y no a esta misma. [...] ya que queda acreditado que el actor padece de modo previsiblemente irreversible una dermatitis al cemento y siendo su profesión habitual la de peón albañil tal y como razo-

mentarios específicos o los preceptos generales de la LGSS, teniendo en cuenta los principios generales de jerarquía normativa y de especialidad *versus* generalidad de las normas, que rigen la relación entre normas del ordenamiento jurídico de distinto rango y vocación (universal o limitada).

La cuestión se fundamenta en la disyuntiva que se le plantea al órgano juzgador de aplicar la regulación prevista en la LGSS sobre incapacidad permanente o aplicar unas normas, de las que se duda de su vigencia, y que hacen al beneficiario de peor condición si comparamos su situación con la del sujeto beneficiario de una prestación de incapacidad permanente derivada de contingencia común.

Sirva como ejemplo la Sentencia del TSJ de Cataluña, de 26-7-1999⁵⁶ en la que se mantiene que la aplicación de los artículos de la Orden de 9-5-1962 sobre el traslado de puesto de trabajo no puede suponer un trato peyorativo al trabajador con respecto a la protección por invalidez permanente prevista en el TRLGSS: «[...] abstracción hecha de la defectuosa protección del trabajador que supone hace de peor condición a la enfermedad profesional que a la común con vulneración de las normas legales sobre calificación de la invalidez permanente aplicables a una y otra, sobre las que no pueden prevalecer las referidas reglamentarias por su inferior rango normativo»⁵⁷.

Asimismo, la Sentencia de 25-1-1999 de aquel Tribunal⁵⁸ señala, además, que aunque pudiera realizar otro puesto de trabajo compatible con la Enfermedad Profesional que padece no es óbice para reconocer la incapacidad permanente total para la profesión habitual y «continúe prestando ser-

na la sentencia y se ha declarado reiteradamente por esta Sala procede la declaración de invalidez permanente pues la profesión exige necesariamente el contacto con el cemento o sus derivados». Sobre dermatitis profesional que incapacita para trabajar ver además: STCT de 11-12-1986 (Ar./13599, en este supuesto el Tribunal señala que esa enfermedad se manifiesta «incluso alejada de su puesto de trabajo y por ello esta merma constituye un severo déficit que no le permite realizar las principales tareas de su oficio habitual de especialista metalúrgico y, en consecuencia, se encuentra bien calificada su situación de incapacidad permanente total).

⁵⁶ Ar./6502. Ponente: F. Soler Ferrer.

⁵⁷ No obstante, las Sentencias de este mismo Tribunal de 11-1-1999 [Ar./76. Ponente: O. Marzal Martínez] sigue la doctrina del TS que admite su aplicación. Éstos son los argumentos que utiliza la Sala: «Las Sentencias del TS de 9-3-1988, 27-6 y 22-12-1994 recuerdan la plena vigencia de tales preceptos que establecen la triple posible alternativa: cambio de puesto, baja en la empresa u otros medios análogos. Estableciendo la doctrina jurisprudencial que cuando la enfermedad devenga irreversible y le inhabilite con carácter permanente para desarrollar los posibles puestos de trabajo, será cuando proceda la declaración de la Invalidez Permanente pero no cuando aparezca con problemas circunscritos a un puesto de trabajo solamente y, en parte, como resulta en el presente asunto». La STS de 27-6-1994 [Ar./5490. Ponente: R. Martínez Emperador] que cita el TSJ de Cataluña parte de la idea de aplicar los artículos 45 a 48 cuando «la enfermedad de origen profesional que padece el trabajador, aun incapacitándole para desempeñar las funciones propias de su profesión, no le privan de aptitud para cometidos laborales distintos, por lo cual su baja en la empresa ha de reportarle la protección que establece el citado artículo 48 y no el reconocimiento de invalidez permanente total». Asimismo reconoce el Tribunal que la norma del artículo 48 que dispone la baja cuando no pueda ser trasladado «condiciona su mandato a que el referido mal profesional sólo inhabilite para el desempeño de ciertos puestos de trabajo que por las circunstancias que les son propias perjudiquen la enfermedad, lo cual denota que pueden existir otros, correspondientes a la categoría profesional del trabajador, cuyo eventual desempeño no generaría las indicadas consecuencias [...]. Consiguientemente, cuando la enfermedad profesional padecida, cual es el caso, presenta carácter irreversible, inhabilitando permanentemente para el desempeño de cualquier puesto de trabajo para la categoría profesional ostentado por el trabajador, resulta evidente que procede el reconocimiento de la incapacidad permanente total y el abono de la pensión correspondiente».

⁵⁸ Ar./1100. Ponente: J. Agustí Julià.

vicios en la misma empresa o en otra distinta, aunque en otro puesto de trabajo, siendo compatible la pensión con la percepción de un salario». Lo importante para calificar la invalidez, según la Sala, es la permanencia de la dolencia en relación con la actividad profesional pese a la posible discontinuidad de la patología (dermatitis en este caso) «porque el criterio a que debe someterse la valoración de un estado físico como invalidante es el de su trascendencia funcional en cuanto obstativo a desempeños profesionales».

La Sentencia del TSJ de Cantabria de 12-7-1994 ⁵⁹ también constituye un exponente de la teoría que aplica el TSJ de Cataluña:

«Segundo: La enfermedad descrita en el informe médico acogido en los hechos probados inhabilita al trabajador para la realización de las tareas fundamentales de su profesión de oficial carpintero porque el polvo de madera le produce rinoconjuntivitis alérgicas. La dolencia es permanente porque no cede con tratamientos, aunque no sea continua en sentido biológico, ya que desaparecen los síntomas al cesar la exposición al elemento causante. Así pues, impide el desempeño profesional con carácter definitivo, que es a lo que responde el concepto de la invalidez permanente total en el artículo 135.4 de la Ley General de la Seguridad social. El sentido de la doctrina de esta Sala en dicha materia, expresada en las sentencias que citan la recurridas y las partes impugnantes del recurso, es que la enfermedad profesional no puede obtener trato menos favorable que la común o que el accidente de trabajo, a efectos de calificar la invalidez permanente, y que los preceptos reglamentarios invocados en el recurso ceden ante los legales en virtud del principio de jerarquía normativa y requieren, en último término, condiciones que posibiliten su aplicación efectiva, que en el presente supuesto no se dan.» ⁶⁰

Especialmente esa confrontación entre la aplicación de los preceptos generales de la LGSS y las normas reglamentarias específicas relativas a la Enfermedad Profesional se ha puesto de manifiesto constantemente en la jurisprudencia a la hora resolver situaciones en las que están presentes dolencias de tipo alérgico que aparecen al estar el trabajador en contacto con determinadas sustancias o en determinados lugares pero que desaparecen o remiten al mover al sujeto afectado por ese contacto, *v. gr.*: dermatitis o dermatosis profesional de contacto con sustancias como el cemento o asma bronquial de origen alérgico al polvo ⁶¹.

⁵⁹ Ar./2985. Ponente: F.J. Sánchez Pego.

⁶⁰ Otras resoluciones jurisprudenciales en las que se pone en entredicho la normativa reguladora del traslado y se da preferencia a las disposiciones de la LGSS son las STSJ de Cataluña de 16-6-1993 [Ar./2985. Ponente: J. Ruiz de Luna del Pino], SSTSJ de Cantabria de 18-1-1995 [Ar./201. Ponente: R. López-Tames Iglesias], 18-9-1995 [Ar./3230. Ponente: M. Sancha Saiz]. En todas ellas se utiliza la misma argumentación para aplicar las normas sobre la incapacidad permanente con rango legal generales, con preferencia a las normas reglamentarias, aunque sean específicas.

⁶¹ Según el INSHT, el asma es una enfermedad inflamatoria de las vías aéreas, que se produce como respuesta del organismo ante la exposición a polvos, sustancias químicas, vapores o humos. Estos productos actúan como «sensibilizadores» –sustancias que provocan reacciones alérgicas– o como «irritantes», produciendo una inflamación de la mucosa de vías aéreas y espasmos del músculo liso de sus paredes, lo que provoca una obstrucción al paso del aire. Las princi-

El asma profesional con derecho a reparación es una patología ocupacional incluida en el apartado C) del cuadro de enfermedades profesionales (*Enfermedades provocadas por la inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados*) en el epígrafe 5, aprobado por Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, en el que se relacionan las actividades que pueden generar ese tipo de patologías.

La Orden de 12 de enero de 1963, que regulaba los criterios de carácter médico por los que se habían de regir los reconocimientos, diagnóstico y calificación de las Enfermedades Profesionales, citada en otro lugar, sí que definía los cuadros clínicos con derecho a reparación así como las normas para la calificación de la capacidad. De modo que si el cuadro clínico era de «*crisis disneicas paroxísticas con braquípnea respiratoria entrecortada por períodos de calma absoluta y capacidad respiratoria normal, revelando la prueba de Tiffenau una sensibilidad anormal broncoconstrictora*» el trabajador sería trasladado a puesto de trabajo libre de sustancia o sustancias alergizantes o bien estaría incurso en una incapacidad temporal. En ambos casos el trabajador se sometía a tratamiento desensibilizante. La incapacidad permanente procedía declararla si ese tratamiento no daba resultado eficaz o incluso si fuera de la exposición al riesgo continuaran presentándose crisis asmáticas paroxísticas. Por tanto, ante la inexistencia de una norma específica que defina los cuadros clínicos y fije criterios para el diagnóstico de la enfermedad y la calificación de la capacidad, como hacían las Órdenes de 12-1-1963 y su homóloga de 15-12-1965, podrán ser aplicables estos criterios de calificación siempre que no hayan quedado obsoletos, como una guía orientativa para el órgano juzgador ⁶².

Por otro lado, la dermatitis de contacto ⁶³, originada por el contacto con determinadas sustancias del ambiente laboral, constituye otra de las enfermedades profesionales más habituales, en un sector de actividad con alta siniestralidad como es la construcción. Para hacernos una idea del alcance de las dermatosis profesionales, los cuadros clínicos con derecho a reparación, según la

pales actividades relacionadas con el asma ocupacional son la carpintería, pintura de automóviles, agricultura y ganadería, panadería y confitería, industria química, galvanizados, industria de plásticos y resina, industria farmacéutica, industria de detergentes. Documentación Folletos. Según el diccionario médico el *asma ocupacional* es el «Proceso patológico del sistema respiratorio a consecuencia de la exposición laboral a alérgenos u otras sustancias irritantes. Es más común entre personas que trabajan con detergentes, cedro rojo, algodón, lino, cáñamo, grano, harina y piedra. *Diccionario de Medicina Océano Mosby*, Barcelona (Ed. Océano), 1996.

⁶² Sobre el asma profesional véanse las siguientes Sentencias: STSJ de Madrid, de 13-4-1999 [Ar./2532. Ponente: C. Morales Vallez], asma profesional por sensibilización a enzimas de detergentes y látex, reconocimiento de una incapacidad permanente total para la profesión de limpiadora, «al estar obligada la actora por su profesión a estar en contacto con los productos de limpieza a los que se encuentra sensibilizada»; STCT de 5-11-1985 [Ar./6018. Ponente:] sobre asma alérgico: «[...] ya que la dolencia del actor es asma bronquial de origen alérgico atópico al polvo de la factoría y esta dolencia si bien le incapacita para la realización de las tareas fundamentales de su profesión de "ayudante" no le impide dedicarse a trabajos de escaso esfuerzo y en lugares donde no respire el polvo que le ocasiona su enfermedad, máxime si se tiene en cuenta que el informe médico del Folio 14 afirma que mejoraba en cuanto pierde el contacto con su actual puesto».

⁶³ Se trata de una erupción cutánea originada por un irritante primario o un antígeno sensibilizante. La dermatitis por irritante primario no es de tipo alérgico; el agente, que puede ser un jabón alcalino o un ácido, produce una lesión similar a una quemadura térmica. [...] La dermatitis por antígeno sensibilizante o alérgica se debe a que el primer contacto con el agente provoca un cambio inmunológico en algunos linfocitos, que en exposiciones siguientes son estimulados y liberan sustancias irritantes que originan inflamación, edema y formación de vesículas [...]. *Diccionario de Medicina. Océano Mosby*, Barcelona (Ed. Océano), 1996, p. 361.

Orden de 12-1-1963, eran las dermatitis de contacto ortoérgicas (*las provocadas por las sustancias irritativas manejadas en el trabajo que no determinen estado de sensibilización y que pueden tener origen físico-químico o biológico*), las dermatitis alérgicas precoces (*las que presentadas durante el período de prueba del obrero para el trabajo han sido desencadenadas por factores físicos, químicos o biológicos alergizantes, comprobados por las pruebas específicas de sensibilidad cutánea*), las dermatitis alérgicas tardías (*las presentadas después de llevar tiempo manejando la sustancia o sustancias del trabajo causantes de la misma y cuyos alérgenos sensibilizantes han sido comprobados por las pruebas específicas de sensibilidad cutánea*) y las toxidermias (*manifestaciones cutáneas presentadas en los cuadros tóxicos generales de las enfermedades profesionales*).

El TCT ya señaló en Sentencia de 3-6-1980⁶⁴ que no era obligado seguir con los trámites previstos en el artículo 48 de la Orden de 9 de mayo de 1962 (REP) cuando existía una dolencia incapacitante definitiva que permita la calificación como invalidez permanente, a raíz de un supuesto de dermatosis⁶⁵.

