



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Enfermedades profesionales: un estudio de su prevención

Chantal Moll de Alba Lacuve

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE BARCELONA

Divisió de Ciències Jurídiques,
Econòmiques i Socials

FAIG CONSTAR que el contingut d'aquest
exemplar de tesi doctoral, coincideix amb el que
el Sr. SUSANA MORENO CALIZ
ha defensat davant d'aquest Tribunal.

El Secretari del Tribunal,

Signat:

Barcelona, 5 d'abril de 2001

ENFERMEDADES PROFESIONALES. UN ESTUDIO DE SU PREVENCIÓN

Memoria de Tesis Doctoral que presenta

Susana Moreno Cáliz

para la colación del grado de Doctor en Derecho.

2.1.2. La Recomendación sobre medicina del trabajo en la empresa.

De la misma fecha es la Recomendación de la Comisión sobre la medicina del trabajo en la empresa (20 de julio de 1962, DOCE 31-8-1962). Tres son los grandes objetivos que se propone esta Recomendación, a saber : 1) la enseñanza de la medicina del trabajo y la formación de médicos especializados, 2) otorgar garantías profesionales a los médicos de empresa para el buen cumplimiento de sus funciones y 3) generalizar los servicios de medicina del trabajo en las empresas. Se invita a los Estados Miembros a adoptar las disposiciones adecuadas para dar aplicación a las medidas previstas en la presente Recomendación.

En el ámbito de la enseñanza de la medicina del trabajo, la Comisión recurre a las conclusiones del tercer Informe del Comité mixto OIT/OMS sobre la materia. La principal se refiere a la necesidad de adquirir en el curso de los estudios de medicina de forma obligatoria conocimientos médicos mínimos sobre la especialidad de medicina del trabajo. De este modo se asegura que todo médico conoce mínimamente esta parcela. Por otro lado aquéllos médicos especialistas deben haber recibido formación especial, práctica y teórica durante un período suficiente. Asimismo se recomienda que estos médicos no sólo acrediten mediante diploma o certificado sus conocimientos específicos sino que deben estar sujetos a perfeccionamiento, adaptando sus conocimientos a la evolución de la técnica⁸⁵⁴.

Como medida complementaria a las ya previstas en el Informe reseñado la comisión considera conveniente conocer la organización de la medicina del trabajo en otros Estados Miembros.

consecuencias temporales y/o permanentes sobre la capacidad de trabajo de la víctima), dificultades encontradas y los datos estadísticos relativos a casos de enfermedades profesionales que hayan dado lugar a indemnización (entre estos datos se encuentran la determinación del número de personas expuestas al riesgo considerado, número de establecimientos donde existe el riesgo, número de casos que han dado lugar a indemnización por primera vez, número de muertos durante el año considerado, número total de casos indemnizados durante el años considerado).

⁸⁵⁴ La idea de formación y perfeccionamiento de los conocimientos adquiridos por el médico especialista está igualmente presente en la Recomendación número 112, art. 16.

El Estado Miembro en este sentido debe crear o fomentar la creación de cátedras de medicina del trabajo, o de institutos especializados en esa área de la medicina. Además no sólo se deben formar médicos especialistas sino también procurar formación al personal auxiliar para los servicios médicos del trabajo en las empresas⁸⁵⁵.

Entre las garantías profesionales otorgadas a los médicos de empresa para el desarrollo de sus funciones encontramos algunas remisiones a las que ya establecía la Recomendación número 112, como resulta la de no tener a su cargo la comprobación de la justificación de las ausencias por enfermedad. El artículo 7 de la Recomendación establecía que los servicios de medicina no deberían encargarse de comprobar la justificación de las ausencias sino de investigar las circunstancias de la ausencia y la evolución de la enfermedad con miras a evaluar la eficacia del programa de prevención. Asimismo la Recomendación aboga por la independencia o autonomía técnica y moral del médico, que le permita realizar el trabajo sin dificultades o trabas, pese a que para ello necesite de la colaboración con el empresario y los trabajadores o sus representantes.

Según la Recomendación comunitaria debería garantizarse al médico especialista las relaciones indispensables con los servicios y organismos ajenos a la empresa que se encarguen de cuestiones conexas con la medicina del trabajo así como la independencia profesional a través del establecimiento de condiciones de contratación y despido adecuadas. En este sentido coincide con lo dispuesto en el artículo 15 de la Recomendación, que sugiere la independencia profesional y moral.

Respecto a la generalización de los servicios de medicina del trabajo la Recomendación comunitaria remite de nuevo a la Recomendación de la OIT, ya sea explícita o implícitamente. Así recupera la parte relativa a los medios de acción indispensables para el ejercicio de sus funciones.

⁸⁵⁵ La Recomendación de la OIT núm. 112, de 1959 igualmente prevé entre las funciones de los servicios de medicina del trabajo "la formación de las personas encargadas de los primeros auxilios y su instrucción periódica".

De forma explícita recurre a lo previsto en la Recomendación número 112 en cuanto a la implantación en una primera fase de los servicios de medicina. Efectivamente propone el establecimiento de los mismos en empresas cuya plantilla supere un número de trabajadores fijado por la autoridad competente, así como en aquellas empresas con riesgos especialmente graves o con riesgos específicos (cfr. art. 4 Recomendación número 112).

En este ámbito también concreta la Recomendación comunitaria que el médico del trabajo (quién debe estar en posesión de un diploma o certificación⁸⁵⁶) sea el encargado del servicio de medicina, del mismo modo que hacía la Recomendación número 112 (art. 13). No obstante, en cuanto al número de trabajadores que están a cargo de los servicios médicos existe una mayor concreción en la Recomendación de 1962. Así mientras el art. 14 de la Recomendación número 112 propone que no tenga a su cargo mayor número de trabajadores de los que pueda asistir, la presente Recomendación concreta en 2.500 trabajadores el número global de los trabajadores a cargo de los servicios médicos.⁸⁵⁷

Una de las previsiones no contempladas en la Recomendación de la OIT aunque reflejada en la Recomendación comunitaria se refiere al problema de los trabajadores migrantes, en tanto se insta a tener en cuenta las dificultades de orden lingüístico.

Igualmente sugiere tener en cuenta en determinados sectores - como la agricultura, la artesanía, los establecimientos y los servicios públicos, los establecimientos hospitalarios, las empresas comerciales, la hostelería o los transportes - las modalidades de organización de los servicios de medicina del trabajo en función de los problemas especiales de cada sector. Por su parte, la Recomendación número 112 sugiere la organización de servicios de medicina en el sector industrial, no industrial, agrícola y en los servicios públicos (art. 4).

A modo de cierre la Comisión insta a los Estados Miembros a informar sobre la adopción de las medidas establecidas de forma bianual,

⁸⁵⁶ Se contempla la posibilidad de que los médicos con probada experiencia puedan ser dispensados por las autoridades competentes del diploma o certificado.

⁸⁵⁷ Esta cifra debe ser menor si existen riesgos particulares, inherentes a la empresa, según la Recomendación.

así como dar una amplia difusión de la Recomendación entre las autoridades e instituciones encargadas de su aplicación.

2.1.3. La Recomendación de 20 de julio de 1966.

Así las cosas tras el establecimiento de una lista europea, la Comisión se propone avanzar en la armonización de las legislaciones nacionales en materia de enfermedades profesionales, a través de la Recomendación de 20 de julio de 1966 relativa a *las condiciones de indemnización de las víctimas de enfermedades profesionales* (Recomendación 66/642/CEE, DOCE núm. 147, de 9-8-1966)⁸⁵⁸.

De hecho en la Exposición de Motivos de la Recomendación de 1962 ya se aludía a este elemento como un segundo estadio en el proceso de armonización en materia de protección contra las enfermedades profesionales, junto al nivel de las prestaciones.

La Recomendación de 1966 igualmente persigue el objetivo de la armonización sobre la base del principio de libre circulación de los trabajadores que debe asegurar una idéntica protección a los trabajadores migrantes en materia de seguridad social. Para evitar la discriminación del trabajador migrante la Recomendación propone eliminar las condiciones para el otorgamiento de las prestaciones debidas por enfermedad profesional.

La Comisión constata las diferencias existentes en las listas nacionales que suponen una traba para lograr esa igualdad de protección del trabajador que se desplaza en la Comunidad. Esos elementos distintos en cada legislación son las indicaciones complementarias del agente nocivo, que pueden ser de carácter imperativo o simplemente de carácter indicativo.

Esas indicaciones que varían de un Estado u otro pueden consistir en una descripción de la sintomatología, o del grado de gravedad que debe cumplirse para poder considerar la dolencia como enfermedad

⁸⁵⁸ Cabe señalar que en la exposición de motivos de la Recomendación de 1962 ya se aludía a este elemento como un segundo estadio en el proceso de armonización en materia de protección contra las enfermedades profesionales. Junto a las condiciones de concesión se preveía el nivel de las prestaciones.

profesional, o bien la enumeración de las actividades, trabajos o ambientes profesionales capaces de generar la enfermedad (caso de España, que utiliza el sistema de lista pero de dos columnas, una para las enfermedades y otra para las actividades ; también es el sistema de los Convenios de la OIT), o la indicación de un plazo mínimo de exposición para considerar la enfermedad profesional o de un plazo máximo "de cobertura" que computa a partir del cese en el trabajo, en el que debe manifestarse la enfermedad para considerarla como profesional.

El carácter imperativo de algunas de estas indicaciones constituyen condiciones limitativas para atribuir prestaciones en esos casos de enfermedad. En otro caso, esto es, si se trata de meras indicaciones con carácter orientativo para el médico u organismo asegurador no tiene razón de ser su consideración como disposiciones de derecho positivo.

Así las cosas la Comisión propone que se eliminen, a la luz de los conocimientos médicos y técnicos⁸⁵⁹, esas condiciones limitativas, dejando a los médicos competentes libertad para apreciar la relación causal.

Sin embargo se admiten esas condiciones respecto a ciertas enfermedades profesionales que aparecen en la Recomendación. De tal suerte el Anexo enumera los agentes nocivos y las enfermedades profesionales para las que pueden preverse condiciones limitativas. En unos casos esa condición se refiere a que la afección haya causado el cese de las actividades profesionales o el abandono de cualquier actividad lucrativa - caso de las afecciones cutáneas provocadas en el medio profesional (excepto las que sean provocadas por agentes nocivos expresamente indicados en la lista en vigor) o de los problemas respiratorios de carácter asmático provocados en el medio profesional (salvo el asma provocado por agentes nocivos indicados expresamente

⁸⁵⁹ La Comisión alega que, por un lado, las manifestaciones clínicas y la evolución de las enfermedades puede presentar variaciones según la constitución y predisposición del enfermo, y por otro, la evolución técnica produce modificaciones en las condiciones y en los plazos en los que el trabajador puede ser víctima de la enfermedad profesional. En definitiva advierte que las condiciones establecidas son arbitrarias y no deberían ser tenidas en cuenta a la hora de reconocer la indemnización de la víctima de una enfermedad profesional.

en la lista en vigor), entre otras⁸⁶⁰ -, en otros se describen los trabajos que pueden generar la enfermedad - caso de la anquilostomiasis o el tétanos, entre otros⁸⁶¹, adquiridos en trabajos subterráneos (o en tierras pantanosas o arcillosas) así como en trabajos en alcantarillado o aquellos que puedan poner en contacto con animales, respectivamente⁸⁶².

Sin embargo, la Recomendación considera un acierto poner a disposición de los peritos esas indicaciones complementarias a título informativo u orientativo. De ahí que proponga a los Estados miembros publicar reseñas sobre enfermedades profesionales, basadas en las que elabore la Comisión, para facilitar a los médicos la información sobre la sintomatología de las enfermedades, las actividades, trabajos y ambientes que exponen al riesgo al trabajador, o los plazos en los que se manifiesta la enfermedad tras el cese en el trabajo.

A mayor abundamiento la Comisión entiende que debería existir una lista única para todas las ramas de actividad, de modo que agrupe, además, las patologías derivadas de los riesgos en la agricultura. En este sentido la legislación española e italiana contemplan dos listas de enfermedades : una para las profesiones industriales (RD 1995/1978, de 12 de mayo - que incluye también a los profesionales del sector servicios - y la *Nuova tabella delle malattie professionali nell'industria*,

⁸⁶⁰ Junto a esas afecciones la lista exige esa condición para las enfermedades por agotamiento de las partes tendinosas del tejido peritendinoso, de las inserciones musculares y tendinosas.

⁸⁶¹ También se enumeran los trabajos o actividades para considerar la enfermedad profesional consistente en la lesión del menisco (trabajos realizados en las minas, trabajos subterráneos durante al menos tres años), el nistagmo (trabajos realizados en las minas) o las enfermedades contagiosas (actividades en hospitales, en departamentos de cura y de cuidados, en maternidades y otros departamentos dedicados a curar a las personas, en departamentos e instituciones de asistencia social, públicas y privadas, en departamentos de sanidad, en laboratorios de diagnóstico y de investigación médica.

⁸⁶² Otra condición se refiere a la gravedad o reiteración de la dolencia. Así respecto a las enfermedades de las bolsas periarticulares debidas a presiones, excepto las enfermedades provocadas por el uso de herramientas neumáticas se exige como condición que se trate de afecciones crónicas. También se impone la condición de que la afección sea grave o con repetidas recaídas en el supuesto de enfermedades cutáneas provocadas en el medio profesional, salvo las engendradas por agentes nocivos expresamente indicados en la lista en vigor.

respectivamente) y otra para los trabajadores del campo (Anexo al Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y la *Nuova Tabella della Malattie Professionali dell'Agricoltura*, respectivamente).

Esta lista única tiene la ventaja de establecer una presunción legal del origen profesional de la enfermedad, beneficiando, de este modo, al trabajador. Sin embargo la Recomendación sugiere, al igual que hizo la Recomendación de 1962, que la legislación nacional disponga de una norma que asegure la indemnización de las enfermedades contraídas en el trabajo, pero que no aparecen recogidas en la lista nacional.

En esta ocasión, no obstante, se concreta que se aplicaría esta disposición a enfermedades cuyo riesgo es inherente a la propia actividad profesional en la que los trabajadores estén expuestos en un grado más alto que el conjunto de la población. La prueba del origen profesional recae en el interesado, aunque también puede venir establecida por el organismo asegurador, según la Recomendación.⁸⁶³ Por tanto, la Comisión mantiene la posición de defensa del sistema mixto en aras a proteger a todas las víctimas de las enfermedades profesionales.

2.1.4. La Recomendación sobre el control médico de los trabajadores expuestos a riesgos particulares.

Del mismo año que la Recomendación analizada es aquella relativa *al control médico de los trabajadores expuestos a riesgos particulares*: Recomendación 66/464/CEE, de 27 de julio, DOCE 17-8-1966, núm. 151). Habiendo propuesto la Comisión la incorporación de la lista europea de enfermedades profesionales a las legislaciones nacionales con vistas a conseguir la armonización en materia de seguridad e higiene, pretende en este momento con la Recomendación relativa al control

⁸⁶³ Se añade en la Recomendación que la reparación de estas enfermedades no listadas pero de carácter profesional no supone el reconocimiento general de la enfermedad como enfermedad profesional sino que los Estados miembros deben iniciar el procedimiento necesario para incluirla en la lista nacional. En esa situación, además el Estado debe informar a la Comisión de la CEE de los casos de una misma enfermedad que han sido indemnizados por esta vía.

médico de los trabajadores expuestos a riesgos particulares uniformar la protección médica dispensada a esos trabajadores.

El control médico constituye el elemento de prevención fundamental para reducir el riesgo, de ahí que la Comisión pretenda la armonización de las diferentes legislaciones nacionales que contemplan ese elemento, aunque respecto a diferentes riesgos o con particularidades distintas de aplicación. Se recomienda que ese control se extienda no sólo a los riesgos que contempla la *lista europea de enfermedades profesionales* sino también a los riesgos de la *lista anexa indicativa de las enfermedades de declaración obligada para una eventual inscripción en la lista europea*.

La idea es que el Estado Miembro adopte, en un plazo de dos años, las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas necesarias sobre la obligación de realizar el control médico a los trabajadores asalariados expuestos a riesgos particulares en su lugar de trabajo.

Las medidas previstas en la Recomendación sobre el régimen del control médico es aplicable a las personas y empresas de la competencia de la CECA, aunque no a aquéllas competencia de la CEEA, respecto a las cuales existe una regulación específica.

El régimen jurídico que la Recomendación sugiere para el control médico se basa en la realización de visitas médicas, del siguiente tenor : a) de contratación, b) periódicas, c) especiales. Las primeras se producen con motivo de la contratación del trabajador así como cuando ante un cambio de trabajo el nuevo trabajo exponga al trabajador a riesgos específicos.

Las vistas médicas periódicas se efectúan con la periodicidad indicativa para determinadas riesgos que establece la propia Recomendación en un Anexo. Así para los riesgos derivados de agentes químicos se contemplan distinta periodicidad, que pueden ir desde el carácter mensual de las visitas, cuando se expone al trabajador al riesgo de oxidocloruro de carbono en trabajos de producción y utilización de esa sustancia, hasta la periodicidad anual o bianual establecida en el cuadro anexo ante el riesgo de berilio en determinadas actividades. Es decir, el *Cuadro indicativo de los riesgos - según la clasificación establecida en la lista europea de enfermedades profesionales - y de las categorías de los*

*trabajadores para los que se recomienda el control periódico de la salud y la periodicidad de las visitas médicas*⁸⁶⁴, fija, precisamente la periodicidad en función del riesgo y de la exposición al mismo por el trabajador empleado en determinadas actividades enumeradas.

La tercera modalidad de visita médica tiene esa denominación de especial porque se produce ante determinadas circunstancias, muy variadas, que no obedecen al momento de la contratación ni a la periodicidad, a saber : en el caso de ausencias repetidas y de corta duración por enfermedad, al regreso al trabajo tras la ausencia prolongada a causa de una enfermedad o accidente o tras una enfermedad profesional - con independencia de la duración de esa ausencia en este caso - o incluso ante la petición del trabajador, aquejado de síntomas que pudieran dar lugar al diagnóstico de la enfermedad.

Junto a los tipos de visitas médicas mencionados la Recomendación añade la realización de exámenes complementarios de las visitas médicas de contratación y periódicas, a saber : exámenes de especialistas, radiológicos o de laboratorio, etc. La finalidad de estos exámenes complementarios es la de ayudar a establecer el diagnóstico de la enfermedad profesional o para apreciar la capacidad de trabajo.

La realización de estos controles médicos está en manos de los médicos especializados en medicina del trabajo, que dispondrán de directivas para realizar estas visitas, elaboradas y publicadas por las autoridades médicas competentes, a quienes la Recomendación asigna una serie de facultades : la extensión de la obligación del control médico a otros riesgos así como a otras categorías de trabajadores expuestos en menor medida al riesgo, introducir modificaciones en la frecuencia de las visitas médicas periódicas establecidas en el cuadro anexo, añadir otros exámenes a los exámenes complementarios previstos o incluso eximir al empresario de la obligación impuesta del control médico periódico cuando concurren determinadas circunstancias que permitan considerar inexistente el riesgo (la eficacia de medidas preventivas adoptadas,

⁸⁶⁴ La Recomendación prevé que el Estado miembro informe a la Comisión de cualquier dato útil para la revisión periódica bianual del cuadro indicativo.

carácter ocasional del trabajo insalubre, escasa cantidad de materias y de agentes nocivos tratados).

2.1.5. La Recomendación de la Comisión de 1990.

La Recomendación de 1962 se actualiza por la Comisión en 1990, a través de en la Recomendación 90/326/CEE de 22 de mayo sobre la *adopción de una lista europea de enfermedades profesionales*.

Las propuestas siguen basándose en la incorporación en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales de las enfermedades reconocidas como profesionales en la lista europea del Anexo I, que innova la lista de 1962. En la nueva lista se adicionan nuevas enfermedades a los epígrafes establecidos en la anterior, aunque se elimina el de las enfermedades profesionales por carencia (escorbuto).

En el grupo de las enfermedades provocadas por los agentes químicos se añaden veintisiete agentes químicos más por lo que se doblan los agentes nocivos. En el grupo de las enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no incluidos en otros epígrafes se integran otras sustancias cancerígenas junto al hollín, alquitrán, brea, antraceno, aceites minerales, parafina bruta y otros productos como el carbazol o sus compuestos o los subproductos de la destilación de la hulla. En este grupo se incluyen las afecciones cutáneas provocadas en el medio profesional por sustancias alergizantes o irritantes científicamente reconocidas y no consideradas en otros epígrafes.

El tercer epígrafe recoge las enfermedades profesionales provocadas por la inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otras posiciones, que integra a las enfermedades del aparato respiratorio y cánceres. La innovación consiste en la adición del mesotelioma provocado por la inhalación de polvo de amianto (en el Convenio OIT, no están en el mismo epígrafe las enfermedades del aparato respiratorio y cánceres), las alveolitis alérgicas extrínsecas, la afección pulmonar debida a la inhalación de polvo de algodón, lino, cáñamo, yute, sisal y bagazo, la siderosis, las afecciones cancerosas de las vías respiratorias superiores provocadas por el polvo de la madera, los trastornos respiratorios provocados por la inhalación de polvo de cobalto, estaño, bario y grafito.

Sin embargo, en el grupo de las enfermedades profesionales infecciosas y parasitarias se suprimen algunas enfermedades, como las enfermedades tropicales, a saber : paludismo, tripanisomiasis, dengue, fiebre amarilla, fiebre recurrente, fiebre de Malta, pian, lepra, tífus exantemático y otras enfermedades de Ricketts. Sin embargo se mantiene la amebiasis, pese a ser una enfermedad tropical. Igualmente las enfermedades infecciosas del personal que se cuida de la prevención, cuidados, asistencia a domicilio e investigación se elimina aunque se incluyen la hepatitis viral, tuberculosis, que son patologías adquiridas tradicionalmente por ese colectivo.

Las enfermedades profesionales provocadas por agentes físicos recoge las mismas patologías previstas en la lista de 1962, aunque varía respecto a algunas la terminología o nomenclatura. Así las enfermedades provocadas por los trabajos con aire comprimido se denominan ahora "enfermedad provocada por compresión o descompresión atmosféricas", o la "catarata provocada por la energía radiante" se convierte en la "Catarata provocada por la radiación térmica", entre otras variaciones.

El sistema mixto debería ser el que se implantara en las legislaciones nacionales, según la Recomendación. Es decir, junto a la lista de enfermedades debería existir una disposición que permitiese la indemnización al trabajador aquejado de una enfermedad profesional, aunque no figure en la lista, si se prueba el origen profesional. Las enfermedades reconocidas en el Anexo II deberían dar derecho a reparación, aunque sea por esta vía mixta. Además el Estado Miembro debería procurar adaptar progresivamente sus estadísticas a la lista europea de enfermedades⁸⁶⁵.

⁸⁶⁵ La Comisión de las Comunidades Europeas entiende que existen dos grandes categorías de afecciones de origen profesional que deberían ser objeto de reconocimiento, declaración e indemnización en los Estados Miembros, a saber : una lista de afecciones cuyo origen profesional es indiscutible por la doctrina científica y una segunda lista complementaria de enfermedades, con una sospechosa etiología profesional y que podrían ser incluidas de futuro en la lista anterior. Vid. A. berlín, r. haig, h. martin (Dirección Salud y seguridad, comisión comunidades europeas), autores de "El Desarrollo de la protección de la salud laboral en la Comunidad Europea con referencia particular a las enfermedades profesionales", en *Jornadas*

En materia de prevención la Recomendación sugiere el desarrollo de las medidas ya establecidas en la Recomendación de 1962, utilizando la vía de intercambio de experiencias. Para mejorar la prevención de las enfermedades profesionales la lista europea debería servir como modelo de referencia.

Respecto a la publicidad y difusión de la información sobre las enfermedades profesionales reconocidas en las listas nacionales, el Estado Miembro debería tener en cuenta las reseñas de información médica establecidas por la Comisión sobre la lista europea. En este sentido, el Estado se compromete a difundir e informar a otros Estados miembros sobre las enfermedades y agentes nocivos previstos en su legislación nacional. Asimismo el Estado debería enviar a la Comisión información estadística y epidemiológica sobre las enfermedades profesionales. Al respecto la Recomendación sugiere establecer un sistema de recogida de información o datos sobre epidemiología de las enfermedades descritas en la Lista del Anexo II, e investigar sobre las patologías de origen profesional, aún no incluidas en la lista europea pero que en un futuro se integrarán en ella, descritas en el mismo Anexo.

El sexto punto de la Recomendación se refiere a la formación del personal encargado de aplicar la misma. Debe garantizarse que ese colectivo recibe o dispone de una formación adecuada.

Esta Recomendación no es aplicable a las enfermedades respecto a las que no se ha reconocido el origen profesional, debiendo el Estado, en este sentido, determinar los criterios de reconocimiento de cada enfermedad profesional.

La implantación de las medidas fijadas en la Recomendación por el Estado miembro está sujeto a un control por parte de la Comisión. De hecho la Comisión invita a los Estados a informar sobre las medidas adoptadas tras un período de tres años para determinar la necesidad de proponer una disposición legislativa vinculante. De momento esta previsión no se ha llevado a la práctica.

