

La colaboración en la gestión de la seguridad social entre público y privado: las mutuas de la seguridad social

Juan López Gandía

1. JUSTIFICACION DE LA EXISTENCIA DE LAS MUTUAS

La participación de entidades privadas en la gestión de prestaciones que siguen siendo públicas mediante la fórmula de la colaboración de Mutuas es algo específico del sistema español de gestión de los riesgos profesionales. Las Mutuas no tienen carácter mutualista pues no están constituidas por los beneficiarios, sino por los empresarios que aseguran los riesgos profesionales de los trabajadores de las empresas asociadas, aunque a veces la ley les llama mutualistas. Las Mutuas se insertan en el sistema de la Seguridad Social tras la LBSS 1963 cuando desaparecen las compañías mercantiles históricas a las que vienen de alguna manera a sustituir ahora bajo la denominación jurídica de “entidades colaboradoras”. Esta expresión disfraza y disimula que de hecho realizan verdaderas funciones de gestoras, a las que se han ido aproximando, aunque sin equipararse con ellas, sino con sujeción a las mismas en muchos aspectos. Con la única excepción de la gestión de la prestación de cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia o autónomo en la que la ley 32/2010 la configura como gestora si bien sin que ello suponga la asunción de todos los poderes de gestión.

Se trata de entidades privadas que si bien no persiguen ánimo de lucro sí que corren con una cierta responsabilidad (mancomunada) con cargo al patrimonio de los asociados, siendo el de las Mutuas, a partir de 1967, patrimonio de la Seguridad Social y afectado al cumplimiento de sus fines (art. 68.4 de la LGSS), salvo el patrimonio histórico anterior con ciertos límites (art.68.4 de la LGSS y art.3.2 y art.4 del Reglamento).

La vinculación al concepto de riesgo profesional y a la deuda de seguridad empresarial sería una posible justificación de la aparición de las Mutuas. La existencia de las Mutuas ha partido de que los riesgos profesionales tenían una protección específica y unas características propias por lo que cabía la participación de los empresarios a través de las Mutuas o de las empresas colaboradoras, en razón de que en materia de cotización cotizan únicamente los empresarios, y cuya opción por Mutua o Inss corresponde a la empresa, aunque luego a quienes afectará sea a los trabajadores. En caso de trabajadores por cuenta propia y autónomos ni siquiera cabe la opción entre Inss y Mutua una vez se ha optado por los riesgos profesionales, ni tampoco cuando ya deben cubrir obligatoriamente la IT por contingencias comunes tras el Estatuto del autónomo de 2007.

Otros países de nuestro entorno partiendo de similares consideraciones y construcciones jurídicas del riesgo profesional no han adoptado esta forma de colaboración en la gestión de los riesgos profesionales, sino que ésta sigue siendo totalmente pública a cargo de entidades gestoras similares al Inss.

Se puede explicar y justificar la existencia de las Mutuas en la gestión de los riesgos profesionales por su tradición y por su vinculación a la responsabilidad empresarial. Sin embargo, la asunción de tales competencias de gestión conlleva numerosos y en ocasiones complejos problemas aplicativos desde la calificación de la contingencia, al régimen de responsabilidades, de los derivados de cambios por la empresa de entidad colaboradora o gestora, al régimen de responsabilidades en Incapacidad permanente cuando se producen riesgos sucesivos, entre otros, no siempre bien resueltos aunque han ido apareciendo normas como la ley 40/2007 y el RD 1430/2009 que han ido perfilando tales relaciones en algunas prestaciones.

Una primera cuestión sería si en tales supuestos no debería volverse a la situación anterior. Parece difícil y probablemente se trate de un proceso irreversible. En riesgos profesionales la consolidación de este sistema histórico de protección social y de asistencia sanitaria incluso en materia de rehabilitación, apenas cubierto o en menor medida por el sistema público de entonces, llevó a que en los procesos de reforma de la Seguridad Social histórica heredada y que se asume por la Constitución, no se plantearan alternativas. Y quizás ahora tampoco quepan ya que como decía ya la exposición de Motivos de la LSS de 1974 el papel y razón de ser de las Mutuas era “reforzar el sentido de la responsabilidad de la persona y entidades afectadas...facilitar y garantizar la eficacia del

sistema”. Es decir, se planteaba como un sistema de gestión más eficaz que el totalmente público por su tradición en la gestión de los riesgos profesionales, que llevarían a cabo con mayor sentido de la “responsabilidad” y con mayor “eficacia”.

A ello contribuyó también el hecho de que tenían tradición no sólo en la gestión de las prestaciones económicas derivadas de los riesgos profesionales, sino también constituían un referente importante en materia de salud laboral dada la inexistencia de un Sistema nacional de Salud, y la dejación de estas funciones por parte de la Seguridad Social propiamente dicha, al no venir contemplada de una manera suficiente por el Insalud y los Servicios de Salud de las administraciones públicas. La diversificación de tratamiento entre riesgos comunes y profesionales alcanzó no sólo a las prestaciones económicas, sino también a los propios sistemas de protección de la salud: por un lado, la salud pública del sistema sanitario público dirigido además a todos los ciudadanos, una vez se produce la universalización de la Sanidad tras la Ley General de Sanidad de 1986 y normas de desarrollo, que por otra parte hay que señalar que acentuó su desbordamiento, por otra la asistencia sanitaria derivada de los riesgos profesionales, y, finalmente, la salud laboral dependiente de la administración laboral y prestada por las Mutuas a la mayoría de los trabajadores asalariados. En estas condiciones difícilmente el sistema público podía abordar en aquel momento la publicación total del Sistema Nacional de Salud.