Así la Sentencia del TCT de 5-11-1981 (6460) reconoce la incapacidad permanente total del trabajador que contrae una dermatosis por sensibilización a las resinas sintéticas: «Que como tiene dicho esta Sala repetidas veces [...] si la dermatosis de contacto tiene su causa en la manipulación de una determinada sustancia, que ha de ser utilizada normalmente en el trabajo, aunque la dolencia remita al mantenerse el operario alejado del trabajo habitual, y, consiguientemente, de la sustancia alergógena, pero que recidiva siempre que se vuelve a la actividad profesional, ha de colegirse que esa situación es definitiva y que la dolencia no es susceptible de curación, y, por ello, ha de declararse la existencia de una incapacidad permanente total». Pero lo más significativo es el fundamento de esta decisión judicial y es que no aplica el precepto de la LGSS sino lo dispuesto en la Orden de 12-1-1963 que aprueba las normas reglamentarias para el reconocimiento, diagnóstico y calificación de las Enfermedades Profesionales:

«pues en su ap. V, núm. 2, a) ap./5/, sostiene que si la dermatosis profesional que presenta el obrero no es susceptible de curación se definirá una invalidez de carácter permanente; no pudiendo caber el simple cambio de puesto de trabajo, porque como también tiene dicho la Sala [...] referido cambio es una situación de los trabajadores en orden a las enfermedades profesionales prevista en el artículo 43 de las Normas Reglamentarias de 9 de mayo de 1962, pero en su artículo 45 el propio Reglamento dispone que tal medida se aplicará en los casos en que, como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión pueda ser detenida mediante el traslado

⁶⁴ Ar./3275.

⁶⁵ El recurrente argumentaba que, sin perjuicio de entender que la dermatosis que sufría el actor no tenía etiología profesional, «en todo caso, no se han seguido los reconocimientos y períodos sucesivos que se inician con el de observación, y que antes de llegar al de invalidez permanente pasa por el cambio de puesto de trabajo». La Sala replica que «el incumplimiento de los trámites y períodos establecidos en el artículo 43 citado [*sic*] sea imputable en modo alguno al trabajador, que en la actualidad por su queratodermia de contacto, está imposibilitado para realizar los trabajos de su profesión de carpintero y, por tanto, en situación de incapacidad total permanente para su trabajo habitual».

del trabajador a puesto exento del riesgo, lo que obviamente no es aplicable al supuesto litigioso en el que la enfermedad ya se ha manifestado con entidad patológica significativa e importante.»⁶⁶

Asimismo los TSJ han mantenido estos criterios. Así el TSJ de Cantabria en Sentencia de 12 de julio de 1994⁶⁷ señala que si concurren los requisitos para calificar la invalidez permanente en el grado que corresponda debe reconocerse, con independencia del carácter no continuado o constante de la dolencia o lesión que causa la invalidez. Rechaza la Sala la tesis defendida en la resolución administrativa que considera que no existe invalidez permanente porque los síntomas de la enfermedad desaparecen al dejar durante un tiempo el trabajo, «cuando lo que importa es que éste no pueda ya volver a ejercerse a causa de la enfermedad producida precisamente por el Desempeño profesional».

Sobre la dermatitis profesional de contacto con sustancias se han pronunciado los Tribunales en numerosas ocasiones. Así la Sentencia del TSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999⁶⁸ analiza un supuesto de aplicación de los artículos 45 a 48 del REP frente a los artículos de la LGSS sobre invalidez permanente y llega a la conclusión de absolver a la entidad gestora al considerar aplicables al caso el traslado de la trabajadora (eczema o dermatitis que se manifiesta al contacto con objetos o materiales que contienen sulfato de níquel) para evitar la progresión de la enfermedad.

⁶⁶ Otros pronunciamientos del TCT sobre dermatitis profesional son los siguientes: STCT de 9-12-1983 (10697), en la que se considera inaplicable el traslado puesto que ha sido infructuoso (no ha conseguido detener el avance de la enfermedad), por lo que la Sala reconoce la incapacidad total del trabajador por enfermedad profesional-dermatosis; STCT de 18-9-1984 (6964): la entidad recurrente considera que la enfermedad que padece el actor puede ser causa de incapacidad temporal o de traslado a otro puesto de trabajo, sin embargo, la Sala entiende que «la enfermedad que padece el accionante consistente en dermatosis alérgica profesional por contacto con el cemento constituye incapacidad permanente total para su profesión u oficio de albañil, por ser la sustancia causante de la enfermedad de uso tan común en su profesión de albañil y actividad de la construcción»; la STCT de 29-10-1981 (6233) resuelve un supuesto de dermatosis por sensibilización al cemento o «dermatosis» de contacto al cemento: «el actor, albañil de profesión padece de reacción al cemento, sufriendo de quemaduras químicas que se repetirán cada vez que tenga que trabajar con dicho material, ya que tiene que evitar el contacto con todas las sustancias en cuya composición intervenga el dicromático potásico por lo que, para curar al actor de los efectos de la enfermedad, es preciso que se aleje de tal sustancia definitivamente, pues los eczemas se repetirán cada vez que contacte con el material; [...] la situación como constitutiva de incapacidad permanente total para la profesión habitual, pues el único cambio de puesto de trabajo posible es a otro ajeno a la profesión habitual del actor». En el mismo sentido resuelve la Sala del TCT en Sentencia de 12-6-1980 (3483): «el actor está impedido para la actividad profesional de referencia, por cuanto es la falta o disminución de la capacidad de trabajo y no el déficit funcional lo que determina la existencia de la incapacidad permanente total para la profesión habitual definida en el artículo 135.4 de la LGSS [...] y aunque es cierto que el cambio de puesto de trabajo está previsto para determinados supuestos en el ap. 5 de la Orden de 12 de enero de 1963 no resulta aplicable en el caso concreto a la actividad profesional del actor que no es concebible sin el contacto con el cemento, siendo oficial albañil [...]». Otras Sentencias del TCT sobre dermatitis de contacto o dermatosis profesional son S. de 2-11-1976 (Ar./4941), S. de 2-6-1980 (Ar./3224), S. de 3-6-1980 (Ar./3275), S. de 12-6-1980 (Ar./3480), S. de 9-12-1986 (Ar./13336), S. de 10-12-1986 (Ar./13413), entre otras muchas.

⁶⁷ Ar./2985. Ponente: F.J. Sánchez Pego.

⁶⁸ Ar./76. Ponente: O. Marzal Martínez.

3. La baja por imposibilidad de traslado del trabajador víctima de una Enfermedad Profesional.

Otra de las cuestiones que se suscitan por la aplicación del precepto reglamentario señalado (art. 48 REP) se refiere a la interpretación que debe hacerse del término empleado para identificar la situación de cese en la empresa, es decir, ¿por *baja* debe entenderse extinción del contrato o más bien se trata de una suspensión del mismo justificada como medida de prevención?⁶⁹

La mayor parte de la doctrina se inclina por considerar dicha situación de baja como extinción del contrato, de modo que la hipotética vuelta a la empresa por existir un puesto compatible con su estado de salud y adecuado a su categoría profesional significa la realización de un nuevo contrato. Ahora bien, en ese caso ¿qué calificación merece la extinción del contrato?, ¿se trata de un supuesto de extinción por causas objetivas o de un despido?⁷⁰

Para dar respuesta a este dilema habrá primero que dilucidar la naturaleza del subsidio equivalente al salario íntegro con cargo a la empresa, al que tiene derecho el trabajador. Es decir, es necesario determinar previamente si se trata de una renta de sustitución o de una indemnización fundada en la resolución del vínculo contractual.

Por el contrario la consideración de la baja como suspensión del contrato supone el mantenimiento del vínculo contractual durante el período en el que el trabajador percibe el subsidio. Lo que ocurre es que dicha suspensión no sería con reserva de puesto de trabajo, ya que ha sido precisamente ese puesto incompatible con su estado de salud el que ha motivado el apartamiento del mismo. Ciertamente la hipotética ocupación del trabajador en un puesto adecuado a su categoría y compatible con su enfermedad supone ya *per se* la imposibilidad de ocupar el puesto de origen. Por tanto, en el supuesto de considerar la suspensión sería aplicable el régimen de excedencia voluntaria, en virtud del cual el trabajador conserva sólo un derecho preferente al reintegro en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa (art. 46.5 del TRET).

⁶⁹ M. GONZÁLEZ LABRADA en *Seguridad y Salud en el Trabajo y responsabilidad contractual...*, cit., p. 395, se plantea la calificación de la situación en la que se encuentra el trabajador que no presta su actividad laboral pero percibe un subsidio equivalente al salario íntegro durante un período de doce meses, cuya finalización está sujeta a que el empresario o la Oficina de Empleo le ofrezca un puesto de trabajo adecuado a su categoría profesional. El autor entiende que el ofrecimiento de un puesto adecuado puede derivar no sólo de la Oficina de Empleo sino también del empresario, pese a la literalidad del precepto, en base a la doctrina del TS (STS de 27 de junio de 1994, Ar./5490). En cuanto a la posible solución al problema planteado sostiene que se pueden sostener argumentos que justifiquen la suspensión contractual así como la consideración de un supuesto de extinción contractual.

⁷⁰ Para M. GONZÁLEZ LABRADA en *Seguridad y Salud en el Trabajo y responsabilidad contractual...*, cit., p. 407 la falta de un puesto de trabajo adecuado para el trabajador nocturno, a quien se le detectan alteraciones de la salud derivadas del trabajo nocturno, es considerada como un riesgo inherente a la propia actividad empresarial por la forma de organizar el trabajo, daría lugar a un despido por el perjuicio sufrido por el trabajador por la pérdida de su puesto de trabajo imputable a la forma en el que el empresario organiza el trabajo. Además tendría la calificación de despido improcedente, «cuya indemnización *ex lege* tiene carácter tasado y pretende reparar el daño producido por el despido injusto, daño que se deriva de una alteración de la salud producida por el trabajo y de la propia privación del empleo que dicha alteración de la salud provoca». De esta suerte el autor descarta la aplicación al supuesto de la extinción por fuerza mayor, que compensaría la simple pérdida del empleo, la extinción por causas objetivas o ineptitud sobrevenida, que daría lugar a la indemnización tasada establecida en el artículo 53 del TRET, que no compensaría los daños y perjuicios sufridos por el trabajador en su salud. *Op. cit.*, pp. 407-408.

Las consecuencias que derivan de la interpretación que se haga del término *baja* son determinantes para la continuidad de la carrera profesional del trabajador, que se ve apartado del puesto de trabajo por motivos de salud. La percepción de un *subsidio* durante este período nos lleva a analizar la naturaleza salarial o de otro tipo del indicado subsidio.

Una primera aproximación al tema implica considerar la acepción de la palabra en sus propios términos, es decir, como un tipo de prestación de la Seguridad Social, que tiene una connotación temporal, a diferencia de la pensión que es, por naturaleza, vitalicia. Dicha interpretación viene corroborada por la expresión empleada en el artículo 48.2 del REP, a saber: «La indicada *prestación económica...*».

No obstante como es sabido dicha prestación es asumida en un primer momento por el empresario, concretamente durante doce meses, hecho que es objeto de críticas por la carga financiera que supone para el empresario ⁷¹.

Efectivamente la finalidad de atribuir dicha carga al empresario tiene carácter preventivo, en la medida en que se pretende evitar esa situación y de este modo forzar al empresario a buscar una solución alternativa al paro forzoso del trabajador, ofreciéndole un puesto adecuado a su categoría profesional. Con ello se logra compensar esa falta de puesto de trabajo y la situación de cese en la empresa. La imposibilidad de continuar en la empresa por las alteraciones de salud que presenta el trabajador viene acompañada de la percepción de un subsidio que cubre la contingencia de cese en la empresa. Es una solución razonable, en tanto que es imputable al empresario la ausencia de una colocación compatible con su estado de salud en la empresa que ha generado el riesgo de Enfermedad Profesional.

No cabe duda de que ése es el espíritu de la medida de prevención señalada. La situación en la que queda el trabajador es, a mi juicio, la correspondiente a la disolución del vínculo contractual. La apuesta por la extinción del contrato obedece a la propia literalidad del artículo 48.2, donde se vincula el cese de la prestación económica con el ofrecimiento al trabajador por la Oficina de Colocación de un puesto adecuado a su categoría profesional. Ciertamente de lo dicho se deduce que la empresa no interviene con posterioridad al cese en el trabajo en el procedimiento de reincorporación al trabajo. Esa vuelta al trabajo puede hacerse en otra empresa distinta a aquella donde se produjo el cese. De ahí que sea razonable entender que la baja del trabajador equivale a una extinción del contrato.

Por otro lado, el artículo 49 del REP se refiere a las cantidades abonadas por la empresa mensualmente con el calificativo de *indemnización mensual*, lo que significa que existe una compensación por los perjuicios que ocasiona al trabajador la imposibilidad de continuar ocupado en la empresa.

⁷¹ Otra situación que fue muy criticada en su momento, de carácter similar, es la de pago de la prestación de incapacidad temporal durante los días cuarto al decimoquinto de baja con cargo al empresario (art. 131.1 TRLGSS).