Las tendencias, en 1993, sobre el aumento o disminución de las enfermedades profesionales son las siguientes⁸⁶⁶ :

- en descenso : silicosis (mejor prevención), afecciones provocadas por el ruido (prevención y conciencia de los trabajadores y empresarios), hepatitis profesionales (vacunación), brucelosis (campañas y vacunación), sarna del cemento (medidas de higiene
- en vías de desaparición : angiosarcoma hepático derivado de una larga exposición al cloruro de vinilo monómero (al descender considerablemente las concentraciones de este producto en los lugares de trabajo), determinadas afecciones osteoarticulares específicamente relacionadas con la actividad profesional que han sido vencidas a través de la prevención (enfermedad de Lyme), algunas enfermedades infecciosas como la tuberculosis del personal de laboratorio o mataderos, ciertas enfermedades tóxicas como la osteosis cádmica, acroosteólisis digital relacionada con el cloruro de vinilo monómero.
- enfermedades en aumento : crece el número de declaraciones de cáncer de pulmón relacionado con la exposición prolongada al amianto, de las enfermedades relacionadas con el entorno de trabajo como el estrés así como el síndrome del edificio enfermo. Ésta última provoca una serie de enfermedades, provocadas por el sistema de acondicionamiento del aire del edificio generalmente aunque en los edificios con ventilación natural pueden presentarse los mismo síntomas, ya sea por la aspiración de sustancias nocivas, por el envejecimiento de los materiales o como consecuencia del trabajo : asma, alveolitis alérgica extrínseca (o fiebre de los humidificadores o enfermedad del lunes), infecciones pulmonares por gérmenes inhabituales (fiebre de Pontiac, enfermedad de los legionarios), dermatosis, rinitis, conjuntivitis, enfermedades debidas al amianto o al radón.⁸⁶⁷

⁸⁶⁶ Vid. Europa por la Seguridad y Salud en el lugar de trabajo: *Los médicos generalistas y las enfermedades profesionales*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones, 1993, pg. 11.

⁸⁶⁷ de acuerdo con el Informe de un comité de Expertos de la OMS : *Fomento de la salud en las poblaciones trabajadoras*. Serie de Informes Técnicos 765. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1988, pg. 17, en los países industrializados, las principales causas de morbilidad entre los trabajadores son de índole respiratoria, musculoesquelética, mental y circulatoria. En los países en desarrollo son causas adicionales la malnutrición y las enfermedades transmisibles. Las recomendaciones generales a la OMS en materia de fomentar la salud en los lugares de trabajo como medio para prevenir varios riesgos y que ayuda a mejorar la

- nuevas enfermedades profesionales: afecciones articulares, periarticulares y tendinosas derivadas de gestos realizados en el ejercicio de la profesión, el sedentarismo y la predisposición constitucional (importante en sectores como el agroalimentario, el comercio, la construcción o la pesca). Problemas neurológicos relacionados con el empleo de disolventes orgánicos es uno de los caballos de batalla en países escandinavos y en Dinamarca. Además están aumentando los trastornos o patologías de origen inmunoalérgico (asma, rinitis, dermatosis, etc.).

2.2. Las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional

El Reglamento núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplazan dentro de la Comunidad, completado por el Reglamento núm. 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del primero constituyen la normativa comunitaria fundamental en materia de Seguridad social de los trabajadores migrantes.

El Reglamento 1408/71 ha sido objeto de numerosas modificaciones, la última de ellas se produce en 1998⁸⁶⁸, con la finalidad

salud no sólo de los trabajadores sino también de sus familias y de sus comunidades son las siguientes: 1) fomentar la salud en el lugar de trabajo tanto en el plano regional, como nacional 2) formación en materia de fomento de la salud y elaborar programas sobre lo mismo 3) preparar documentos técnicos sobre los diversos aspectos de la ejecución de programas de fomento de la salud, 4) establecer un centro de recursos para facilitar el intercambio de información entre los interesados, 5) patrocinar reuniones regionales para debatir los problemas prácticos que plantea la ejecución de programas. Por otro lado también se fijan unas recomendaciones generales a tener en cuenta por los gobiernos como: a) la planificación, ejecución y evaluación de programas apropiados e innovadores de fomento de la salud de los trabajadores, b) prestar atención a los grupos insuficientemente atendidos (trabajadores agrícolas, personas empleadas en pequeñas industrias, trabajadores del mar, obreros de la construcción, niños que trabajan y amas de casa), c)

⁸⁶⁸ Los Reglamentos núm. 1223/98 de 4 de junio y 1606/98, de 29 de junio constituyen, por el momento, la última actualización. El primero modifica los artículos 29 y 31 del Reglamento, relativos a la protección de los miembros de la familia. El segundo integra en el ámbito de aplicación subjetivo de los Reglamentos a los regímenes especiales de funcionarios. Con anterioridad a ésta deben señalarse aquélla que adapta el Tratado de Adhesión de Austria, Finlandia y Suecia de 24 de julio de 1994 (DOCE de 29 de agosto de 1994) por Decisión de 1 de enero de

de ampliar el ámbito subjetivo del mismo. El Capítulo IV del Reglamento está dedicado a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (arts. 52 a 63), que son completados por las disposiciones del Capítulo IV del Reglamento núm. 574/72 (arts. 60-77).

Las situaciones que contemplan los reglamentos comunitarios pueden sistematizarse en las siguientes :

a) situaciones comunes a los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional

- residencia en un Estado miembro distinto del Estado competente : normas generales y norma particular aplicable únicamente a los trabajadores fronterizos (arts. 52, 53)

- estancia en el Estado competente o traslado de residencia al mismo (art. 54)

- estancia fuera del Estado competente. Regreso o traslado de residencia a otro Estado miembro después de haberse producido el accidente o la enfermedad profesional (art. 55)

- cálculo de las prestaciones en metálico (art. 58)

- gastos de transporte de la víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional (art. 59)

- disposiciones diversas (arts. 61-63)

b) situaciones aplicables únicamente a las prestaciones derivadas de la enfermedad profesional :

- prestaciones por enfermedad profesional cuando el interesado haya estado expuesto al mismo riesgo en varios Estados miembros (art. 57)*

- agravación de una enfermedad profesional indemnizada (art. 60)*

1995 (DOCE L 1, DE 1-1-1995) así como la reforma introducida por el Reglamento 1945/1993 aparece publicada en el DOCE L 181, de 23 de julio de 1993. Puede consultarse una versión que integra todas las modificaciones operadas hasta 1992 en el DOCE de 10 de diciembre de 1992, C 325.

a) La primera situación relativa a la *residencia en un Estado miembro distinto del competente* es aplicable conjuntamente a ambos riesgos profesionales, es decir, al accidente de trabajo y a la enfermedad profesional. Se fijan dos reglas generales, una para el abono de las prestaciones en especie, y otra para las prestaciones en metálico, así como una regla particular para el caso de los trabajadores fronterizos.

Los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean víctimas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional percibirán las :

- *prestaciones en especie* por el Estado de residencia, con arreglo a su legislación aplicable. Ahora bien se abonarán con cargo a la institución competente del Estado donde está asegurado el trabajador, lo cual quiere decir que éste último debe reembolsar al primero (Estado de residencia) las prestaciones abonadas. Esta regla se justifica por la imposibilidad de que los médicos del país de residencia en cuestión puedan conocer al detalle cada una de las dieciocho legislaciones aplicables (por los dieciocho Estados que configuran el Espacio Económico Europeo : 15 Estados miembros de la Unión Europea más Noruega, Islandia, Liechtenstein) bajo las que el trabajador puede estar asegurado.⁸⁶⁹

⁸⁶⁹ El art. 60 del Reglamento 574/72 desarrolla las prestaciones en especie en caso de residencia en un Estado miembro que no sea el Estado competente. En concreto, respecto al abono de las prestaciones en especie señala que debe haber una comunicación entre la institución del lugar de residencia y la institución competente, de modo que la primera debe comunicar con antelación suficiente a la segunda la concesión de las prestaciones en especie que superan las cantidades a tanto alzado que determina y revisa periódicamente la Comisión administrativa. Además debe comunicar la hospitalización a la institución competente, dentro del plazo de tres días siguientes, la fecha de ingreso, duración, y fecha de salida. Además la institución del lugar de residencia puede recabar información de la institución competente sobre la afiliación o sobre los derechos a prestaciones en especie del interesado, quien, por su parte, resulta obligado a informar a la institución del lugar de residencia cualquier cambio registrado en su situación que pueda incidir en el derecho a percibir las prestaciones en especie (como el abandono o cambio de actividad por cuenta ajena o propia, variación del lugar de residencia o estancia, entre otras).

- *prestaciones en metálico* por la institución del Estado competente, con arreglo a su legislación, si bien es posible que sean abonadas por la institución del lugar de residencia, con cargo a la primera y de conformidad con su legislación, si existe previo acuerdo entre ambas instituciones⁸⁷⁰.

El trabajador fronterizo puede elegir entre recibir las prestaciones en especie del país de residencia o en el territorio del Estado competente, por la institución competente con arreglo a su legislación. Sin embargo si se trata de medicamentos, vendajes, gafas, pequeñas prótesis, análisis y pruebas de laboratorio sólo se dispensarán por el Estado miembro en que hayan sido prescritos y según lo dispuesto en la legislación de ese Estado (art. 60.8 Reglamento 574/72).

Otra de las situaciones comunes a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia víctimas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional se refiere a la "estancia" del trabajador en el Estado competente, que no equivale a "residencia"⁸⁷¹. En este caso el trabajador tiene derecho a disfrutar de las prestaciones con arreglo a la

⁸⁷⁰ El art. 61 del Reglamento 574/72 completa el régimen previsto para las prestaciones en metálico en caso de residencia en un Estado miembro distinto del Estado competente. Establece que la institución competente pagará las prestaciones en metálico a través de los medios adecuados (giro postal internacional) y lo comunicará a la institución del lugar de residencia y al interesado. En el caso de que sea esta última institución la que pague las prestaciones en metálico por cuenta de la institución competente, ésta deberá informar al interesado y a la institución del lugar de residencia : al primero sobre sus derechos, a la segunda, sobre la cuantía de las prestaciones, las fechas de pago y la duración máxima del disfrute de las prestaciones. Pese a lo dicho, el reglamento permite que los Estados miembros acuerden otras modalidades de aplicación.

⁸⁷¹ En caso de estancia en un Estado miembro distinto del Estado competente se percibirán las prestaciones en especie si se trata de un trabajador por cuenta ajena de transportes internacionales presentando un certificado especial, extendido por el empleador, en el que conste la fecha de ingreso en la empresa, denominación y domicilio de la institución competente ante la institución del lugar de estancia, lo antes posible. En caso de urgencia recibirá la asistencia mediante la presentación del certificado, aunque no se haya dirigido antes a la institución de estancia. Esta última comunicará a la institución competente la situación en el plazo de tres días, con el fin de obtener respuesta sobre el derecho a las prestaciones en especie. De todos modos la institución del lugar de estancia deberá prestar esas prestaciones durante el plazo máximo de treinta días, en espera de la respuesta.

legislación de dicho Estado competente, aunque ya hubiese disfrutado de prestaciones. Igualmente si traslada su residencia al territorio del Estado competente, el trabajador disfrutará de las prestaciones con arreglo a su legislación, aunque ya disfrutara de prestaciones antes del traslado.

Si la estancia del trabajador se produce en territorio de un Estado miembro distinto al Estado competente, ya sea porque la institución competente le autoriza a desplazarse a otro Estado para recibir asistencia médica⁸⁷², ya sea porque tras haber comenzado a disfrutar de las prestaciones se le autoriza a regresar al Estado miembro donde reside o a trasladar su residencia a otro Estado⁸⁷³, las prestaciones en especie se perciben con cargo a la institución competente, aunque por la institución del lugar de estancia o de residencia con arreglo a su legislación. Cabe señalar que la duración de la prestación se regulará, no obstante, por la legislación del Estado competente. Por otro lado las prestaciones en metálico serán abonadas por la institución competente de acuerdo con las disposiciones que ella aplica. Es posible que se acuerde previamente entre las instituciones competentes y la de lugar de estancia o de residencia el abono por éstas últimas de las prestaciones, con cargo a la primera.

Otra norma común al accidente de trabajo y a la enfermedad profesional se refiere al cálculo de las prestaciones en metálico. Si ese cálculo se debe realizar sobre la base de unos ingresos medios la institución competente tendrá en cuenta los ingresos comprobados bajo su legislación. Si esta legislación determina que el cálculo se realice sobre la base de los ingresos a tanto alzado computará únicamente el promedio de los ingresos medios que correspondan a los períodos cubiertos bajo esa legislación. Asimismo si la legislación del Estado miembro competente para el pago de las prestaciones determina que se tengan en cuenta el número de miembros de la familia, computarán también como tales los miembros residentes en el territorio de otro Estado. Para ello es necesario que el solicitante presente un certificado sobre aquellos

⁸⁷² Esta autorización no puede ser denegada si la asistencia médica necesaria no puede ser dispensada al interesado en el territorio del Estado miembro donde reside.

⁸⁷³ Podrá denegarse la autorización cuando haya constancia de que el desplazamiento puede poner en peligro el estado de salud del paciente o la aplicación del tratamiento médico.

miembros de su familia que residan en otro territorio, según lo dispone el art. 70 del Reglamento 574/72.⁸⁷⁴

Por otro lado el abono de los gastos de transporte de la víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional que la legislación del Estado miembro de la institución competente prevea estarán a cargo de la misma siempre que haya sido autorizado previamente el transporte por dicha institución. Estos gastos de transporte pueden corresponder al desplazamiento hasta la residencia de la víctima aunque sea en el territorio de otro Estado miembro, o hasta el centro hospitalario (art. 59). Si el transporte se refiere al desplazamiento hasta el lugar de inhumación del cuerpo sin vida de la víctima los gastos serán a cuenta de la institución competente del Estado miembro, quien deberá asumir el coste del transporte hasta el lugar correspondiente del territorio de otro Estado miembro en que residiera la víctima en el momento de ocurrir el accidente.

El Reglamento determina que en caso de ocurrir un accidente o de diagnosticarse por primera vez una enfermedad en el territorio de un Estado miembro distinto al Estado competente es necesario realizar la declaración formalizada con arreglo a la legislación de este último, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones legales vigentes en el territorio donde se diagnostica la enfermedad o sucede el accidente.

En estos casos la institución del Estado donde sucede el accidente o se diagnostica la enfermedad envía la declaración formalizada, así como los certificados médicos expedidos en el territorio a la institución competente. Además deberá facilitarle los datos que necesite. Si se hiciese necesario investigar cómo ha ocurrido el accidente en el territorio del Estado miembro distinto del Estado competente, éste último puede

⁸⁷⁴ este certificado será expedido por la institución del seguro del lugar donde residan los miembros de la familia o por otra institución que haya sido designada por la autoridad competente del Estado miembro donde residen los familiares. Es posible que este certificado se sustituya por la presentación de documentos recientes de estado civil de aquellos miembros de su familia residentes en otro Estado miembro. Puede además exigirse que el solicitante acredite mediante documentos la transmisión regular de parte de los ingresos a los miembros de su familia que no conviven con él aunque sí dependen económicamente del mismo, si la legislación de la institución competente exigiese la convivencia.

designar a un investigador para colaborar en la investigación (art. 65 Reglamento 574/72).

Puede ocurrir que se impugne el carácter profesional del accidente o de la enfermedad (art. 66). En tal caso ante la residencia o de estancia en un Estado miembro distinto del Estado competente, así como en caso de regreso o traslado de residencia a otro Estado miembro tras el accidente o la enfermedad (supuestos contemplados en el art. 52 y 55.1 del Reglamento 1408/71) si la institución competente no considera aplicable la legislación sobre accidentes de trabajo o enfermedad profesional debe comunicarlo inmediatamente a la institución del lugar de residencia o del lugar de estancia que haya abonado las prestaciones en especie. Estas prestaciones seguirán siendo abonadas por la misma institución aunque en concepto de prestaciones correspondientes al seguro de enfermedad. En tanto se resuelve por la institución competente la calificación del suceso como accidente común o de trabajo o enfermedad común o profesional la institución del lugar de residencia o estancia seguirá abonando las prestaciones en especie. Cuando sea definitiva la decisión de la institución competente se continuará con el abono de las prestaciones en especie ya sea en concepto de seguro de enfermedad o ya sea como prestaciones por accidente de trabajo o por enfermedad profesional.

Igualmente se prevé por el Reglamento 574/72 el control administrativo y médico (reconocimientos médicos) en caso de revisión de rentas. Se realizará a solicitud de la institución competente por la institución del Estado miembro en cuyo territorio se halle el beneficiario. La primera institución está facultada además para designar un médico que examine al beneficiario (art. 76).

El art. 61 del Reglamento 1408 contiene normas diversas, comunes a los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional. Cuando la legislación del Estado miembro prevea que aquellos riesgos sobrevenidos o comprobados con anterioridad sean tomados en cuenta para apreciar el grado de incapacidad, la apertura del derecho o la cuantía de las prestaciones, la autoridad competente deberá tener en cuenta también aquellos accidentes de trabajo o enfermedades profesionales sobrevenidos o comprobados con anterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro.

Igualmente si la legislación del Estado competente contempla los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales sobrevenidos con posterioridad para apreciar el grado de incapacidad, el acceso al derecho o las cuantía de las prestaciones, tendrá en cuenta los eventos producidos o comprobados con posterioridad bajo la legislación de otro Estado miembro siempre que aquéllos sobrevenidos o comprobados con posterioridad bajo la legislación del Estado miembro competente no hayan dado lugar a indemnización ni tampoco bajo la legislación de otro Estado miembro.

b) Dos son los preceptos del Reglamento comunitario que analizan de modo único la problemática de la enfermedad profesional en el ámbito de la seguridad social. El primero (art. 57) contempla uno de los aspectos más relevantes: la determinación de la institución competente del pago de las prestaciones cuando el trabajador ha estado expuesto al mismo riesgo en varios Estados miembros. Asimismo el art. 60 se ocupa de otra cuestión muy característica de la enfermedad profesional, a saber: la agravación de una enfermedad profesional que ya ha generado el derecho a una prestación.

En cuanto al primer punto, lo dispuesto en el art. 57 se completa con el procedimiento previsto en el art. 67 del Reglamento 574/72. En principio la regla general aplicable al supuesto de que la víctima de una enfermedad profesional haya estado expuesta al mismo riesgo en dos o varios Estados miembros consiste en recibir las prestaciones correspondientes - a la propia víctima o a sus beneficiarios - con cargo al último Estado en el que se trabajó, y de conformidad con su legislación.

Ahora bien si la legislación del Estado miembro subordina la adquisición del derecho a las prestaciones al requisito de que la enfermedad haya sido diagnosticada por primera vez en el territorio del Estado se entenderá cumplido el mismo siempre que la enfermedad hubiese sido comprobada por primera vez en el territorio de otro Estado miembro. Es decir, que ante la posibilidad de que la enfermedad se hubiese adquirido y diagnosticado con anterioridad en otro Estado miembro la normativa comunitaria asimila ese hecho, ajeno al Estado miembro que concede el derecho, como si de un acto interno se tratase.

No obstante, si la enfermedad profesional es del tipo de las neumoconiosis esclerógenas - o bien aquellas enfermedades profesionales que el Consejo determine por unanimidad y a propuesta

de la Comisión que tengan el mismo tratamiento jurídico que las neumoconiosis mencionadas, según lo dispuesto en el art. 57.4 - las disposiciones aplicables son otras. En este caso se establecen unas normas particulares, que tendrán en cuenta dos elementos: 1) la comprobación de la enfermedad en un plazo determinado después del cese de la última actividad que haya podido provocarla, 2) el ejercicio de la actividad durante un período cierto de tiempo.

Así la exigencia en algunas legislaciones nacionales de que la enfermedad haya sido comprobada en un plazo determinado después del cese de la actividad se interpreta en sentido favorable para la víctima de la enfermedad, al permitir que el Estado que vaya a reconocer el derecho a la prestación considere los períodos de tiempo transcurridos desde el cese bajo la legislación de otro Estado miembro.

Igualmente el requisito de que se haya ejercido la actividad productora de la enfermedad durante un cierto período por parte de la legislación nacional del Estado competente supone la consideración de los períodos durante los cuales se haya ejercido esa actividad bajo la legislación de cualquier Estado miembro. De este modo se equiparan todos los períodos de actividad sea cual sea el territorio donde se haya realizado. Ello trae consigo una consecuencia y es la del reparto del coste de las prestaciones entre las instituciones competentes de los Estados donde la víctima haya desarrollado su trabajo. En este sentido, la norma prevista es la de efectuar un reparto proporcional a los distintos períodos de seguro de vejez o de residencia cubiertos bajo la legislación de cada uno de los Estados miembros.

El art. 69 del Reglamento 574/72 nos ilustra sobre el procedimiento aplicable para proceder al reparto de prestaciones. Básicamente se ajusta al intercambio de información entre la institución competente del Estado miembro encargada del pago de las prestaciones en metálico - en tanto es el último Estado donde la víctima ha ejercido la actividad que ha podido provocar la enfermedad, cumpliéndose los requisitos exigidos por la legislación nacional para acceder a las prestaciones (regla del art. 57.1) - remite un formulario a todas las instituciones del seguro de vejez de los Estados miembros afectados a los que la víctima haya estado afiliada, en el que constará el resumen de los períodos de seguro de vejez o de residencia cubiertos por el enfermo bajo la legislación de cada uno de esos Estados.

Éstos procederán a consignar en el formulario recibido los períodos de seguro de vejez o de residencia cubiertos bajo su legislación, enviando con posterioridad el formulario citado a la institución encargada del pago. Acto seguido esta institución procederá a repartir el coste entre las instituciones afectadas, notificándoles este reparto, a efectos de su aprobación. De tal modo la institución que abona la prestación recibirá de cada una de dichas instituciones afectadas la cuantía que les corresponda reembolsar.

Para percibir renta o asignación suplementaria cuando se resida en territorio de otro Estado miembro distinto del competente, el trabajador o sus supervivientes deben dirigir una solicitud a la institución competente o a la del lugar de residencia para que ésta la traslade a la primera, formalizada en un formulario conforme a la legislación de la institución competente, acompañada de documentos justificativos requeridos (pueden ser documentos oficiales que acrediten los datos facilitados).

En otro orden de cosas, el art. 60 del Reglamento 1408/71 contempla el supuesto de agravación de una enfermedad profesional que ya ha generado un derecho a las prestaciones en beneficio del trabajador por cuenta propia o ajena. es decir, el trabajador es beneficiario de una prestación derivada de la enfermedad profesional, que resulta agravada.

Esta agravación puede venir dada como consecuencia del ejercicio de una actividad profesional o bien sobrevenir estando el trabajador inactivo. En este último supuesto, el Estado miembro bajo cuya legislación se le reconoce el derecho a la prestación se hará cargo de las prestaciones que le correspondan al interesado que ya disfruta de prestaciones.

En cambio si el trabajador que ya disfruta de una compensación por ese motivo ha ejercido una actividad profesional que puede agravar la enfermedad bajo la legislación de otro Estado miembro, la institución competente del primer Estado que proporciona las prestaciones por enfermedad profesional seguirá haciéndose cargo de las mismas, con independencia de la agravación sufrida. De tal modo la institución competente del segundo Estado miembro, donde se ha producido la actividad y consecuentemente la agravación se hará cargo de un suplemento, calculado sobre la diferencia entre las prestaciones a las que tiene derecho tras la agravación y la cuantía de la hipotética prestación a

que hubiera tenido derecho antes de aquél hecho, siempre que la enfermedad hubiese sobrevenido bajo su legislación.

Una regla particular se impone en este ámbito del precepto si se trata de una enfermedad del tipo *neumoconiosis esclerógena*, al igual que en el supuesto anterior. En este caso si el trabajador aquejado de la enfermedad, que percibe las prestaciones, no tuviera derecho a las prestaciones en el segundo Estado miembro, donde ha ejercido una actividad profesional que ha agravado su estado de salud, la solución pasa porque el primer Estado - que le viene abonando su prestación - se haga cargo de las prestaciones, teniendo, ahora sí, en cuenta la agravación. Es decir el primer Estado deberá asumir esa agravación de la enfermedad, si bien la institución del segundo Estado miembro asumirá la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones en metálico debidas por el primer Estado. Por tanto, el primer Estado abona las prestaciones en especie, a su cargo, y las prestaciones metálicas, aunque la diferencia existente entre la prestación originaria y la que deriva de la agravación será a cargo del segundo Estado⁸⁷⁵.

Si la agravación de la enfermedad profesional se produce respecto a una de aquellas - *neumoconiosis esclerógena* o aquellas que el Consejo determine por unanimidad, a propuesta de la comisión - cuyo coste de las prestaciones en metálico se hubiese repartido entre las instituciones competentes de dos Estados miembros las normas aplicables serán otras. Por un lado, la institución competente que haya concedido la prestación deberá tener en cuenta la agravación de la enfermedad. Por otro, las prestaciones en metálico repartidas entre las instituciones competentes seguirán repartiéndose entre las mismas, con arreglo a la misma proporción⁸⁷⁶.