Ello plantea la cuestión de si los servicios sanitarios que prestan las Mutuas están incluidos dentro del Sistema Nacional de Salud. Según la jurisprudencia los ingresos forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y tales

servicios sí que están integrados en el Servicio nacional de Salud a los efectos de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero. Pese a que esta integración sólo se produce a efectos de lo que establece el art.3.2, esto es, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las reclamaciones de daños y perjuicios por defectuosa asistencia sanitaria, lo cierto es que el Sistema Nacional de Salud estaría constituido no sólo de las entidades gestoras sino también por “las demás entidades, servicios y organismos del Servicio nacional de Salud” y de acuerdo con el art. 44.1 de la LGS citada 14/1986 estarían integrados en el mismo “todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrados en el Servicio nacional de Salud“. Y según el art. 45 de la ley citada “todas las funciones y prestaciones sanitarias que de acuerdo con lo previsto en la presente ley son responsabilidades de los poderes públicos” y el propio art. 12 del Reglamento de colaboración de las Mutuas habla de que las instalaciones y servicios sanitarios de las Mutuas “están integrados en el Sistema nacional de Salud”. Sin embargo sólo como servicios a los afiliados a la Mutua, es decir desde una relación de “exterioridad”. De ahí que el propio Reglamento de colaboración de las Mutuas hable de la relación entre Mutua y Servicio de Salud en cuanto a coordinación y cooperación (art.83) y especialmente en cuanto a la posibilidad de actuaciones sanitarias, pruebas o tratamientos, de urgencia por parte de los servicios médicos de las Mutuas en ciertos supuestos de Incapacidad temporal por contingencias comunes atendidos por el Servicio de Salud pero gestionados por las Mutuas.

De otra parte tal ligazón histórica explica de manera natural el papel de las Mutuas como Servicio de prevención así como sus funciones

preventivas independientemente del mismo. Tras la modificación del marco normativo español de seguridad y salud laboral por exigencias comunitarias para pasar el de prevención de riesgos laborales, la tendencia ha sido la de alargar este ámbito reparador de los riesgos al ámbito preventivo tras la LPRL 31/1995 y el RD 39/1997 de 17 de enero (RSP) como Servicio de prevención ajeno para las empresas asociadas. No es este un ejemplo de novedad radical ni de que en este terreno las Mutuas hayan podido perder su especificidad, pues las prestaciones reparadoras de accidente de trabajo no han estado desligadas históricamente de las preventivas; no son por otra parte terrenos ajenos a la Seguridad Social (técnica de *bonus-malus* en cotizaciones, recargos de prestaciones, responsabilidades por incumplimientos de reconocimientos médicos, etc.). Por esta razón probablemente podrían históricamente haberse contemplado expresamente como una prestación de Seguridad Social. Al no haber sido así no se ha reparado en que el marco trazado por la LPRL a la vez que abría la puerta a Servicios de prevención de carácter privado mantenía el papel histórico de las Mutuas en este terreno permitiéndole constituirse como servicio de prevención ajeno para las empresas asociadas.

Se criticó la participación de las Mutuas en la prevención, por el riesgo de que fuera “formal”, mínima, al dirigirse a los propios empresarios clientes y porque suponía una competencia con los demás Servicios de prevención ajenos de carácter privado, especialmente sobre la presunción de que éstos en principio prestarían una prevención de mayor calidad, aun cuando en realidad se acaban dirigiendo al mismo mercado de empresas. A ello se añadió la problemática específica de diferenciar los costes de las tareas preventivas de las

Mutuas ordinarias, propia, dentro del ámbito de la Seguridad Social, a los que se refiere el art.68.3 c) de la LGSS, de los que derivan de su actuación como Servicios de prevención, que deben ser pagados por las empresas, no por las Mutuas con cargo a la colaboración en la gestión, que no pueden deducir tales gastos ni cargarlos a su cuenta. El propio art.5.2 del Reglamento establece en este sentido que “la actividad colaboradora de estas entidades no podrá dar lugar a la concesión de beneficios económicos de ninguna clase a favor de los empresarios asociados, ni a la sustitución de éstos en las obligaciones que se derivan de su condición de tales”. Es decir, no es admisible que a costa de ingresos de la Seguridad Social se ahorrara a los empresarios los costes derivados de la LPRL. Lo que no ha impedido un debate resuelto legalmente en relación con los botiquines, es decir si consideraba como prestación sanitaria o como medida preventiva. Algo similar se contempla en el art.76.4 de la LGSS respecto de caución o garantía como consecuencia de las reclamaciones previas y de los recursos así como del abono del importe de las sanciones impuestas a las Mutuas por infracciones derivadas de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

La necesidad de diferenciar las actividades de prevención históricas y la actuación como Servicio de prevención, con la utilización de medios materiales y humanos indiferenciados a veces, se ha traducido finalmente, sin embargo, en la creación de Sociedades de prevención o bien de una organización específica e independiente de la correspondiente a las funciones y actividades de colaboración en la gestión.