Sobre la extinción del contrato por imposibilidad de traslado a otro puesto de trabajo se pronuncia en Sentencia reciente el TSJ del País Vasco en Sentencia de 18-5-1999 ⁷². La Sala entiende que el despido de la trabajadora por imposibilidad de traslado, una vez constatada la inexistencia de un puesto compatible con la Enfermedad Profesional que le aqueja (Síndrome del Túnel Carpiano), es un despido improcedente porque no está previsto en el TRET, como causa de extinción de la relación laboral, el supuesto del artículo 48 del REP. De modo que se entiende derogado tal precepto por la vía de la disposición derogatoria del Texto Refundido, debiendo considerar el cese del trabajador como despido e improcedente. Y es que, no obstante, reconoce que la empresa podría haber efectuado el cese por el motivo del artículo 52 a) del ET, esto es, por ineptitud sobrevenida «ya que en la carta del cese o despido estaba basada en que las *labores son incompatibles con la enfermedad profesional que le aqueja* que debe entenderse aplicable a los casos en que se disponía tal cese en la orden citada». De todo ello se deduce que, a juicio de la Sala, no es posible aplicar el REP para proceder a la disolución del vínculo contractual, pero sí resultaría aplicable el precepto citado del TRET a las situaciones de incompatibilidad entre trabajo y Enfermedad Profesional (ante la imposibilidad de aplicar el traslado a otro puesto de trabajo).

Sin embargo el REP contempla en el artículo 48.6 un supuesto en el que se conserva el derecho a volver a la empresa de origen: cuando el trabajador silicótico de primer grado en situación de baja lo solicita en el plazo de quince días, a partir de la notificación a la Oficina de Colocación de la existencia de puestos de trabajo compatibles por parte de aquella empresa. Situando este supuesto en el contexto del precepto se deduce que lo habitual es la existencia en cualquier otra empresa de la misma actividad industrial de un puesto compatible, al cual el trabajador silicótico de primer grado tiene reconocido el derecho preferente a ocuparlo. Ahora bien si esa posibilidad existe en la empresa de donde salió el trabajador el derecho está condicionado al ejercicio de su derecho de forma expresa, manifestando, de este modo, su voluntad de reincorporarse a la misma. Dicha reincorporación se realiza a un puesto distinto al de origen, incompatible con su estado de salud. Quiere ello decir que no se trata de un supuesto de suspensión con reserva de puesto de trabajo, por lo que la baja ha dado lugar a una extinción de la relación contractual originaria.

Debe observarse que el ordenamiento jurídico ha previsto un supuesto similar al descrito pero con efectos distintos a los señalados, a saber : la situación del riesgo durante el embarazo, que se introduce en la nueva Ley 39/1999, de 5 de noviembre ⁷³. Se trata de una situación contemplada en el artículo 26 de la LPRL, modificada en este aspecto por la Ley mencionada, que viene a acomodar la legislación vigente con la Directiva 89/391/CEE o Directiva Marco, inspiradora de aquella norma de prevención básica. Efectivamente la reforma introducida por la Ley 39/1999 tutela la situación de la trabajadora embarazada a quien no ha sido posible trasladar a otro puesto de trabajo exen-

⁷² Ar./1928.

⁷³ Ley de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (Art. 6). BOE núm. 266, de 6 de noviembre. *Vid.* asimismo el *Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras* (art. 14). BOGC núm. 172-1, de 24 de mayo de 1999.

to de riesgo para su salud. En esos casos la solución ofrecida por el artículo 26.3 de la LPRL es la de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, dando lugar al nacimiento de una prestación autónoma prevista en el artículo 135 del TRLGSS ⁷⁴.

En definitiva, la confusión que introduce el REP en esta materia no ha sido solucionada por el legislador, debiendo ser el intérprete jurídico el que determine las condiciones de su aplicación. Ello es una muestra del caos jurídico que provoca la dispersión de la normativa reguladora de la Enfermedad Profesional, que se puede tildar de confusa, incoherente y ambigua.

4. La incapacidad temporal impropia: períodos de observación.

4.1. Concepto.

El artículo 128 b) del TRLGSS define los períodos de observación por Enfermedad Profesional como aquellos «en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad». Se mantiene la misma definición del texto de la Ley de 1974 (art. 126), si bien la Orden de 13 de octubre de 1967 ⁷⁵ se limita a incluir en el concepto «los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos de enfermedades profesionales», sin concretar nada más.

Asimismo el artículo 44 del REP ⁷⁶ delimitaba la situación del trabajador en período de observación basándose en dos criterios: la duración y la finalidad de la misma:

«Tendrá la consideración de período de observación la situación del trabajador durante el tiempo necesario, que no podrá exceder de seis meses, para el estudio médico de su enfermedad cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo. El referido

⁷⁴ Sobre la situación protegida la profesora M.ª Pilar RIVAS constata que «la situación tutelada es la de que exista un riesgo, no una patología ya diagnosticada, a la cual no se refiere la ley, lo cual suscita el problema de si, cuando ya se haya manifestado una enfermedad o complicación derivada del parto, debe nacer la situación que se ajusta a dicha circunstancia, la incapacidad temporal, o si, por el contrario, esta nueva contingencia permite cubrir ambas hipótesis. Una aplicación pura de la norma debería decantar la interpretación a favor de la primera tesis. La práctica nos dará la respuesta». Vid., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Aranzadi, 1999, pp. 384 y ss.

⁷⁵ Por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 4 de noviembre).

⁷⁶ Este precepto desarrolla el artículo 24 del Decreto 792/1961, de 13 de abril, que enunciaba las distintas situaciones en las que podía estar el trabajador aquejado de una Enfermedad Profesional. Sin embargo, como expone C. DEL PESO y CALVO, el mencionado Decreto no precisaba cada una de estas situaciones sino que remitía a las disposiciones reglamentarias, con excepción de la situación de traslado de puesto de trabajo, que sí regulaba el Decreto. Sobre el régimen de reparación de la Enfermedad Profesional que diseña el Decreto de 1961 y normas complementarias véase «Regímenes de reparación de la enfermedad profesional», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, n.º 1, 1963.

período podrá ampliarse hasta un año por el Tribunal Médico Central de Enfermedades Profesionales ⁷⁷ cuando éste lo estime necesario para la mayor seguridad de su diagnóstico.»

Esta situación únicamente es aplicable a la Enfermedad Profesional, que presenta unas peculiaridades propias en cuanto a su manifestación y calificación ajenas al accidente de trabajo. La razón de ser de la situación contemplada en el citado precepto del TRLGSS es la de dar respuesta a los problemas de calificación de la Enfermedad Profesional. No es fácil identificar la enfermedad profesional, a diferencia de lo que ocurre con el accidente de trabajo. La Enfermedad Profesional, de carácter lenta e insidiosa, puede manifestarse tras muchos años de exposición al riesgo lo cual exige que sea necesario un control previo, metódico y prolongado a lo largo de la vida laboral del trabajador, para detectar a tiempo dolencias que, con el tiempo, pueden manifestarse como Enfermedades Profesionales.

La asimilación de los períodos de observación de la Enfermedad Profesional a la situación de incapacidad temporal tiene su justificación en la peculiaridad de esta patología laboral. Con esta regulación el legislador ha pretendido que el trabajador aquejado de una hipotética enfermedad profesional pueda ser examinado y observado médicamente durante un período de tiempo limitado que permita establecer un diagnóstico médico de certeza de su existencia ⁷⁸. Durante este tiempo el trabajador puede estar real o ficticiamente en situación de incapacidad temporal, es decir, puede que no exista incapacidad para el trabajo ⁷⁹. Pero la existencia de una duda razonable sobre el origen pro-

⁷⁷ Dicho Tribunal estaba previsto en la legislación de accidentes de trabajo (art. 36 RAT) para la aplicación del baremo de mutilaciones entre otras cuestiones. El REP lo recupera para encomendarle funciones de «estudio y ampliación de informes en los casos de enfermedad profesional, que a juicio de la Inspección Médica Provincial, planteen problemas de diagnóstico o clasificación y siempre que la Empresa o el trabajador no estén conformes con el dictamen emitido por estas Inspecciones» (art. 17 REP). Estos Tribunales desaparecen con la creación de las Comisiones Técnicas Calificadoras, en virtud de la disposición transitoria primera del Decreto 2186/1968, de 16 de agosto, del Ministerio de Trabajo por el que se regula la composición, organización, funcionamiento y distribución de competencias de las Comisiones Técnicas Calificadoras previstas en la Ley de Seguridad Social de 21-4-1966 (BOE de 20-9-1968). Dichas Comisiones se consideraban un servicio común de la Seguridad Social, que en determinados supuestos se constituían en Tribunales Médicos. Entre las funciones de las Comisiones Técnicas Calificadoras Provinciales constituidas en Tribunales Médicos estaban la de reconocer médicamente a los trabajadores en situación de incapacidad laboral transitoria por accidente de trabajo o Enfermedad Profesional cuando llevasen dieciocho meses en esa situación o declarar la existencia de síntomas de Enfermedad Profesional que aconsejan el traslado del trabajador a otro puesto de trabajo exento de riesgo o su baja en el trabajo (art. 11.2 del Decreto citado). El 16 de junio de 1969 –día de entrada en vigor de la OMT de 8 de mayo de 1969 por la que se regula el procedimiento aplicable a las actuaciones de las Comisiones Técnicas Calificadoras (BOE de 14 de junio)–, inician su actuación las citadas Comisiones Técnicas. Los Tribunales Médicos anteriores que venían actuando (aquellos previstos en el RAT y en el REP) únicamente podían conocer de las cuestiones que se hubieran planteado ante los mismos con anterioridad y que estuvieran pendientes de resolución, cesando en cuanto dictasen la última resolución de las cuestiones planteadas (disp. trans. primera del Decreto 2183/1968, 16 de agosto).

⁷⁸ Un supuesto de incapacidad temporal derivada de Enfermedad Profesional en la que no existe certeza del diagnóstico (asma profesional) se resuelve en la STSJ de Madrid de 14 de enero de 1999 (Ar./5101), que condena a la MATEPSS (con la que la empresa tenía concertada la cobertura de contingencias profesionales) al abono de la prestación económica reconocida y absuelve al INSS y la TGSS.

⁷⁹ En los supuestos de períodos de observación, «la incapacidad, que puede no existir de hecho, se presume como consecuencia de normas imperativas o dispositivas. Así, en los períodos de observación puede existir baja en el trabajo sin incapacidad durante el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de

fesional de la dolencia es suficiente como para declarar al trabajador en dicha situación, dando cobertura a ese supuesto de hecho a través de prestaciones económicas adecuadas^{80, 81}.

GARCÍA NINET se refiere a estos períodos de observación por Enfermedad Profesional como aquellos «en los cuales, aunque todavía no se ha materializado la exigencia de la baja, porque la incapacidad que genera no es aún tan manifiesta, y a lo mejor el trabajador podría físicamente continuar realizando su trabajo anterior, resulta necesario, a juicio médico, formalizar la baja correspondiente para que el trabajador pueda ser objeto de estudio y diagnóstico sobre la presunta enfermedad profesional que ha podido contraer (no es sólo una medida de comodidad médica, es también preventiva, para tratar de atajar así un peligro, posiblemente grave, que acecha la salud del trabajador), y de lo cual puede darnos un primer indicio importante el tipo de empresa y el puesto de trabajo desempeñado en la misma. No nos encontramos aún ante una baja por una imposibilidad de trabajar de carácter fatal (dícese de lo necesario, inevitable, desgraciado o infeliz) y manifiesta, sino ante una presunción de necesidad como consecuencia de normas imperativas o dispositivas»⁸².

ÁLVAREZ DE LA ROSA define la situación de los períodos de observación en los que se prescribe la baja en el trabajo como «una decisión médica, que con fundamento en la Ley, convierte en incapacidad una situación de observación sanitaria. Será un período de observación de importancia para el diagnóstico o incluso de efectos terapéuticos»⁸³.

4.2. Delimitación frente al traslado de puesto de trabajo como medida preventiva.

Este supuesto de incapacidad temporal derivada de la Enfermedad Profesional debe ponerse en relación con el que contempla el artículo 45 del REP al que remite el artículo 133 del TRLGSS de 1994, cuando alude a medidas específicas contempladas en disposiciones reglamentarias como

aplazar el diagnóstico definitivo de ésta, siendo obligatorio para el trabajador someterse a estos reconocimientos», según L.E. DE LA VILLA, A. DESDENTADO BONETE, en *Manual de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2.ª edición, 1979, p. 485.

⁸⁰ La doctrina es unánime acerca del carácter dudoso de la patología que habilita para situar al trabajador en período de observación. Así «[...] no hay certeza de que, efectivamente, exista esa alteración, manteniéndose temporalmente la duda hasta que se produzca el diagnóstico definitivo. El carácter fáctico y real presente en las situaciones derivadas de accidente o enfermedad no se da en esta situación donde la incapacidad, que puede no existir de hecho, se presume porque así lo establece la norma», según L. DUEÑAS HERRERO, «La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal», AA.VV.: *La incapacidad temporal*, Madrid, (Tecnos), 1996, p. 233. Efectivamente «en los períodos de observación puede existir baja en el trabajo sin incapacidad durante el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo de ésta, siendo obligatorio para el trabajador someterse a estos reconocimientos médicos», L.E DE LA VILLA, DESDENTADO BONETE, *op. cit.*, p. 485.