La cosa se complica si la agravación proviene del ejercicio de una actividad profesional ejercida bajo la legislación de uno de los Estados

⁸⁷⁵ En este sentido el art. 71.2 del Reglamento indica el procedimiento que debe seguir la institución competente que abona las prestaciones en metálico para conseguir que la institución afectada, del segundo Estado miembro le reembolse la cuantía debida, como consecuencia de la agravación.

⁸⁷⁶ Según el art. 71.3 del Reglamento 574/72 la institución encargada del pago en metálico debe notificar al resto de instituciones competentes afectadas el nuevo reparto de costes, con vistas a su aprobación.

miembros donde ya había ejercido esa misma actividad o bajo la legislación de otro Estado. En ese caso, será este último Estado el que asumirá la diferencia existente entre la cuantía de las prestaciones debidas tras la agravación y aquella cuantía de las prestaciones antes de la agravación.

2.3. Los principios generales en materia de seguridad e higiene : la Directiva Marco.

La Directiva 89/391 de 11 de junio del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo o Directiva marco trae su causa de la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1987, que fija un programa de acción sobre seguridad, higiene y salud en el lugar de trabajo.⁸⁷⁷

Ya en el preámbulo de la Directiva se da cuenta de las motivaciones que han llevado a elaborar dicha norma, poniendo de manifiesto la preocupación por la problemática de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, en estos términos :

“considerando que hay que lamentar todavía demasiados accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ; que se deben tomar o mejorar, sin más tardar, medidas preventivas para preservar la seguridad y la salud de los trabajadores, de manera que se garantice un mejor nivel de protección”.

El objeto de la Directiva es establecer unos principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales, la protección de la seguridad y salud, la eliminación de los factores de riesgo y accidente, la información, la consulta, la participación equilibrada, la formación de los trabajadores y de sus representantes y las líneas generales para aplicar esos principios, que convergen en un objetivo único : la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo.

⁸⁷⁷ En esta Resolución, publicada en el DOCE C28, de 3-2-1988, el Consejo toma nota del propósito de la Comisión de presentar ante aquél, en breve plazo, una directiva relativa a la organización de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el lugar de trabajo.

La presente Directiva establece cuáles son las obligaciones de los empresarios (arts. 5-12) así como de los trabajadores (art. 13) en materia de prevención de riesgos. Respecto a las obligaciones de estos últimos la Directiva establece con carácter general el deber de velar por su seguridad y salud y la de sus compañeros de trabajo, que se concreta en particulares obligaciones como son, entre otras, la utilización correcta de los instrumentos, aparatos, máquinas, equipos de protección individual o la colaboración con el empresario y/o los trabajadores con funciones específicas en materia de seguridad y salud para facilitar y fomentar el cumplimiento de las normas o medidas impuestas para proteger la seguridad y salud de los trabajadores.

En el ámbito de los deberes de los empresarios no se integra una medida de prevención especialmente útil y eficaz como es la vigilancia de la salud, prevista en el art. 14, precepto que se ubica en una sección distinta a la Sección 2ª en la que se contemplan los elementos integradores de la deuda de seguridad del empresario.

De esta suerte, la vigilancia de la salud en función de los riesgos inherentes al trabajo se debe garantizar, según la directiva, de conformidad con las legislaciones nacionales. Se deja libertad a los Estados miembros para establecer un sistema de vigilancia que podrá ser parte de un sistema nacional de sanidad y debería permitir que cada trabajador, a su propia voluntad, pueda ser sometida a vigilancia periódica.

Sin embargo la Directiva contempla un haz de obligaciones generales y específicas a cargo del empresario, responsable de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores. Principalmente el empresario debe realizar actividades de prevención de los riesgos profesionales, de organización de los servicios de prevención, de información, de formación de los trabajadores.

A mayor abundamiento entre las obligaciones particulares se encuentran, entre otras muchas: evaluar los riesgos y sustituir los peligros por lo que entraña poco o ningún peligro, evaluar los riesgos derivados de las sustancias o preparados químicos, planificar la prevención teniendo en cuenta la influencia de los factores ambientales en el trabajo, adaptar el trabajo a la persona procurando reducir los efectos del trabajo monótono y repetitivo en la salud, disponer de una evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo

respecto a los grupos de trabajadores con riesgos especiales, o incluso elaborar una lista de accidentes que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a tres días de trabajo.

2.4. La protección contra riesgos específicos.

La normativa comunitaria en materia de seguridad e higiene en el trabajo se integra también de disposiciones en forma de Directiva que protegen a los trabajadores contra los riesgos presentes en el lugar de trabajo.

Se puede hablar en este ámbito de cuatro grupos de Directivas :

1) aquéllas que han surgido de la Directiva Marco o Directiva 80/1107/CEE sobre *protección contra la exposición a ciertos agentes químicos, físicos y biológicos* (DOCE 3.12.1980, L 327), modificada por la Directiva 88/462/CEE (DOCE 24.12.1988, L 356), a saber :

- Directiva 82/605/CEE sobre *protección frente a riesgos derivados del plomo metálico y a sus compuestos iónicos durante el trabajo*, de 27 de agosto de 1982, que constituye la primera Directiva específica (DOCE 23-8-1982, L 247) ;

- Directiva 83/477/CEE sobre *protección frente a riesgos derivados del amianto*, de 19 de septiembre de 1983 (DOCE 24-9-1983, L 263). Segunda Directiva Específica, modificada por la Directiva 91/382/CEE de 25 de junio de 1991 (DOCE 29-7-1991, L 206).

- Directiva 86/188/CEE sobre *protección contra el ruido en el trabajo*, de 12 de mayo de 1986 (DOCE 24-5-1986, L 137). Tercera Directiva Específica.

- Directiva 88/364/CEE sobre *protección de los trabajadores mediante la prohibición de determinados agentes específicos y/o determinadas actividades*, de 9 de junio (DOCE 9-7-1988). Cuarta Directiva Específica.

- Directiva 91/322/CEE de 29 de mayo de 1991 relativa al establecimiento de valores límite de carácter indicativo (aplicación del art. 4.4 b) de la Directiva 80/1107). DOCE L 177, 5-6-1991.

2) las Directivas anteriores a la Directiva Marco, que protegen al trabajador frente al riesgo de saturnismo (Directiva 77/312/CEE, de

23 de marzo de 1977, DOCE 28-4-1977) y frente al cloruro de vinilo monómero (Directiva 78/610/CEE, de 29 de junio de 1978. DOCE 22-7-78, L 197).

- 3) las Directivas particulares emanadas de la Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989 (DOCE 29-6-1989, L 183), relativa a *la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo*.

- Directiva 90/394/CEE relativa a *la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo*, de 28 de junio (DOCE 26-7-1990, L 196). Sexta Directiva Específica, según el art. 16.1 de la Directiva 89/391/CEE. Modificada por la Directiva 97/42/CE (DOCE 8-7-97, L 179).

- Directiva 90/679/CEE sobre *protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo* (DOCE 31-12-1990, L 374). Séptima Directiva Específica, según el art. 16.1 de la Directiva 89/391/CEE. Igualmente protegen al trabajador contra esos riesgos las siguientes Directivas : 93/88/CEE (DOCE 29-10-93, L268), 95/30/CE (DOCE 6-7-95, L 155), 97/59/CE (DOCE 15-10-97, L 282)

- 4) las Directivas pertenecientes al ámbito de competencias de la Comunidad Europea de la Energía Atómica o Euratom, que protegen al trabajador contra los peligros de las radiaciones ionizantes :

- Directiva 80/836/Euratom por la que se modifican las Directivas que establecen las *normas básicas relativas a la protección sanitaria de la población y los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes*, de 15 de julio de 1980 (DOCE 17-9-1980, L 246).

- Directiva 84/467/Euratom, de 3 de septiembre de 1984 (DOCE 5-10-1984, L 265), que modifica la anterior.

- Directiva 90/641/Euratom sobre *la protección operacional de los trabajadores exteriores con riesgo de exposición a radiaciones ionizantes por intervención en zona controlada*, de 4 de diciembre de 1990 (DOCE 13-12-90, L 349). Completa la Directiva 80/836 y 84/467.

- Directiva 96/29/Euratom, de 13 de mayo de 1996, por la que se establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de

los trabajadores y de la población contra los riesgos que resultan de las radiaciones ionizantes (DOCE 26-6-96, L 159). Modifica las Directivas 80/836 y 84/467.

- Directiva 97/43/Euratom, sobre la *protección de la salud frente a los riesgos derivados de las radiaciones ionizantes en exposiciones médicas* (DOCE 9-7-97, DOCE L 180).

2.4.1. Los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo.

La Directiva del Consejo de 27 de noviembre de 1980 - Directiva 80/1107/CEE o Directiva Marco - tiene por objeto la protección de los trabajadores frente a los efectos perjudiciales para su salud derivados de la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos. Las disposiciones que contiene la Directiva van dirigidas a evitar la exposición de los trabajadores o bien a mantener esa exposición a niveles tan bajos como sea razonable.

La Directiva establece dos grupos de medidas: generales y complementarias. Las primeras son aplicables en general a todos los riesgos denominados de forma genérica en el enunciado de la Directiva. Las segundas son aplicables a determinados riesgos que la Directiva enumera en el Anexo I, a saber: acrilonitrilo, amianto, arsénico y sus derivados, benceno cadmio y sus derivados, mercurio y sus derivados, níquel y sus derivados, plomo y sus derivados, hidrocarburos clorados (cloroformo, paradiclorobenceno, tetracloruro de carbono). En este sentido el Estado debe determinar las circunstancias que posibilitan aplicar un tipo u otro de medidas, como puede ser la naturaleza del agente, la importancia y gravedad del riesgo, la duración de la exposición.

Con carácter general las medidas previstas se refieren a la limitación del uso del agente (puede llegar a ser una prohibición limitada o total del agente) o de trabajadores expuestos al riesgo, la adopción de medidas técnicas preventivas (establecimiento de valores límite), medidas de higiene, de seguridad (como las medidas de protección individuales y colectivas, señalización de advertencia), así como medidas de prevención médica. La información a los trabajadores sobre los riesgos existentes y

sobre las medidas técnicas adoptadas se integra en este paquete de medidas.

A las medidas de vigilancia de la salud se une la vigilancia de los niveles de exposición al riesgo (en los casos de anormalidad de la exposición se adoptarán medidas de urgencia), que deberán ser documentados y actualizados en los registros pertinentes. Estos registros deberían recoger no sólo estos niveles de exposición sino también las listas de trabajadores expuestos y de expedientes médicos.

Las medidas complementarias hacen alusión a dos aspectos : a la vigilancia de la salud y al acceso de los trabajadores y/o sus representantes a determinada información. Respecto a la primera cuestión la Directiva acentúa las medidas aplicables en tanto la exposición a los riesgos listados en el Anexo I. Así se aconseja la implantación de un sistema de vigilancia médica, inicial, antes de la exposición al riesgo, y posteriormente, con periodicidad durante la exposición así como, en algunos casos, tras haber cesado en la misma.

Respecto al acceso a la información de trabajadores y/o sus representantes, la Directiva fija como medida complementaria la que se refiere a los resultados de las mediciones de la exposición, a conocer los casos y causas del rebasamiento de los límites de exposición establecidos, así como sobre los peligros a los que están expuestos. Además reconoce el acceso a cada trabajador individualmente considerado a conocer de los propios resultados de su exposición.

Uno de los problemas que se plantea con motivo de los resultados de la vigilancia de la salud se refiere a la posibilidad de apartar al trabajador de su puestos de trabajo por razones médicas y de forma temporal. Al respecto la Directiva señala que el Estado miembro debería procurar que en esas situaciones sea posible el traslado a otro puesto de trabajo.

Otra distinción que establece la Directiva respecto a los riesgos frente a los que se pretende proteger al trabajador se halla en el listado del Anexo II. Para los riesgos citados en la primera parte del Anexo, esto es, el amianto, el plomo y sus derivados el Estado debe asegurar que se lleva a cabo una vigilancia del estado de salud adecuada durante la exposición del riesgo.

Por el contrario, en cuanto a los riesgos que contiene la lista B del Anexo no existe tal obligación sino tan sólo la de procurar el acceso de los trabajadores y sus representantes en el lugar de trabajo a una información apropiada sobre los riesgos y sus efectos nocivos. Este deber de información se exige respecto a los siguientes agentes : amianto, arsénico y sus derivados, cadmio y sus derivados, mercurio y sus derivados, plomo y sus derivados.

El art. 8 de la Directiva determina la adopción de Directivas particulares sobre los agentes mencionados en el Anexo I como el amianto, arsénico, benceno, cadmio, mercurio, plomo y níquel entre otros. Estas Directivas contendrán aspectos técnicos que permitirán adaptar la normativa al progreso o evolución sobre la materia. La propia Directiva prevé el procedimiento por el que se procederá a regular los aspectos técnicos, que el Anexo III delimita concienzudamente : las modalidades de muestreo y medición, de aplicación de las reglas de higiene en general, recomendaciones prácticas sobre vigilancia médica o adopción de medidas urgentes en casos de sobreexposición.

2.4.1.1. La Primera Directiva específica : protección frente a riesgos derivados del plomo metálico.

La Directiva Marco constituye una norma mínima que el Estado puede mejorar a través de disposiciones legales que aseguren una mayor protección al trabajador. Esta nota caracteriza también a las Directivas particulares emanadas de los principios establecidos por la Directiva marco. La primera de aquellas es la que protege a los trabajadores contra los riesgos relacionados con una exposición al plomo metálico y a sus compuestos iónicos durante el trabajo, aunque se excluyen de su ámbito de protección determinadas actividades como la navegación aérea, marítima y las actividades extractivas de minerales que contengan plomo.

El principal objetivo de la Directiva que el Estado Miembro debe trasponer es la evaluación del riesgo de absorción de plomo (el Anexo I de la misma contiene una lista indicativa de aquéllos trabajos en los que existe ese riesgo), para determinar la naturaleza y el grado y de exposición. Dependiendo de los índices individuales de plumbemia y de la exposición a una concentración de plomo en el aire (media ponderada

en función del tiempo para un período de cuarenta horas por semana) que resulta de esa evaluación el Estado debe tomar medidas apropiadas y distintas, en cada caso. Estas medidas pueden consistir en: a) minimizar el riesgo de absorción de plomo a través de la aplicación de medidas higiénico-personales como evitar fumar, comer o beber en el lugar de trabajo, b) efectuar una vigilancia biológica de los trabajadores afectados o c) control de concentración de plomo en el aire y vigilancia médica.

El control de la concentración de plomo comprende una o varias extracciones de muestras de aire, y se deberían efectuar cada tres meses, como mínimo, si bien puede reducirse en determinados casos esa periodicidad.

Respecto a la vigilancia médica comprende el aspecto clínico y biológico, pero en cualquier caso debe iniciarse antes o al comenzar la exposición. La vigilancia clínica tiene prevista una periodicidad inferior a la biológica, en tanto que se realizará una vez al año frente a la periodicidad semestral de la última (aunque se puede reducir a una vez al año si concurren determinados valores de concentración de plomo en el aire y del índice individual de plumbemia).

Normalmente es raro encontrar un cuadro clínico clásico por intoxicación por plomo. El diagnóstico de la intoxicación se basa en exámenes biológicos e instrumentales, cada vez más avanzados que permiten una detección precoz de la enfermedad antes de manifestarse mediante signos clínicos.

El Anexo IV de la Directiva contiene una serie de recomendaciones prácticas para la vigilancia clínica de los trabajadores expuestos al riesgo de absorción de plomo. Según el mismo, la vigilancia debería comprender el establecimiento del expediente médico y profesional del trabajador, un examen físico, conversación personal con el individuo así como la evaluación de la función pulmonar. Los exámenes médicos deberán realizarse teniendo en cuenta los efectos nocivos que el plomo produce en los sistemas hematopoyético, gastrointestinal, nervioso central y periférico y renal⁸⁷⁸.

⁸⁷⁸ Los análisis de sangre y de orina son obligatorios en la primera visita médica aunque después se realizarían de forma regular, según la apreciación del médico.

Por otro lado la Directiva concreta el contenido de la vigilancia biológica en indicadores técnicos (ALAU, PPZ, ALAD), que son especificados en el Anexo III.

Las medidas de prevención o protección necesarias tras el examen clínico puede ser la retirada del trabajador a toda exposición al plomo o una reducción de la duración de su exposición.

La Directiva ilustra igualmente sobre el procedimiento para conocer el valor límite del plomo en el aire que no puede ser superado, esto es 150 mg/m^3 , media ponderada en función del tiempo para un período de 40 horas semanales. El primer objetivo es reducir las concentraciones de plomo en el aire, pero cuando no se reducen y persiste la superación los niveles de concentración de plomo es necesario tomar medidas adecuadas de protección de los trabajadores. Por tanto, tiene preferencia la prevención sobre la protección, que pueden consistir en utilizar equipos de protección adecuados.

El acceso a la información médica así como el registro y conservación de los datos relativos a la exposición y a los exámenes clínicos y biológicos es otra de las previsiones de la Directiva. En cuanto a lo primero el médico o autoridad responsable de la vigilancia médica de los trabajadores debe tener acceso a los datos sobre la exposición al plomo y los resultados del control de la concentración del plomo en el aire. Respecto al segundo aspecto el Estado miembro está obligado a asegurar ese registro y conservación en su legislación nacional.

La fecha límite para poner en práctica las disposiciones de la Directiva es el 1 de enero de 1986, debiendo comunicar a la Comisión la transposición al derecho interno de la misma. La OM de 9 de abril de 1986 traspone al ordenamiento español esta norma (BOE 24-4-86, 3-6-86)

2.4.1.2. La protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con el amianto durante el trabajo.

La Segunda Directiva específica, con arreglo al art. 8 de la Directiva 80/1107/CEE, esto es la Directiva 83/477/CEE, de 19 de septiembre⁸⁷⁹, tiene por objeto la protección de los trabajadores frente a los riesgos por la exposición al amianto o asbesto. Al igual que la Directiva anterior, no es aplicable en determinadas actividades como la navegación marítima o aérea. Igualmente representa una norma mínima que puede ser mejorada por las legislaciones nacionales, que incluso pueden establecer la sustitución del amianto por productos menos peligrosos.

La Directiva designa los silicatos fibrosos que se integran en el término *amianto*, que coinciden con los que el Convenio de la OIT, número 162, de 4 de junio de 1986, enumera en el art. 2 para delimitar el término *asbesto*, a saber: actinolita, grunerita amianto (amosita), antofilita, crisotilo, crocidolita, tremolita.⁸⁸⁰

La principal medida de protección que deberá aplicarse será la evaluación del riesgo en todas las actividades que expongan al polvo de amianto a los trabajadores, para determinar la naturaleza y el grado de exposición.

Del resultado de la evaluación inicial depende que se apliquen la mayoría de las medidas de la Directiva. Si el nivel calculado, con relación a un período de referencia de ocho horas es inferior a 0,25 fibra por centímetro cúbico y/o inferior a una dosis acumulada de 15,00 fibras día por centímetro cúbico durante tres meses no es necesario aplicar determinados preceptos de la Directiva.

En cualquier caso, todas las actividades que expongan al trabajador o que puedan estarlo durante su trabajo al polvo de amianto deben estar sujetas a un sistema de notificación controlado por la autoridad responsable del Estado miembro, en el que el empresario es el sujeto

⁸⁷⁹ Las normas que trasponen la directiva son las siguientes: OO.MM. de 31.-1.-84 (BOE 7-11-84), de 22-12-87 (BOE 29-12-87), Resolución de 8-9-87 (BOE 14-10-87) y RD 1879/1996, de 2 de agosto (BOE 9-8-96).

⁸⁸⁰ El Convenio de la OIT, art. 2, concibe como asbesto los siguientes elementos: el crisotilo o asbesto blanco, las anfíbolitas, la actinolita, la amosita o asbesto pardo, la antofilita, la crocidolita o asbesto azul, y la tremolita.

obligado a la notificación. En ella deben describirse los tipos y cantidades de amianto utilizados, las actividades y procedimientos puestos en marcha, y los productos fabricados, teniendo los trabajadores y/o sus representantes acceso al documento de notificación.

Además en todas esas actividades debe reducirse el nivel de exposición a los mínimos, tanto como sea razonablemente posible. Para ello se considera apropiado reducir tanto la cantidad de amianto utilizada en cada caso como el número de trabajadores expuestos o que puedan quedar expuestos al polvo de amianto, evitar en el proceso de trabajo la emanación de polvo de amianto en el aire, el almacenaje y transporte de amianto en embalajes herméticos apropiados, entre otras medidas.

Es necesario realizar mediciones del contenido de amianto en el lugar de trabajo, ajustándose al procedimiento descrito en el Anexo I de la Directiva. Estas mediciones deberían realizarse cada tres meses y en caso de modificaciones técnicas. En determinadas circunstancias las mediciones pueden reducirse a una vez al año cuando no se hayan producido modificaciones sustanciales en el lugar de trabajo y cuando los resultados de las mediciones no hayan sobrepasado la mitad de los valores límite fijados en la Directiva. Dichos valores se refieren a una cantidad de fibra por centímetro cúbico calculada con relación a un período de referencia de ocho horas.⁸⁸¹

Entre las medidas de protección que prevé la Directiva se hallan la delimitación clara y precisa con paneles de los lugares donde se desarrollan las actividades peligrosas, en los que se prohíba fumar, así como la habilitación de zonas que permitan comer y beber sin riesgo de contaminación. Igualmente sería conveniente poner a disposición de los trabajadores ropas de trabajo o de protección apropiados, estableciendo algunas cautelas sobre su mantenimiento (lavado en la empresa o lavanderías equipadas situadas fuera de la empresa siempre que el transporte de la ropa se realice en recipientes cerrados) y su separación de los trajes de vestir, así como la habilitación de equipos de protección en lugar determinado. El art. 18 del Convenio de la OIT contempla esta medida higiénico-preventiva relativa a la proporción de ropa de trabajo

⁸⁸¹ 1, 00 fibra de amianto por centímetro cúbico, 0,50 de fibra de crocidolita por centímetro cúbico, o un valor calculado sobre la base estos valores límites si la concentración de fibras de amianto en el aire contiene mezcla de aquellas fibras.

adecuada y su manipulación y limpieza en condiciones sujetas a control : el empleador es responsable de proporcionarla, mantenerla en buen estado y limpiarla para evitar que los trabajadores se lleven la ropa a casa.

La información es otra de las directrices importantes en materia de prevención. Todos los trabajadores expuestos al riesgo así como sus representantes en la empresa deben conocer los riesgos potenciales para la salud debidos a la exposición al polvo de amianto, que existen valores límite reglamentarios, las prescripciones de higiene (actitudes y comportamientos prohibidos) las precauciones que se deben tomar respecto a los trajes y equipos de protección. Además deberían tener a su disposición los resultados de las mediciones del contenido de amianto en el aire así como de la hipotética superación de esos límites y de las causas y medidas tomadas.

En cuanto a la vigilancia médica la Directiva contempla la obligatoriedad de un reconocimiento médico previo - antes de la exposición, cuyos elementos se recomiendan en el anexo II⁸⁸², debiendo confeccionarse un historial médico individual para cada trabajador -, así como periódicos (revisión cada tres años como mínimo), que podrán dar lugar a eventuales medidas individuales de protección o de prevención que pueden incluir el retiro del trabajador afectado de toda exposición al polvo de amianto o de materiales que lo contengan.

Todos los trabajadores expuestos al riesgo por realizar actividades peligrosas son inscritos por el empresario en un registro donde consten la naturaleza, la duración de la actividad y la exposición a la que han estado sometidos.

Este registro, que puede ser consultado por el médico y/o la autoridad responsable de la vigilancia de la salud, el trabajador y/o sus representantes en la empresa, debe conservarse durante por lo menos

⁸⁸² Según el Anexo II sobre *Recomendaciones prácticas para el control clínico de los trabajadores indicados en el apartado 1 del artículo 15* el control clínico debe ajustarse a los principios de la medicina del trabajo y en concreto debe comprender el establecimiento del expediente médico y profesional del trabajador, una entrevista personal, un examen clínico del tórax y de la función respiratoria. Además se considera conveniente realizar otros exámenes, incluyendo la radiografía del tórax, las pruebas de laboratorio, la citología de los esputos.

30 años, al igual que los historiales médicos individuales. El Estado miembro debe también tener un registro de los casos reconocidos de asbestosis y mesotelioma, dos de las enfermedades que puede provocar la exposición a fibra de amianto, junto al cáncer de pulmón y gastrointestinal.

Esta prescripción coincide con lo dispuesto en el art. 20 del Convenio de la OIT, si bien no concreta el plazo de conservación al remitir a lo prescrito por la autoridad competente.

Esta Directiva sufre una primera modificación por la Directiva 91/382/CEE (DOCE de 27-7-91, L 206) que rebaja los valores límite indicativos de exposición profesional.

Sin perjuicio de estas Directivas que protegen a los trabajadores contra los riesgos de amianto durante el control y de la Directiva 90/394/CEE del Consejo de 28 de junio de 1990 relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo (sobre la que volveremos después) hay que tener presente la Directiva 1999/77/CE de la Comisión de 26 de julio de 1999⁸⁸³.