Sin embargo, el legislador más allá de la consideración o actuación de la Mutua como servicio de prevención, ha intervenido relacionan-

do los aspectos preventivos y los reparadores de manera que el art. 73 de la LGSS tras las últimas reformas establece que una vez destinado el resultado económico positivo anual obtenido por las mutuas en su gestión a la dotación de las reservas reglamentarias, el exceso obtenido por la gestión de la contingencia profesional, una vez dotadas las indicadas reservas deberá adscribirse a los fines generales de prevención y rehabilitación, entre los que se encuentra el fomento de las actuaciones extraordinarias de las empresas en la prevención de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. Se prevé a estos efectos su ingreso en la cuenta especial del Fondo de Prevención y Rehabilitación abierta en el Banco de España y la posibilidad de que la Tesorería General de la Seguridad Social pueda materializar los fondos depositados hasta su uso definitivo, en activos financieros emitidos por personas jurídicas públicas, de manera que los rendimientos y gastos que generen los activos financieros se abonarán y cargarán respectivamente en la citada cuenta, salvo que el Ministerio de Trabajo e Inmigración disponga otra cosa.

Por otra parte las Mutuas podrán dedicar un porcentaje de las dotaciones constituidas por cada una de ellas en el Fondo de Prevención y Rehabilitación a incentivar la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente y de manera contrastable a la reducción de la siniestralidad laboral, mediante un sistema de *bonus-malus*, todo ello en los términos y condiciones que se determinen reglamentariamente.

Una vez admitido el papel de las Mutuas en el sistema institucional de la Seguridad Social por razones históricas, funcionales, no se ha producido desde la vigencia de la Constitución ningún replanteamiento de la gestión y protec-

ción diferenciada de los riesgos profesionales en el modelo postconstitucional, en cuyo ámbito se situarían, incluso en cuanto a las prestaciones sanitarias, al insertarse de manera “formal” implícita, en la medida en que otorgan prestaciones públicas, pese a que muchas veces se prestan tales servicios en forma concertada por empresas o entidades privadas aunque ello ocurre también en la Sanidad pública, en los Servicios Públicos de Salud.

De otra parte, se confirmaba la idea tradicional de que las Mutuas son entidades colaboradoras de creación “legal”, tanto en el sentido de que no responden al principio de iniciativa privada ni de libertad de empresa con base en el art. 38 de la Constitución, salvo, en su caso, si fuera obligatoria la asociación de los empresarios a las mismas (lo que podría ser objeto de cuestionamiento en el caso de autónomos, al tener que responder en su caso de las pérdidas), pues en definitiva no dejan de ser entidades privadas que participan en funciones públicas. Y en segundo lugar en el sentido de que la ley puede asignarles nuevas competencias según las exigencias y circunstancias del momento, como se ha podido comprobar en la experiencia de estos últimos años.

De ahí que de un lado sean entidades privadas, sin ánimo de lucro, libremente constituidas por los empresarios y a la vez participen en funciones y prestaciones propias de servicio público una vez se reafirma el carácter público de la Seguridad Social en el marco constitucional, en la medida en que asumen la cobertura de prestaciones regladas públicas, y únicamente se dedican a tales funciones, con el mismo alcance y garantías y sujetas a la normativa reguladora de las prestaciones objeto de colaboración que la propia Seguridad Social cuando actúa como entidad gestora.

Tampoco se ha cuestionado la diferenciación entre riesgos comunes y profesionales, y sus consecuencias en la acción protectora. Más bien ha aumentado la diferencia entre ambos en estos últimos años en ciertas prestaciones como en Incapacidad permanente, Muerte y Supervivencia, en las relaciones entre IT y desempleo, etc. Es más, se han considerado también riesgos profesionales el de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia.

Cabría perfectamente alegar razones de eficacia por el hecho de que prestan una atención sanitaria a través de canales propios, separados de la protección de los demás riesgos, dada la finalidad de reparar el accidente de trabajo y de la pronta reincorporación al trabajo. Pero cabe interrogarse también sobre si esos procesos de asistencia sanitaria en la IT por accidente de trabajo se gestionan mejor debido a una participación patronal en la gestión o por el hecho de que se producen en menor número y por la posibilidad de una atención sanitaria específica y especializada, con canales propios, no sujeta además a listas de espera y otros factores comunes a los demás procesos de asistencia sanitaria por IT. De este modo se evitan largos procesos de IT por la mayor inmediatez de las intervenciones. A cambio de esa rapidez, en cambio, en ocasiones se corre el riesgo de proceder a altas médicas indebidas, precipitadas, con recaídas o prolongación de las molestias, que luego a veces no son asumidas como tales, sino consideradas como enfermedad común y derivadas a los servicios públicos de Salud, al Inss, así como a conflictos sobre el origen de la baja médica en función de la entidad que debe hacerse cargo del pago.

Si las Mutuas presentan tal especialización en riesgos profesionales, no hay ningún inconveniente en que continúen colaborando en la

asistencia sanitaria y rehabilitadora mediante conciertos con las entidades gestoras, planteándose entonces si resulta necesario que asuman competencias de colaboración en la gestión de la prestación económica. No resulta fácil sin embargo y es dudoso que sea eficaz desgajar en los riesgos derivados de accidentes de trabajo los aspectos meramente técnicos de la prestación, de los reparadores y de los aspectos económicos de la prestación dado el condicionamiento de las altas y bajas médicas como determinantes de la propia situación de Incapacidad temporal.