⁸¹ Según A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, este período de observación es importante en muchos casos de cáncer «en que la aparición de éste es dudosa o, incluso, en que habiendo sido éste comprobado, no impide aún la realización de su actividad laboral al trabajador; pero es dudoso médicamente si la actividad profesional del trabajador ha tenido incidencia en su aparición y si, en definitiva, se trata de un supuesto jurídicamente calificable de enfermedad profesional, o de enfermedad común o de enfermedad de trabajo». En «Consideración del aseguramiento de las enfermedades profesionales como medido para su prevención», *Revista de Seguridad Social*, n.º 14, 1982, pp. 168-169.

⁸² En «La incapacidad Temporal», AA.VV. *La incapacidad temporal*, (Coord. A. Ojeda Avilés), Madrid (Tecnos), 1996, pp. 136-137.

⁸³ *Vid.* «Incapacidad Temporal y maternidad», *Tribuna Social*, n.º 53, 1995, p. 8.

el traslado o la baja del trabajador. Y es que constituye una situación distinta del período de observación, el traslado de puesto de trabajo ⁸⁴, aplicable cuando se detectan síntomas de la Enfermedad Profesional ⁸⁵ aunque no incapacitantes, medida contemplada en aras a la prevención de la salud del trabajador ⁸⁶ en el apartado 1.º del artículo 45 del REP:

«En los casos en que como consecuencia de los reconocimientos médicos se descubra algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo, se llevará a cabo dicho traslado dentro de la misma empresa.»

El elemento de distinción, por tanto, no es tanto la incapacidad (posible o real del trabajador), que, como hemos dicho, no es relevante para declarar al trabajador en el supuesto de período de observación constitutivo de la incapacidad temporal, sino más bien la **certeza del diagnóstico médico**.

Efectivamente la baja médica que genera el derecho a una prestación económica por incapacidad temporal derivada del supuesto de período de observación de Enfermedad Profesional tiene su origen en una decisión del facultativo que, analizando los diagnósticos de salud del paciente, junto a otras variables como la actividad profesional que realiza, el tipo de empresa donde desarrolla su tra-

⁸⁴ D. PIETERS considera esta medida como muy positiva no sólo en el ámbito de la prevención sino también en relación a una política activadora del mercado de mano de obra, pues permite separar a tiempo del puesto de trabajo a personas que se encuentran amenazadas por una Enfermedad Profesional, trasladándolas a otros puestos de trabajo dentro o fuera de la empresa. Pese a reconocer que se trata de una medida eficaz en materia preventiva advierte que resulta poco apropiada para la prevención de accidentes de trabajo y que no se ajusta a las necesidades específicas de las PYMES. Una de las conclusiones que extrae el autor del análisis de la cuestión relativa a la protección de riesgos profesionales es precisamente que: *Las prestaciones concedidas a personas que todavía no han sido víctimas de un riesgo laboral, pero que se encuentran bajo la amenaza de convertirse en una de esas víctimas, también contribuye de un modo significativo a la prevención de enfermedades profesionales. Vid. Cien años de Seguridad Social..., op. cit., pp. 202, 204.*

⁸⁵ ALMANSA PASTOR, J. se refiere a este supuesto en los siguientes términos: «Conviene tener presente que el diagnóstico de la existencia de síntomas de enfermedad profesional que no lleguen a producir incapacidad laboral transitoria, porque no requieren asistencia sanitaria ni impiden trabajar, puede aconsejar el traslado del trabajador a otro puesto exento de riesgo profesional, o si éste no fuera posible, aconsejar la extinción del contrato de trabajo. Tratándose además de trabajadores silicóticos en primer grado trasladados a puestos exentos de riesgo pulvígeno, si éstos están disconformes con el puesto asignado, debe resolver la autoridad provincial del trabajo». *Vid. Derecho de la Seguridad*, Madrid (Tecnos), 7.ª edición, 1991, p. 416.

⁸⁶ D. PIETERS señala que «la peculiaridad de los sistemas de enfermedades laborales es que a veces también otorgan prestaciones destinadas a prevenir la aparición de la enfermedad. Eso supone proporcionar una prestación de salario sustitutivo (o una prestación por la que se eleva el salario profesional en el caso de haberse producido un desplazamiento a un puesto de trabajo peor retribuido) a cualquier persona con probabilidades de contraer una enfermedad laboral en caso de continuar trabajando en el ambiente profesional que está dañando a su salud», *op. cit.*, p. 194. Esta idea es reiterada por el autor al referirse a la prevención de la enfermedad profesional, en los siguientes términos: «Las acciones preventivas que se sirven de las prestaciones merecen ser apoyadas. De hecho, no sólo encajan muy bien con la idea según la cual la prevención debe tener carácter prioritario sino también con la opción genérica a favor de una política activadora del mercado de mano de obra, de tal modo que se saque a tiempo de su puesto de trabajo a las personas que se encuentran amenazadas por una enfermedad profesional y se las canalice hacia otra actividad profesional (no expuesta al peligro) dentro o fuera de la empresa. En especial, conviene tener en cuenta a este respecto los suplementos de transición con los que se compensa el cambio de salario profesional entre la antigua y la nueva profesión». *Vid. op. cit.*, p. 202.

bajo capaz de generar Enfermedad Profesional decide, a su juicio, apartar al trabajador de su puesto de trabajo de forma temporal para llegar a un diagnóstico definitivo⁸⁷. Cosa que no ocurre cuando la medida a tomar es el traslado del trabajo por motivos de prevención de la enfermedad, situación en la que ya ha sido definitivamente diagnosticada, y con aquélla se pretende evitar que progrese⁸⁸.

La dificultad de fijar un diagnóstico definitivo ha provocado la elaboración por parte de algún experto de un método que sirva para identificar la Enfermedad Profesional con certeza. En este sentido el Dr. A. ARANCÓN VIGUERA advierte de las dificultades que impiden al profesional de la medicina emitir un juicio de valor sobre el diagnóstico de la Enfermedad Profesional y propone un método objetivo de evaluación, que resulta de la conjunción de unos criterios diagnósticos asociados a una puntuación determinada, y que recuerda al sistema de evaluación descrito en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía⁸⁹. En concreto en opinión del autor la identificación de la Enfermedad Profesional se obtiene a través del grado de certeza atribuido, que se fija en función de la puntuación total resultante de la valoración de unos criterios mayores y menores. Con ello se alcanza un grado de certeza (del 0 al 4) que se corresponde con cuatro calificaciones: 1) grado 0: ausencia de criterios de enfermedad profesional, 2) grado 1: posible enfermedad con grado de certeza bajo, 3) grado 2: probable Enfermedad Profesional con grado de certeza alto y 4) grado 3: enfermedad profesional definida y típica⁹⁰.

⁸⁷ L.J. DUEÑAS HERRERO distingue entre las situaciones de incapacidad propiamente dichas debidas a enfermedad profesional reconducibles al apartado a) del artículo 128 y la situación de incapacidad temporal que se declara por prescripción facultativa como medida de carácter terapéutico, donde no existe incapacidad patológica sino terapéutica o de carácter preventivo. «La mera presunción de su existencia [de la enfermedad profesional] implica ya un diagnóstico provisional o baja cautelar». *Op. cit.*, p. 234.

⁸⁸ *Id.*, J.I. GARCÍA NINET «La Incapacidad Temporal», *cit.*, p. 27.

⁸⁹ BOE de 26 de enero. Con arreglo al artículo 4 del citado Real Decreto, la calificación del grado de minusvalía responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante baremos descritos en la norma. De esta suerte el mencionado grado se obtiene de la suma de unos puntos asignados a cada una de las situaciones o circunstancias que se valoran.

⁹⁰ El Dr. A. ARANCÓN VIGUERA fija dos criterios mayores como son la exposición laboral y la compatibilidad clínica frente a la correlación temporal y la ausencia de filiación nosológica, que constituyen criterios menores. La exposición laboral del trabajador se valora con una puntuación de 1 a 3, dependiendo de que se cuenta con información propia del trabajador, con información escrita y autorizada por la empresa o mutua o con información cuantificada (se dispone de información escrita y autorizada sobre los factores de riesgo, niveles y tiempos de exposición cuantificados), respectivamente. La compatibilidad técnica comprende a su vez tres grados, a saber: la existencia de síntomas sugerentes (se cuenta con la sintomatología actual o pasada referida al enfermo), la existencia de signos sugerentes (datos objetivos de la exploración física que concuerda con la descripción teórica de la enfermedad) y la existencia de criterios clínicos típicos (los síntomas y signos están bien constatados y encajan coherentemente con el cuadro teórico). El criterio menor de la correlación temporal se refiere a una correlación dudosa o parcial y una correlación temporal cierta o alta, teniendo en cuenta que en el primer caso la anamnesis refleja una mejoría o agravamiento del cuadro mientras que en el segundo se detecta un alto grado de concordancia temporal entre el cuadro clínico y la exposición. Por otro lado, el criterio menor «ausencia de filiación nosológica» integra dos grados: la ausencia inicial y la firma. En el primer grado no se ha realizado un diagnóstico diferencial exhaustivo pero existen síntomas que no coinciden con ninguna entidad nosológica no profesional. En el segundo grado se han realizado estudios de diagnóstico diferencial para descartar la existencia de enfermedades no profesionales pero no han revelado signos de aquéllas. Cada uno de esos criterios (cuatro en total) tiene atribuida una puntuación y la suma de todos determina un grado de certeza que permite declarar o diagnosticar la Enfermedad Profesional. En «Método normalizado para la identificación y valoración de las enfermedades profesionales», *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 1995, Tomo XLII, pp. 17-21.

Durante este período de observación, coincide la doctrina en considerar que el trabajador puede continuar con la realización de su trabajo pero se prescribe la baja laboral y el supuesto se asimila a la incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal) «solamente a efectos de asistencia sanitaria y del abono al trabajador de la indemnización económica equivalente al 75 por ciento del salario realmente percibido, ya que a los demás efectos son aplicables las normas específicas del período de observación»⁹¹.

Sin perjuicio de las diferencias destacadas entre una situación y otra la finalidad tanto en caso de período de observación como en el supuesto de cambio de puesto de trabajo es la misma, es decir, el fundamento último de ambas medidas es la prevención de la Enfermedad Profesional⁹². Se trata de dos fases de un mismo proceso preventivo, es decir, dos aspectos preventivos que actúan en momentos distintos: el primero, cuando no existe certeza médica del diagnóstico, y el segundo, cuando ya se ha detectado la Enfermedad Profesional y existe un diagnóstico claro y definitivo.

En efecto, en caso de diagnosticar la presencia de la Enfermedad Profesional aunque sea en un estadio previo de la misma, o dicho de otro modo, ante la presencia de síntomas de la Enfermedad Profesional que se diagnostican por el facultativo, es aplicable una medida de prevención y evitación del progreso o avance de la enfermedad como es la separación del puesto de trabajo⁹³.

Sin embargo, para aplicar el artículo 133.1 del TRLGSS relativo al período de observación debe haber una duda razonable, médicamente hablando, de la existencia de la Enfermedad Profesional⁹⁴. Es decir, el médico constata que la alteración de la salud que presenta el trabajador puede ser constitutiva de una Enfermedad Profesional y para asegurar el diagnóstico estima pertinente declarar al trabajador en situación de incapacidad temporal.

De esta suerte, el trabajador que se encuentra en período de observación puede que al finalizar el mismo se halle en incapacidad temporal propia (si la Enfermedad Profesional le imposibilita para trabajar) o ser dado de alta porque no hay dolencia incapacitante sino simplemente unos sínto-

⁹¹ AA.VV.: *Manual de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid (Mapfre), 1978, p. 125.

⁹² Según A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ la medida relativa al traslado de puesto de trabajo es trascendental, unas veces para prevenir y otras para tratar de impedir que progrese y como un aspecto más de las prescripciones para su curación definitiva. *Vid. op. cit.*, p. 169.

⁹³ J.M. ORDEIG FOS justifica del siguiente modo la medida consistente en el traslado de puesto de trabajo: «En la lenta evolución de la enfermedad puede reconocerse su presencia sin que todavía se produzca una situación contingencial, sin que exista invalidez o necesidad de asistencia médica, pero se deben tomar medidas para que la enfermedad no prospere, a ser posible. La más eficaz puede ser el traslado de puesto de trabajo, quitando el trabajador del lugar de ambiente o sustancia peligrosos y determinantes de la enfermedad profesional que se va constatando». *Vid. El sistema español*, Madrid, (Edersa), 2.ª edición, 1986, pp. 194-195. ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA consideran el traslado de puesto como un aspecto peculiar de la Enfermedad Profesional: «puede ocurrir que se descubran sus síntomas sin repercusión todavía sobre su capacidad de trabajo; o que el enfermo se haya recuperado de la enfermedad padecida, sano y sin merma de capacidad de trabajo y, sin embargo, exista la posibilidad, probabilidad o certeza de que si retorna a su trabajo recaerá en la enfermedad». En *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 17.ª edición, 2000, p. 186.

⁹⁴ Como muy bien apunta el prof. GARCÍA NINET este precepto «nos quiere puntualizar que los seis meses, prorrogables por otros seis no tienen sólo como finalidad el estudio y el diagnóstico, sino la consecución del diagnóstico definitivo, de ahí, si es preciso que se acuda a la prórroga» *Vid.* «Notas sobre los períodos de observación y diagnóstico y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional», en *Tribuna Social*, n.º 53, 1995, p. 20.

mas de Enfermedad Profesional que aconsejan la separación del puesto de trabajo de origen para evitar la progresión de la enfermedad. Esa posible sucesión de situaciones, período de observación-traslado de puesto de trabajo, es reconocida por el REP y las normas reglamentarias de carácter médico por las que se han de regir los reconocimientos, diagnóstico y calificación de las Enfermedades Profesionales.