Esta Directiva adapta al progresos técnico por sexta vez el anexo I de la Directiva 76/769/CEE del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que limitan la comercialización y el uso de determinadas sustancias y preparados peligrosos (amianto). En sucesivas ocasiones el Consejo modificó esta Directiva de 1976, con la finalidad de ampliar las restricciones de comercialización y uso del amianto y de los productos que lo contengan por su alto poder nocivo y perjudicial para la salud (puede producir asbestosis, mesotelioma y cáncer de pulmón)⁸⁸⁴.

⁸⁸³ DOCE L 1207, de 6-8-99.

⁸⁸⁴ Así la Directiva 83/478/CEE del Consejo (DOCE L 263, de 24 de septiembre de 1983) dispone el etiquetado de todos los productos que contengan fibras de amianto así como la prohibición de comercialización y uso del amianto salvo tres excepciones. La Directiva 85/610/CEE del Consejo (DOCE L 375, de 31-12-1985) prohíbe la comercialización y uso en juguetes, materiales y preparados aplicados mediante pulverización, productos vendidos al por menor en forma de polvo, artículos para fumadores, estufas catalíticas, pinturas y barnices. Por su parte la Directiva 91/659/CEE de la Comisión dispone que no se usen las fibras de amianto

El ámbito de la actual directiva de 1999 y de las anteriores que modifican la originaria de 1976 se centran en la comercialización y uso de esas sustancias nocivas concretamente. Son por tanto compatibles con las Directivas que protegen a los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo, y especialmente los que se refieren al amianto.

El objetivo que persigue la Directiva 199/77/CE es prohibir toda comercialización uso del amianto crisótilo aunque se haga progresivamente. Así par aciertos productos como los diafragmas utilizados para electrólisis en las instalaciones existentes debido al bajo riesgo de exposición no se aplicaría de momento esta prohibición, debiendo revisar esta excepción la Comisión antes del 1 de enero del 2008. Sin perjuicio de lo dicho los Estados miembros tienen de plazo hasta el 2005 para trasponer las disposiciones de la Directiva.

La Comisión que aprueba la mencionada Directiva es consciente del peligro del amianto crisótilo y de la posibilidad de sustitución por otros elementos menos peligrosos. Además es sabido la dificultad de controlar la exposición de los trabajadores y usuarios de productos que contienen amianto así como la inexistencia de un nivel mínimo de exposición por debajo del cual el amianto crisótilo no plantea riesgos cancerígenos. A mayor abundamiento teniendo en cuenta que la exposición al mismo constituye el mayor de desarrollar enfermedades relacionadas con el amianto, considera como medio más eficaz para salvaguardar y proteger la salud de la población (sea o no trabajadora) la utilización de fibras de amianto crisótilo.

2.4.1.3. La protección contra los riesgos debidos a la exposición al ruido durante el trabajo

La Directiva del Consejo de 12 de mayo de 1986 constituye la tercera Directiva particular de la Directiva 80/1107/CEE, protectora de la salud de los trabajadores contra los riesgos derivados de la exposición al ruido. A diferencia de las anteriores su ámbito de aplicación se

anfíbol y de los productos que la contengan. Además prohíbe el uso de las fibras de amianto crisótilo y de los productos que lo contengan en catorce categorías de productos. La última modificación se produce a través de la Directiva 1999/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

extiende a los trabajadores expuestos a radiaciones, que como es sabido se incluye en el ámbito competencial de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. No obstante coincide con las precedentes en cuanto a las exclusiones de los trabajadores de la navegación marítima y aérea, si bien existe una previsión de examinar la exclusión con la finalidad de integrar a los trabajadores de esas actividades en el ámbito de la Directiva.

Del mismo modo que las anteriores directivas particulares tiene un carácter mínimo, en cuanto pueden ser mejoradas sus previsiones por la legislación nacional, y un carácter muy técnico.

Contempla igualmente medidas de prevención basadas en las evaluaciones de los niveles de ruido y en la vigilancia médica de la función auditiva de los trabajadores. En cuanto a esta última el Anexo II contempla algunas indicaciones a tener en cuenta. Así deben realizarse los reconocimientos médicos iniciales, antes de la exposición o al comienzo de la misma, así como revisiones periódicas a intervalos apropiados según la gravedad del riesgo y la indicación del médico, y con arreglo a las prácticas de la medicina del trabajo. Asimismo el reconocimiento debe combinar una otoscopia con un control audimétrico, que incluya una audiometría preliminar tonal por conducto aéreo. El reconocimiento inicial debe incluir una anamnesis, la otoscopia inicial y el control audimétrico.

Por otro lado la revisión periódica se debe realizar cada cinco años como mínimo cuando la exposición diaria personal del ruido permanece por debajo de 90 dbA. En cualquier caso, los reconocimientos deberán realizarse por personas competentes en la materia, con arreglo a la legislación y usos nacionales.

Respecto a las mediciones del ruido, otro de los elementos instrumentales de prevención del riesgo, el Anexo I establece las indicaciones sobre los equipos y aparatos de medición, las condiciones de medición y la determinación de la exposición. La medición tiene por finalidad identificar los trabajadores expuestos al riesgo debido al ruido. El empresario tiene la responsabilidad de efectuar de forma adecuada estas mediciones, que deben ser representativas de la exposición diaria personal del trabajador al ruido.

No existe una definición del término "ruido" a diferencia de lo que ocurre en el Convenio de la OIT de 20 de junio de 1977 sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), que en su art. 3º concibe el ruido como "cualquier sonido que pueda provocar una pérdida de audición o ser nocivo para la salud o entrañar cualquier otro tipo de peligro".

Las medidas previstas se refieren a la exposición diaria superior a 85 dbA, a saber: poner a disposición de los trabajadores protectores individuales, informar y formar adecuadamente a los trabajadores y/o sus representantes sobre los riesgos potenciales derivados de la exposición al ruido, las medidas adoptadas, el uso de protectores individuales o los resultados de la evaluación o medición de ruido efectuadas. Si la exposición supera 90 dbA el empresario debe elaborar y aplicar un programa de medidas de carácter técnico con la finalidad de reducir la exposición de los trabajadores al ruido, debiendo recibir los trabajadores y sus representantes una información adecuada. Igualmente deberá dotarse a los trabajadores de equipos de protección adaptados a cada trabajador individualmente y a sus condiciones de trabajo.

En cualquier caso si la exposición diaria personal no puede reducirse por debajo de 85 dbA el trabajador tiene derecho a una vigilancia médica de su función auditiva en los términos indicados en el anexo. Esta vigilancia tiene por finalidad fijar el diagnóstico de cualquier disminución de la capacidad auditiva debida al ruido. De igual modo que con el registro de los resultados de la vigilancia de los trabajadores expuestos al amianto, la Directiva contempla que se conserven esos resultados con arreglo a la legislación nacional.

La Directiva debe ser traspuesta al ordenamiento jurídico antes de 1990 por los Estados miembros, quienes deben informar a la Comisión sobre sus disposiciones de derecho interno relativas a la materia objeto de la Directiva. El Estado español traspuso la Directiva al ordenamiento jurídico a través del RD 1316/1989, de 27 de octubre (BOE 2-11-1989).

2.4.1.4. La protección de los trabajadores mediante la prohibición de determinados agentes específicos y/o determinadas actividades.

La Directiva 88/364/CEE sobre protección de los trabajadores mediante la prohibición de determinados agentes específicos y/o determinadas actividades se enmarca en el ámbito de la Directiva 80/1107/CEE y protege a los trabajadores frente a los riesgos de determinados agentes específicos y/o determinadas actividades siempre que existan graves riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores y las precauciones no sean capaces de garantizar un grado satisfactorio de protección de la salud. De todos modos la prohibición no puede llevar a la sustitución de productos que puedan suponer unos riesgos equivalentes o más graves para la salud.

Los agentes a los que se refiere la Directiva son aquellos agentes químicos, físicos y biológicos presentes durante el trabajo y capaces de presentar un riesgo para la salud, en concreto los citados en el anexo, a saber : 2-naftilamina y sus sales, 4-aminobifelino y sus sales, bencidina y sus sales, 4-nitrodifenilo.

Se admite que excepcionalmente se autorice por parte de los Estados miembros la utilización de determinadas elementos siempre que se imponga al empresario la obligación de tomar precauciones apropiadas y someta a la autoridad competente la información sobre cantidades utilizadas anualmente, actividades y/o reacciones o procesos implicados, número de trabajadores expuestos y las medidas técnicas y organizativas tomadas par evitar la exposición de los trabajadores. Igualmente se admiten las excepciones que los Estados miembros prevean si se justifica por su finalidad exclusivamente de investigación y de experimentación científica.⁸⁸⁵

⁸⁸⁵ También si las actividades tienen por objeto la eliminación de los agentes presentes en forma de subproductos o de residuos, para la producción de las sustancias sujetas a prohibición con vistas a su utilización como productos intermedios. Por otro lado no se aplica la prohibición a esos agentes cuando se encuentren en alguna sustancia o en alguna preparación en forma de impurezas, de subproductos o de elementos que constituyan desechos, siempre que su respectiva concentración en esa sustancia o preparación sea inferior al 0.1 % en peso.

Los Estados miembros deben adoptar las disposiciones legales necesarias para dar cumplimiento a la Directiva con fecha límite hasta el 1 de enero de 1990, debiendo informar de ello a la Comisión. Con fecha de 26 de enero de ese año se promulgó el RD 88/1990 (BOE 27-1-1990) que traspone la Directiva al ordenamiento español.

2.4.2. Protección sanitaria de los trabajadores expuestos al cloruro de vinilo monómero.

La Directiva del Consejo de 29 de junio de 1978⁸⁸⁶, referente a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas a la protección sanitaria de los trabajadores expuestos al cloruro de vinilo monómero establece una serie de medidas de protección del trabajador que trabaje en centros en los que se fabrica, se transvasa, se recupera, se almacena, se transporta o se utiliza el cloruro de vinilo monómero de cualquier manera.

Las medidas de protección incluyen medidas técnicas de prevención, el establecimiento de cantidades límites de concentración de cloruro de vinilo en el ambiente de trabajo, medidas de protección individuales, información apropiada a los trabajadores sobre los peligros y precauciones, la inscripción de los trabajadores en un registro donde se indique la naturaleza y la duración de la actividad y la exposición a la que están sometidos y las disposiciones en materia de control médico.

Las medidas técnicas deben ir encaminadas a reducir a cantidades lo más bajas posibles las concentraciones de cloruro de vinilo monómero. A través de los métodos continuos o discontinuos de medición de la concentración de esa sustancia se controla la cantidad límite técnica de larga duración admitida, que es aquella cantidad que no debe superar la concentración media, integrada con relación al tiempo, del cloruro de vinilo monómero en la atmósfera de una zona de trabajo, siendo el tiempo de referencia el año y considerándose únicamente las concentraciones medidas durante los períodos de actividad de las instalaciones así como la duración de esos períodos.

⁸⁸⁶ Se traspone al ordenamiento jurídico español en 1986, a través de la OM de 9 de abril de 1986 (BOE 6.5.86).

Estas mediciones pueden ser complementadas mediante mediciones efectuadas de forma individual a través de dispositivos de muestreo individuales que lleven consigo los trabajadores para recoger información sobre la concentración de cloruro en el lugar de trabajo.

La superación de determinadas concentraciones de cloruro de vinilo que corresponden al umbral de alarma (15 partes por millón cuando las cantidades medias se midan por razón de una hora, 20 partes por millón cuando las cantidades medias se midan a razón de 20 minutos o 30 partes por millón cuando se midan a razón de dos minutos) determinará la adopción de medidas de protección individuales.

El empresario tiene una deuda de seguridad frente a sus trabajadores que se concreta, además de las indicadas, en : a) un deber de información a los trabajadores en el momento de la contratación o antes de que comiencen sus actividades así como después de los peligros que presenta el cloruro de vinilo monómero, b) un deber de inscripción de los trabajadores expuestos al riesgo en un registro donde se indique la naturaleza y la duración de la actividad y la exposición a la que se someten, pudiendo conocer el trabajador los datos que se registran, c) un deber de vigilancia médica que llevará a cabo el médico competente, en tres estadios temporales : antes, en el momento y después de la contratación.

El Anexo II de la Directiva contiene las indicaciones o recomendaciones para el control médico de los trabajadores. Según el mismo las afecciones que puede provocar una sobreexposición al cloruro de vinilo monómero son alteraciones esclerodérmicas de la piel, problemas circulatorios en las manos y en los pies (comparables al síndrome de Raynaud), acrostiolisis (que afecte a los diferentes huesos y más en particular a las falanges de la mano), fibrosis del hígado y del bazo (comparables a la fibrosis perilobular o síndrome de Banti), problemas de las vías respiratorias, trombocitopenias, angiosarcoma del hígado.

Los controles médicos debería comprender el establecimiento de la anamnesis médica y profesional, un examen clínico de las extremidades, de la piel y del abdomen así como el examen radiográfico del esqueleto de la mano. Se recomienda además que se realicen otros exámenes :

tests de laboratorio, exámenes epidemiológicos prospectivos⁸⁸⁷, exámenes biológicos. El médico competente debe decidir en cada caso la aptitud del trabajador para ejercer una actividad en una zona de trabajo, teniendo en cuenta además de los resultados de los exámenes las contraindicaciones (lesiones vasculares o neurovasculares típicas, problemas en las vías respiratorias, insuficiencia hepática clínica o biológica, la diabetes, déficit renal crónico, el abuso del alcohol, entre las que se cita con carácter meramente indicativo en el Anexo).

Tanto los registros como los expedientes médicos deben conservarse durante un período de treinta años (al igual que el amianto), que podrán ser utilizados con fines de investigación si los Estados miembros lo determinan.

2.4.3.1. Protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo.

La Directiva 90/394/CEE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos durante el trabajo constituye la sexta Directiva específica con arreglo a lo dispuesto en el art. 16 de la Directiva 89/391/CEE o Directiva marco sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, que será de aplicación sin perjuicio de las disposiciones específicas de la Directiva particular⁸⁸⁸.

Al igual que las anteriores Directivas tiene un contenido mínimo que puede ser superado por las disposiciones de las legislaciones nacionales. De su ámbito de aplicación se excluyen los trabajadores que estén expuestos a radiaciones ionizantes que regula el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

⁸⁸⁷ Para llevar a cabo estos exámenes se propone que se realicen los siguientes: examen de orina, velocidad de sedimentación globular, numeración de las plaquetas, dosis de la bilirubinemia total, dosis de las transaminasas (SGOT, SGPT), dosis de la gama glutamil transferasa (GT), test al thymol, fosfatasas alcalinas, dosis de las crioglobulinas.

⁸⁸⁸ Las disposiciones de la Directiva deben ser adaptadas por los Estados miembros a más tardar el 31 de diciembre de 1992. España lo hace en 1997, con la promulgación del RD 665/1997 de 12 de mayo (BOE 24-5-97).

Las sustancias que sean cancerígenas con arreglo a la Directiva 67/548/CEE sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas⁸⁸⁹, los preparados que deban etiquetarse como peligrosos por su efecto nocivo y perjudicial para la salud, pudiendo provocar cáncer (de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 88/379/CEE sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos)⁸⁹⁰ así como las sustancias, preparados o procedimientos que lista el anexo I de la presente Directiva constituyen el concepto de "agente carcinógeno".

Siguiendo las pautas establecidas en la Directiva marco, el empresario debe evaluar los riesgos a los que están sometidos sus trabajadores en la empresa para poder determinar las medidas que deben adoptarse, inicialmente y de forma periódica cada vez que se produce un cambio en las condiciones de trabajo que inciden en la exposición del trabajador al riesgo. En esta evaluación de riesgos deberá tener en cuenta los posibles riesgos que afecten a trabajadores especialmente sensibles. Estará obligado igualmente a notificar a la autoridades responsables los elementos que han sido tenidos en cuenta para la evaluación así como notificar los casos de cáncer declarados debidos a la exposición de un agente carcinógeno.⁸⁹¹

Una vez evaluados e identificados los riesgos el empresario debe reducir la utilización de agentes carcinógenos y si es posible sustituirlos por otros menos peligrosos para la salud. La idea es que si se puede evitar el riesgo eliminándolo se sustituya el agente nocivo. De no ser posible la sustitución el empresario debe asegurar la utilización del agente carcinógeno en un sistema cerrado. Si la implantación de este sistema no fuera posible debe garantizarse que el nivel de exposición del trabajador se reduce a un valor lo más bajo posible. En este sentido el artículo 16 de la Directiva remite al procedimiento previsto en el art. 118 A del TUE para establecer los valores límite en las Directivas

⁸⁸⁹ Aquellas que según el Anexo I de la Directiva se hayan asignado la mención R 45 "puede producir cáncer".

⁸⁹⁰ Aquellos preparados que de acuerdo con el art. 3.5 j) de la Directiva deba etiquetarse con la indicación R 45 "puede producir cáncer".

⁸⁹¹ La comunicación de los casos de cáncer registrados en la empresa deben estar a disposición de la Comisión.

respecto a los agentes carcinógenos cuando sea posible así como otras disposiciones directamente relacionadas (Anexo III).

Las medidas de protección contempladas en la Directiva se dirigen a evitar los efectos nocivos de los agentes carcinógenos en la salud del trabajador, limitando las cantidades presentes en el lugar de trabajo y el número de trabajadores expuestos o que puedan estarlo. Toda la organización del trabajo y de los procesos productivos debe ir orientada a evitar o reducir al mínimo la formación de agentes carcinógenos. Es necesaria la adopción de medidas como la aspiración local o ventilación general adecuadas, la utilización de métodos de medición existentes adecuados para agentes carcinógenos con el fin de realizar una detección precoz de exposiciones anormales, la aplicación de medidas colectivas de protección, o en su caso, medidas individuales de protección, medidas higiénicas⁸⁹², la información a los trabajadores, la delimitación de zonas de riesgo (debiendo utilizarse una señalización adecuada de aviso y de seguridad), la instalación de dispositivos para casos de urgencia, almacenamiento, manejo y transporte de agentes carcinógenos en condiciones de seguridad por medio de recipientes herméticos y etiquetados de manera clara, así como el almacenamiento y eliminación de residuos, incluida la utilización de recipientes herméticos etiquetados.

El deber de información del empresario se estructura en dos niveles : 1) información a la autoridad competente, 2) información a los trabajadores. Respecto a la primera está obligado a poner a disposición de la autoridad determinados aspectos de sus actividad, a saber : la especificación de la actividad y procedimientos industriales aplicados, cantidades fabricadas o utilizadas de las sustancias o preparados cancerígenos, el número de trabajadores expuestos, las medidas de prevención tomadas, el equipo de protección que debe utilizarse, la naturaleza y el grado de exposición y los casos de sustitución.

⁸⁹² El art. 10 de la Directiva se refiere a las medidas de higiene y de protección individual adecuadas para evitar el riesgo, a saber : la prohibición de comer, beber y fumar en las zonas de trabajo con riesgo de contaminación, provisión de trajes de protección apropiados o especiales adecuados (separando las ropas de trabajo de las ropas de vestir), la habilitación de retretes y cuartos de aseo apropiados, el almacenamiento y mantenimiento (limpieza y conservación) adecuado de los equipos de protección.

En cuanto a la información a los trabajadores, éstos deberán conocer los riesgos para su salud derivados de la exposición y combinados con el consumo de tabaco, las disposiciones en materia de seguridad e higiene, las medidas que deben aplicarse en caso de incidente y para prevenir los mismos así como conocer si se ha producido una exposición anormal al riesgo y las medidas adoptadas al respecto. En caso de exposición imprevisible sólo los trabajadores autorizados y debidamente equipados (trajes y equipos de protección respiratoria) podrán trabajar en la zona afectada para poder llevar a cabo las reparaciones necesarias. La exposición en estos supuestos será temporal y limitada al tiempo necesario.

La información debe ser actual y periódica, adaptándose a la evolución y aparición de nuevos riesgos. Los trabajadores tienen derecho a conocer la lista actualizada de los trabajadores encargados de realizar las actividades en las que se han identificado riesgo para la seguridad y salud de los mismos (el médico y/o la autoridad competente tienen igualmente derecho a conocer de esta lista).

Por otro lado la vigilancia de la salud constituye uno de los medios instrumentales de la evaluación que debe realizar el empresario. Los controles médicos se realizarán antes de la exposición y a intervalos regulares tras la misma, aplicando los principios generales de la medicina del trabajo. El control médico debe incluir, al menos, un registro de los antecedentes médicos y profesionales de cada trabajador, una entrevista personal, un control biológico y una detección de los efectos precoces y reversibles.⁸⁹³

El médico o la autoridad responsable del control médico - familiarizado con las circunstancias de exposición - deberá determinar las medidas individuales de protección que se deben tomar para cada trabajador, que cuenta con un historial médico individual y tiene acceso a los resultados de su control médico. Todos los historiales médicos así como la lista que debe elaborar el empresario actualizada de los trabajadores encargados de actividades que revelen algún riesgo para su

⁸⁹³ Se pueden decidir otras pruebas para cada uno de los trabajadores sometidos a control médico.

salud deben conservarse durante 40 años (10 años más que el previsto para el amianto o cloruro de vinilo monómero).

2.4.3.2. La protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

El Consejo aprueba en 1990 la séptima Directiva específica, en cumplimiento del art. 16.1 de la Directiva 89/391/CEE, la Directiva 90/679/CEE, sobre *protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo*, que fija disposiciones mínimas en ese ámbito, pudiendo ser ampliadas por la legislación nacional. El contenido de esta Directiva es compatible con lo dispuesto en la Directiva 90/219/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990 relativa a la *utilización coordinada de microorganismos genéricamente modificados* y la Directiva 90/220/CEE del Consejo de 23 de abril de 1990, relativa a la *liberación intencional de organismos genéticamente modificados en el medio ambiente*.

Los agentes biológicos entendiéndose por tales, según la Directiva, los microorganismos - con inclusión de los genéticamente modificados, cultivos celulares y endoparásitos humanos, susceptibles de originar cualquier tipo de infección, alergia o toxicidad - se clasifican en cuatro grupos según el índice de riesgo de infección. En el primero es poco probable que el agente cause enfermedad en el hombre. El segundo grupo incluye a los agentes biológicos que puede causar enfermedad en el hombre pero es poco probable que se propague a la colectividad. El tercer grupo acoge a los agentes biológicos que pueden propagarse en la colectividad, pese a que existen tratamientos eficaces de prevención, en tanto que el último grupo integra a los agentes biológicos que presentan muchas posibilidades de propagación en la colectividad y no existe generalmente profilaxis o tratamiento eficaz⁸⁹⁴.

⁸⁹⁴ La Directiva establece respecto a la clasificación de los agentes biológicos un plazo de seis meses para que el Consejo, de acuerdo con el procedimiento del art. 118 A adopte una primera lista de agentes biológicos de los grupos 2, 3 y 4. Entre tanto los Estados miembros establecerán su propia lista teniendo en cuenta las definiciones que realiza la Directiva. Los Estados miembros tiene un plazo de tres años (salvo para Portugal que es de cinco) para trasponer la Directiva a su ordenamiento

La estructura de la Directiva es muy similar a la Directiva que protege frente a los riesgos carcinógenos: disposiciones generales, obligaciones de los empresarios, disposiciones varias y anexos.

En todas las actividades con riesgo de exposición a agentes biológicos debe realizarse una evaluación por el empresario para poder identificar los riesgos. Si el trabajador se expone a diversos riesgos deberán evaluarse todos y cada uno de ellos. Esta evaluación a realizar por el empresario debe repetirse periódicamente y en cualquier caso cuando se produzca un cambio en las condiciones de trabajo, debiendo presentar a la autoridad responsable la evaluación realizada, que deberá indicar la clasificación de los agentes biológicos, las recomendaciones de la autoridad responsable, la información sobre las enfermedades que se pueden contraer con razón del trabajo, los efectos alérgicos o tóxicos de los agentes, el conocimiento de una enfermedad detectada a un trabajador directamente relacionada con el trabajo.

Las obligaciones de los empresarios previstas en la Directiva no son aplicables a los casos de exposición a agentes biológicos comprendidos en el grupo I si bien el Anexo VI de la Directiva se refiere a la observancia de los principios de correcta seguridad e higiene profesional.

Para el resto de exposiciones a agentes biológicos (de los grupos segundo, tercero y cuarto) así como para las exposiciones a agentes biológicos en determinadas actividades en las que no hay una intención deliberada de manipular o utilizar esos agentes (actividades listadas a modo indicativo en el Anexo I, es decir: trabajos en centros de producción de alimentos, trabajos agrarios, actividades en contacto animales o productos de origen animal, trabajos en laboratorios clínicos, veterinarios, trabajos en unidades de eliminación de residuos y trabajados en instalaciones depuradoras de aguas residuales) el empresario está obligado a tomar una serie de medidas de protección.

Así la principal obligación consistirá en evitar la utilización de agentes biológicos nocivos a partir de la sustitución por un agente biológico que no sea peligroso o que lo sea en menor medida para la salud del

trabajador. De no ser posible su sustitución el empresario debe procurar reducir el riesgo de exposición al nivel más bajo posible para garantizar la salud de los trabajadores.

Para ello convendría, según la Directiva utilizar determinadas medidas contempladas, a saber : reducción del número de trabajadores expuestos, mejor organización del trabajo, adopción de medidas de protección colectivas y/o individuales, medidas de higiene, medidas técnicas para evitar o minimizar la liberación de agentes biológicos en el lugar de trabajo, utilización de señal de peligro biológico, establecimientos de planes de prevención de accidentes, medios de recogida, almacenamiento y evacuación de residuos eficaces y seguros, medidas seguras para la manipulación y transporte de agentes biológicos.