De otra parte la competencia de las Mutuas en el reconocimiento de las enfermedades profesionales tras el RD 1299/2006 tiene gran relevancia en el grado de declaración de las mismas, en función de cómo se interpreten y apliquen los apartados de la nueva lista de enfermedades profesionales, esto es si se lleva a cabo una interpretación abierta o se hace una interpretación cerrada en especial en las enfermedades profesionales más frecuentes. No está claro si el nuevo sistema de notificación y declaración ha supuesto un cambio decisivo pues la infradeclaración histórica de enfermedades profesionales se debía también a la falta de protagonismo y formación de los médicos de los Servicios de Salud, que en el art. 5 del Real Decreto citado se intenta paliar. En este sentido el nuevo parte de enfermedad profesional contemplado por la Orden TAS 1/2007 de 2 de enero puede proporcionar importantes informaciones que permitan una mejor relación entre la enfermedad y su origen laboral. También los Servicios de prevención tienen un papel relevante en la materia pues deben comunicar con ocasión de sus actividades profesionales la existencia de una enfermedad profesional o sospechosa de que sea profesional.

De otro lado, otro factor a tener en cuenta es que la gestión de las enfermedades profesionales ha cambiado recientemente, pues si bien las Mutuas sólo han asumido históricamente las prestaciones de Incapacidad temporal, no las de Incapacidad permanente y Muerte y supervivencia, prestaciones que corrían a cargo del Fondo compensador de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (actualmente el Inss), sin embargo pueden ya asumirse directamente por las Mutuas tras la reforma de 2005 en lugar de ingresar las cuotas correspondientes. Tal nueva competencia, sin embargo, puede llevarles a una interpretación restringida por el temor de que de la enfermedad profesional deriven prestaciones más cuantiosas que la IT como son las de incapacidad permanente y las derivadas de Muerte y Supervivencia.

No parece tampoco que haya sido efectiva, si es que se ha aplicado, la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 19 de septiembre de 2007 que- más allá del procedimiento contemplado por el RD 1430/2009- establece la obligación de que los expedientes tramitados por las Mutuas en materia de prestaciones por Incapacidad Temporal y por Muerte y Supervivencia que se resuelvan sin considerar como enfermedad profesional, pese a contarse con indicios que pudieran hacer presumir la existencia de dicha patología deberán remitirse al Inss con el fin de determinar la contingencia y de resolver las reclamaciones previas que presenten los interesados.

El conflicto sobre el alta médica indebida llevada a cabo por las Mutuas así como sobre la determinación del origen de la contingencia en desarrollo de lo previsto en la LMSS, ley 40/2007 (disp. ad.19ª) se regula actualmente por el RD 1430/2009 de 11 de septiembre (art.4). El RD presenta, sin embargo, algunas

lagunas que habrá que colmar como se venía haciendo hasta ahora pues sólo regula el procedimiento de impugnación de altas médicas de las Mutuas, previendo procesos de IT subsiguientes mientras se recurre a la vez que la prórroga simultánea de la IT por causa profesional mientras tanto y resolución del Inss. Sin embargo, no se regula el supuesto de falta de baja médica por las Mutuas y la baja médica por los Servicios de Salud en procesos que el trabajador entienda que tienen un origen profesional. En tales casos- lo mismo que cuando se haya superado el plazo de los cuatro días desde el alta practicada por la Mutua- no habrá más remedio que seguir acudiendo al procedimiento común de reclamación ante el Inss cuestionando el origen de la contingencia. En este sentido la advertencia de los médicos del Servicio de Salud prevista en el art.4.5. segundo párrafo parece limitarse al supuesto de alta indebida cuando debería ser la regla general, esto es, en todo proceso en el que el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y del reconocimiento médico se desprendiera la existencia de causa profesional, aunque no derive de un proceso previo de incapacidad temporal que tenga su origen inmediato en una contingencia profesional en que se hubiera emitido un alta médica a cargo de la Mutua en el plazo citado de los cuatro días naturales. La comunicación del médico no debe limitarse a ese supuesto sino también debe alcanzar a procesos iniciales de IT o supuestos de recaídas en que el Servicio de Salud advierta que se deben a una causa profesional.

Estamos ante una clara y rotunda manifestación de publicación incompleta de las Mutuas dada su sujeción a las entidad gestora, esto es, la no colocación de la entidad colaboradora en el mismo plano que la gestora. Hay sectores que entienden que deberían ser las Mutuas la

que decidan la cuestión sin perjuicio de acudir a los Tribunales, sin estar tuteladas por el Inss, ya que colaboran en la gestión, en especial de los riesgos profesionales. Sin embargo, lo cierto es que las Mutuas aparecen como entidades subordinadas a las entidades gestoras públicas de manera que, aunque colaboren en una función pública, no pueden ser juez y parte de la prestación, dado el régimen económico en parte privado de las Mutuas, por lo que no podrían encontrarse en una posición de igualdad con las entidades gestoras.

2. LA EXTENSION DE LA COLABORACION EN LA GESTION A OTRAS PRESTACIONES Y COLECTIVOS

De entenderse justificada la colaboración de las Mutuas, cabría en segundo lugar interrogarse sobre el alcance de su participación, esto es, si debe extenderse a las prestaciones en las que participa actualmente o si debería revisarse su alcance, esto es, si la extensión de la colaboración hasta comprender prestaciones diferentes de las contingencias profesionales encuentra actualmente justificación y qué efectos produce sobre los servicios públicos. De seguir aceptando la conveniencia de la continuidad de las Mutuas se trataría entonces de plantear si cabe redimensionar su ámbito de competencias.