Así, el apartado tercero del artículo 44 del REP establece expresamente que «todo trabajador, al término del período de observación, será declarado apto o pasará a alguna de las demás situaciones indicadas en el artículo anterior», entre las que se encuentran el traslado de puesto de trabajo y la incapacidad temporal.

De igual forma las citadas normas, establecidas por sendas Órdenes Ministeriales de 12-1-1963 y 15-12-1965, que fijan criterios médicos para pasar de una situación a otra, en relación con las enfermedades causadas por el manganeso y sus compuestos [incluida en el epígrafe 4 del apartado A) de la lista de Enfermedades Profesionales establecida por el Real Decreto 1995/1978], si se dan «casos diagnosticados de premanganesismo, manganesismo frustrado, neumonía del manganeso y signos oculares del manganeso una vez terminada la incapacidad temporal que hubieran podido producir, se definirán como situación de «cambio de puesto de trabajo».

Son igualmente ilustrativas las normas o criterios establecidos para el benceno, que definen la situación de período de observación y traslado de puesto de trabajo y determinan la interrelación entre ambas situaciones, a saber: en el período de observación el trabajador continúa en su mismo trabajo pero sometido a reconocimiento médico cada mes (como máximo) si concurre alguna de las circunstancias tasadas (a juicio médico, se trate de un colectivo específico, como son las mujeres en período de lactancia o crisis de menopausia o cuando el reconocimiento médico arroje determinados datos). Si el trabajador en período de observación presenta en el reconocimiento unas determinadas condiciones (*cuando se aprecie un aumento sucesivo y progresivo de la cantidad de formas globulares inmaduras o defectos progresivos del ciclo de maduración de cualquiera de las series globulares*) pasará a la situación de traslado de puesto de trabajo.

Ello quiere decir que esa posibilidad de intercomunicación de una situación a otra, que ya el REP anunciaba, toma cuerpo en el texto de aquellas disposiciones reglamentarias para cada una de las Enfermedades Profesionales listadas. El artículo 133.2 del TRLGSS remite al régimen específico regulador de la Enfermedad Profesional, cuando señala que son aplicables el *traslado de puesto de trabajo, su baja en la empresa u otras medidas análogas*.

El período de observación de la enfermedad profesional-silicosis tiene especial trascendencia puesto que esa vigilancia médica permite «controlar clínicamente la significación de los síntomas ligeros que de una incipiente silicosis se hayan descubierto»⁹⁵.

⁹⁵ Según AVILÉS CABALLERO, es criticable que la entidad que cubra el riesgo de incapacidad temporal por accidente de trabajo sea quien esté obligada a dispensar las prestaciones sanitarias y económicas (75 por 100 del salario), por cuanto suponía cargar a las empresas que son autoaseguradoras del riesgo: «Medidas estas que nos parecen ilógicas, puesto que existiendo un Seguro de Enfermedades Profesionales de la importancia del que tenemos, él debe asumir directamente

Por tanto, no cabe duda de que el período de observación es una situación previa a la del traslado de puesto de trabajo, por cuanto se fundamenta aquélla en la inexistencia de un diagnóstico cierto (elemento justificativo de la situación de análisis y estudio médico ⁹⁶) y ésta en la presencia de síntomas de la Enfermedad Profesional no incapacitantes que serán frenados por esa medida de apartamiento del puesto de trabajo ⁹⁷.

En definitiva, al finalizar la duración prevista por el legislador para proceder al estudio de la enfermedad (doce meses en total: seis meses prorrogables por otros seis) el trabajador será declarado en situación de INCAPACIDAD TEMPORAL propia, por existir una dolencia incapacitante de carácter temporal (computando en ese caso, a efectos de período máximo de duración de la incapacidad temporal el período de observación), en situación de INCAPACIDAD PERMANENTE (en cualquiera de los grados), será dado de ALTA MÉDICA por curación ⁹⁸ o incluso se procederá al TRASLADO del trabajador a un puesto de trabajo exento de riesgo, al diagnosticarse síntomas de la Enfermedad Profesional ⁹⁹.

todas las consecuencias que se deriven de la adquisición por los trabajadores de dichas enfermedades, lo cual tiene importancia trascendental en cuanto que al obligar a las empresas, que muchas veces son aseguradoras de la incapacidad temporal de sus operarios, a prestar asistencia sanitaria durante la observación a los presuntos silicóticos se les compele a hacer gastos extraordinarios al tener que acudir a médicos especialistas que ellos no tienen o a utilizar sus servicios médicos especialistas que ellos no tienen o a utilizar sus servicios médicos, que no guardan las más de las veces idoneidad ni de personal ni de aparatos, cuando el Seguro cuenta con instalaciones modernísimas de rayos X y demás aparatos para la medición de las pruebas funcionales, que son una garantía para un diagnóstico eficaz». *Vid.* «La enfermedad y el trabajo. Especial estudio de la silicosis. Trascendencia de esta enfermedad en Asturias», *RPS*, n.º 73, enero-marzo, 1967, pp. 43-44.

⁹⁶ Para M.J. RODRÍGUEZ RAMOS, J. GORELLI HERNÁNDEZ, M. VÍLchez PORRAS la consideración del período de observación como tiempo necesario para el estudio de la Enfermedad Profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo «plantea que se compute como período de observación aquellas situaciones en las que se comienza el estudio del paciente, y la realización de pruebas o análisis impide la realización normal de la actividad laboral, por lo que será dado de baja médica». En *Sistema de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 1999, p. 278.

⁹⁷ ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA se refieren a esta situación del trabajador como aquella en que «debe dejar de trabajar *preventivamente*, aun sin incapacidad», asimilándola a la incapacidad temporal. En *Instituciones de la Seguridad Social*, op. cit., p. 186.

⁹⁸ Para L.J. DUEÑAS HERRERO es posible pasar de una situación de observación por Enfermedad Profesional a una situación de incapacidad temporal propia o normal, pero jamás puede existir período de observación tras haber iniciado un proceso de incapacidad temporal del artículo 128 a), para estudiar si ha habido o no una recaída, sino que en ese caso se prescribiría la baja por Enfermedad Profesional. En *op. cit.*, p. 234.

⁹⁹ El apartado tercero del artículo 44 del REP (que coincide con lo establecido por el art. 24.2 del Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las Enfermedades Profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional) establecía que al término del período de observación, el trabajador fuese declarado apto para continuar en su trabajo (alta médica por curación) o en alguna de las situaciones que indicaba el artículo 43, a saber: traslado, baja, incapacidad temporal, lesiones definitivas, incapacidad permanente (parcial, total, absoluta) o muerte. Sin embargo, como expone C. DEL PESO Y CALVO, el Decreto no precisa cada una de estas situaciones sino que se remite a las disposiciones reglamentarias, con excepción de la situación de traslado de puesto de trabajo, regulada en el Decreto. Sobre el régimen de reparación de la Enfermedad Profesional que diseña el Decreto de 1961 y normas complementarias véase «Regímenes de reparación de la enfermedad profesional», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, n.º 1, 1963.

4.3. Período de observación y baja en el trabajo.

a) ¿Incompatibilidad entre el período de observación y la permanencia en el puesto de trabajo?

Precisamente por el carácter y finalidad del período de observación, se plantea si es obligado dar de baja al trabajador, recibiendo la prestación económica correspondiente a la incapacidad temporal, o puede permanecer en activo el trabajador, sin percibir esa prestación. La solución a esta disyuntiva tiene un carácter médico, puesto que será decisión del facultativo la que establezca la procedencia de situar al trabajador en situación de baja en la empresa ¹⁰⁰. Lo que ocurre es que si se opta por no dar de baja al trabajador, lógicamente, ello supone que no va a percibir prestación económica derivada de incapacidad temporal ¹⁰¹, dada la naturaleza de dicha prestación de sustitución de rentas de trabajo ¹⁰².

El REP, en el artículo 44, reconocía la posibilidad de que el trabajador estuviera en período de observación y simultáneamente se mantuviera en activo en la empresa:

«2. Durante el período de observación corresponderá a quien tenga asegurada la incapacidad temporal de accidentes del trabajo dispensar las prestaciones sanitarias precisas, así como el abono del 75 por 100 del salario *si el presunto enfermo hubiera causado baja en el trabajo.*» ¹⁰³

¹⁰⁰ J.I. GARCÍA NINET considera este aspecto de la baja en los siguientes términos: «el médico, o servicio médico correspondiente, a instancia del presunto afectado, o incluso pudiera suceder que a raíz de las revisiones médicas periódicas que hay que llevar a cabo en las empresas con puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales (art. 196 LGSS) inicia el estudio del paciente para llegar a un diagnóstico que deberá ser en su día definitivo, y para lo cual, en muchas ocasiones, no en todos los supuestos, precisa dar de baja al trabajador [...] bien porque su estado de salud ya se lo exija [...], bien porque los análisis y la observación en general impidan la realización normal de una actividad productiva ordinaria, aunque su estado de salud no exigiera de modo inexorable la baja [...]. Vid. AA.VV.: *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...*, op. cit., pp. 1.264 y ss. dedicadas al análisis del artículo 133 de la LGSS, (p. 1.265, especialmente).

¹⁰¹ A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ alude a esta situación, reconociendo que «si durante el período de observación se prescribe la baja en el trabajo durante el mismo, el trabajador quedará ante la Seguridad Social en situación equiparada a la de incapacidad laboral transitoria, un período de seis meses, prorrogables por otros seis, durante los cuales tendrá derecho a la prestación económica correspondiente igual a la establecida por incapacidad laboral transitoria», en op. cit., p. 169.

¹⁰² J.M. ORDEIG FOS considera que «este período precede a la declaración de la situación de enfermedad profesional, pero la situación se encuentra muchas veces latente, en potencia, y para concretarla precisamente se arbitra este plazo de observación, según el artículo 131.1 de la LSS *para el estudio médico de la Enfermedad Profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico*; y durará el tiempo necesario para ello. Si se produce la baja en el trabajo, por necesidades de observación, se origina un supuesto contingencial: la incapacidad laboral transitoria [art. 126.1 b) LSS], con la correspondiente prestación», en *El sistema español de seguridad social...*, op. cit., p. 194.

¹⁰³ El Reglamento de 1949 (OMT de 19-7-1949) consideraba seis situaciones que se correspondían con la clasificación médico-legal de los productores: normal, en observación, primer grado de silicosis, segundo grado de silicosis, tercer grado de silicosis y silicotuberculosis. La calificación de observación se caracterizaba por la presencia de síntomas que, sin definir la existencia de una silicosis típica, y en todo caso, sin incapacidad laboral, requieran la vigilancia médica, periódica y frecuente del productor. En esa situación el productor permanecerá en su trabajo habitual.

Por consiguiente a la luz de la legislación específica de Enfermedades Profesionales la prestación económica era posible pero no necesaria, dependía, en cualquier caso, del cese en el trabajo. Sin embargo la asistencia sanitaria se entiende obligada ya que justifica esa situación de estudio y análisis del estado de salud del trabajador, de lo que se deduce que la prestación sanitaria deviene necesaria a diferencia de la prestación económica.

En el mismo sentido el artículo 131 del Texto Articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril ¹⁰⁴, establecía que la situación derivada del período de observación «dará derecho a la prestación económica cuando se prescriba la baja en el trabajo durante el mismo» ¹⁰⁵. Sin embargo el artículo 131 del TRLGSS de 1974, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, suprime este párrafo, en el que expresamente se reconocía la posibilidad de no prescribir la baja del trabajador para proceder al estudio médico de la enfermedad, coincidiendo, de este modo, con lo dispuesto en el artículo 133.1 del vigente TRLGSS.

Así las cosas se plantea ¿qué efectos tendría el período de observación si el trabajador permanece en su puesto de trabajo? Teniendo en cuenta que no percibiría, en ese caso, la prestación económica, ya que no habrá una sustitución de rentas del trabajo, la virtualidad de la declaración del período de observación sería recibir tratamiento médico o vigilancia médica específica con el fin de llegar a un diagnóstico definitivo, que es precisamente lo que establece el artículo 44 del REP. Las Órdenes Ministeriales de 1963 y de 1965 también aluden a esa situación de período de observación sin la consiguiente baja en el trabajo en determinadas circunstancias. Por ejemplo, en relación a las enfermedades causadas por el sulfuro de carbono (epígrafe 22 del Grupo A del cuadro legal de Enfermedades Profesionales) se establece que ante la presencia de «la tríada sintomática de cefalea, somnolencia y astenia, se calificará al trabajador, que continuará su *trabajo habitual*, como en período de observación» (Orden de 1965). Asimismo en caso de las enfermedades causadas por el benceno se define la situación de período de observación aquella en que el obrero continuará en su mismo trabajo, pero sometido a reconocimiento cada mes, como máximo, cuando concurren determinadas circunstancias ¹⁰⁶.