Del mismo modo que en el supuesto de riesgo contra agentes cancerígenos la Directiva contempla entre las medidas adecuadas de higiene y de protección individual la prohibición de comer y beber en las zonas de riesgo (no se prohíbe expresamente la actividad de fumar), la utilización de trajes de protección adecuados y equipos de protección personal (el empresario es responsable de la limpieza, mantenimiento y conservación de los mismos, que deben ser guardadas en lugar distinto a la ropas de vestir) y la habilitación de cuartos de aseo y retretes.

Igualmente el empresario tiene un doble deber de información hacia los trabajadores y hacia la autoridad competente. Esta debe conocer los resultados de la evaluación, las actividades en las que existen trabajadores expuestos al riesgo así como el número de estos, las medidas de prevención adoptadas, las personas responsables de la seguridad e higiene y el plan de urgencia para la protección de los trabajadores expuestos a los agentes biológico del grupo 3. El empresario debe informar además de los accidentes e incidentes habidos en la empresa causados por la liberación de cualquier agente biológico.

Respecto a los trabajadores su obligación de informar se concreta en dos momentos : al incorporarse al trabajo con riesgo y de forma periódica, a medida que evolucionan los riesgos y surgen nuevos.

En supuestos particulares, como la manipulación de agentes biológicos del grupo 4 y ante la existencia de accidentes o incidentes graves que provenga de la manipulación de cualquier agente biológico debe instruir a los trabajadores sobre las actitudes y comportamientos

que se deben adoptar (lo primero sería la comunicación inmediata a la persona responsable del trabajo y de la seguridad e higiene). Esta información debe darse por escrito, a ser posible, mediante la colocación de avisos. El empresario tiene un deber de informar de forma inmediata a los trabajadores y/o sus representantes de cualquier accidente o incidente y de las medidas adoptadas.

Otro dato en común con la Directiva de protección contra los riesgos carcinógenos se refiere a la obligación de establecer una lista de los trabajadores expuestos a agentes biológicos de los grupos 3 y 4, en la que conste la actividad realizada, el agente biológico al que se exponen, las exposiciones sufridas, accidentes e incidentes, debiendo ser conservada durante un período de 10 años tras la última exposición. No obstante, este período se amplía a 40 años si la exposición se hubiese realizado en determinadas circunstancias pudiendo dar lugar a infección (exposición a agentes biológicos con capacidad para provocar infecciones persistentes o latentes, cuando el período de incubación previo a la manifestación de la enfermedad sea prolongado o cuando la exposición pueda dar lugar a secuelas importantes a largo plazo).⁸⁹⁵

La utilización de los agentes biológicos de los grupos 2, 3 y 4 debe ser notificada previamente al inicio de los trabajos (mínimo 30 días) a la autoridad competente y con carácter periódico ante la introducción un nuevo agente biológico del grupo 3 y 4 así como cuando se introduzcan cambios sustanciales de los procesos.⁸⁹⁶ También deben ser notificados todos los casos de enfermedad o de muerte debidos a una exposición profesional a agentes biológicos, información a la que tendrá acceso la Comisión.

La vigilancia sanitaria de los trabajadores es otro de los temas que aborda la Directiva. La realización de controles médicos antes de la exposición y de carácter periódico es necesaria para conocer las medidas especiales de protección que deben ser aplicadas. La vigilancia

⁸⁹⁵ El médico y la autoridad competente así como cualquier otra persona responsable de la seguridad o la salud en el lugar de trabajo tendrán acceso a la lista.

⁸⁹⁶ La notificación debe incluir ciertos datos : personales de la empresa y/o centro, de la persona responsable de la seguridad e higiene (también su formación), el resultado de la evaluación, la especie del agente biológico y las medidas de protección y prevención previstas.

dará lugar a un historial médico individual que deberá ser conservado durante diez años (o cuarenta, en los supuestos mencionados de exposición a agentes biológicos que den lugar a infecciones especialmente persistentes o latentes) tras la última exposición.

La realización de este control sanitario⁸⁹⁷ permite al médico o autoridad responsable proponer medidas de protección o de prevención adecuadas para cada trabajador.

2.4.4. La protección contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes.

En el ámbito competencial de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, creada en 1957 se integra la protección sanitaria de la población y de los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 30 del Tratado constitutivo.

Para ello la Comunidad fija las normas básicas especialmente respecto a las dosis máximas admisibles, las exposiciones y contaminaciones máximas admisibles y los principios fundamentales de la vigilancia médica de los trabajadores.

Las primeras normas dictadas por la Comunidad en la materia en la década de los ochenta establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de la población y los trabajadores contra los peligros que resultan de las radiaciones ionizantes, a saber: las Directivas 80/836/Euratom de 15 de julio de 1980 y 84/467/Euratom, de 3 de septiembre, que modifica algunos aspectos de la anterior relacionados con los límites de dosis aplicables.

⁸⁹⁷ El Anexo IV de la Directiva contiene recomendaciones prácticas para la vigilancia sanitaria de los trabajadores. Así el médico y/o la autoridad competente deben estar familiarizados con las condiciones de exposición. La vigilancia debe realizarse de conformidad con los principios de la medicina laboral, incluyendo en la mismas un registro del historial médico y profesional del trabajador, una evaluación individualizada del estado de salud, un control biológico, detección efectos precoces y reversibles. Se trata de una enumeración taxativa por cuanto se pueden permitir otras pruebas.

Con posterioridad, a inicios de los años noventa, la Comunidad aprueba otra Directiva - 90/641, de 4 de diciembre - que completa las anteriores, al regular la protección radiológica operacional de los trabajadores "externos" que tienen que intervenir en zona controlada. A ésta le suceden dos más : la Directiva 96/29/Euratom, de 13 de mayo, por la que se establecen las normas básicas relativas a la protección sanitaria de los trabajadores y de la población contra los riesgos que resultan de las radiaciones ionizantes y la Directiva 97/43/Euratom, sobre la protección de la salud frente a los riesgos derivados de las radiaciones ionizantes en exposiciones médicas.

El ámbito de aplicación de la primera Directiva mencionada incluye múltiples actividades que generan riesgo de radiaciones ionizantes como la producción, tratamiento, utilización, posesión, almacenamiento, transporte y eliminación de sustancias radiactivas naturales y artificiales. Estas actividades peligrosas deben ser objeto de declaración en cada Estado miembro, incluso de autorización previa según determine la legislación nacional.

No obstante la directiva fija aquellas actividades en las que no es aplicable el régimen de declaración y de autorización. Asimismo señala la aplicación del régimen de autorización previa, cualquiera que sea la importancia del peligro cuando se trata de la administración de sustancias radiactivas a personas con fines de diagnóstico, tratamiento o investigación, la utilización de sustancias radiactivas en los juguetes o la adición de sustancias radiactivas en la producción y fabricación de productos alimenticios, medicamentos, productos cosméticos y de uso doméstico.

La Directiva de 1980 contempla los principios fundamentales de protección operacional de los trabajadores expuestos y de la población, en sus Títulos VI y VII respectivamente. Igualmente establece normas sobre limitación de dosis en los casos de exposiciones controlables, distintas según se trate de trabajadores expuestos, aprendices y estudiantes, la población en general.

Respecto a los trabajadores expuestos, la directiva establece unas medidas de prevención y de control distintas según dos criterios : la clasificación de los trabajadores en diferentes categorías, y según la clasificación de los lugares de trabajo. En este sentido se distingue entre la zona controlada y la vigilada, en función de la medida de superación

de los límites de dosis anual fijados : en la primera pueden sobrepasarse los tres décimos de los límites mencionados, en tanto que en la segunda se puede sobrepasar un décimo.

Por otro lado, en cuanto a la clasificación de los trabajadores expuestos se establecen dos categorías : la categoría A que incluye a quienes pueden recibir una dosis superior a los tres décimos de uno de los límites de dosis anual, y la categoría B que integra a quienes no puedan recibir esa dosis.

Las medidas de prevención de la exposición se reducen a la evaluación de la exposición, individual y colectiva, así como la vigilancia médica de los trabajadores expuestos. La evaluación individual debe ser sistemática especialmente para los trabajadores de la categoría A. En cualquier caso, todos los resultados de la vigilancia individual así como de las mediciones de vigilancia colectiva deben ser guardados en archivos durante al menos un período de treinta años.

Por otro lado, la vigilancia médica de los trabajadores expuestos es otro elemento esencial en la prevención, debiendo regirse por los principios que rigen habitualmente la medicina del trabajo. Los instrumentos previstos para llevar a cabo dicha vigilancia son distintos si el trabajador expuesto es de la categoría A, si bien la prohibición de emplear al trabajador expuesto si las conclusiones se oponen a ello es aplicable a todos los trabajadores, sin excepción.

Siendo el trabajador de la Categoría A debe llevarse a cabo una vigilancia mucho más exhaustiva : examen médico previo a la contratación⁸⁹⁸, una vigilancia médica general, exámenes médicos periódicos que permitan determinar la aptitud del trabajador (apto, apto en determinadas condiciones, o no apto, según el art. 35)⁸⁹⁹. La vigilancia

⁸⁹⁸ Debe determinar la aptitud del trabajador para ocupar el empleo y comprende una revisión de su historial médico (en el que consten todas las exposiciones anteriores y conocidas) un examen clínico general y los exámenes necesarios para apreciar el estado de salud (art. 34).

⁸⁹⁹ Cada Estado miembro debe establecer una lista que indique los criterios que conviene tener en cuenta para valorar la aptitud para la exposición a las radiaciones ionizantes.

tras finalizar el trabajo vendrá indicada por el médico autorizado⁹⁰⁰ por el tiempo que crea necesario.

A mayor abundamiento la Directiva del Consejo de 4 de diciembre de 1990 extiende la protección inicialmente establecida por la Directiva 80/836 a los trabajadores exteriores que intervengan en zona controlada. La propia norma facilita la definición de "trabajador exterior" :

"Cualquier trabajador de la categoría A con arreglo al artículo 23 de la Directiva 80/836/Euratom que efectúe una intervención del carácter que sea, en zona controlada y que esté empleado de forma temporal o permanente por una empresa exterior, incluidos los trabajadores en prácticas profesionales, aprendices y estudiantes con arreglo al artículo 10 de dicha Directiva, o que preste sus servicios en calidad de trabajador por cuenta propia".

La intervención del trabajador en esa zona se refiere a la prestación o conjunto de prestaciones realizadas por un trabajador exterior, calificado en aquellos términos. En estos supuestos las obligaciones de la empresa en relación a la adopción de medidas de prevención, ya sean evaluaciones o vigilancia médica, se reparte entre la empresa exterior y el titular de la instalación. La primera debe garantizar que los trabajadores se someten a las evaluaciones de la exposición y a los exámenes médicos previstos en el Directiva 80/836.

Por su parte el titular de la instalación en la que los trabajadores exteriores intervienen, en su zona controlada, verificar que el trabajador ha sido reconocido médicamente para intervenir, asegurarse de que ha recibido una formación específica, de que dispone de equipos de protección individual y de que el trabajador recibe un seguimiento individual de exposición adecuado a la intervención.

⁹⁰⁰ La Directiva insta a cada Estado miembro a establecer disposiciones sobre necesarias para autorizar a los médicos encargados de la vigilancia médica de los trabajadores de la Categoría A, debiendo velar por la formación de aquellos profesionales.

CAPÍTULO III: LA TUTELA DE LA ENFERMEDAD PROFESIONAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL

I. INTRODUCCIÓN.

Una vez que se ha expuesto el régimen jurídico de protección de la enfermedad profesional en el ámbito laboral o de la prevención de riesgos⁹⁰¹ en el Capítulo anterior resulta necesario considerar la tutela que dispensa nuestro Ordenamiento Jurídico a la enfermedad profesional desde el punto de vista de la Seguridad Social.

La legislación en materia de Seguridad Social⁹⁰² protege la contingencia de enfermedad profesional a través del reconocimiento de determinadas prestaciones (subsidios y pensiones) derivadas de aquélla. La finalidad última de esta normativa es la reparación del daño sufrido por el trabajador, víctima de una enfermedad profesional.

A sensu contrario, la legislación preventiva, que se inserta en el ámbito de la norma laboral, contempla la enfermedad profesional desde la óptica anterior a la materialización del daño, desde el estadio previo al mismo, con el objetivo de evitar que aquella se produzca. Son dos facetas distintas de un mismo hecho, la enfermedad profesional, con fuentes normativas diversas y bases conceptuales igualmente diferentes a

⁹⁰¹ La Ley de Prevención de Riesgos Laborales considera en la Disposición Adicional Tercera la legislación en materia de prevención de riesgos como legislación laboral, siendo por tanto, de competencia exclusiva del Estado, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.7ª de la Constitución Española (CE).

⁹⁰² El título competencial del Estado es distinto en materia de Seguridad Social ya que comparte con la Comunidad Autónoma la legislación. En virtud del artículo 149.17 CE el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación básica mientras la legislación de desarrollo y la ejecución de sus servicios son competencia de la CA. Sin embargo el régimen económico es competencia exclusiva del Estado.

tener en cuenta⁹⁰³, que ya apunta la Disposición Adicional Primera de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, relativa a las definiciones en materia de Seguridad Social y de prevención de riesgos⁹⁰⁴.

Sin perjuicio de lo dicho, las disposiciones de Seguridad Social no sólo inciden en la faceta reparadora del daño sino que además alcanza a ciertas normas con un contenido preventivo que se integran en el TRLGSS de 1994 (que ya recogía el texto anterior de la Ley General de Seguridad Social de 1974), como se ha puesto de manifiesto en el Capítulo anterior relativo a la prevención de la enfermedad profesional. Efectivamente las disposiciones relativas a los exámenes de salud (arts. 196-197), el período de observación (arts. 128 b), 133), o el traslado de puesto de trabajo al que alude el último precepto citado en su apartado b) configuran un conjunto normativo que contempla la enfermedad profesional desde el punto de vista de la prevención más que de la reparación del daño causado, pese a su inserción en el Texto de la Ley General de Seguridad Social.

Resulta muy ilustrativa la visión que sobre la reparación y prevención ofrece D. PIETERS a la hora de abordar la justificación de los mayores beneficios que los sistemas de seguridad social ofrecen a las víctimas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

⁹⁰³ Ambas realidades de la enfermedad profesional que se reflejan en nuestro Ordenamiento jurídico no deben ser descuidadas, una en detrimento de la otra. Esta idea es fundamental y esencial para concebir la enfermedad profesional en toda su amplitud. En la década de los ochenta ya se hacía esta reflexión la doctrina. Así A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ reconocía que: "Realmente en este sentido al aseguramiento de las enfermedades profesionales cabe concebirlo, respecto de las comprendidas en él, no sólo como regulación jurídica de la reparación de los daños por ellas producidas a los trabajadores a quienes puedan afectar, sino que, al propio tiempo, hemos de considerarlo como la regulación de la prevención de las mismas en bastantes aspectos". En "Consideración del aseguramiento de las enfermedades profesionales como medio para su prevención", *Revista de Seguridad Social*, nº 14, 1982, p. 153.

⁹⁰⁴ D. Adicional Tercera: "Sin perjuicio de la utilización de las definiciones contenidas en esta ley en el ámbito de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, tanto la definición de los conceptos de accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común, como el régimen jurídico establecido para estas contingencias en la normativa de Seguridad Social, continuarán siendo de aplicación en los términos y con efectos previstos en dicho ámbito normativo".

Coincide con una corriente de opinión que reconoce la posibilidad de influir en la seguridad e higiene en el trabajo a través del funcionamiento de los seguros de riesgos profesionales, es decir, la prevención aparece como principal característica de esos seguros⁹⁰⁵

No obstante el presente Capítulo se ciñe a la delimitación del marco jurídico de las prestaciones que, como consecuencia de una enfermedad profesional, dispensa nuestro Ordenamiento jurídico, para completar la visión de la tutela de la enfermedad profesional en el Derecho positivo Español.

El conjunto de prestaciones previsto en nuestro sistema público de Seguridad Social en materia de enfermedad profesional coincide con el previsto para el accidente de trabajo. Y es que conviene recordar la doctrina del Tribunal Supremo, reiterada en múltiples sentencias (entre las más significativas las de 19-2-1990, 25-1-1991, 13-2-1991⁹⁰⁶) que ha considerado el accidente de trabajo y la enfermedad profesional como "una unidad diferenciada"⁹⁰⁷ que tiene su reflejo en la Ley General de

⁹⁰⁵ El autor parte de los resultados extraídos de un informe elaborado por la Agencia Europea para la Seguridad e Higiene en el Trabajo con sede en Bilbao, de 22 de marzo de 1999 sobre "el impacto económico de la seguridad e higiene en el trabajo en los Estados miembros de la Unión Europea". Es partidario de perseguir a través de los sistemas de protección social el ideal de la prevención, entendido como un objetivo que sustituya la compensación, de modo que en un orden de prioridades la prevención pasa por delante de la restauración, y en ausencia de ambos conceptos operaría la compensación del daño. Vid. op. cit., pp. 196-204. Igualmente Y. VALDEOLIVAS, R. MORÓN, en "La seguridad en el trabajo: de la Ley de Accidentes de Trabajo a la vigente Ley de Prevención de Riesgos Laborales", AA.VV. : *Cien años de seguridad ...cit.*, pp. 679 y ss. ponen de manifiesto la nueva concepción de la prevención y su relación con la normativa reparadora en estos términos: "Así, a la norma laboral se asigna la función de prevenir la siniestralidad laboral y a la de seguridad social la de reparar las consecuencias de la actualización del daño causado por aquélla, pero ambas no se reducen ahora a una protección meramente pasiva del derecho, sino que se complementan con un intenso entramado de deberes de formación e información, consulta y participación, evaluación y planificación entre otros, que afectan a poderes públicos, empresarios y trabajadores, así como a la sociedad en su conjunto."

⁹⁰⁶ Ar./1115. Ponente: . Ar./178, Ponente: . Ar./833,

⁹⁰⁷ Para J.M. ORDEIG FOS el concepto de enfermedad profesional es autónomo, no subordinado al accidente de trabajo, aunque califica esta autonomía de "mixta, material y formal", en tanto que la enfermedad profesional en sentido material es una

Seguridad Social, texto normativo que conceptúa ambos riesgos en preceptos distintos. No obstante “el tratamiento legal de una y otra contingencia [accidente de trabajo y enfermedad profesional] es homogénea, constituyendo una expresión constante en la Ley la de *accidente laboral y enfermedad profesional*”

La visión unitaria de los riesgos profesionales y la mayor protección que reciben en el Ordenamiento jurídico es una constante histórica en los textos de Seguridad Social, si bien en el diseño de la primera Ley de Seguridad Social se quería partir del principio de consideración conjunta de contingencias con el que se pretendía borrar las diferencias protectoras entre riesgos comunes y profesionales, que constituye además un elemento común de las distintas legislaciones nacionales de los países de la UE⁹⁰⁸, aspecto, por otro lado criticable⁹⁰⁹.

enfermedad contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena, pero no lo es la que se produce con ocasión del trabajo como ocurre con el accidente. En un sentido formal, sólo es enfermedad profesional si está incluida legalmente en la lista oficial de enfermedades profesionales y ha sido producida por la actividad enumerada y por causa de las sustancias que se indican en la lista. En *El Sistema español de Seguridad Social, ?*, (Editorial Revista de Derecho Privado), 4ª edición, 19?, pp. 191-192.

⁹⁰⁸ La mayor protección social para las víctimas de un accidente laboral o de una enfermedad profesional se pone de manifiesto precisamente en relación con las prestaciones que cubren la contingencia de incapacidad para trabajar. Con carácter general esas diferencias se reflejan, como pone de manifiesto D. PIETERS, en prestaciones más sustanciosas económicamente, que compensan el simple daño en la salud, que continúan tras la jubilación y que pueden ser acumuladas con el salario de un trabajo remunerado. La única excepción en el ámbito de la Unión Europea es el caso de Holanda, que no distingue entre contingencias profesionales y comunes y concede las mismas prestaciones. 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. 189-204. Esa diferencia de tratamiento de los riesgos comunes y profesionales en nuestro Derecho interno y comparado es igualmente puesta de manifiesto por el profesor J. GARCÍA NINET con motivo del análisis del art. 128 del TRLGS que se integra dentro de la obra colectiva *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Granada, (Comares), 2000, pp.1196 y ss.: “Así, pese al en su día pretendido principio de la consideración conjunta de las contingencias y el de uniformidad de las prestaciones económicas, subsiste ampliamente desde 1992 las diferencias de trato en contra de la enfermedad común (aunque cada diferencia tenga su justificación e incluso parangón en el derecho internacional y comparado), y, después, del accidente común, frente al tratamiento de privilegio del accidente de trabajo y de la enfermedad profesional

Sin embargo y pese al origen común de ambos riesgos profesionales, la enfermedad profesional presenta ciertas peculiaridades⁹¹⁰ en este ámbito del Ordenamiento jurídico, que se justifican por las características propias de la enfermedad profesional: es lenta e insidiosa y presenta una causalidad única, cual es el trabajo que se desarrolla frente a la posible multicausalidad del accidente de trabajo. La evolución lenta y progresiva de la enfermedad que suele aparecer tras un período de realización de una determinada actividad profesional, listada en el cuadro de enfermedades profesionales determinan que su aparición y, por ende, su reparación de la misma sea normalmente tardía, es decir, cuando aparece esa patología el trabajador puede estar

[...] pues desde el inicio hasta el final nos encontramos aún con muchos de los lastres que en su día la LBSS de 28 de diciembre de 1963 pretendía erradicar, y con algunos otros de nuevo cuño."

⁹⁰⁹ B. GONZALO, L. LÓPEZ consideran que desde un punto de vista jurídico las diferencias y particularidades protectoras de los riesgos profesionales resultan discriminatorias, insolidarias y atentatorias al principio legal de conjunta consideración de contingencias. Y señalan ellos mismos que "desde un punto de vista práctico, la singularidad asegurativa de los riesgos profesionales es un artificio técnico que complica los procesos administrativos, multiplica el coste de la gestión y produce una inmensa litigiosidad". Vid. "Aspectos críticos de la protección de los riesgos profesionales en el sistema de Seguridad Social", en *Cien años...op. cit.*, pp. 151-152.

⁹¹⁰ J. VIDA SORIA al referirse al tratamiento diferenciado que dispensa nuestra Seguridad Social a las contingencias profesionales distingue las prestaciones "privilegiadas" y las prestaciones "peculiares", estas últimas "justificadas por la posibilidad racional de prevenir el accidente, o por la necesidad de tratamiento específico de la enfermedad profesional". Añade el autor que "en las enfermedades profesionales, tenidas por tales, los elementos singularizadores son quizás más acusados, en función de las posibilidades de previsión de prevención y de tratamiento; pero también de ámbito mucho más limitado". Sin embargo, las singularidades del accidente de trabajo se traducen básicamente en distintas prestaciones económicas. Las peculiaridades del régimen de protección de los accidentes de trabajo lleva al autor a considerar la existencia de un *subsistema de accidentes de trabajo* que junto a otros subsistemas configuran un gran Sistema de Protección Social: "[...] subsistemas, cada uno con un régimen propio, y lo que es quizás peor para algunos, con una dinámica de transformación propia que puede deslizarse hacia la avalancha privatizadora, o que puede obtener unos criterios de transformación en clave de lo público, justificada y plausible". Vid. "Las peculiaridades en la protección contra accidentes de trabajo en el sistema de la Seguridad Social", en AA.VV. : *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, (Muprespa), 2000, pp. 37-59.

en una situación de inactivo o de activo pero laborando en tareas ajenas al riesgo de enfermedad profesional⁹¹¹.

Dicho de otra manera la existencia de ciertas normas especiales aplicables únicamente a la enfermedad profesional respecto del accidente de trabajo en materia de prestaciones públicas de Seguridad Social, especialmente en cuanto a la situación de Incapacidad Temporal e Incapacidad Permanente, se justifica por las notas propias de la enfermedad profesional.

No obstante, el verdadero régimen particular de la enfermedad profesional lo constituye la Incapacidad Permanente y especialmente en cuanto a un tipo de enfermedad profesional muy conocida y tradicional como es la SILICOSIS, a la que dedicaremos un apartado específico. La detección de la enfermedad profesional con posterioridad al cese en el trabajo, tras haber desarrollado otras actividades exentas de riesgo de enfermedad, incluso cuando el trabajador ya ha accedido a la pensión de jubilación constituye la justificación de dichas peculiaridades, que no existen con respecto al accidente de trabajo.

2. LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN MATERIA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL

2.1. Introducción.

El art. 128 del TRLGSS de 1994 constituye el fundamento de la protección de la Incapacidad Temporal derivada de enfermedad profesional. El precepto no define la incapacidad sino que delimita las situaciones constitutivas de la misma.