Las Mutuas, si bien fueron creadas para la gestión de las prestaciones derivadas de los citados riesgos, han ido extendiendo su campo de acción en los últimos años a nuevas prestaciones y colectivos. Incluso colectivos que antes necesariamente estaban encuadrados a efectos de la gestión de los riesgos profesionales en el Inss como el personal de empresas y administraciones públicas tras las reformas de los años ochenta y noventa cabe la opción por las Mutuas. Y en cuanto a prestaciones se ha ex-

tendido a la IT por contingencias comunes y a la prestación por cese de actividad.

Se ha producido una extensión de competencias de las Mutuas a la cobertura y reparación de riesgos no profesionales (IT por causa común), como opción alternativa al INSS en trabajadores por cuenta ajena, o como única entidad gestora o colaboradora en trabajadores por cuenta propia del RETA o de los regímenes especiales que incluyan esta prestación. Ello ha supuesto una pérdida del principio de “especialidad”.

Más adelante a partir de las reformas de 2003 incluso también para los trabajadores autónomos como única posibilidad de gestión del riesgo profesional, si optaban entonces por esta mejora y además por la misma Mutua por la que se optó para la gestión de la IT.

Esto supone tanto una “metamorfosis” de las Mutuas como un aumento de la participación privada en funciones públicas al transferir la gestión a estas entidades. La extensión de la participación en la gestión de los riesgos comunes se hace con la finalidad de conseguir un mayor control de la prestación y del fraude, un ahorro de los costes de la IT frente a la gestión del Inss, en lugar de reforzar las capacidades de esta entidad gestora y de mejorar el funcionamiento de los Servicios de Salud.

Sobre todo si se tiene en cuenta que la colaboración en la gestión transferida a los propios empresarios asociados se lleva cabo sin pretender alterar lo que podríamos llamar los aspectos técnicos o sanitarios de la prestación, al conservar los Servicios de Salud las competencias sobre el alta médica- como ocurre cuando es el Inss la entidad gestora de la prestación, solo que en este caso la cuestión se plantea entre

organismos públicos- frente a la reivindicación constante de las Mutuas de equiparar la colaboración en la gestión de la IT por contingencias comunes a la tradicional de accidentes de trabajo. De ahí que se haya afirmado que se trata de una transferencia de colaboración con un contenido “incompleto” que llegan a “desnaturalizar” la incorporación de las Mutuas a la gestión de la prestación, convirtiéndoles en simples pagadoras con escasas posibilidades de actuación, o meramente formales, esto es, un reconocimiento formal de la prestación económica de IT vacío de contenido material, es decir, una labor administrativa mecánica de declarar lo ya resuelto por otras instancias. En tales casos hay una separación inevitable entre la valoración clínica de quien presta la asistencia sanitaria y diagnóstica la situación del trabajador, los Servicios de Salud, y la gestión de la prestación, a cargo de la gestora o colaboradora, por lo que hubiera sido paradójico asignar a las Mutuas facultades como la gestión de las altas y bajas médicas, en lugar de a los médicos del Servicio de Salud, que el propio Inss no tiene. En este sentido las reformas de 2007 (ley 40/2007) y de 2010 (ley 35/2010), como se verá más abajo, han reforzado el papel del control formal de las bajas médicas a cargo del Inss lo que indirectamente afecta a las Mutuas, a las prestaciones de IT derivadas de contingencias profesionales, pero especialmente a las que derivan de contingencias comunes por lo que el control se acaba residenciando siempre en el Inss.

Ni la extensión del papel de las Mutuas a la colaboración en la gestión de la IT por contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena ha sido una reivindicación de las Mutuas, ni mucho menos, la de la IT de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. La gestión de la prestación por cese de actividad,

en cambio, no ha hecho sino seguir los pasos de las contingencias profesionales en este sector.

Tanto en trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia se ha acudido a estas medidas antes que a abordar las deficiencias de los servicios sanitarios en los procesos de IT a causa de la masificación de las consultas en medicina general y de las dificultades de acceso a la atención especializada (listas de espera en consulta, hospitalización y pruebas diagnósticas y terapéuticas) y de la falta de recursos humanos y materiales para hacer frente a la universalización de la sanidad, aspectos que no habrían mejorado con las nuevas formas de gestión de la sanidad. De otra parte en la base de la reforma estaría latente la concepción del beneficiario como presunto defraudador que presiona a los Servicios de Salud para obtener bajas de complacencia y la presunta utilización de la IT para suplir otras carencias de protección social (pérdida de empleo sin desempleo, agotamiento del mismo, dificultades familiares, colectivos como autónomos o empleados de hogar sin protección por desempleo, etc.) o la utilización de la IT como forma de abordar problemas de otro tipo (absentismo, malas condiciones de trabajo, dificultades en la conciliación de la vida laboral y familiar, precariedad laboral, mayor siniestralidad, etc.).

La vía de participación de privados en funciones públicas a través de las Mutuas parece convertirse según el legislador en la única vía de la reducción del gasto introduciendo de este modo factores “economicistas” en la protección social, pues en definitiva la Mutua tendría que asumir mayores costes en caso de déficit. No se produce la descongestión de los Servicios de Salud, ni la desburocratización de las altas médicas, salvo cuando se ponen en mar-

cha las facultades de las Mutuas de intervenir mediante un control y seguimiento de la situación del trabajador (intervenciones sanitarias en caso de las listas de espera, realización más rápida de pruebas, análisis, etc.).