Lo que ocurre es que en la legislación vigente de Seguridad Social no existe una referencia expresa a la posibilidad de estar en esta situación de período de observación y a la vez permanecer en el trabajo. El artículo 133.1 del TRLGSS que define lo que se entiende por período de observación no contempla tal posibilidad. Es más, el artículo 15 de la Orden de 13 de octubre de 1967, por

¹⁰⁴ La Ley de Bases de 1963, como es sabido, es el origen de nuestro sistema de Seguridad Social. El primer Texto Articulado es aprobado por el Decreto mencionado y el Decreto 909/1966, de 21 de abril, aprueba el Texto Articulado segundo, sobre Bases de la Seguridad Social por el que se da nueva redacción al vigente Texto Refundido de procedimiento laboral (BOE de 22 y 23 de abril).

¹⁰⁵ El precepto añadía que «De igual modo podrán asimilarse o equipararse al período de observación otras situaciones análogas».

¹⁰⁶ Cuando el buen juicio del médico lo considere oportuno, cuando se trate de mujeres en período de lactancia o crisis de menopausia, cuando el último o penúltimo reconocimiento médico arroje un resultado de signos o síntomas clínicos de prebenzolismo, disminución de la cifra de hematies o prolongación del tiempo de hemorragia a más de seis minutos.

la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social ¹⁰⁷, modificada por el TRLGSS de 1994 así como por la Orden de 19 de junio de 1997 ¹⁰⁸, considera el período de observación como:

«la situación del trabajador durante el tiempo necesario para el estudio médico de su enfermedad cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo, **siempre que lleve consigo la baja en el trabajo**».

En este orden de cosas, la ocasión merece recordar que el concepto legal vigente de Enfermedad Profesional que recoge el artículo 116 del TRLGSS de 1994 (antiguo art. 85 LGSS de 1974) no integra el elemento del resultado de la misma, a diferencia de lo que establecía el Decreto de 10 de enero de 1947, que crea el seguro de Enfermedades Profesionales y que definía las Enfermedades Profesionales como «aquellas que, producidas por consecuencia del trabajo y con evolución lenta y progresiva, ocasionan al productor una **incapacidad para el ejercicio normal de su profesión o la muerte**», o incluso de lo establecido por el Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las Enfermedades Profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional:

«Artículo 2.1. Se entiende por enfermedades profesionales las producidas por elementos o sustancias y en industrias u operaciones incluidas en el cuadro anexo a este Decreto, que ocasionen **incapacidad permanente o progresiva para el ejercicio normal de la profesión o la muerte**.» ¹⁰⁹

Sin embargo el artículo 85 del Texto Articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, omite cualquier referencia a la incapacidad que puede producir la Enfermedad Profesional, que se define como «la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias y en las actividades que se especifiquen en el cuadro anejo a las normas de aplicación y desarrollo de esta Ley», definición muy similar a la del artículo 116 del TRLGSS vigente ¹¹⁰.

¹⁰⁷ BOE de 4 de noviembre.

¹⁰⁸ Por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, sobre determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal (BOE de 24 de junio). El mencionado Real Decreto deroga los artículos 17 y 20 apartados 3, 4, 5 de la Orden de 1967. Conviene recordar que este Real Decreto fue posteriormente modificado por un Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio (BOE de 18 de junio) y que una Orden Ministerial de 18 de septiembre de 1998, modifica la Orden de 19 de junio de 1997 (BOE de 25 de septiembre).

¹⁰⁹ Tal y como expone en su obra el profesor J.M. ALMANSA PASTOR «El Decreto de 1947 tomaba como vértices conceptuales la que fuera consecuencia del trabajo, que ocasionara una incapacidad laboral o la muerte, y estuviera comprendida en el cuadro enumerativo de enfermedades e industrias. El Decreto de 1961 se fijaba en la causa productora, esto es, elementos o sustancias e industrias, incluidas en cuadro anexo, y en el resultado, que se cifraba en la incapacidad permanente o la muerte. La LGSS, como se ha de ver, abandona la exigencia de gravedad en las resultas de la enfermedad para centrarse en la causa, elementos y sustancias listadas, y en la derivación como consecuencia del trabajo, en actividades, asimismo, listadas». En *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 6.ª edición, 1989, p. 249.

¹¹⁰ Se entenderá por Enfermedad Profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta Ley, y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional».

En definitiva, teniendo en cuenta que la baja en el trabajo es necesaria porque lo prescribe la Ley aunque no lo sea de hecho en la realidad, algún autor ha propuesto la supresión de los períodos de observación de la contingencia de incapacidad temporal considerando que la baja en el trabajo para llevar a cabo el estudio de la Enfermedad Profesional no incapacita para desarrollar aquél, constituyendo una medida de protección específica de la salud del trabajador frente a las Enfermedades Profesionales. De tal modo que si efectivamente existe una incapacidad derivada de la Enfermedad Profesional el supuesto aplicable sería el artículo 128.1 a) del TRLGSS de 1994. La asimilación de esos períodos a la incapacidad temporal encuentra su justificación en el carácter «terapéutico de la medida» y no en la incapacidad que genera esa situación ^{111, 112}.

De cualquier modo los efectos que derivan de la calificación como incapacidad temporal o período de observación son los mismos, a saber: la percepción de una renta sustitutiva del salario, aunque la duración y finalidad sean distintas.

b) Delimitación del período de observación frente a la baja en la empresa por imposibilidad de traslado.

En este subepígrafe se trata de determinar las diferencias y coincidencias entre la baja que deriva del período de observación como situación asimilada a la incapacidad temporal y la baja orde-

¹¹¹ TORTUERO PLAZA reconoce que «la asimilación tiene por objeto dar cabida a la protección del estado de necesidad que se produce por la reducción o anulación de las rentas de trabajo que, aun con motivo distinto del estrictamente incapacitante pero con igual efecto, lleva consigo *la prescripción de la baja en el trabajo* [...]». El autor apuesta por la supresión del período de observación, apreciación que justifica desde una visión unitaria e integradora de la incapacidad temporal, que no impediría la especial protección a otorgar a la enfermedad profesional si se confirma el diagnóstico, atendiendo a una interpretación extensiva de los elementos constitutivos de la incapacidad temporal que en términos literales el autor identifica con «una necesaria correlación entre la alteración de la salud y efecto incapacitante» (se refiere a una interpretación amplia de la incapacidad que protege no sólo las situaciones reales de incapacidad sino también la incapacidad potencial). *Vid.* «La incapacidad laboral-temporal: contingencias y situaciones protegidas», *Tribuna Social*, núm. 44/45, 1994, pp. 39-40 y 46. Algún autor ya había criticado esta medida de prevención al analizar el artículo 43 del REP. Así, J.A. AVILÉS CABALLERO ya señalaba la improcedencia de la situación que generaba el período de observación (prestar asistencia sanitaria y la indemnización económica del 75 por 100 del salario): «medidas estas que nos parecen ilógicas, puesto que existiendo un Seguro de Enfermedades Profesionales de la importancia del que tenemos, él debe de asumir directamente todas las consecuencias que se deriven de la adquisición por los trabajadores de dichas enfermedades, lo cual tiene una importancia trascendental en cuanto que, al obligar a las empresas, que muchas veces son aseguradoras de la incapacidad laboral transitoria de sus operarios, a prestar asistencia sanitaria, durante la observación, a los presuntos silicóticos, se les compele a hacer gastos extraordinarios al tener que acudir a médicos especialistas que ellas no tienen, o a utilizar sus servicios médicos, que no guardan las más de las veces idoneidad ni de personal ni de aparatos, cuando el Seguro cuenta, o desea contar con instalaciones modernísimas de Rayos X y demás aparatos para la medición de pruebas funcionales, que son una garantía para un diagnóstico eficaz». En *La silicosis de los mineros y sus problemas médico-legales*, Oviedo (ed. Richard Grandío), 1969, pp. 66-67.

¹¹² En ese carácter de la medida coinciden TORTUERO PLAZA —en «La incapacidad laboral transitoria...» *cit.*, p. 45— así como ALARCÓN CARACUEL Y GONZÁLEZ ORTEGA, en *Compendio de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 4.ª edición, 1991, p. 168, quienes afirman que «el impedimento para trabajar puede ser real o tratarse simplemente de una baja conveniente desde el punto de vista terapéutico». J.I. GARCÍA NINET lo expone en los siguientes términos: «Conociendo, pues, el tipo de trabajo que se realiza y los síntomas normales de manifestación de la enfermedad profesional que puede ya estar listada [...] puede parecer aconsejable separar temporalmente al trabajador de su trabajo, para que la enfermedad no siga progresando, o no lo haga con la rapidez con que lo haría de seguir en el mismo lugar y en contacto con las sustancias o elementos que le han podido provocar esa presunta enfermedad profesional». *Vid. Comentarios a la Ley General...*, *cit.*, p. 1.266. BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.ª A., igualmente reconocen el carácter preventivo y terapéutico de la baja con la finalidad de estudiar la evolución de la enfermedad. En *Curso sobre Seguridad Social (Régimen general y prestaciones no contributivas)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, 6.ª edición, p. 357.

nada como consecuencia de la imposibilidad de trasladar al trabajador a un puesto exento de riesgo cuando se detectan síntomas de la Enfermedad Profesional que aconsejan esa movilidad funcional, medida prevista en el artículo 48 del REP.

La baja que tiene lugar con motivo de la incompatibilidad del estado de salud del trabajador con el puesto de trabajo deriva de la situación previa de imposibilidad de trasladar al trabajador a otro puesto compatible con su estado de salud. Se trata de una medida que preveía la legislación de Enfermedades Profesionales de la década de los años sesenta con la finalidad u objetivo de evitar que los síntomas de la enfermedad diagnosticados en el trabajador progresaran y generaran una verdadera patología derivada del trabajo. La situación de baja en la empresa equivale a la extinción del contrato de trabajo acompañada de una serie de derechos previstos para compensar esa drástica consecuencia derivada de la ausencia de un puesto de trabajo compatible. Es decir, la baja, que es fiscalizable por la Inspección de Trabajo en tanto que ésta debía prestar conformidad al hecho de la imposibilidad de traslado, venía acompañada de un derecho preferente de colocación en las listas de las Oficinas de Empleo así como del derecho a percibir un subsidio económico que sustituye al salario dejado de percibir.

Por otro lado, la baja que acompaña al período de observación tiene igualmente una finalidad preventiva ya que tiene por objeto el estudio y análisis de la dolencia del trabajador que permita establecer un diagnóstico definitivo de la patología. Sin embargo, esa situación no equivale a una ruptura del vínculo contractual sino que da lugar a una suspensión del mismo en cuanto se asimila a la incapacidad temporal pese a no existir una incapacidad real del trabajador como ya se ha dicho.

Por tanto la baja por imposibilidad de traslado se asemeja a la que prescribe la LGSS en situación de incapacidad temporal en su finalidad de profilaxis, pero no en sus efectos sobre la relación laboral (extinción frente a la suspensión del período de observación). Los efectos jurídicos de una situación u otra son distintos: en un caso, se reconoce una prestación económica equivalente a la situación de incapacidad temporal con cargo a la Seguridad Social (período de observación), en el otro, se percibe un *subsidio equivalente al salario íntegro* con cargo a la empresa durante doce meses, prorrogable durante seis meses con cargo al INSS, como ente sucesor del Fondo, y por doce meses más con cargo al Seguro de Desempleo).

Esa finalidad es clara y tajante para la jurisprudencia. El extinto TCT ya había resuelto numerosos supuestos sobre esta cuestión. En la Sentencia del TCT de 4-10-1983 ¹¹³, una de las más significativas reconoce que la baja en la empresa, en estos casos de imposibilidad de traslado, se produce por ministerio de la ley (en virtud de lo dispuesto en el art. 48 de la Orden Ministerial de 9-5-1962) y por tanto equivale a la extinción del contrato, pese a que no se enumera en el listado del artículo 49 del TRET, que tiene un carácter enunciativo: y señala las diferencias entre esta situación de baja en la empresa prevista en los artículos 43 y 48 del REP y la situación de incapacidad temporal del siguiente modo:

«[...] el artículo 43 contempla como situación específica la de baja en la empresa, regulada en el citado artículo 48 distinta a la incapacidad laboral transitoria o incapacidad temporal, que se produce cuando el trabajador afectado por síntomas de enfermedad

¹¹³ Ar./8116.

profesional, ya curados y sin impedimentos para trabajar en puestos en que no existan riesgos de contraer la enfermedad profesional, sin embargo no puede efectuarlo en la misma empresa por carecer de ellos, y comprobada la certeza de esta carencia por la Inspección de Trabajo, ordena su baja en la empresa, con las consecuencias económicas para trabajador y empresa que en dicho precepto se establecen, medida dispuesta fundamentalmente para proteger la salud del trabajador a fin de que no avance el proceso de la enfermedad que padece pero que no necesita asistencia médica ni le impide trabajar, por lo que no se encuentra en situación de incapacidad laboral transitoria [...]»

Efectivamente, la baja por imposibilidad de trasladar al trabajador es la consecuencia de la inexistencia de puesto de trabajo con riesgo de contraer la Enfermedad Profesional, mientras que la baja por incapacidad temporal es la consecuencia de la incapacidad que presenta el trabajador, que precisa de asistencia médica y está impedido para trabajar. Esas dos situaciones comparadas por el Tribunal son claras y no presentan duda ya que el criterio delimitador es precisamente la incapacidad del trabajador. Pero no se trata de comparar ambas sino de distinguir entre la baja preventiva del REP y la baja, del mismo carácter, pero correspondiente al período de observación. Entre ambas situaciones existen las similitudes mencionadas de finalidad preventiva y de efectos económicos similares (percepción de un subsidio, aunque a cargo de sujetos distintos), pero el hecho causante es diferente: el estudio de la enfermedad o la incompatibilidad de la salud del trabajador con el puesto de trabajo.