Así el apartado correspondiente a la letra a) se refiere a la situación de Incapacidad Temporal, que puede tener su origen en una contingencia profesional (ya sea accidente de trabajo o enfermedad profesional) o común. No existe nota diferencial en cuanto a la

⁹¹¹ Sobre el Concepto de enfermedad profesional véase el capítulo correspondiente (Capítulo I de la Parte I). No obstante parece adecuado recordar aquí que la doctrina contemporánea y de principios de siglo coinciden en esas características de evolución lenta y progresiva, previsibilidad de la misma fundada en la causalidad única (enfermedad provocada por el trabajo) y de aparición generalmente tardía.

configuración de la Incapacidad Temporal producida por una enfermedad profesional distinta a la Incapacidad Temporal por accidente de trabajo, enfermedad común o accidente del mismo carácter⁹¹².

El mencionado precepto, en su apartado b) contempla una situación de Incapacidad Temporal aplicable únicamente a la enfermedad profesional como es el período de observación, que es desarrollada por el art. 133 (*Períodos de observación y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional*) del mismo cuerpo legal y que remite, a su vez, a las disposiciones reglamentarias aplicables específicas reguladoras de la protección de la enfermedad profesional como el traslado o la baja que se mantienen en vigor (REP arts. 45 y ss.)

El texto de la Ley General de Seguridad Social, del que arranca nuestro sistema de Seguridad Social vigente, de 1966⁹¹³, ya contemplaba la situación de incapacidad laboral transitoria constituida por los períodos de observación "y sus asimilados o equivalentes en caso de enfermedades profesionales" en el art. 126 b), desarrollado por el art. 131 ("Períodos de observación y sus asimilados o equivalentes y obligaciones especiales en enfermedades profesionales), que también

⁹¹² La doctrina tradicional entendía que en nuestra legislación de Seguridad social no se protegía tanto la incapacidad temporal como especialidad propia, cuanto a los distintos riesgos, comunes o profesionales, de los que aquella puede derivarse, aspecto criticable por generar "confusión innecesaria en la cobertura de una situación de características propias dando lugar lo que se ha venido a llamar una *protección desintegrada por riesgos*. Con esta expresión se referían a la fragmentación de la protección de incapacidad laboral por contingencias, que la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 pretendía suprimir, instaurando el principio de consideración conjunta de las contingencias. No obstante la idea de protección de la incapacidad temporal seguía siendo protegida de forma plural, a través de dos situaciones distintas (incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional, esta última suprimida en la legislación vigente) y "aunque se establece el principio indiferenciador de las contingencias determinantes, la pluralidad de éstas incide de tal forma en la regulación unitaria, que lleva a mantener la fragmentación de la protección en aspectos como los de la gestión, las bases de cotización y reguladoras y las cuantías de las prestaciones". Vid. *La reforma del sistema español de Seguridad Social*, Dirs. L.E. DE LA VILLA GIL, A. DESDENTADO BONETE, Madrid,(Fundación IESA), 2ª edición, 1985, pp. 107-108.

⁹¹³ Decreto 907/1966, de 21 de abril por el que se aprueba el Texto Articulado Primero de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE núms. 96 y 97, de 22 y 23 de abril de 1966).

aludía a las obligaciones específicas como el traslado, la baja o medidas análogas.

Junto a las disposiciones establecidas en el TRLGSS de 1994 deberán tenerse en cuenta las normas anteriores, reguladoras de la extinta prestación de Incapacidad Laboral Transitoria, en concreto ciertas disposiciones de la Orden de 13 de octubre de 1967, por 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, que permanecen en vigor⁹¹⁴ así como determinados preceptos 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 diciembre⁹¹⁵ (arts. 2 y 9 especialmente).

Asimismo las normas específicas reguladoras de la enfermedad profesional que desarrollaban el derogado Decreto de 1961 que establecía el cuadro de enfermedades profesionales, esto es, el Reglamento de Enfermedades Profesionales (Orden de 9 de mayo de 1962) y Ordenes Ministeriales por las que se aprueban las normas médicas reglamentarias por las que han de regirse los reconocimientos, diagnósticos y calificación de las enfermedades profesionales (de 12-1-1963 y 15-12-1965⁹¹⁶) deben ser tenidas en cuenta con carácter interpretativo. La vigencia de estas normas es dudosa en cuanto que el RD 1995/1978 de 12 de mayo por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social dispone la derogación de "el cuadro de enfermedades profesionales y listas de trabajo con riesgo de producirlas anexo al Decreto 792/1961, de 13 de abril, y disposiciones complementarias al mismo". La literalidad del precepto es clara. Aquellas disposiciones entrarían en el ámbito de la disposición derogatoria. Lo que ocurre es que, como vamos a tener ocasión de demostrar, la jurisprudencia aplica esas normas a falta de un desarrollo reglamentario del Real Decreto de 1978 y la doctrina, por su parte, parece que también las admite.

⁹¹⁴ BOE 4-11.

⁹¹⁵ BOE 30-12.

⁹¹⁶ Ordenes dictadas por el Ministerio de Trabajo publicadas en el BOE de 13 de marzo de 1963 y 17 de enero de 1966, respectivamente.

2.2. Situaciones de Incapacidad Temporal.

En virtud de lo dispuesto en el art. 128 del TRLGSS la Incapacidad Temporal derivada de enfermedad profesional puede ser subsumida en el apartado a) del precepto, situación de Incapacidad Temporal propiamente dicha, en la que el trabajador necesita de asistencia sanitaria y está impedido para trabajar, o bien en el apartado b), situación exclusiva de la enfermedad profesional conocida como *períodos de observación*, que goza de ciertas particularidades en cuanto a la duración y a la naturaleza no incapacitante del hecho causante de la prestación.

Efectivamente el art. 128 distingue dos supuestos de Incapacidad Temporal que tienen características o notas constitutivas distintas pero que, en definitiva, dan lugar a la misma prestación o subsidio económico de Incapacidad Temporal. Por tanto, sea cual sea la situación – incapacidad temporal pura o asimilada⁹¹⁷ – los efectos económicos son los mismos, la percepción de una prestación económica que se corresponde con el 75 por 100 de la base reguladora.

En última instancia la aplicación de un supuesto u otro de incapacidad temporal dependerá de la certeza del diagnóstico de la enfermedad profesional. Si el diagnóstico es efectivamente cierto y produce al trabajador una incapacidad para trabajar aunque no con carácter definitivo sino temporal, el hecho queda subsumido en el primer apartado del art. 128. Sin embargo, ante la duda acerca del diagnóstico de la enfermedad y, pese a que no existe una situación previa de incapacidad temporal, se coloca al trabajador en esa situación de observación o vigilancia médica, percibiendo así la prestación económica, con una finalidad preventiva, de estudio de la enfermedad, que desde una perspectiva médica puede constituir una enfermedad de origen profesional.

Veamos las notas o características de cada una de ellas en relación con la enfermedad profesional.

⁹¹⁷ La incapacidad puede ser real, si la incapacidad es pura e imposibilita al trabajador para trabajar, o asimilada, si la incapacidad temporal se corresponde con la situación de los períodos de observación de la enfermedad.

2.3. Incapacidad Temporal propia.

El art. 128 a) del TRLGSS delimita cuál es esta situación en los siguientes términos:

“Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación”.

Tres son los elementos que configuran esa situación de incapacidad temporal: 1) la existencia de un proceso patológico incapacitante, 2) la naturaleza temporal del proceso y 3) el sometimiento a un tratamiento de curación médica⁹¹⁸. Es necesario que concurran estas tres circunstancias para considerar al trabajador en situación de incapacidad temporal:

⁹¹⁸ Según L.E DE LA VILLA, A. DESDENTADO BONETE en *Manual de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2ª edición, 1979, “la normativa del régimen general define la incapacidad laboral transitoria (hoy IT) en base a dos elementos: la incapacidad para el trabajo y el carácter temporal de la situación protegida”, pp. 484-485. Por otro lado, J.I. GARCÍA NINET recuerda que no se define la Incapacidad Temporal por la Ley sino que se pasa directamente a enumerar las que se entiende tendrán la consideración de situaciones determinantes o causantes de la misma. Vid. “Situaciones protegidas: incapacidad temporal, incapacidad permanente y supervivencia. Régimen jurídico de las prestaciones y revisión de las incapacidades”, en AA.VV. : *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, (Muprespa), 2000, pp. 449-516. Para ALMANSA PASTOR la incapacidad temporal supone la existencia de una situación de necesidad que consiste en el defecto de ingresos por pérdida de la retribución salarial debida por la incapacidad laboral que impide trabajar, requiere asistencia sanitaria y tiene una duración transitoria fijada legalmente. Vid. *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 7ª edición, 1991, p. 412. ALARCÓN CARACUEL considera que la contingencia de IT se basa en tres elementos, a saber: 1) *impedimento para trabajar*, 2) *duración del mismo e intervención del sistema de la Seguridad Social en la remoción* y 3) *control de dicho impedimento*. En *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 4ª edición, 1991, p. 230.

•debe existir una *alteración de la salud de cierta entidad* que justifique la separación del puesto de trabajo y, en definitiva, la suspensión de la relación laboral (art. 45 del TRET), en la medida que impide el trabajo⁹¹⁹. La dolencia que padece el trabajador constatada médicamente determina la baja en el trabajo, al imposibilitar la continuación de la prestación de servicios⁹²⁰. La doctrina más autorizada considera que la alteración de la salud se identifica con la idea de

⁹¹⁹ Según el art. 128.1 a) del TRLGSS de 1994 (igualmente el art. 126 a) de la Ley General de Seguridad Social de 1974) se concibe la situación de incapacidad temporal mientras el trabajador "esté impedido para el trabajo". El art. 51 del REP de 1962, asimismo, aludía a la imposibilidad de continuar prestando servicios ("se considera Incapacidad temporal la provocada por toda afección recuperable que, IMPIDIENDO EL TRABAJO exija o no la asistencia sanitaria").

⁹²⁰ Efectivamente "la alteración de la salud supone o ha de suponer que el trabajador en activo ve alteradas sus condiciones físicas o psíquicas en grado tal que no puede ejercer con la mínima normalidad su trabajo, lo cual justifica la resolución médica de darle de baja para tratar así de recuperar su salud mediante el tratamiento médico correspondiente, al que habrá de someterse el trabajador, generalmente con prescripción de guardar cama o de permanecer en el propio domicilio o ingresado". Vid. J.I. GARCÍA NINET: "La Incapacidad Temporal. La Maternidad", en AA.W.: *Derecho de la Seguridad Social* (dir. L.E. DE LA VILLA GIL), Valencia, (Tirant lo Blanch), 1999, 2ª Edición, p. 373. Dicho de otro modo, "la alteración de la salud – física o psíquica – y su persistencia un determinado tiempo es la determinante del nacimiento, desarrollo y extinción del derecho a las prestaciones económicas. Pero no es suficiente cualquier tipo de alteración de la salud, sino aquella que, a juicio médico (que puede ser recurrido), revista tal gravedad que impida el trabajo, al menos temporalmente", según el profesor GARCÍA NINET en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...op. cit.*, p. 1201. En las páginas siguientes se analiza el problema de valorar el grado de intensidad requerido para declarar al trabajador de baja por incapacidad teniendo en cuenta que "hay todo un amplio conjunto de afecciones, a las que se enfrentan diariamente nuestros tribunales, en las cuales no es sencillo calibrar la intensidad con que la capacidad de trabajo se ve afectada." [...] Lo importante, es pues, que la alteración de la salud deje a uno impedido para el trabajo de modo temporal, y es aquí donde se encuentra el nudo gordiano, pues así como para dictaminar los grados de invalidez existen unos baremos y una larga elaboración jurisprudencial y doctrinal, a la hora de calificar la IT la elaboración es más deficiente y variable, si cabe, moviéndonos más en un terreno del caso a caso, en la afectación concreta de la salud para desarrollar el trabajo habitual que venía desarrollándose, a veces incluso por le mero dato de la imposibilidad de acceder desde el propio domicilio al lugar de trabajo, o incluso al concreto puesto de trabajo", *op. cit.*, pp. 1203-1204.

“contingencia genérica, en el sentido de que de ella pueden derivarse, si se dan ciertos requisitos o caracteres, modos específicos de protección que dan origen a otras contingencias. Precisamente esos caracteres son los que van a identificar a la incapacidad temporal, diferenciándola de otras contingencias y en consecuencia dándola identidad propia”⁹²¹.

Por tanto, la alteración de la salud debe tener cierta entidad, de modo que imposibilite para trabajar^{922 923}. Como señala L. J. DUEÑAS HERRERO “toda situación de incapacidad presenta en el sistema protector de seguridad social, un doble aspecto: de un lado, el déficit de salud del trabajador que repercute directamente en su aptitud para el trabajo y, de otro, la puesta en marcha de un instrumento o mecanismo jurídico que legitime o vincule a esa falta de capacidad laboral la concesión de una prestación económica sustitutoria de la renta del trabajo dejada de percibir por no poder desempeñarlo temporal o definitivamente”⁹²⁴.

La finalidad del subsidio económico no es otra que sustituir las rentas dejadas de percibir⁹²⁵ por la suspensión del contrato de trabajo a

⁹²¹ Vid. TORTUERO PLAZA, J.L.: “La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas”, *Tribuna Social*, nº 44/45, (monográfico), 1994, pp. 30 y ss.

⁹²² No es suficiente para declarar la incapacidad temporal, tal y como recoge en su trabajo el profesor J.L. TORTUERO PLAZA, que sea necesaria una futura intervención quirúrgica, o la asistencia puntual en momentos de crisis, la asistencia médico-farmacéutica compatible con el trabajo, el simple tratamiento farmacológico, la necesidad de observación, la mera revisión médica, etc., expresiones acuñadas por la jurisprudencia de las que da cuenta en la obra citada. Vid. “La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas... cit, p. 34. Igualmente M. ALVAREZ DE LA ROSA asegura que el riesgo cubierto en la incapacidad temporal no es la alteración de salud, que vendría cubierto por las prestaciones de asistencia médico-farmacéuticas sino “la corta incapacidad para el trabajo producida por una enfermedad. El riesgo es el defecto de renta causado por no atender con eficacia y continuidad el trabajo a causa de una enfermedad o accidente”, en “Incapacidad Temporal y maternidad”, *Tribuna Social*, nº 53, 1995, p. 7

⁹²³ Es necesario que simultáneamente a la alteración de la salud exista una incapacidad para el trabajo. Vid. entre otras las Sentencias del TSJ Andalucía, de 25 de marzo de 1991 (Ar./2269), TSJ de Castilla y León, de 18-1-1994, (Ar./265), de Galicia, de 12-3-1998, (Ar./330), TSJ de Murcia de 29 de diciembre de 1993 (Ar./5478).

⁹²⁴ En “La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal”, AA.VV. : *La incapacidad temporal*, Madrid, (Tecnos), 1996, pp. 207-237.

⁹²⁵ El objeto de la protección, según el profesor J.I. GARCÍA NINET, “es el de cubrir el vacío económico (*lucrum cesans*), total o parcial, producido al dejarse de remunerar

causa de una alteración de la salud que incapacita de forma temporal al trabajador⁹²⁶, siendo tributario el trabajador de asistencia sanitaria⁹²⁷ dirigida al restablecimiento de la salud y la consecuente reincorporación al trabajo⁹²⁸. La legislación española de este modo se ajusta al nivel

al trabajador a causa de haber dejado temporalmente de prestar su trabajo", si bien reconoce que las prestaciones económicas de IT tienden a cubrir parcialmente el defecto de ingresos producido por la baja, considerando en el derecho español y comparado conveniente y oportuno no cubrir el cien por cien de las pérdidas sufridas para desincentivar conductas fraudulentas. Vid. *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social...* op. cit., p. 1200. J. M. ORDEIG FOS define la ILT (hoy IT) como la situación de infortunio por la pérdida de ingresos laborales a consecuencia de la pérdida de aptitud para el trabajo. La contingencia protegida por nuestro Ordenamiento jurídico es siempre personal (se refiere a una situación de la persona, no a sus bienes), individual (afecta a un individuo concreto) y económica (disminución económica): en el supuesto de la prestación de Incapacidad temporal la situación protegida es sobrevenida, temporal, involuntaria que produce una pérdida de ingresos. En *El sistema español de Seguridad Social*,? (Editorial Revista de Derecho Privado), 4ª edición, 19?, pp. 172-173. Para otros autores la IT es la situación de necesidad producida por la pérdida del salario del trabajo al no poder desarrollar su actividad laboral. Vid. BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA, MOMPALER CARRASCO : *Curso de Seguridad Social*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1999. Con carácter general se puede definir la incapacidad temporal, según los autores, como "la situación de alteración de la salud del trabajador, cualquiera que fuese su causa, por la que reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y le impide temporalmente el desempeño de su trabajo durante los periodos máximos delimitados por la ley", en op. cit., p. 355.

⁹²⁶ Según DANNY PIETERS, "la incapacidad para trabajar normalmente es concebida como la pérdida de la habilidad para ganar dinero", respecto a todos los sistemas de seguridad social de los países de la Unión Europea. 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. 189-204.

⁹²⁷ Sobre la necesidad de que concurra junto al tratamiento médico prestado la incapacidad para ejecutar tareas propias de la profesión, véanse entre otras: SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, de 4 de noviembre de 1997 (Ar./3688), STSJ del País Vasco de 16 de mayo de 1994 (Ar./2289)

⁹²⁸ Se entiende que debe haber no solo un aumento de gastos dirigidos a la recuperación del estado de salud sino también un defecto de ingresos como consecuencia de la imposibilidad de obtener rentas durante la situación de incapacidad temporal, lo que supone que ciertos colectivos, con una incapacidad de trabajo no sean protegidos por no existir rentas que sustituir (menores, inválidos, jubilados, etc.), tal y como constata el profesor J.L. TORTUERO PLAZA en op. cit., pp. 34-35.

mínimo de Seguridad Social que la OIT en el Convenio número 102 establece en el art. 32 respecto a las contingencias cubiertas, que incluye en el apartado b) *la incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional*⁹²⁹.

Así las cosas la calificación de la enfermedad profesional como alteración de la salud que incapacita para desarrollar el trabajo constituye el presupuesto de la protección de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal. No existe una norma que delimite los supuestos de incapacidad derivada de enfermedad profesional. Es decir, que no hay un catálogo de cuadros clínicos que ayuden a establecer o determinar el diagnóstico de la enfermedad profesional. Por tanto, el facultativo deberá valorar si la alteración de la salud que aqueja al trabajador tiene la entidad suficiente para incapacitarle e imposibilitarle para trabajar.

Este vacío legislativo contrasta con la regulación existente en la década de los años 60, concretamente con el contenido de las normas reglamentarias de carácter médico por las que se han de regir los reconocimientos, diagnóstico y calificación de las enfermedades profesionales, esto es, las Ordenes del Ministerio de Trabajo de 12-1-1963 y 15-12-1965 ya citadas. Dichas disposiciones establecían los cuadros clínicos (con derecho a reparación por el Seguro), normas para el diagnóstico de la enfermedad y para la calificación de la enfermedad profesional⁹³⁰. Así, por ejemplo, para las enfermedades causadas por el

En palabras del TSJ de Cataluña, de 15 de junio de 1994 (Ar./2572) "La prestación por incapacidad laboral transitoria cabe configurarla como un subsidio destinado a compensar la pérdida de la renta salarial que deja de percibir el beneficiario que causa baja en el trabajo como consecuencia de la derivada suspensión del contrato de trabajo mientras se encuentra en dicha situación que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo" (FJ, 2º). Sobre el objeto de la prestación económica, que consiste en cubrir la falta de salario, vid. además STSJ Cataluña de 12-7-1993 (Ar./3557).

⁹²⁹ Convenio relativo a la norma mínima de la Seguridad Social que España ratifica el 17 de mayo de 1988 (BOE de 6 de octubre de 1988).

⁹³⁰ También establecían normas para el reconocimiento previo al ingreso en labores con riesgo profesional de enfermedades causadas por las sustancias descritas en el cuadro legal así como las normas para los reconocimientos periódicos.

plomo se establecían cinco cuadros clínicos, objeto de la protección⁹³¹, junto a unos criterios médicos que permitían calificar la intoxicación por plomo y sus derivados como situación de incapacidad temporal o período de observación⁹³². Ello suponía que el médico, que debía reconocer médicamente al paciente y constatar la existencia de una alteración de la salud incapacitante, podía recurrir a esas normas y asegurar la calificación de las consecuencias de la enfermedad profesional.

Todas las enfermedades profesionales incluidas en el cuadro legal gozaban de unas reglas médicas sobre diagnóstico y calificación⁹³³ que

⁹³¹ 1) manifestaciones clínicas precoces de intoxicación saturnina, 2) alteraciones hemáticas saturninas, 3) trastornos de la musculatura lisa y de los vasos sanguíneos, 4) afectación del sistema nervioso periférico, 5) afectación del sistema nervioso central.

⁹³² Así cuando se dieran las circunstancias descritas se definiría la situación de período de observación, a saber: a) cuando el buen juicio del médico lo considere oportuno, b) cuando en el reconocimiento médico de adaptación al trabajo que se realiza dos meses después del reconocimiento previo o en cualquier reconocimiento periódico presente alguna de estas manifestaciones: b') síntomas de presaturismo (somnolencia, anorexia, sensación de plenitud gástrica, cefalea, dolores en miembros), b'') cifra de hematíes inferior a cuatro millones por milímetro cúbico o superior a cinco millones por milímetro cúbico, b''') cifra de hematíes con granulación basófila superior a uno por dos campos, 500 por millón de hematíes o 20 por 100 leucocitos, b''''') cifra de coproporfirina III en orina superior a 1.000 gammas por litro. Por otro lado, cuando cualquiera de esas manifestaciones descritas vengan acompañadas de una sintomatología de cualquiera de los cuadros clínicos con derecho a reparación por el Seguro, se definirá la situación de incapacidad temporal.

⁹³³ La ORM1963 regula estos aspectos de las siguientes enfermedades profesionales: las enfermedades causadas por el plomo y sus derivados, enfermedades causadas por el cadmio y sus compuestos, enfermedades causadas por el manganeso y sus compuestos, enfermedades causadas por el berilio y sus compuestos, enfermedades causadas por el benceno y sus homólogos, enfermedades causadas por agentes animados (carbunco, tétanos, leptospirosis, brucelosis, tularemia, tuberculosis bovina, anquilostomiasis y anguillulosis, paludismo), silicosis, asbestosis, asma bronquial profesional, carcinomas y lesiones precancerosas de la piel, dermatosis profesionales. La ORM1965, por su parte, hace lo propio con respecto a las enfermedades causadas por el nistagmus de los mineros, enfermedades causadas por la catarata profesional, enfermedades causadas por los derivados sulfúricos y sulfurosos, enfermedades causadas por radiaciones ionizantes, enfermedades causadas por cannabis, enfermedades causadas por el aire comprimido, enfermedades causadas por los

facilitaban la tarea del facultativo. No obstante, conviene tener presente que si bien dichos criterios médicos se podrían utilizar con carácter orientativo, nunca de modo impositivo, pueden haber quedado desfasados por el paso del tiempo y la evolución de la ciencia médica. De ahí que en la práctica no sea muy habitual su aplicación, aunque existe algún fallo jurisprudencial que ha recurrido a esas normas para resolver un determinado asunto. V.gr.: Sentencia del TSJ de Cantabria de 12-4-1996⁹³⁴, que analiza un supuesto de asma de posible etiología u origen profesional y acude a esas normas para calificar la dolencia para concluir que la patología no es profesional porque ya se manifestaba con anterioridad a la exposición del trabajador a las sustancias generadoras del riesgo⁹³⁵:

CUARTO.-En efecto, las normas reglamentarias de carácter médico sobre reconocimiento, diagnóstico y calificación de las enfermedades profesionales aprobadas por Orden de 12 enero 1963 requieren, para el diagnóstico del asma profesional, una detenida anamnesis e investigaciones paraclínicas, de las que resultará dicha calificación cuando el trabajador no haya sufrido crisis asmáticas antes de realizar el trabajo supuestamente causante y cuando además la ausencia del mismo haga cesar las crisis o reducir su frecuencia, siendo necesario que dependan de

derivados halógenos de los hidrocarburos de la serie alifática, enfermedades causadas por el óxido de carbono, enfermedades causadas por el sulfuro de carbono, enfermedades causadas por los nitro y aminoderivados de los hidrocarburos aromáticos, enfermedades causadas por el arsénico y sus compuestos, enfermedades causadas por el cromo y sus compuestos, enfermedades causadas por los isocianatos (poliuretanos), enfermedades causadas por el vanadio y sus compuestos, enfermedades causadas por el fósforo y sus compuestos, enfermedades causadas por el ácido sulfhídrico, enfermedades causadas por los derivados fenoles y halógenos de los hidrocarburos aromáticos, enfermedades causadas por el mercurio, sus amalgamas y sus compuestos, enfermedades causadas por ésteres del ácido nítrico, enfermedades causadas por la sordera profesional, enfermedades causadas por el cloro, enfermedades causadas por el bromo, enfermedades causadas por vibraciones de los útiles de trabajo y la enfermedad denominada bagazosis.

⁹³⁴ Ar./2001. Ponente: F.J. SÁNCHEZ PEGO.