La opción de colaboración en la gestión de la IT, al seguir por otro lado prestando la asistencia sanitaria los Servicios de Salud, ha traído como consecuencia, dados los objetivos perseguidos y como compensación, el reforzamiento de las capacidades de control y seguimiento de la situación sanitaria del trabajador tanto a cargo del Inss como de las Mutuas. Han aumentado las facultades de control, comprobación, seguimiento y propuesta de declaración de alta médica, que además se consideran como costes de las Mutuas (art. 73.2 y 82 del Reglamento de colaboración), la posibilidad de actuaciones sanitarias de urgencia (art. 82 del Reglamento de colaboración), los reconocimientos complementarios, las pruebas médicas e informes, tratamientos e intervenciones que se les interese en un marco de cooperación y coordinación con el Servicio de Salud, que puede fijar las compensaciones económicas que hayan de satisfacerse por el mismo en contraprestación por los servicios realizados por las Mutuas (art. 83.2 del Reglamento de colaboración), que entonces se considerarán como ingresos. En esta misma línea se mueve la disp.ad. 51ª de la LGSS introducida por la ley 35/2010 cuando se refiere a la cobertura de los gastos por la anticipación de la readaptación de los trabajadores en incapacidad temporal por contingencias comunes.

No obstante, si bien no se adquieren competencias directas sobre las altas y bajas médicas en contingencias comunes, cierta repercusión puede tener en el futuro una vez producidas las reformas introducida por la ley 40/2007 que

sea el Inss el único competente para dar de baja médica tras los doce meses o declarar si se trata de recaída o de nueva enfermedad, y de dar de alta antes del citado plazo, reduciéndose así el papel de control de los Servicios de Salud, hace que esta reivindicación histórica de otorgar las bajas y altas médicas incluso en procesos de IT por contingencias comunes pierda actualmente fuerza. Tampoco cabría alegar que el Inss vaya a tener más interés en el control de las altas y bajas médicas de prestaciones de IT que él mismo gestione que aquellas de las que sea responsable la Mutua. Y en esta línea la ley 35/2010 complementa lo previsto en la ley 40/2007 y mediante una nueva disp. ad. 52ª establece que hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de incapacidad temporal del Sistema de la Seguridad Social, el Inss y, en su caso, el ISM, a través de los Inspectores Médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efectos. Cuando el alta haya sido expedida por las citadas entidades gestoras éstas serán los únicos competentes, a través de sus propios médicos, para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquélla se produce en un plazo de ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología.

Las facultades del Inss en el primer caso alcanzan incluso a las prórrogas de las IT derivadas de contingencias profesionales que gestionen las Mutuas. Según la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 14 de enero de 2008 en los supuestos en que la cobertura corresponda a una Mutua ésta efectuará ante el Inss la propuesta de actuación

acerca de la prórroga de Incapacidad temporal debiendo entenderse aceptada por el Inss, si éste no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguiente a su recepción.

Este proceso de extensión de aspectos propios de una entidad gestora, que más o menos no resultaba dificultoso en la gestión de los riesgos profesionales, ha sido más complicado y menos claro cuando se ha extendido a nuevos campos como la IT por contingencias comunes, y se ha debido en gran parte a las deficiencias de la técnica normativa, como se observa en las facultades de control y de gestión de las prestaciones derivadas de tales contingencias, que no es fácil de separar de los aspectos sancionatorios (sobre los que no tendrían competencias) y el juego de causas suspensivas o extintivas, sobre las que sí tienen competencias, por no comparecencia a los reconocimientos médicos llevados a cabo por las Mutuas, pero no en caso de realización de trabajos por el trabajador estando en IT. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido ampliando la competencia de las Mutuas a través del concepto de actos de gestión de manera que se le ha reconocido la facultad de revisión de oficio y por tanto un acto que crea responsabilidades patrimoniales a la entidad colaboradora y que comprende facultades que se han ido ampliando en especial con la extensión de la gestión a la IT por riesgos comunes. Fuera de estos supuestos cuando las Mutuas entiendan que el beneficiario ha percibido prestaciones indebidas deberán dirigirse a las propias entidades gestoras para que estén insten el reintegro de las prestaciones indebidas (art.84 del Reglamento de colaboración).

Esta problemática puede repetirse con ocasión de la aplicación de la prestación por cese de actividad al diferenciarse en la ley 32/2010 entre

actos de gestión y control de los perceptores y actos sancionatorios. Y es que en general la distinción entre actos de gestión y actos sancionadores se hace difícil en aquellos casos en que es la Mutua la única competente, sin que quepa opción por el Inss, para la gestión de la prestación, como en la incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia y autónomos y en la prestación por cese de actividad.

Cabría plantear en este punto si hay que volver al principio de especialidad en los riesgos profesionales y a la vez, dado el carácter público de las prestaciones que otorgan lo que vendría por sí mismo a clarificar numerosas cuestiones que se acaban de plantear pues no habría ya razón alguna para otorgar a las Mutuas en compensación en la prestación de IT facultades propias de las gestoras. Además incluso en IT derivada de riesgos profesionales habría que delimitar mejor estas competencias y su alcance, separando claramente las funciones sancionadoras de las de gestión, aspectos jurisdiccionales, etc.

Pese a que la gestión de la IT por causas profesionales haya podido suponer avances en los tiempos de baja médica y en la intervención sanitaria en intervenciones quirúrgicas y demás pruebas médicas, no parece que la solución pase por extender la gestión a nuevas prestaciones sino por devolverlas a la gestión totalmente pública. No compartimos la extensión de la colaboración en la gestión a terrenos impropios como la IT por causas comunes, por muy sometida que se halle a controles públicos como forma de resolver los problemas de funcionamiento de los Servicios de Salud.