Según el TCT ¹¹⁴ los subsidios que reconoce el artículo 48 del REP tienen como finalidad:

«la de indemnizar concretos perjuicios derivados de la situación c) del artículo 43 del mismo texto, en los supuestos que al trabajador se le descubre *algún síntoma de enfermedad profesional que no constituya incapacidad temporal, pero cuya progresión sea posible evitar mediante el traslado del obrero a otro puesto de trabajo exento de riesgo* cuando el traslado (que impone el artículo 45.1 en relación con el 43, b) del Reglamento) no fuera posible dentro de la empresa (por circunstancias de ésta) y el obrero por ello es dado de baja en la misma (art. 48.1 citado) continuando el devengo de tales prestaciones (con límites temporales máximos preestablecidos) mientras el trabajador –no inválido pero incompatible con anterior puesto de trabajo– no accede a otro puesto compatible y a la vez adecuado a su categoría profesional (en la misma o en otra empresa). Por eso no nace el derecho a tales subsidios del artículo 45.1 cuando el trabajador accede directamente a la situación b) del artículo 43 del mismo Reglamento –traslado de puestos de trabajo– cuando cuenta la empresa con otro puesto adecuado a su categoría profesional y exento de riesgo al descubrirse algún síntoma (art. 45.1) y asimismo cesa el derecho a la indicada prestación económica (antes de la expiración de los plazos) si la Oficina de Colocación *ofrece al trabajador un puesto adecuado a su categoría profesional* (art. 48.2).

Los subsidios de referencia están establecidos para trabajadores dotados de capacidad suficiente para la profesión habitual, pero para los que, no obstante, procede el cambio de puesto (para evitar así la progresión de la enfermedad que aflora), cuan-

¹¹⁴ En Sentencia de 22-11-1983, Ar./9973.

do y mientras el precedente cambio no se realiza, de todo ello resulta que, tratándose de prestaciones para trabajadores no inválidos (es la capacidad presupuesto de su devengo), tales subsidios no pueden coexistir, en simultaneidad, con la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad profesional (en este caso dermatosis), cuando la profesión habitual y la enfermedad, a la vista de las cuales fueron concedidos tanto los discutidos subsidios como la pensión, son precisamente las mismas; **la pensión se concede por incapacidad y el subsidio por capacidad**, siendo ambos así claramente contradictorios cuando se refieren al mismo contexto [...].»¹¹⁵

El Tribunal deja claro que la percepción del subsidio previsto en el REP tiene una finalidad muy concreta y no puede ser extendido a otras situaciones distintas a la que expresamente está ligada, cual es la baja en el trabajo por imposibilidad de cambio de puesto de trabajo, pese a existir capacidad para desarrollar la profesión habitual. Se trata de una cuestión distinta a la situación de incapacidad permanente en la que se presupone existe una incapacidad definitiva e irreversible a causa de la Enfermedad Profesional.

Por otro lado, la doctrina científica y jurisprudencial en diversas ocasiones ha puesto en tela de juicio la validez del precepto reglamentario en cuestión. Se podría decir que todos coinciden en la vigencia y aplicabilidad del mismo por cuestiones de necesidad a falta de un desarrollo posterior de la LGSS de 1994¹¹⁶.

De esta suerte en relación con el derecho a percibir las prestaciones previstas exclusivamente en el REP¹¹⁷, el TCT tuvo ocasión de pronunciarse en Sentencia de 10-10-1983¹¹⁸. El Tribunal admite la aplicación del precepto reglamentario a todas las Enfermedades Profesionales, por apli-

¹¹⁵ En el mismo sentido la STCT de 30-11-1983 (Ar./10218). Ambas sentencias añaden que esa incompatibilidad de prestaciones deriva de lo dispuesto en el artículo 61 del Reglamento (REP, aprobado por Orden de 9-5-1962), «que establece la incompatibilidad entre las diversas indemnizaciones por las distintas situaciones reguladas en el mismo (situaciones que enumera el art. 43 y que, en cuanto referidas a un mismo evento, pueden sucederse pero no coexistir)». Dicha argumentación es reiterada por la STCT de 6-12-1983 (10571). Ponente: . Efectivamente puede pasarse de una incapacidad temporal al cambio de puesto de trabajo como se establecía en las ORM1963 y ORM1965, como ocurre en la descripción de la calificación de la capacidad en caso de enfermedades causadas por el sulfuro de carbono. Así se califica al trabajador que presenta determinados síntomas en período de observación. Si en los sucesivos reconocimientos médicos periódicos aparecen nuevos síntomas o no se manifiesta ninguna mejoría de los síntomas anteriores tras haber pasado cuatro reconocimientos médicos se calificará la situación de cambio de puesto de trabajo. Sin embargo si en situación de período de observación mejora su sintomatología volverá a su puesto de trabajo, teniendo en cuenta que ningún trabajador podrá ser calificado dos veces en período de observación (ORM1965).

¹¹⁶ El profesor J. I. GARCÍA NINET coincide con ALONSO OLEA Y TORTUERO PLAZA en que «la normativa de los años 1961/1962 a que hacemos mención, regula temas laborales no recogidos en el ET, el cual sí que recoge otros de parecida naturaleza y efectos [...], lo cual hace que existan dudas razonables acerca de su vigencia, que no de su necesidad, de ahí que lleguen a aceptarse con carácter reglamentario, a falta de desarrollo *ex post* LGSS de 1994, y anteriormente de las leyes de 1966 y de 1974». En «La Incapacidad Temporal», AA.VV.: *La incapacidad temporal... op. cit.*

¹¹⁷ El artículo 48.4 dispone: «Si transcurridos los dieciocho meses no hubiese encontrado trabajo, recibirá, con cargo al Seguro de Desempleo, seis meses más, prorrogables por otros seis como máximo, de prestación equivalente a su salario íntegro. Para tener derecho a esta prestación, el trabajador tendrá la obligación de inscribirse en un curso de formación intensiva profesional dentro de los tres primeros meses de la misma, siendo compatible la prestación a cargo del Seguro de Desempleo con la beca o salario de estímulo que pueda percibir durante el curso».

¹¹⁸ Ar./8340.

cación del artículo 4 del Código Civil, por analogía, y no sólo frente a la silicosis como pretendía el INEM ¹¹⁹, teniendo en cuenta la legislación vigente, y a pesar de que la norma prevé el abono de las prestaciones por parte del INEM, entidad gestora que en este aspecto no tiene poder de decisión. El TCT reconoció que el INEM estaba obligado a abonar esa prestación por ministerio de la ley sin que pudiera denegar este derecho, añadiendo que del artículo 48 del REP se desprendía que dicha prestación por la falta de trabajo «no está sometida a porcentaje ni base reguladora en la forma clásica, sino que se trata del 100 por 100 del salario íntegro» ¹²⁰.

4.4. Duración. Procedimiento de solicitud de la prórroga.

La duración máxima del período de observación tiene carácter anual, aunque el período inicial es de seis meses, prorrogable por otros seis ¹²¹. Ahora bien esa ampliación tendrá lugar por los cauces establecidos en la normativa de aplicación, a los que dedicamos el presente epígrafe.

Con arreglo a lo establecido en el artículo 44 del REP correspondía a los Tribunales Médicos de las Comisiones Técnicas Calificadoras valorar médicamente si convenía ampliar el período de observación ¹²². Esos Tribunales Médicos fueron sustituidos por las Unidades de Valoración Médica

¹¹⁹ Concretamente el INEM recurre la sentencia (de 10-10-1983, Ar./8340) que declara el derecho del trabajador, aquejado de un proceso alérgico por el cemento, a percibir por parte del INEM durante seis meses, prorrogables por seis meses, el salario que percibía (íntegro), entendiendo que dicha prestación prevista en el REP, cuando es imposible trasladar al trabajador y se declara la baja o extinción del contrato, es aplicable únicamente a la enfermedad de silicosis y no al resto de Enfermedades Profesionales. Se niega que las medidas protectoras concedidas al demandante sean adecuadas, pues a entender del INEM, éstas se establecieron a favor de los enfermos de silicosis y no para proteger a todos los afectados de cualquier otra Enfermedad Profesional. El apartado tercero que antecede al que establece esas prestaciones con cargo al desempleo se refiere al obrero silicótico en primer grado y a su derecho preferente durante los dieciocho meses de la prestación económica a participar en un curso de formación intensiva profesional. De la lectura de estos apartados del precepto (art. 58.3 y 4) parece deducirse que esas medidas de protección previstas para el trabajador aquejado de enfermedad profesional, transcurridos los iniciales dieciocho meses, se refieren a la silicosis únicamente. De ahí la reclamación del INEM como entidad obligada al pago de esas prestaciones.

¹²⁰ Sobre la aplicación de lo dispuesto en el artículo 48 del REP véanse igualmente: STCT de 19-10-1982 (5533), 30-11-1983 (10218).

¹²¹ En virtud de lo dispuesto, no sólo en los preceptos recogidos en el TRLGSS [arts. 128 b) y 133], sino también en el artículo 15.2 de la Orden Ministerial de 13-10-1967 y artículo 9 del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (BOE de 30 de diciembre). Un supuesto jurisprudencial sobre la aplicación de estos preceptos es el que resuelve el TSJ de la Comunidad Valenciana en Sentencia de 22-12-1998 (Ar./6569), al considerar que la Mutua debe hacerse cargo igualmente de la posible prórroga de la situación: «[...] porque al tener la empresa "Aerotex, SL", cubierto el riesgo de accidente de trabajo y enfermedad profesional en las Mutuas demandadas, éstas son las responsables por todo el período legal y no sólo por los 6 primeros meses del período de observación y en efecto, ni en el artículo 5, b) de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, ni en el artículo 9 del Decreto de 23 de diciembre de 1966, que aplica el Juez de instancia, se limita la duración del período de observación por enfermedad profesional a 6 meses, muy por el contrario el artículo 9 citado se remite al artículo 131.1 de la Ley General de la Seguridad Social, y establece que la duración máxima será de seis meses que podrá ser prorrogada por igual plazo y el Tribunal Supremo ha declarado que la prórroga no tiene que ser expresa, sin que ningún precepto atribuya la responsabilidad de la misma a la Entidad Gestora, por lo que procede estimar el recurso, y revocar parcialmente la sentencia para absolver al Instituto Nacional de la Seguridad Social».

¹²² De acuerdo con el artículo 15.2 de la Orden de 13-10-1967 [por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social] la prórroga correspondía a la Comisión Técnica Calificadora Central, a propuesta de la correspondiente Comisión Técnica Calificadora. El artículo 24 de la OMT de 8 de mayo de 1969 [por la que se regula el procedimiento aplicable a las actuaciones de las

del INSALUD, asumiendo el INSS la competencia para resolver sobre la prórroga del período de observación médica en Enfermedades Profesionales [RD 2609/1982, de 24 de septiembre, vigente transitoriamente según el RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, cuyo artículo 1 c) reconoce igualmente como competencia del INSS la resolución sobre la prórroga y el derecho al subsidio].

En cuanto a las UVAMI, el Real Decreto 1300/1995 citado establece en su disposición adicional tercera su supresión y adscripción del personal a la correspondiente Dirección Provincial del INSS, donde se constituirá un Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI)¹²³. Serán estos Equipos de Valoración los que emitan dictámenes-propuesta preceptivos y no vinculantes en materia de «procedencia o no de prorrogar el período de observación médica en enfermedades profesionales» [letra g), art. 3 del RD 1300/1995, que viene a desarrollar el art. 1 c) del mismo]¹²⁴.

Comisiones Técnicas Calificadoras] desarrolla el procedimiento de solicitud de la citada prórroga, a saber: sujetos legitimados para iniciar la actuación de la Comisión competente, contenido del escrito de iniciación así como los documentos que deben acompañarse. Las Comisiones Técnicas Calificadoras desaparecen tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre (BOE núm. 276, de 18 de noviembre) sobre *Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo*, en virtud de lo dispuesto en la disposición final primera (3.2). Recuerda el TSJ del País Vasco en Sentencia de 6-10-1989 [Ar./1488. Ponente: R.Ruiz Jiménez] que «Las Comisiones Técnicas Calificadoras a que se refiere el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Laboral, que se dice infringido fueron extinguidas de manera efectiva a partir de 1-12-1982 en virtud de lo establecido en el Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre y sustituidas por las CEI (encuadradas en el INSS) y por las UMVI (encuadradas en el INSA), con distintas atribuciones y origen que aquéllas [...], de modo que la presunción a que se refiere el precepto no pueden aplicarse a los órganos administrativos que les sustituyen –Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1986 (Ar./4251) y 10 de mayo de 1988 (Ar./3601)–. En última instancia la repetida presunción, tendría la consideración de *iuris tantum* destruible mediante prueba en contra –Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 11 de febrero de 1986 (Ar./301 y Ar./741)– de manera que sólo cabría su aplicación de ser la única prueba practicada, mas no pueden vincular al juzgador, teniendo en cuenta su carácter de meros órganos asesores incluso en su ámbito administrativo, de manera que valorada en conjunto con el resto de las que se practicaron, lo único que la parte persigue es la inaceptable sustitución de su particular». Por tanto, la Sala concluye que la presunción de certeza del informe de las Comisiones Técnicas Calificadoras que reconocía el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 [Texto Refundido que aprueba el RDLeg. 1568/1980, de 13 de junio, BOE de 30 de julio], presunción *iuris tantum*, no es aplicable a los informes emitidos por la Comisión de Evaluación de Incapacidades y por la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades.