⁹³⁵ Efectivamente, "la dolencia, congénita o sobrevenida, puede ser anterior o posterior al momento de la incorporación del trabajador al sistema de la Seguridad Social", según reconoce el profesor J.I. GARCÍA NINET, quien señala que importa aquella que se manifiesta con posterioridad a la incorporación a la Seguridad Social. Vid. "Situaciones protegidas: incapacidad temporal, incapacidad permanente y supervivencia. Régimen jurídico de las prestaciones y revisión de las incapacidades", AA.VV.: *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, (Muprespa), 2000, pp. 449-516.

una sensibilidad adquirida a una determinada sustancia hallada en el ambiente laboral. No se cumplen en este caso los expresados requisitos porque, pese a la insuficiencia de que adolece el dictamen de la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades (y en el expediente administrativo en su conjunto, omitente de datos médicos y laborales indispensables para la calificación, que han debido ser suministrados al proceso), el informe del servicio especializado de alergología al que alude, aportado como prueba del propio demandante, menciona como factores desencadenantes de las crisis asmáticas que padece los ácaros del polvo doméstico, el de gramíneas y otros distintos de la colofonía que maneja en su trabajo y a la que es especialmente sensible; pero sobre todo, porque los informes más antiguos de dicho servicio médico y del de neumología del mismo hospital de la Seguridad Social, integrantes del historial clínico al que corresponde aquel otro informe y aportados con el recurso, como se dijo, suministran los datos de la anamnesis omitida en el expediente y, por ello en la sentencia recurrida, al relatar la aparición de la sintomatología asmática antes de haber trabajado el demandante con aquel producto alergénico, especificándose empeoramientos cíclicos estacionales y positividad al polen de gramíneas, ambientes pulvígenos y ácaros, habiendo precisado por ello tratamiento en varias ocasiones con vacunas desensibilizantes, betamiméticos inhalados y corticoides.

Así pues, no es afirmable que el asma bronquial diagnosticada haya sido «contraída a consecuencia del trabajo», como requiere para su carácter profesional el art. 85 del ya citado texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, puesto que su aparición primera es anterior al contacto con la sustancia utilizada en el trabajo. Viene acreditado al efecto agravatorio que ésta produce, ciertamente, pero no que constituya el origen de la dolencia, ya que consta provocada también y antes por otros elementos y no desaparece al cesar la exposición a dicho factor de riesgo laboral, según procede tener en cuenta a los efectos que se enjuician con arreglo a la norma reglamentaria mencionada.

Habrà de notarse especialmente, respecto a la aplicación e interpretación de dichas normas, que no son operantes en materia de enfermedad profesional las presunciones favorables del accidente de trabajo contenidas en el art. 84.2, f) y 3 de la repetida Ley General de la Seguridad Social (enfermedades comunes preexistentes que se agraven o se manifiesten con ocasión del trabajo), ya que no sólo carece de tal criterio extensivo el art. 85, sino que, según quedó transcrito, exige que la enfermedad profesional haya sido contraída precisamente en el trabajo, además de hallarse incluida en la relación o lista reglamentaria a la que hace referencia el precepto legal, de cuyas dos acotaciones normativas surge el carácter estricto del concepto de enfermedad profesional, a diferencia de lo que ocurre con el de accidente de trabajo.

- A mayor abundamiento dicha *alteración de la salud* que genera la enfermedad profesional debe incapacitar al trabajador de manera *temporal*, pues de lo contrario, daría lugar a una situación de INCAPACIDAD PERMANENTE⁹³⁶. El carácter temporal viene identificado con un período de tiempo limitado que fija la norma, en

⁹³⁶ Ello quiere decir que, si existe certeza del carácter definitivo y no temporal del cuadro patológico que presenta el trabajador, se debe acudir al oportuno expediente de invalidez permanente. Como pone de manifiesto el TS en Sentencia de 16-7-97 (Ar./6484), Ponente: M.A. CAMPOS ALONSOS, FJ 2º, el subsidio se extingue por alta médica con curación, pues de no haber curación por preverse una situación de incapacidad permanente habrá de formularse informe propuesta a la unidad de valoración médica de incapacidades: "Asimismo se extingue en los casos de propuesta de incapacidad parcial o de lesiones permanentes no invalidantes, en que no existe incapacidad para trabajar y el trabajador debe reincorporarse a su trabajo [...] desde el alta con propuesta de reconocimiento de dichas lesiones no es obligado abonar subsidio por ILT, porque el interesado pudo reintegrarse a su trabajo" "Si la incapacidad del trabajador va a tener carácter definitivo, debe pasar el mismo a la situación de invalidez permanente en el grado que se califique". Asimismo la STSJ de Andalucía/Málaga de 6 de febrero de 1998 (Ar./975). Ponente: A. NAVAS GALISTEO: "[...] ahora bien, las razones determinantes de que proceda o no mantener la situación de incapacidad temporal, aparte la salvedad condicionada del transcurso del plazo máximo legal de duración, radican en que se trata de una situación provisional o transitoria o temporal, por propia definición, en el sentido de que se considera posible la mejoría o la curación, por eso concluye cuando el cuadro de enfermedades o secuelas tiene ya el carácter de definitivo irreversible, de acuerdo con el artículo 134.1 de la misma Ley General de la Seguridad social, es decir, cuando el cuadro patológico es definitivo e irreversible, sin que exista posibilidad razonable y objetiva de mejoría o recuperación mediante el adecuado tratamiento médico y rehabilitador, al haberse agotado ya todos los medios hasta llegar a un juicio o conclusión clínica final, aunque las afecciones o limitaciones que queden sean incapacitantes para el trabajo, ya que en este caso lo correcto no es mantener la situación de incapacidad temporal, sino acudir o promover el oportuno expediente de invalidez permanente." Asimismo véanse las Sentencias del TSJ de Andalucía de 23 de abril de 1991 (Ar./2715), del TSJ de Castilla-La Mancha de 12 de marzo de 1992 (Ar./1548), entre otras. Asimismo, el elemento de la temporalidad de la incapacidad que define la IT se pone de manifiesto por los profesores L.E. DE LA VILLA, A. DESDENTADO BONETE, en *Manual de Seguridad...cit.*, p. 485, en los siguientes términos: "la situación de incapacidad laboral transitoria sólo debe subsistir mientras que a la repercusión invalidante se una la necesidad de asistencia sanitaria para la curación de los efectos de la lesión, lo que implica que la proyección de ésta no puede calificarse todavía como permanente. En otro caso (persistencia del efecto invalidante e insuficiencia manifiesta de la asistencia sanitaria para superarlo) debe producirse la propuesta de declaración de invalidez permanente."

concreto, dieciocho meses (doce meses iniciales prorrogables por otros seis más), salvo que transcurridos esos meses sea necesario prolongar la baja por entender que puede recuperar su capacidad profesional, según lo dispone el art. 131 bis, 3º TRLGSS⁹³⁷.

Durante ese límite temporal se espera que el trabajador pueda ser dado de alta médica por curación - "cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación", según reza el art. 128.1 a) del TRLGSS, expresión ya utilizada en el Texto de la Ley General de Seguridad Social de 1974, en su art. 126.1 a)- y pueda reincorporarse al trabajo. Esto es, debe tratarse de una *afección recuperable*, en términos utilizados por el REP u Orden de 9 de mayo de 1962, art. 51:

"Se considera incapacidad temporal la provocada por *toda afección recuperable* que, impidiendo el trabajo, exija o no la asistencia sanitaria"⁹³⁸.

⁹³⁷ En cualquier caso el período de incapacidad temporal no puede superar los treinta meses, por lo que tras los dieciocho meses previstos como duración de la IT, el trabajador tan sólo puede estar en esa situación provisional durante doce meses más. Durante este período el trabajador continuará percibiendo tratamiento médico aunque no subsiste la obligación de cotizar. En cuanto a la duración de la prestación se puede hablar de cuatro tramos -tal y como expone el profesor GARCIA NINET, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley General...cit.*, p. 1209- un primer tramo de doce meses, un segundo tramo de seis meses de prórroga si se presume que durante este tramo puede el trabajador ser dado de alta médica por curación, un tercer plazo de tres meses como máximo que no es preciso agotar para examinar el estado del incapacitado a efectos de su calificación como inválido permanente y un cuarto tramo temporal en el que se demora la calificación de invalidez permanente si el estado del paciente lo aconseja, sin poder superar los treinta meses siguientes a la fecha de inicio de la IT.

⁹³⁸ La posibilidad de recuperación constituye uno de los elementos determinantes para PÉREZ BOTIJA, quien al referirse al concepto legal de accidente indemnizable, entendía que este debe encuadrarse en dos subconceptos jurídicos: el de incapacidad y el de deformidad. En cuanto al primero si la incapacidad dura determinado tiempo, volviendo a recobrase la aptitud laboral anterior, constituye incapacidad temporal, con un máximo de dieciocho meses. En *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, (Tecnos), 6ª edición, 1960, pp. 262-264.

Dentro del período temporal que señala la Ley se incluyen las recaídas⁹³⁹ que pueden incidir en la duración de la prestación económica así como los períodos de observación.

- Por otro lado resulta determinante de la situación de Incapacidad Temporal que el trabajador impedido para trabajar requiera de la *asistencia sanitaria* para su curación^{940 941}.

⁹³⁹ Véase infra epígrafe sobre imputación de responsabilidad por recaída de la enfermedad.

⁹⁴⁰ J.L. TORTUERO PLAZA considera que "la asistencia sanitaria no sólo actuará como requisito necesario para la protección y como prestación en especie sino como elemento vinculado a la temporalidad de dicha protección, siendo hasta cierto punto su medida, al vincularla a la finalización del proceso patológico ya sea por curación, ya sea porque las lesiones tengan carácter definitivo". Se trata de un elemento de control de la contingencia de incapacidad temporal, según el profesor, tanto en su momento original como en la evolución de la dolencia. Op. cit., p. 36. Para L.E DE LA VILLA, A. DESDENTADO BONETE, la exigencia de este requisito no sólo constituye una medida de control sino también es un presupuesto objetivo de la situación protegida que resalta su carácter temporal, al conectarse funcionalmente con la curación de la lesión.

⁹⁴¹ Respecto a que el trabajador este impedido para trabajar, ya sea por accidente o enfermedad, según J. VIDA SORIA "puede no siempre ser cuestión fáctica simple, sino que casi siempre requerirá un dictamen médico. La decisión de la Entidad Gestora de Seguridad Social, a efectos de derecho de prestaciones, puede ser un dato importante, pero no debería ser ineludible, ni necesario a los efectos suspensivos". No obstante, a efectos de prestaciones de Seguridad Social es elemento necesario que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social de modo que "si ello no se da, no se verifica el supuesto de hecho protegido". Esta dualidad permite al autor preguntarse por la interferencia o independencia de la normativa de Seguridad social con la laboral, que resuelve considerando la interrelación entre ambos Ordenamientos en cuanto al hecho suspensivo del contrato que da derecho a percibir una prestación económica de Seguridad Social, aunque considera exagerado exigir esa asistencia sanitaria para suspender el contrato de trabajo. Advierte el autor que la situación suspensiva nace desde el momento en que se produce la incapacidad, siempre que se haya solicitado la baja tempestivamente y se halla comunicado al empleador, teniendo en cuenta para ello que los documentos oficiales del Sistema Sanitario o partes de baja son ineludibles: "[...] a través de los partes de baja y alta de la Seguridad Social se probará no sólo el hecho de estar incapacitado para trabajar, sino también la involuntariedad del caso, su temporalidad, y el hecho de estar recibiendo prestación sanitaria por la Seguridad Social". vid. op. cit., p. 19.

El requisito de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social constituye un elemento de control de los procesos de incapacidad, de ahí que la doctrina considera acertado el presupuesto⁹⁴².

Tanto en el texto de la Ley General de Seguridad Social de 1974 como en la de 1994 se exige que el trabajador reciba asistencia sanitaria durante la situación de incapacidad temporal (cfr. art. 126, 128)⁹⁴³. Sin embargo el REP paradójicamente reconocía la posibilidad de no recibir aquella asistencia, en su art. 51

“se considera incapacidad temporal la provocada por toda afección recuperable que, impidiendo el trabajo, *exija o no la asistencia sanitaria*”

No obstante, condicionaba la duración de la incapacidad temporal a que el trabajador recibiera tratamiento médico de forma continua o alternativa, según establecía el artículo 52. Ello supone que la asistencia sanitaria no era, según esta disposición reglamentaria, condición imprescindible, pero sí el tratamiento médico aplicable para la curación del paciente, con independencia de la forma de prestar dicho

⁹⁴² Para ALMANSA PASTOR se justifica este requisito por cuanto que el nacimiento de la protección se vincula no a una solicitud del beneficiario sino a una documentación emanada del facultativo médico que asiste a aquél, documentación que sustituye a la solicitud al reconocimiento del derecho y que consiste en un *parte médico de baja*. Vid. *Derecho de la Seguridad Social...* op. cit., p. 416. Por otro lado, ALARCÓN CARACUEL estima que este requisito de recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social no excluye la posibilidad de asistencia externa concomitante o sustitutiva de aquella siempre que el parte de baja laboral quede bajo control de la propia Seguridad Social. Vid. *Compendio de Seguridad Social...cit.*, p. 230. La necesidad de que el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social supone, según pone de manifiesto R. ESTEBAN LEGARRETA, que “este servicio es el que expide la certificación o comunicación de incapacidad necesaria a los efectos de la acreditación de la situación (art. 2.2 RD 575/1997), documento que deberá librarse al empresario en el plazo de los tres días posteriores a su expedición”. Vid. *Contrato de trabajo y discapacidad*, Madrid, (Ibidem), 1999, 1ª edición, p. 384.

⁹⁴³ “[...] porque los elementos esenciales que configuran la situación de ILT son la imposibilidad de trabajar y la *necesidad de asistencia médica*, siendo indiferente la dolencia que la motiva [...]”, según la Sentencia del TSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de octubre de 1994 (Ar./3954). Ponente: A. DORESTE ARMAS. También, entre otras, la STSJ de Murcia de 29-12-1993 (Ar./5478). Ponente: R.A. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ.

tratamiento (ya fuera alternativa o continua). Se interpreta que tratamiento médico es algo más amplio que asistencia sanitaria⁹⁴⁴.

Ciertamente esa asistencia debe ser prestada por los servicios sanitarios de la Seguridad Social (art. 128 TRLGSS 1994, art. 126 LGSS de 1974, art. 9 de la Orden de 13-10-1967)⁹⁴⁵, requisito admitido por la doctrina⁹⁴⁶ y la jurisprudencia⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ Sin embargo la necesidad de recibir asistencia sanitaria durante la situación de Incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional es un requisito que reconoce el art. 1 a) de la Orden de 13 de octubre de 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, y que se mantiene en vigor en algunos aspectos: Art. 1. Concepto: Tendrán la consideración de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) Los de enfermedad común o *profesional* y accidente, sea o no de trabajo, *mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social* y esté impedido para el trabajo [...]”

⁹⁴⁵ El Reglamento de Accidentes de Trabajo también exigía ese elemento de la asistencia sanitaria. Art. 35: “Se considerará incapacidad temporal toda lesión que impidiendo el trabajo *exija la asistencia sanitaria*”. El REP precisaba que la incapacidad temporal derivada de la enfermedad profesional sería a cargo de la entidad aseguradora de accidentes de trabajo o empresa autorizada, a excepción de la asistencia médica necesaria tras el término de dieciocho meses de incapacidad temporal que la asumía el Fondo Compensador, modificando así la norma que contenía el art. 19 del Reglamento de la Ley de Accidentes de trabajo, relativo a la prestación de asistencia sanitaria. Art. 19 (RAT): “La obligación más inmediata del Seguro en caso de accidentes de trabajo es la de proporcionar, sin demora alguna, la asistencia sanitaria, que se prestará al trabajador de la manera más completa, tanto en su aspecto médico como quirúrgico, durante el tiempo que su estado patológico lo requiera. Ello no obstante, transcurridos los dieciocho meses, incluidas las recaídas, desde el día del accidente, se procederá constituir en la Caja Nacional la renta correspondiente a la incapacidad permanente que se declare, sin perjuicio del derecho que asiste a quien hubiere ingresado su coste, así como a la Caja y al accidentado, de solicitar la revisión una vez terminado el tratamiento, para lo que empezará a contarse desde la fecha de dicha terminación el plazo revisorio, que será, en este caso, de cinco años”. Para J.A. AVILÉS esta modificación del art. 19 no tenía justificación, “pues existiendo, como existe, una entidad aseguradora que a la vez cuenta con servicios médicos idóneos para el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades profesionales, ella debe de ser la encargada no sólo de prestar la asistencia médica precisa, sino la indemnización económica correspondiente, que son los efectos propios y normales de cualquier contrato de seguro de esta índole. Por otro lado, el dejar la asistencia médica en manos de las compañías aseguradoras o empresas autorizadas, que pueden no contar siempre con especialistas, residencias

2.4. Incapacidad Temporal impropia: períodos de observación.

2.4.1. Concepto.

El art. 128 b) del TRLGSS define los períodos de observación por

sanatoriales y material clínico, puede originar graves perjuicios para los enfermos." En *La enfermedad y el trabajo. Especial estudio de la silicosis*, p. 54.

⁹⁴⁶ L.E. DE LA VILLA GIL, DESDENTADO BONETE, A. - en *Manual de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 1979, 2ª edición, p. 481 - consideran que la implantación del sistema de control médico pretende evitar los fraudes y problemas como el absentismo injustificado y además constituye el presupuesto objetivo de la situación protegida. Para M.R. ALARCÓN CARACUEL, S. GONZÁLEZ ORTEGA la importancia de la intervención del sistema sanitario de la Seguridad Social para controlar la adecuada baja laboral no impide que pueda haber una asistencia sanitaria externa, privada, siempre que quede bajo control de la propia Seguridad Social. Vid. *Compendio de Seguridad Social*, ..., pp. 230-231. Por su parte J.I. GARCÍA NINET entiende que la situación de incapacidad temporal se mantiene desde y mientras se reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social o Servicio de la Salud de la Comunidad Autónoma o servicios médicos de la MATEPSS en los que la causa de la baja médica sea debida a contingencia profesional o de las empresas autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión de las prestaciones de Asistencia Sanitaria e IT por causas profesionales o comunes. Vid., op. cit., p. 451.

⁹⁴⁷ Vide especialmente el supuesto que se plantea en la Sentencia del TSJ del País Vasco de 13 de julio de 1999 (Ar./2479), que se deniega el derecho a la prestación de incapacidad temporal al no recibir la asistencia sanitaria por los servicios sanitarios de la Seguridad Social sino por servicios de salud privados, pese a que existía conocimiento de la situación por el facultativo de la Sanidad Pública, que extendía los partes de baja y confirmación semanal, con base en los siguientes argumentos: "cabría la prestación de asistencia en centro privado, mas siempre y cuando los facultativos de la Seguridad Social efectúen un control del estado del enfermo, pues ha de ser, en todo caso, la Sanidad Pública la que ha de prescribir la incapacidad temporal para el trabajador, y a ello responde la emisión del parte de baja por los servicios médicos oficiales. [...] Indiscutido, por tanto, que la asistencia sanitaria fue prestada por la medicina privada y no probada la existencia de un seguimiento por parte de Osakidetza, resulta palmario que no se cumple uno de los requisitos cuya concurrencia es exigida legalmente para el reconocimiento de la incapacidad temporal "[...] mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social", que tiene su razón de ser en la necesidad de evitar el fraude en el ámbito de estas prestaciones. [...] que los partes de baja tienen un valor meramente probatorio y no carácter constitutivo, tesis que parece mantener la recurrente, para quien basta la sola emisión de los partes de baja para que proceda reconocer la incapacidad temporal, lo cual no es de recibo porque, como ya se ha reiterado, se presume su validez mientras no se demuestre lo contrario [...]".

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 1967⁹⁴⁸ 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 art. 44 del REP⁹⁴⁹ 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 período podrá ampliarse hasta un año por el Tribunal Médico Central de Enfermedades Profesionales⁹⁵⁰ cuando éste lo estime necesario para la mayor seguridad de su diagnóstico”.

⁹⁴⁸ 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 4-11)

⁹⁴⁹ Este precepto desarrolla el art. 24 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), 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 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, nº 1, 1963.

⁹⁵⁰ Dicho Tribunal estaba previsto en la legislación de Accidentes de Trabajo (art. 36 del Reglamento de Accidentes de Trabajo) 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 caso 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

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, meticuloso 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

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 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 ILT 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 14-6)-, 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 (DT Primera del Decreto 2183/1968, 16-8).

médico de certeza de su existencia⁹⁵¹. Durante este tiempo el trabajador puede estar real o ficticiamente en situación de incapacidad temporal, es decir, puede que no exista incapacidad para el trabajo⁹⁵². Pero la existencia de una duda razonable sobre el origen profesional 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^{953 954}.

⁹⁵¹ 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.

⁹⁵² 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 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...* op. cit., p.485.

⁹⁵³ 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, en op. cit., 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.

⁹⁵⁴ 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 supuestos 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*, nº 14, 1982, pp. 168-169

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”⁹⁵⁵.

ALVAREZ DE LA ROSA define la situación de los períodos de observación en los que se prescriba 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”⁹⁵⁶.

2.4.1.1. 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 art. 45 del Reglamento de Enfermedades Profesionales (REP) al que remite el art. 133 del TRLGSS de 1994, cuando alude a medidas específicas contempladas en disposiciones reglamentarias como el traslado o la baja del trabajador (véase sobre el particular el Capítulo II dedicado a la prevención de la enfermedad profesional). Y es que constituye una

⁹⁵⁵ En “La incapacidad Temporal”, AA.VV. *La incapacidad temporal*, (Coord. A. OJEDA AVILÉS), Madrid, (Tecnos), 1996, pp. 136-137.

⁹⁵⁶ Vid. “Incapacidad Temporal y maternidad”, *Tribuna Social*, nº 53, 1995, p. 8.

situación distinta del período de observación el traslado de puesto de trabajo⁹⁵⁷, aplicable cuando se detectan síntomas de la enfermedad profesional⁹⁵⁸ aunque no incapacitantes, medida contemplada en aras a la prevención de la salud del trabajador⁹⁵⁹ en el apartado 1º del art. 45 del REP:

⁹⁵⁷ 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: 4. *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.*, p. 202, 204.

⁹⁵⁸ 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...cit.*, p. 416.

⁹⁵⁹ 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

"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 trabajo 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 definitivo⁹⁶⁰. 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 aquella se pretende evitar que progrese⁹⁶¹.

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

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.

⁹⁶⁰ L.J. DUEÑAS HERRERO distingue entre las situaciones de incapacidad propiamente dichas debidas a enfermedad profesional reconducibles al apartado a) del art. 128 y la situación de IT 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.

⁹⁶¹ Vid. J. I., GARCÍA NINET "La Incapacidad Temporal"... cit, p. 27.

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 minusvalía⁹⁶². 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 típica⁹⁶³.

⁹⁶² BOE 26-1. Con arreglo al art. 4 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.

⁹⁶³ 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 aquellas. Cada uno de esos criterios

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 ILT (hoy IT) "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"⁹⁶⁴.

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 profesional⁹⁶⁵. 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 trabajo⁹⁶⁶.

(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, pgs. 17-21.

⁹⁶⁴ AA.VV.: *Manual de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid, (Mapfre), 1978, p. 125).

⁹⁶⁵ 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.

⁹⁶⁶ 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

Sin embargo, para aplicar el art. 133.1 del TRLGSS relativo al período de observación debe haber una duda razonable, médicamente hablando, de la existencia de la enfermedad profesional⁹⁶⁷. 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 síntomas 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 Reglamento de Enfermedades Profesionales 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 art. 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.

peligrosos y determinantes de la enfermedad profesional que se va constatando". Vid. *El sistema español...* op. cit., 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), p. 186.

⁹⁶⁷ 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*, nº 53, 1995, p. 20.

De igual forma las citadas normas, establecidas por sendas Ordenes Ministeriales de 12-1-1963 y 15-12-1965, fijan criterios médicos para pasar de una situación a otra. Por ejemplo, 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 RD 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 periodo 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 art. 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”⁹⁶⁸.

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 médico⁹⁶⁹) y ésta en la presencia de síntomas de la enfermedad profesional no incapacitantes que serán frenados por esa medida de apartamiento del puesto de trabajo⁹⁷⁰.

En definitiva, al finalizar la duración prevista por el legislador para proceder al estudio de la enfermedad (doce meses en total: seis meses

⁹⁶⁸ Según AVILES CABALLERO, es criticable que la entidad que cubra el riesgo de IT 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 éstas que nos parecen ilógicas, puesto que existiendo un Seguro de Enfermedades Profesionales de la importancia del que tenemos, él debe asumir directamente 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 tiene 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 rayos X y de más 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, nº 73, enero-marzo, 1967, pp. 43-44.

⁹⁶⁹ 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.

⁹⁷⁰ 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*, Madrid, (Civitas), edición, 2000, p. 186.

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 IT el período de observación), en situación de INCAPACIDAD PERMANENTE (en cualquiera de los grados), será dado de ALTA MÉDICA por curación⁹⁷¹ o incluso se procederá al TRASLADO del trabajador a un puesto de trabajo exento de riesgo, al diagnosticarse síntomas de la enfermedad profesional⁹⁷².

2.4.1.2. 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

⁹⁷¹ Para L.J. DUEÑAS HERRERO es posible pasar de una situación de observación por enfermedad profesional a una situación de IT propia o normal, pero jamás puede existir período de observación tras haber iniciado un proceso de incapacidad temporal del art. 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.