Tampoco ha sido algo natural la extensión del riesgo profesional a los trabajadores por cuenta propia, (disp. ad. 34ª LGSS y RD 1273/2003

de 10 de octubre) lo que ha llevado a forzar el concepto de accidente de trabajo. Sin embargo, no ha sido muy elevado el número de trabajadores autónomos que han optado por la protección de los riesgos profesionales, pese a que no ha habido una reivindicación por parte de las Mutuas, sino una incentivación por parte del Estado de atender a la citada reivindicación de los colectivos de autónomos. La cobertura de estas contingencias fuera de los autónomos obligados a la misma como los Trade ha sido baja, lo que indirectamente repercute en la prestación de cese de actividad. De ahí que el Acuerdo de medias sociales y económicas plantee la extensión de la obligatoriedad de la cobertura de los riesgos profesionales a todos los autónomos. Eso no quiere decir que haya que interpretar que la prestación de cese de actividad sea obligatoria para los autónomos que tengan esta cobertura, pues no se deduce con claridad de la ley 32/2010, pues la expresión “alcanza” no es suficientemente precisa. Debería, por tanto, haberse precisado con más claridad en la ley 32/2010. La gestión de esta prestación a cargo de las Mutuas presenta la misma escisión que la de desempleo, entre políticas activas gestionadas por los Servicios de Empleo autónomos y las políticas pasivas gestionadas por los Servicios Públicos de Empleo estatales. No es que las Mutuas no puedan llevar a cabo políticas activas (art. 17.1 h) de la ley), pero no con cargo a la dotación del 1 por 100 de las cuotas recaudadas.

3. LA PARTICIPACION DE LOS TRABAJADORES Y DE SUS REPRESENTANTES

Con carácter general cabe plantear la necesidad de acometer reformas que garanticen una gestión más transparente y adecuada de los servicios y recursos, plenamente imbricada en el sistema público de protección social (Se-

guridad Social y Sistema público de Salud) y que mejore la calidad de servicio prestada a sus usuarios, los trabajadores. De ahí que para ello sea necesario aumentar la participación de los trabajadores y de sus representantes en la toma de decisiones importantes que les afectan, así como otorgar mayores garantías y derechos a los trabajadores como usuarios de los servicios, tal como se propone en el apartado que sigue. Así por ejemplo, cuando se lleven a cabo procesos de concentración o de creación de mancomunidades o Corporaciones. Aunque sólo sea para asegurar el mantenimiento del empleo de los trabajadores del sector y el reforzamiento de su plan de carreras, promoción y mejora profesional dentro de las Mutuas que se están integrando en las Corporaciones o de las que puedan decidir fusionarse en un futuro más o menos inmediato.

Si bien se prevé la participación de los interlocutores sociales en las Comisiones de control y seguimiento (Ley 42/1994 de 30 de diciembre y art. 39.5 y art. 37 del Reglamento de colaboración) a imagen y semejanza de la que se produce en las entidades gestoras, hay importantes diferencias derivadas de la configuración jurídica de las Mutuas, y en función del ámbito territorial en que actúe la Mutua, por lo que cuando tienen implantación en todo el territorio nacional la participación es centralizada. Se han extendido las competencias de la Comisión a la actuación desarrollada por la Mutua mediante Sociedades de prevención (Rd 688/2005 de 10 de junio).

En el ámbito de la empresa y a la hora de la opción que ésta ejerce la participación de los trabajadores sólo se produce a través del informe preceptivo, pero no vinculante, del Comité de empresa o delgados de personal, si los hay (art.61.3 del Reglamento de colaboración).

En este sentido una novedad importante que presenta el Acuerdo económico y social de 3 de febrero de 2011 es la participación sindical de las organizaciones empresariales y de las organizaciones sindicales más representativas en los órganos directivos de las Mutuas de las empresas con mayor número de trabajadores mutualizados.

Cabría, además, replantear el control de los interesados y beneficiarios, esto es, de los propios trabajadores en último término destinatarios de sus servicios y prestaciones, como usuarios de un servicio público. La participación sería deseable, tanto en los propios órganos de las Mutuas mediante a través de los Sindicatos una gestión paritaria más allá de lo contemplado actualmente y más descentralizada, y especialmente a nivel de empresa con poderes de “codecisión” sobre la Mutua a elegir. El régimen jurídico actual de acuerdo con la tradición histórica sólo concede la opción por asociarse a una Mutua, o de cambiar la opción ejercitada, al empresario, por el hecho de que de acuerdo con la mecánica del seguro y la responsabilidad objetiva por riesgos profesionales cotice únicamente el empresario. Tras el art. 41 de la Constitución esa construcción estaría ya superada y hay que entender las tarifas de primas como lo que son, prestaciones patrimoniales de carácter público, no primas de seguro. La participación de los trabajadores y sus representantes en consecuencia no debería limitarse a una mera consulta previa no vinculante sobre la Mutua a elegir en cada momento, sino que debería ser una decisión negociada.

También cabría plantear la creación de un sistema de gestión de quejas y reclamaciones de los usuarios, similar al de la sanidad pública, que, bajo el control de la Secretaría de estado de la Seguridad Social y la colaboración de las

Comisiones de Control y Seguimiento, permitiera conocer la deficiencias en la prestación de los servicios y adoptar las medidas correctivas oportunas. Y también la elaboración de un código ético que ampare la actividad de todos sus profesionales, les permita ejercer su trabajo desde la independencia y establezca entre otras la obligatoriedad de informar a los usuarios de sus derechos.

4. PUBLIFICACION/PRIVATIZACION EN EL AMBITO DE LAS MUTUAS. PERSPECTIVAS

La cada vez mayor incidencia de los controles e intervención pública en las Mutuas como entidad colaboradora es una constante en estos últimos años, hasta tal punto que se va perfilando cada vez más un régimen especial de colaboración que incide sobre aspectos económicos y financieros, sobre compatibilidades e incompatibilidades, sobre la determinación de las indemnizaciones a abonar al personal en caso de despido impidiendo que se puedan incrementar las legales, la aplicación de las reducciones salariales del personal como vía de reducción del gasto público (disp.ad. 3ª del RDL 8/2010 de 20 de mayo) o lo que refuerza el aspecto público derivado de la participación de las Mutuas en funciones públicas y con recursos públicos. A ello se añade la regulación de los excedentes las garantías de reservas y otros numerosos aspectos contemplado por la LGSS y el Reglamento de las Mutuas.

La consideración de las Mutuas como entidades colaboradoras y su equiparación con la entidad gestora ha comportado la obligación de anticipo de las prestaciones, la aplicación del principio de automaticidad que se prevé ya expresamente en la Ley (art. 126.3 de la LGSS y 61.2 del Reglamento de las Mutuas, RD 1993/1995 de 7 de diciembre) incluso en

relación con trabajadores que no hubieran sido dados de alta por la empresa.

Este sistema de participación en funciones públicas ha creado una institución peculiar, un sistema mixto entre lo público y lo privado, que difícilmente puede ya ser alterado. No a favor de una mayor privatización ya que en definitiva las Mutuas si bien están constituidas empresas asociadas y autónomos adheridos, y funcionan como una aseguradora especial, corriendo con los riesgos, sus ingresos son públicos y por ello no pueden directamente intervenir en la fijación de las primas, más allá en el futuro de la técnica del bonus-malus con sus empresas, cuando se desarrolle el Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011 y que vendrá a completar con un segundo nivel el contemplado por el RD 404/2010 de 31 de marzo. En este sentido el Acuerdo establece que como la cuota de contingencias profesionales de Seguridad Social ya lleva incorporado un elemento de capitalización (capitales coste) que prevé deslizamientos futuros del gasto, su cuantía debe ajustarse a los costes de las prestaciones y de su gestión, y de la prevención de la siniestralidad y demás riesgos laborales para cada sector de actividad. De ahí la evaluación anual de los costes de las prestaciones así como de los costes de gestión de forma que ello propicie el ajuste de las cotizaciones profesionales en un contexto compatible con las necesidades de la coyuntura económica. Por otro lado las Mutuas tampoco obtienen beneficios, sino los que derivan para sus empresas de la mejora de gestión especialmente en procesos de asistencia sanitaria e IT derivadas de riesgos profesionales. Se trata ya de un sistema o mecanismo muy intervenido en el que difícilmente cabe dar marcha atrás sin correr riesgos de fraude y de mala gestión que se dieron en otras épocas.

En cuanto a su faceta pública hay que recordar que se han introducido en estos últimos años cada vez más controles que llevan a una aproximación de las Mutuas a las instituciones directamente públicas en muchos aspectos para evitar la entrada en juego de intereses privados/personales que incidan en una financiación y en unas cuotas de carácter público. Sin embargo, no cabría ir hacia una publicación total hasta el punto de que las Mutuas perdieran sus señas de identidad, su especialidad en la gestión de los riesgos y prestaciones de la Seguridad Social, esto es, un proceso que llevara a una actuación igual o similar al de una entidad gestora totalmente pública especializada y que afectara a su régimen económico actual, al personal, al procedimiento. La publicación total presenta algunos inconvenientes, pues al desaparecer el riesgo de empresa se produciría un cierto desincentivo en la búsqueda de eficiencia y de ahorro de costes actuales del que indirectamente se beneficia todo el sistema de Seguridad Social y una mayor rapidez en la atención sanitaria en riesgos profesionales. Aunque evidentemente ello pudiera suponer una mayor simplificación en la gestión, una relativización de las disputas actuales sobre el origen de la contingencia, la responsabilidad en materia de prestaciones, etc., y también una mayor protección a los empleados y especialmente a los médicos. Lo que no se impide es que esta mayor tutela se produzca sin que ello suponga una conversión en un estatuto funcional.

Apotecarius. Der Apotecker.

Mille rot unguentis, rebusq; potentibus auctus,
Pyxidas innumeratas Pharmacopola gero.
Omnibus argento dulcissima sacchara vendo,
Plenus odore leui, plenus odore graui.



*Omnia quæ possunt fugientem sistere vitam,
Tollere vel morbos nostra taberna tenet.
Cuncta salutiferos quæ miscet dextera succos,
Illius admonitu pharmaca lecta paro.
Sanus & huc æger nullo discrimine currant,
Indiget & diues, pauper & arte mea.*

B 5 Procu-



Este documento es un PDF ecológico. Pensemos antes de imprimir.

Un documento digital permite su lectura sin que su impresión sea necesaria. Si evitamos la impresión de documentos y el uso innecesario de papel el medio ambiente se beneficiará de manera directa. Usemos documentos ecológicos. Salvar bosques está en nuestras manos; así que antes de imprimir HAY QUE PENSAR si es necesario hacerlo. COLABORAR es fácil.

Fraternidad Muprespa apoya el movimiento del 2011 Año Internacional de los Bosques.



**AÑO INTERNACIONAL
DE LOS BOSQUES • 2011**