¹²³ La mencionada disposición en conexión con la disposición transitoria supone que las competencias asumidas por estas Unidades suprimidas serán desarrolladas por los correspondientes órganos del INSALUD o por los órganos de las respectivas Comunidades Autónomas que hayan asumido transferencias en la materia. Además se mantiene los órganos citados con carácter transitorio (UVAMI, órganos de las CC.AA.), ejerciendo todas sus competencias, conforme a las normas de funcionamiento aplicables con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto.

¹²⁴ Según el Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social (BOE de 19-11-1982), artículos 2.1 d) y 6.2, el INSS resolvía la prórroga, previa propuesta preceptiva de la *Comisión de Evaluación de Incapacidades*. Esta norma fue modificada sustancialmente por el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, cuya disposición derogatoria alcanza expresamente a los artículos 2, 3.1, 5.2, 6, 9.2. La disposición adicional segunda de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, que desarrolla el Real Decreto mencionado, atribuye a los EVI la competencia para elevar la propuesta sobre la procedencia o no de prorrogar el período de observación médica. La disposición derogatoria de la Orden referenciada expresamente reconoce la derogación de la Orden de 23 de noviembre de 1982, por la que se regula el procedimiento aplicable a la actuación de los INSS y de Servicios Sociales para la evaluación y declaración de las situaciones de invalidez. Por otro lado, conviene tener presente que el artículo 3.3 del Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, citado, que no ha sido derogado expresamente por el Real Decreto 1300/1995, atribuye al INSALUD, cualquiera que sea la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de Enfermedad Profesional, «determinar la existencia de síntomas de enfermedad profesional que, sin constituir incapacidad laboral transitoria, aconsejen el traslado del trabajador a otro puesto de trabajo exento de riesgo o su baja en la Empresa cuando el traslado no fuera posible». El Real Decreto 1300/1995 no reconoce entre las funciones de los EVI's la de determinar el cambio de puesto de trabajo, por lo que se entiende aplicable el artículo 3.3 del Real Decreto 2609/1982.

La Orden de 18 de enero de 1996 ¹²⁵, que desarrolla el Real Decreto 1300/1995 referenciado, establece el procedimiento a seguir para la evaluación de la incapacidad en orden al reconocimiento de las prestaciones económicas por invalidez permanente así como las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo no invalidantes. En este sentido la disposición adicional segunda de la Orden establece las particularidades en materia de prórroga del período de observación médica. Así, la solicitud de prórroga debe ser presentada veinte días antes de finalizar el período de observación ¹²⁶, a diferencia de lo que ocurre con la prórroga de la situación de incapacidad temporal propia en la cual la subsistencia de los partes de confirmación equivalen a la misma ¹²⁷.

A mayor abundamiento, dependiendo de la iniciación del procedimiento –según la norma, puede iniciarse de oficio, a solicitud del interesado o de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que las actuaciones se inician conforme a lo establecido en la Sección 1.^a del Capítulo II de la OMTAS de 18-1-1996 por remisión expresa de la disp. adic. 2.^a ¹²⁸– la solicitud de prórroga debe ajustarse a un contenido específico previsto en la disposición adicional. Si se inicia por una entidad colaboradora es necesario que consten, entre otros datos ¹²⁹, la fecha de inicio del período de observación así como los motivos que justifican la prórroga ¹³⁰. Si esa entidad colaboradora es una Mutua además debe indicarse en el escrito la profesión habitual, categoría profesional, función y descripción del trabajo completo que realizaba el trabajador.

¹²⁵ BOE de 26 de enero. Esta Orden deroga expresamente la Orden de 23 de noviembre de 1982 (BOE de 25 de noviembre) por la que se regula el procedimiento aplicable a la actuación de los Instituto Nacionales de la Seguridad Social y de Servicios Sociales para la evaluación y declaración de las situaciones de invalidez.

¹²⁶ BLASCO LAHOZ, MOMPALER CARRASCO, LÓPEZ GANDÍA señalan que la concesión de la prórroga corresponde al INSS previa propuesta de los EVI, siguiendo el procedimiento que desarrolla la disposición adicional segunda de la Orden de 18-1-1996. La solicitud de la prórroga deberá hacerse veinte días antes de que finalice el período de observación, y en la misma deben constar los siguientes datos: Mutua responsable, datos de empresa y del trabajador, fecha de inicio del período de observación, posible Enfermedad Profesional y razones que justifican la prórroga, junto a un informe del médico que tenga al trabajador sujeto a observación. *Vid., Curso de Seguridad Social..., cit., p. 363.*

¹²⁷ *Vid.* STS de 19-6-1993 [Ar.7559. Ponente: J. García-Murga Vázquez], entre otras, en la que se reconoce que «este precepto legal no puede reputarse infringido [refiriéndose al art. 126.1 a) LGSS de 1974, hoy art. 128.1 a) de la vigente Ley de 1994] porque de él no se sigue que la prórroga cuya validez se cuestiona haya de ser acordada por la Gestora antes de tiempo de la extinción del plazo de los doce meses iniciales; ni tampoco el artículo 15 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, ni el 3 del Real Decreto 2609/1982 [...] contienen tal exigencia; verdad es que circulares –con valor puramente instrumentales a efectos organizativos– que fueron aportadas a las actuaciones de instancia, hacen referencia a tal punto, pero es claro que éstas carecen de la condición de normas legales o reglamentarias (el Ministerio Fiscal las llama formalidades burocráticas) que puedan afectar a derechos atribuidos al beneficiario».

¹²⁸ No obstante en la legislación anterior, reguladora de las Comisiones Técnicas Calificadoras, ya desaparecidas, únicamente estaban legitimadas para iniciar la actuación la correspondiente «Entidad gestora, o en su caso, Mutua Patronal o Empresa autorizada para colaborar en la incapacidad laboral transitoria debida a la aludida contingencia» (art. 24 OMT de 8 de mayo de 1969, por la que se regula el procedimiento aplicable a las actuaciones de las Comisiones Técnicas Calificadoras, BOE de 14 de junio).

¹²⁹ Datos identificativos de la entidad colaboradora que inicie el procedimiento, datos del trabajador y de la empresa (o empresas) en que estaba de alta. Junto a la solicitud se debe acompañar informe del médico que tiene en observación al trabajador.

¹³⁰ La norma que regulaba este aspecto con anterioridad (OMT de 8-5-1969) concretaba más este aspecto al referirse a la «indicación de la posible enfermedad profesional, cuyo diagnóstico definitivo se encuentra aplazado, especificando la situación en que se halle el estudio médico de la misma así como las razones que justifiquen tanto el aplazamiento como su prórroga» (art. 24.3).

Esta distinción que establece la norma, según la entidad colaboradora que inicie el procedimiento sea una empresa ¹³¹ o una MATEPSS, no tiene razón de ser ya que la indicación de la profesión habitual y demás aspectos relacionados deberían ser exigidos y conocidos por el órgano que va a reconocer el derecho a la prórroga ¹³².

III. VALORACIONES FINALES

La prevención de la Enfermedad Profesional residenciada en los supuestos específicos mencionados se caracteriza por la aplicación de medidas especiales establecidas en la normativa anterior a la vigente LPRL y asimismo incluidas en la legislación protectora que reconoce prestaciones de Seguridad Social.

La situación de traslado, período de observación así como los reconocimientos médicos obligatorios en materia de Enfermedades Profesionales constituyen los instrumentos de prevención que ya estaban siendo aplicados con anterioridad a la aparición de la LPRL. Por ello la promulgación de la mencionada Ley aporta poco al ámbito de la prevención de la Enfermedad Profesional, por los siguientes motivos:

¹³¹ Sobre la facultad de las empresas para iniciar el procedimiento en el caso de prórroga del período de observación con motivo de la Enfermedad Profesional previsto en el artículo 8 de la Orden Ministerial de 3 de noviembre de 1982 (que desarrolla el art. 8 RD 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social), véanse, entre otras, las SSTSJ de Cataluña, de 7-11-1994 [Ar./4350. Ponente: L. Arastey Sahun. FD Único: «...En efecto, la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982, en sus artículos 7 y 8, limita a las empresas la facultad de iniciación del procedimiento a los supuestos de responsabilidad en caso de revisión de incapacidad y a la prórroga del período de observación en caso de enfermedad profesional. Fuera de estos supuestos, la empresa carece de legitimación activa para pretender el reconocimiento en favor del trabajador de una prestación, con independencia de cuál sea el grado de invalidez permanente que se postula. La acción que se ejercita afecta a un derecho subjetivo cuya titularidad corresponde en exclusiva al trabajador como sujeto de la relación jurídica de Seguridad Social», de 15-12-1993 [Ar./5300. Ponente: T. Oliete Nicolás. FD 1.º: «...las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 14-10-1992 (RJ 1992\7633) y 20 de octubre del mismo año (RJ 1992\9282), dictadas en casación para unificación de doctrina, indican que el artículo 8 del Real Decreto 2609/1982 considera parte interesada, a efectos de iniciación, a las empresas "en aquellos asuntos que les afecten directamente o puedan resultar afectados por su resolución". Pero esta declaración general resulta imprecisa y se concreta en los arts. 7 y 8 de la Orden de 23-11-1982, que limitan la facultad de iniciar el procedimiento por los empresarios a los supuestos que contempla el último artículo citado en su ap. c): empresarios responsables en casos de revisión de incapacidades y empresas colaboradoras cuando se trate de prórroga del período de observación», STSJ de Murcia, de 15-2-1995 [Ar./851. Ponente: G. Rodríguez Iniesta. FD 4.º: «Debe recordarse que tanto el Real Decreto 2609/1982 y la OM de 23 de noviembre están regulando –esencialmente– el proceso de evaluación y declaración de invalidez permanente (y sólo muy tangencialmente, hablan de la ILT, e invalidez provisional a los efectos de determinar las competencias de la UVMI-INSALUD). El propio artículo 4 de la OM de 23 de noviembre de 1982, que se reclama como aplicable, no tiene nada que ver con la cuestión aquí debatida. Si por él deben entenderse como legitimados, a los empresarios –según indica el recurrente– lo serían para intervenir en "... los procedimientos regulados en esta Orden...", pero no para otros. Si se examinan los procedimientos regulados en la misma, se observaron que en ella sólo se regulan los relativos a invalidez permanente (incluida su revisión), lesiones permanentes no invalidantes, prórroga del período de observación de enfermedades profesionales y responsabilidad empresarial por faltas de medidas de seguridad e higiene. Omitiéndose cualquier referencia a alta médica o invalidez provisional. La violación que se denuncia es, en consecuencia, imponible»].

¹³² La OMT de 8-5-1969 citada no hacía ninguna distinción en el contenido del escrito de iniciación según el sujeto legitimado para iniciar la actuación (art. 24.2), si bien exigía a la entidad o empresa que formulase el escrito la obligación de comunicar al trabajador afectado ese hecho el mismo día de la presentación o el día siguiente a aquel en que lo haya presentado ante la Comisión.

En primer lugar, la LPRL remite a las disposiciones específicas reguladoras de la Enfermedad Profesional en cuanto a uno de los temas más importantes en el ámbito de la prevención de la Enfermedad Profesional, como es la vigilancia de la salud ¹³³.

En segundo lugar, el concepto de Enfermedad Profesional a efectos de la Ley de Prevención de Riesgos no se identifica con el que establece la LGSS.

Por consiguiente la aplicación de las herramientas técnico-preventivas especiales, reguladas en la legislación de la década de los años sesenta a las que remite la LGSS, no extienden su ámbito de actuación a las enfermedades laborales, vinculadas al desarrollo de un trabajo por cuenta ajena, en un sentido amplio, sino que se limitan al ámbito de las verdaderas Enfermedades Profesionales, catalogadas en el listado reglamentario, que determina la calificación de la Enfermedad Profesional.

Así las cosas cabría preguntarse si no ha llegado el momento de reconsiderar el concepto legal de Enfermedad Profesional con la finalidad de alcanzar el objetivo de la prevención de riesgos, que parece no haber llegado a implantarse en la práctica, pese a los mecanismos legales existentes.

¹³³ Precisamente una de las demandas actuales de los sindicatos en materia de prevención de riesgos se centra en elaborar un Plan de Vigilancia de la Salud, al estilo del Plan de Acción Nacional que surge de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud, tal y como expone el sr. JOAQUÍN NIETO, responsable de Medio Ambiente y Salud Laboral de Comisiones Obreras, en la Cámara Alta el 14 de marzo de 2001. *Vid. Diario de Sesiones del Senado, Comisión Especial para la Prevención de Riesgos Laborales*, VII Legislatura, Comisiones, núm. 100, p. 17: «La vigilancia de la salud debería cambiar; ya digo que no son sólo accidentes sino también enfermedades [...] por lo que sería necesario hacer un plan de vigilancia a la salud».