⁹⁷² El apartado tercero del art. 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 art. 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, nº 1, 1963.

de situar al trabajador en situación de baja en la empresa⁹⁷³. 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 Temporal⁹⁷⁴, dada la naturaleza de dicha prestación de sustitución de rentas de trabajo⁹⁷⁵.

El REP, en el art. 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

⁹⁷³ 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. Op. cit., pp. 1264 y ss dedicadas al análisis del art. 133 de la Ley General de Seguridad Social, (p. 1265, especialmente).

⁹⁷⁴ 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.

⁹⁷⁵ 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.*

prestaciones sanitarias precisas, así como el abono del 75 por 100 del salario si el presunto enfermo hubiera causado baja en el trabajo⁹⁷⁶.

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 art. 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 abril⁹⁷⁷, 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"⁹⁷⁸. Sin embargo el art. 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 art. 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

⁹⁷⁶ El Reglamento de 1949 (OMT 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 silico-tuberculosis. 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

⁹⁷⁷ 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).

⁹⁷⁸ El precepto añadía que "De igual modo podrán asimilarse o equipararse al período de observación otras situaciones análogas".

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 art. 44 REP. Las ORM1963 y ORM1965 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" (ORM1965). 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 circunstancias⁹⁷⁹.

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 art. 133.1 del TRLGSS que define lo que se entiende por período de observación no contempla tal posibilidad. Es más, el art. 15 de la Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social⁹⁸⁰, modificada por el TRLGSS de 1994 así como por la Orden de 19 de junio de 1997⁹⁸¹, considera el período de observación como

⁹⁷⁹ 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 hematíes o prolongación del tiempo de hemorragia a más de seis minutos.

⁹⁸⁰ BOE 4-11.

⁹⁸¹ Por la que se desarrolla el RD 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 arts. 17 y 20 apartados 3, 4, 5 de la Orden de 1967. Conviene recordar que este RD fue posteriormente modificado por un RD 1117/1998, de 5 de junio (BOE de 18 de

"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 art. 116 del TRLGSS de 1994 (antiguo art. 85 de la 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 la enfermedad profesional 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:

"Art. 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*"⁹⁸².

Sin embargo el art. 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

junio) y que una Orden Ministerial de 18 de septiembre de 1998, modifica la Orden de 19 de junio de 1997 (BOE 25-9).

⁹⁸² 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), 6ª edición, 1989, p. 249.

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 art. 116 del TRLGSS vigente⁹⁸³.

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 art. 128.1 a) del TRLGSS de 1994. La asimilación de esos períodos a la IT encuentra su justificación en el carácter “terapéutico de la medida” y no en la incapacidad que genera esa situación^{984 985}.

⁹⁸³ 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”.

⁹⁸⁴ 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, aún 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 proteja no sólo las situaciones reales de incapacidad sino también la incapacidad potencial). Vid. “La incapacidad laboral transitoria...cit., pp. 39-40, 46. Algún autor ya había criticado esta medida de prevención al analizar el art. 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 éstas 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

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 ordenada 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 (sobre el traslado como medida preventiva véase el capítulo anterior dedicado a la

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 de más 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, (Richard Grandío), 1969, pp. 66-67.

⁹⁸⁵ 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*, 1ª edición, 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. 1266. BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J., 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, 6ª edición, p. 357.

prevención de la enfermedad profesional), medida prevista en el art. 48 del Reglamento de Enfermedades Profesionales.

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 60 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 esta 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 4-10-1983⁹⁸⁶, 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 OM 9-5-1962) y por tanto equivale a la extinción del contrato, pese a que no se enumera en el listado del art. 49 del TRET, que tiene un carácter enunciativo: y señala las diferencias entre esta situación de baja en la empresa prevista en los arts. 43 y 48 del REP y la situación de IT del siguiente modo:

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

⁹⁸⁶ Ar./8116.

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 TCT⁹⁸⁷ los subsidios que reconoce el art. 48 del REP tienen como finalidad:

"la de indemnizar concretos perjuicios derivados de la situación c) del art. 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 art. 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 art. 45.1 cuando el trabajador accede directamente a la situación b) del art. 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), cuando y mientras el procedente 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,*

⁹⁸⁷ En Sentencia de 22-11-1983, Ar.9973.

siendo ambos así claramente contradictorios cuando se refieren al mismo contexto [...]”⁹⁸⁸

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 IP 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 1994⁹⁸⁹.

⁹⁸⁸ En el mismo sentido la STCT 30-11-1983 (Ar./10218). Ambas sentencias añaden que esa incompatibilidad de prestaciones deriva de lo dispuesto en el art. 61 del Reglamento (REP, aprobado por O. 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 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).

⁹⁸⁹ 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 si 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.

De esta suerte en relación con el derecho a percibir las prestaciones previstas exclusivamente en el REP⁹⁹⁰, el TCT tuvo ocasión de pronunciarse en Sentencia de 10-10-1983⁹⁹¹. El Tribunal admite la aplicación del precepto reglamentario a todas las enfermedades profesionales, por aplicación del art. 4 del CC, por analogía, y no sólo frente a la silicosis como pretendía en INEM⁹⁹², 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 art. 48 del REP se desprendía que dicha prestación por la falta de trabajo "no está sometida a

⁹⁹⁰ El art. 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".

⁹⁹¹ Ar./8340. Ponente:

⁹⁹² 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), entendiéndose 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 18 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.

porcentaje ni base reguladora en la forma clásica, sino que se trata del 100 por 100 del salario íntegro"⁹⁹³.

2.4.2. 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 seis⁹⁹⁴. 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 art. 44 del REP correspondía a los Tribunales Médicos de las Comisiones Técnicas Calificadoras valorar médicamente si convenía ampliar el período de observación⁹⁹⁵. Esos

⁹⁹³ Sobre la aplicación de lo dispuesto en el art. 48 del REP véanse igualmente: STCT 19-10-1982 (5533), 30-11-1983 (10218),

⁹⁹⁴ En virtud de lo dispuesto, no sólo en los preceptos recogidos en el TRLGSS [arts. 128 b) y 133], sino también en el art. 15.2 de la OM de 13-10-1967 y art. 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 30-12). Un supuesto jurisprudencial sobre la aplicación de estos preceptos es el que resuelve el TSJ 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 OM 13 octubre 1967, ni en el art. 9 del Decreto 23 diciembre 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 art. 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".

⁹⁹⁵ De acuerdo con el art. 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

Tribunales Médicos fueron sustituidos por las Unidades de Valoración Médica del INSALUD, asumiendo el INSS la competencia para resolver sobre la prórroga del período de observación médica en enfermedades profesionales [RD 2609/1982, 24-9, 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 art. 1 c) reconoce igualmente como competencia del INSS la resolución sobre la prórroga y el derecho al subsidio].

En cuanto a las UVAMI, el RD 1300/1995 citado establece en su Disposición Adicional Tercera su supresión y adscripción del personal a

Comisión Técnica Calificadora. El art. 24 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] 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 RD Ley 36/1978, de 16 de noviembre (BOE nº 276, 18-11) 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 art. 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 2609/82, de 24 de septiembre y sustituidas por las C. E. I. (encuadradas en el INSS) y por las U. M. V. I. (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) III.-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 art. 120 de la LPL de 1980 [Texto Refundido que aprueba el RD Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, BOE 30-7], 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.

la correspondiente Dirección Provincial del INSS, donde se constituirá un Equipo de Valoración de Incapacidades⁹⁹⁶. 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. 3º del RD 1300/1995, que viene a desarrollar el art. 1 c) del mismo)⁹⁹⁷.

La Orden de 18 de enero de 1996⁹⁹⁸, que desarrolla el RD 1300/1995 referenciado, establece el procedimiento a seguir para la

⁹⁹⁶ 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 la CCAA), ejerciendo todas sus competencias, conforme a las normas de funcionamiento aplicables con anterioridad a la entrada en vigor del RD.

⁹⁹⁷ Según el RD 2609/1982, de 24 de septiembre sobre evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social (BOE 19-11-1982), arts. 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 RD 1300/1995, de 21 de julio, cuya Disposición Derogatoria alcanza expresamente a los arts. 2, 3.1, 5.2, 6, 9.2. La Disposición Adicional Segunda de la OM de 18 de enero de 1996, que desarrolla el Real Decreto mencionado, atribuye a los equipos de valoración de incapacidades 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 Institutos Nacionales de la Seguridad Social y de Servicios Sociales para la evaluación y declaración de las situaciones de invalidez. Por otro lado, conviene tener presente que el art. 3.3 del RD 2609/1982, de 24 de septiembre citado, que no ha sido derogado expresamente por el RD 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 RD 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 art. 3.3 del RD 2609/1982.

⁹⁹⁸ BOE de 26-1. Esta Orden deroga expresamente la Orden de 23 de noviembre de 1982 (BOE 25-11) por la que se regula el procedimiento aplicable a la actuación de los Institutos Nacionales de la Seguridad social y de Servicios Sociales para la evaluación y declaración de las situaciones de invalidez.

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 observación⁹⁹⁹, 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 misma¹⁰⁰⁰.

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 1ª del Capítulo II de la OMTAS 18-1-1996 por remisión expresa de la Disposición Adicional 2ª¹⁰⁰¹- la solicitud de

⁹⁹⁹ 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 2ª 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.

¹⁰⁰⁰ 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 3º 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".

¹⁰⁰¹ No obstante en la legislación anterior, reguladora de las Comisiones Técnicas Calificadoras, ya desaparecidas, únicamente estaban legitimados para iniciar la actuación la correspondiente "Entidad gestora, o en su caso, Mutua Patronal o

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 datos¹⁰⁰², la fecha de inicio del período de observación así como los motivos que justifican la prórroga¹⁰⁰³. 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.

Esta distinción que establece la norma, según la entidad colaboradora que inicie el procedimiento sea una Empresa¹⁰⁰⁴ o una

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 14-6).

¹⁰⁰² 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.

¹⁰⁰³ La norma que regulaba este aspecto con anterioridad (OMT 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).

¹⁰⁰⁴ 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 art.8 de la Orden Ministerial de 3 de noviembre de 1982 (que desarrolla el art. 8 del RD 2609/1982 de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social), véanse, entre otras, las STS] Cataluña, de 7-11-1994 [Ar./4350. Ponente: L. ARASTEY SAHUN. FD único: ...". En efecto, la Orden Ministerial 23 noviembre 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 cual 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 1º:... "las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 14-10-1992 (Rj 1992\7633) y 20 octubre del mismo año (Rj 1992\9282), dictadas en casación para unificación de doctrina, indican que el art. 8 del Real

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 prórroga¹⁰⁰⁵.

2.5. La protección de los trabajadores integrados en Regímenes Especiales frente al riesgo de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad profesional: particularidades.

Algunos colectivos de trabajadores integrados en algún Régimen Especial de la Seguridad Social gozan de protección frente al riesgo de enfermedad profesional. Así los trabajadores agrarios, trabajadores del mar o de la minería del carbón están incluidos en esta categoría, mientras que los trabajadores por cuenta propia integrados en el RETA

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”], STS] Murcia, de 15-2-1995 [Ar./851. Ponente: G. RODRÍGUEZ INIESTA. FD 4º: Debe recordarse que tanto el Real Decreto 2609/1982 y la OM 23 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 art. 4 de la OM 23 noviembre 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, imposible”].

¹⁰⁰⁵ La OMT 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.

o los Empleados de Hogar carecen de aquella protección (sobre los sujetos protegidos del riesgo de enfermedad profesional vid. Capítulo I de la Parte I relativo al Concepto).

El objeto de este epígrafe es delimitar las peculiaridades que pudieran existir en estos Regímenes Especiales respecto a la Incapacidad Temporal derivada de enfermedad profesional.

a) Trabajadores incluidos en Régimen Especial Agrario (REA):

El punto de partida es la existencia de una lista de enfermedades profesionales propia, distinta a la que se aprueba por RD 1995/1978 de 12 de mayo (que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de la Seguridad Social), de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena y extensiva a los trabajadores por cuenta propia que están encuadrados en este Régimen Especial.

La acción protectora del REA incluye la prestación de Incapacidad Temporal, reconociendo el Decreto 2123/1971, de 23 de julio¹⁰⁰⁶, como sujetos beneficiarios a los trabajadores por cuenta ajena - a quienes se les concederán las prestaciones señaladas en el art. 18 del Decreto "en la misma extensión, forma, términos y condiciones que en el Régimen General, con las particularidades que se determinan en la presente y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo" (art. 19) - y a los trabajadores por cuenta propia¹⁰⁰⁷. Estos últimos tienen reconocido

¹⁰⁰⁶ Por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (BOE de 21 de septiembre).

¹⁰⁰⁷ Señala C. AGUT GARCÍA que, interpretando el art. 19 del Decreto 2123/171, de 23 de julio en conexión con el art. 21, no se establece ninguna particularidad respecto a los trabajadores por cuenta ajena cuando la IT deriva de riesgos profesionales (enfermedad profesional o accidente laboral) a diferencia de la IT derivada de contingencias comunes que exige que el trabajador agrario se encuentre prestando servicios por cuenta ajena en el momento en que se inicie la enfermedad o se produzca el accidente. Este requisito, aplicable sólo a la prestación por IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral, significa que es necesario que el trabajador se halle en situación de alta real (o presunta), y que, por el contrario, no sería admisible si se encontrase en una situación de asimilación al alta. De hecho el art. 24 del Decreto advierte que en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional se otorgarán las prestaciones que correspondan a los trabajadores por cuenta ajena que reúnan las condiciones exigidas para estar encuadrados en el REA y

el derecho de acogerse a la mejora voluntaria de IT en el momento de causar alta en el Régimen (en virtud de lo dispuesto en el art. 25.2 del Decreto 2123/1971 citado)¹⁰⁰⁸, al que pueden renunciar mediante escrito del trabajador, presentado antes del día 1º del mes de octubre del último año de cobertura.¹⁰⁰⁹

De conformidad con lo que establece el art. 31 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, el trabajador por cuenta propia aquejado de enfermedad profesional será beneficiario de las prestaciones de asistencia sanitaria completa (incluyendo la disposición gratuita de medicamentos) así como de las prestaciones económicas por incapacidad temporal como mejora voluntaria en las condiciones establecidas reglamentariamente y con las particularidades que señala el mismo precepto.

De la acción combinada de ambas disposiciones - esto es el Decreto 2123/1971 y el D. 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la

a las "personas que sin reunir esas condiciones se encontrasen de hecho prestando servicio como trabajadores por cuenta ajena, en labores agropecuarias, al producirse tales contingencias". Vid. Régimen Especial Agrario", en AA.VV.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, (Dir, J.I. GARCÍA NINET), Valencia, (CISS), 1998, 1ª edición, p. 54.

¹⁰⁰⁸ El RD 1976/1982, de 24 de julio establece ese derecho de opción como mejora voluntaria. Los trabajadores podían optar entre formalizar la cobertura bien a través de del INSS o a través de una Mutua. No obstante, la Disposición Adicional 14ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social, de acompañamiento a la Ley de Presupuestos estableció el deber de formalizar la cobertura, si se opta por ello, con una MATEPSS, a partir del 1 de enero de 1998. Vid. STCT 20-9-1984 (7038), que se refiere al coste de las prestaciones por ILT debido a enfermedad profesional, a cargo de las Mutuas.

¹⁰⁰⁹ Según C. AGUT, la renuncia al derecho no es obstáculo para solicitar de nuevo la cobertura de la IT, aunque deben haber transcurrido como mínimo tres años desde que se produjo la renuncia, período temporal que coincide con el atribuido a la cobertura de la IT, si se hubiera optado por ésta. Es decir, que los efectos de la mejora se inician desde el día 1 del mes siguiente o del día 1 del segundo mes a aquél en el que se efectúa la solicitud permanece durante tres años como mínimo, computados por años naturales completos, que pueden ser prorrogados salvo renuncia expresa en plazo del interesado. Vid. Op. cit. p. 55.

Seguridad Social¹⁰¹⁰- resulta el siguiente régimen peculiar aplicable al trabajador por cuenta propia (art. 63 del Decreto de 1972):

- la prestación económica y la cotización correspondiente se calcula sobre la base tarifada de cotización vigente en la fecha de calificación de la incapacidad;
- la ausencia de cobertura o el descubierto en el pago de las primas correspondientes supone la denegación de la prestación¹⁰¹¹;
- no es posible atribuir responsabilidad al propietario de la finca que explota el trabajador por cuenta propia no propietario, por ser víctima de una enfermedad profesional.

La propia norma ofrece una definición de enfermedad profesional de los trabajadores por cuenta propia, a saber: *la contraída a consecuencia del trabajo* (entendiendo como tal el que realizan y que determina su inclusión en el REA de la SS), *que esté provocada por la acción de los*

¹⁰¹⁰ BOE 19-2. Conviene señalar que el citado Reglamento incorpora un Anexo cuyo contenido es el Cuadro de Enfermedades Profesionales y Lista de Trabajos con riesgo de producirlas, en total once enfermedades profesionales, distribuidas en cuatro grupos : A) enfermedades causadas por metales: 1) enfermedades causadas por el plomo y sus derivados, 2) enfermedades causadas por el mercurio, sus amalgamas y sus compuestos, 3) enfermedades causadas por el magnesio y sus compuestos; B) enfermedades causadas por metaloides: 4) enfermedades causadas por el fósforo, 5) enfermedades causadas por el arsénico y sus compuestos, 6) enfermedades causadas por el flúor y sus compuestos, 7) enfermedades causadas por el ácido sulfhídrico; C) enfermedades causadas por agentes animados: 8) enfermedades transmitidas por animales (carbunco, tétanos, leptospirosis, brucelosis, turalemia, toxoplasmosis, tuberculosis bovina), 9) enfermedades parasitarias (anquilostomiasis, anguillulosis, paludismo, etcétera), D) enfermedades causadas por agentes físicos: 10) cannabosis y bagazosis, 11) dermatosis profesionales.

¹⁰¹¹ "Son situaciones determinantes de la incapacidad temporal [...] las debidas a contingencias profesionales, de forma idéntica al Régimen General de la Seguridad Social, con las únicas especialidades derivadas, de una parte, de que la prestación económica ha de calcularse sobre la base tarifa de cotización vigente en la fecha de calificación de la incapacidad, y, de otra, de la imposibilidad de reconocer el derecho cuando no se han satisfecho las correspondientes primas (art. 3 RD 1976/1982", según expone G. TUDELA CAMBRONERO, en AA.VV: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, (Tirant lo Blanch), 1999, 2ª edición, p. 638.

elementos o sustancias y en las actividades que se especifiquen en el cuadro anexo al Reglamento (Decreto 3772/1972, 23-12)¹⁰¹².

Una singularidad apreciable en materia de IT derivada de enfermedad profesional cuando afecte a un trabajador agrario por cuenta propia se refiere al nacimiento del derecho a la prestación, que no tiene lugar desde el día siguiente de la baja sino desde el decimoquinto día, siendo la cuantía de la prestación económica la que resulta de aplicar el 75 por 100 a la base reguladora.

b) Régimen Especial de los Trabajadores del Mar:

A diferencia de lo que ocurre en el REA respecto a los trabajadores por cuenta propia que hayan optado por la cobertura de la IT, no existe en la legislación aplicable (D. 2864/1974, de 30 de agosto¹⁰¹³) una definición de enfermedad profesional¹⁰¹⁴. Asimismo, tampoco existe una lista de enfermedades profesionales propias de este colectivo, distinta a la general que contiene el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, por lo que están expuestos a riesgos de enfermedad profesional del mismo modo que cualquier trabajador si se trabaja con alguna de las sustancias

¹⁰¹² La interpretación legal de accidente de trabajo y enfermedad profesional que ofrece el art. 31.4 del D. 2123/1971, de 23 de julio, aplicable a los trabajadores por cuenta propia se reitera en el art. 45.2 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, en los mismos términos: "A los efectos del presente Reglamento se entenderá como accidente de trabajo de los trabajadores por cuenta propia el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza y que determine su inclusión en el Régimen Especial Agrario, en la explotación de que sean titulares. Se entenderá, a idénticos efectos, por enfermedad profesional, la contraída a consecuencia del trabajo a que refiere el inciso anterior que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias y en las actividades que se especifican en cuadro anejo al presente Reglamento; dicho cuadro será también de aplicación por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena.

¹⁰¹³ Por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. BOE 10-10.

¹⁰¹⁴ No obstante sí que define el concepto de accidente de trabajo de los trabajadores por cuenta propia. Vid. art. 41.2 del Decreto. Un análisis de las contingencias protegidas en el Régimen Especial del Mar puede consultarse en A. VICENTE PALACIO en "Régimen Especial de Trabajadores del Mar", AA.VV. : *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, (Dir. J.I. GARCÍA NINET), Valencia, (CISS), 1998, 1ª edición, pp. 209 y ss.

descritas capaces de generar esa patología en el ejercicio de la actividad descrita. No obstante, del listado de enfermedades profesionales destaca una de ellas por su conexión con el mar y es la provocada por el trabajo con aire comprimido como es el trabajo subacuático en cajón, con escafandra y con o sin aparato respirador individual¹⁰¹⁵ que pueden sufrir los trabajadores que se dedican a la pesca marítima, marina mercante, extracción de otros productos del mar, o quienes se dedican al tráfico interior de puertos y embarcaciones deportivas y de recreo que están incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

Sin embargo, coinciden las particularidades que se introducen en el REA para percibir, el trabajador por cuenta propia, prestaciones de IT por contingencias profesionales, esto es: el cálculo de la prestación se realiza sobre la base de cotización individual efectiva, así como que la ausencia o deficiente cobertura y descubierto en el pago de primas (durante un período superior a tres meses)¹⁰¹⁶ determinará la negación del derecho a prestaciones (sin posibilidad de exigir responsabilidad al ISM).

Por otro lado, el Decreto 1867/1970, de 9 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar¹⁰¹⁷ incide en esas peculiaridades y advierte de la necesidad de formalizar la relación de protección por parte del trabajador por cuenta propia, quien a partir de la redacción de la Ley 66/1997 está obligado a constituir la relación de protección con una MATEPSS, de acuerdo con la Disposición Adicional decimocuarta de

¹⁰¹⁵ Epígrafe 4. *Enfermedades provocadas por trabajos con aire comprimido* incluida en el Grupo E) correspondiente a las Enfermedades Profesionales producidas por agentes físicos.

¹⁰¹⁶ En el REA no se exige ningún plazo de descubierto para no acceder a las prestaciones. Sobre el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, véase AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social, ...op. cit.*, pp. 653 y ss.

¹⁰¹⁷ BOE 11-7.

dicha Ley (relativa al alta en la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia encuadrados en el Régimen correspondiente)¹⁰¹⁸.

c) *Trabajadores del Régimen Especial de la Minería del Carbón:*

En este Régimen Especial sólo se integran trabajadores por cuenta ajena, a diferencia de lo que ocurre en los Regímenes Especiales anteriores. No obstante, pese a las particularidades que presenta este Régimen frente al Régimen General en cuanto a las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación¹⁰¹⁹, la prestación por IT derivada de enfermedad profesional se calcula del mismo modo que en el Régimen General¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁸ La letra de la Ley es clara en cuanto a que integra o se refiere a los trabajadores por cuenta propia sean del Régimen de la Seguridad Social que sean (RETA, REA, RETMAR), sin embargo el art. 68.3 apartado 2º, que transcribe esta disposición adicional, enumera únicamente a los trabajadores por cuenta propia del RETA y del REA y omite a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial del Trabajadores del Mar: [...] "La colaboración en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes se llevará a cabo en favor de los trabajadores empleados por los empresarios asociados que hayan ejercitado esta opción. Asimismo, tendrán que formalizar dicha cobertura con una mutua de los *trabajadores del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos y los trabajadores por cuenta propia del régimen especial agrario de la Seguridad Social*, siempre que opten previamente por incluir, dentro de la acción protectora del régimen de Seguridad Social correspondiente, dicha prestación".

¹⁰¹⁹ La razón de la especialidad de la seguridad social de la minería del carbón, según ALMANSA PASTOR, reside en "el mantenimiento de un lastre histórico, surgido de la utilización de la seguridad social como instrumento de política económica". La especialidad en cuanto a las prestaciones de invalidez y jubilación con respecto al régimen general responde a las "reales condiciones de dureza y peligrosidad de la actividad minera, contribuyen a la política económica de reestructuración del sector dirigido a la obtención de una mayor rentabilidad a través de la simultánea reducción y mayor cualificación del colectivo laboral". Vid. *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, (Tecnos), 7ª edición, 1991, p. 614. El autor recuerda que los trabajadores silicóticos de primer grado que son trasladados a otro puesto de trabajo compatible con su estado de salud en el que perciben menos salario cuando accedan a la prestación de IT, la prestación correspondiente se incrementa con un complemento diario equivalente al 75 por 100 de la diferencia entre el salario normalizado de la categoría de procedencia y el de la categoría de peón de exterior (O. 30-4-1977), pudiendo no obstante, optar por esta solución o por la aplicable con anterioridad (O. 23-6-1979) STS 21-3-1990], vid. Op. cit., p. 618.

¹⁰²⁰ Así lo establece el art. 12.1 de la Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen