

UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

**LA INCAPACIDAD TEMPORAL COMO CONTINGENCIA PROTEGIDA POR
LA SEGURIDAD SOCIAL**

Presentada por la doctoranda:

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

Bajo la dirección de:

PROF. DR. JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Granada, Noviembre de 2012

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Belén del Mar López Insua
D.L.: GR 1072-2013
ISBN: 978-84-9028-479-7

“.... el mismo derecho puede cambiar de causa y de espíritu mientras evolucionan las ideas y las costumbres, y tal motivo, antiguamente justificativo, puede llegar a ser, con el tiempo, constitutivo, revelador de abuso. Gracias a esta flexibilidad, la noción del motivo legítimo, y con ella la del abuso, constituyen preciosos y potentes instrumentos de adaptación del derecho al medio en el cual y para el que se realiza; instrumentos que permiten el mantenimiento de instituciones viejas que, sin ellos, estaría consagradas a la caducidad y desaparición...”.

El espíritu de los derechos y su relatividad. Louis Josserand¹.

¹ JOSSERAND, L: *El espíritu de los Derechos y su relatividad, Estudio Preliminar “Teoría del abuso de Derecho: El abuso de los Derechos Fundamentales”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2012, página: 237.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I. FORMACIÓN HISTÓRICA Y ORDENACIÓN LEGAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL	15
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA NECESARIA PROTECCIÓN DE LA ENFERMEDAD Y SUS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN.....	15
1.1. La Ayuda.....	15
1.2. La Provisión.....	24
2. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL: SU ORDENACIÓN DESINTEGRADA.....	29
3. LAS INCESANTES REFORMAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU SENTIDO POLÍTICO-JURÍDICO:.....	41
3.1. Trayectoria legislativa y tratamiento jurídico.....	41
3.2. La importancia de las múltiples modificaciones de la IT en el sistema de Seguridad Social.....	47
4. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PRESTACIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: ¿AVANCE O RETROCESO?. LA DELIMITACIÓN DEL MODELO NORMATIVO.....	52
CAPÍTULO II. EL SISTEMA NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL	58
1. EL CONCEPTO LEGAL DE INCAPACIDAD TEMPORAL (ART. 128 DE LA LGSS): SITUACIONES PROTEGIDAS O SUPUESTO DE HECHO.....	58
1.1. Accidentes sea o no de trabajo y enfermedad común o profesional (arts. 115 y 116 de la LGSS):.....	65
1.1.1. Alteración de la salud y exigencia de atención por parte de los Servicios Públicos Sanitarios.....	105
1.1.2. Efectos Incapacitantes.....	111

1.1.3. Temporalidad y Transitoriedad del proceso.....	117
1.2. Situaciones asimiladas: El período de observación por Enfermedad Profesional y los períodos de aislamiento preventivo.....	129
2. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN:.....	135
2.1. Afiliación, alta y situaciones asimiladas al alta.....	136
2.2. Período mínimo de cotización:.....	162
2.2.1. Reglas generales:.....	162
2.1.1.1. IT causada por enfermedad común.....	162
2.1.1.2. IT ocasionada por accidente sea o no de origen laboral, y enfermedad profesional.....	163
2.3. Período de carencia:.....	163
2.3.1. La situación de trabajo a tiempo parcial (Disposición Adicional 7ª de la LGSS).....	166
2.3.2. El período de carencia de los artistas profesionales y taurinos.....	167

CAPÍTULO III. LA COBERTURA DE LA PRESTACIÓN. LAS PRESTACIONES EN PARTICULAR.....

1. INTRODUCCIÓN.....	169
2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA. LA CUANTÍA DEL SUBSIDIO EN BASE AL ORIGEN DE LA INCAPACIDAD.....	173
2.1. Base reguladora.....	177
2.2. Modificación de la base reguladora.....	215
2.3. Porcentaje aplicable.....	219
2.4. Protección social complementaria del “externa” al sistema de Seguridad Social: las mejoras voluntarias previstas en la negociación colectiva.....	223
2.4.1. Planteamiento general.....	223

2.4.2. Régimen jurídico.....	233
2.4.3. Valoración final.....	272
2.5. Recargo de prestaciones en los conflictos profesionales.....	275

CAPÍTULO IV. DINÁMICA DE LA PROTECCIÓN: NACIMIENTO, DURACIÓN Y EXTINCIÓN.....288

1. NACIMIENTO DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR IT. LA FIJACIÓN DEL “ <i>DIES A QUO</i> ”.....	289
2. LA DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA:.....	298
2.1. Duración inicial.....	299
2.2. Duración máxima de la protección: las distintas prórrogas de la incapacidad temporal.....	301
2.3. La recaída.....	316
3. DENEGACIÓN, ANULACIÓN, PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DEL DERECHO.....	332
4. EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR IT:.....	365
4.1. Por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate.....	366
4.2. Por alta médica el trabajador, sin declaración de incapacidad permanente.....	371
4.3. Por alta médica el trabajador, con declaración de incapacidad permanente.....	379
4.4. Por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación.....	385
4.5. Por incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional.....	387
4.6. Por muerte.....	392

CAPÍTULO V. LA GESTIÓN Y EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL.....393

1. LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y LOS SUJETOS RESPONSABLES DEL PAGO DE LA PRESTACIÓN:.....	394
1.1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).....	395
1.2. Colaboración en la gestión de la prestación por IT:.....	397
1.2.1. Colaboración de las empresas:.....	397
1.2.1.1. La responsabilidad directa: prestación a cargo del empresario.....	397
1.2.1.2. Colaboración voluntaria.....	404
1.2.1.3. La responsabilidad obligatoria: el pago delegado.....	412
1.2.1.4. Responsabilidad empresarial por falta de cumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización con respecto a sus trabajadores.....	418
1.2.2. Colaboración de las mutuas.....	427
2. EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL:.....	433
2.1. Los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta.....	434
2.1.1. El trámite de revisión del alta emitida por la entidad gestora.....	439
2.1.2. El procedimiento de impugnación de los parte médicos de alta de las entidades colaboradoras.....	446
2.1.3. Impugnación judicial del alta emitida por la entidad gestora.....	452
2.2. Problemas en torno al control de la prestación entre las distintas entidades gestoras y colaboradoras.....	462
 CONCLUSIONES Y PROPUESTAS “<i>LEGE FERENDA</i>”	471
 BIBLIOGRAFÍA.....	488

INTRODUCCIÓN

La aparición de enfermedades en el ser humano constituye algo natural que se produce y se repite a lo largo de la vida de todos los individuos en múltiples ocasiones. Durante esos momentos en los que las personas ven mermadas sus capacidades para actuar de forma normal, a causa de una alteración de su salud, se produce la intromisión de la asistencia sanitaria tratando de paliar esos estados de incapacidad que afectan de una manera negativa a los ciudadanos.

Ya desde antiguo, se ha constatado la existencia de dolencias y padecimientos de muy distinta índole y con efectos variables, que ocasionan, dependiendo de cual sea el sujeto afectado y la intensidad de aquellas, una respuesta u otra por parte del organismo. En unos casos, estos infortunios acaban convirtiéndose en definitivos, mientras que en otros, tan sólo son pasajeros, lo que permite la recuperación del enfermo o accidentado en un relativamente corto lapso de tiempo.

No siempre han existido los mismos mecanismos y técnicas para combatir con estas situaciones de necesidad, sino que dependiendo del momento histórico, así como del contexto económico-social en que se hubieran producido, se pueden encontrar grandes diferencias. Del igual modo, tampoco se puede afirmar que hayan permanecido eternamente inmortales las mismas enfermedades que en su momento sufrieron nuestros antepasados. Todo ello ha estado sujeto a cambios y a una constante transformación que no escatima en detalles.

Actualmente y tras un largo proceso de evolución, nace el sistema de Seguridad Social como mecanismo para hacer frente a todos estos estados de carencia que se producen en la sociedad. Para ello, su particular conjunto de normas se dota de una serie de prestaciones, temporales o indefinidas, en dinero o en especie, que pretenden conseguir la satisfacción de los intereses personales y materiales para las que se crearon. No obstante, dado que se trata de un sistema complejo y muy joven, se mantienen aun en movimiento la modificando de algunas de sus reglas.

Procurando no perder nunca de vista el objetivo último por el que se creó, la Seguridad Social pretende afrontar los procesos de incapacidad temporal (IT) que son ocasionados en el trabajador a causa del accidente de trabajo, la enfermedad profesional, el accidente no laboral, la enfermedad común y el período de observación por enfermedades profesionales. Por tanto, un completo elenco de riesgos, comunes y profesionales, que integran y dan vida a esta prestación.

La incapacidad temporal lleva cobrando desde su ubicación en el ordenamiento jurídico una tremenda importancia, pues a efectos prácticos, resulta sumamente improbable no encontrar un trabajador que en algún momento de su vida laboral no haya solicitado una baja por este motivo.

Con denominaciones diversas, la incapacidad temporal ha mantenido hasta la Ley de Bases de la Seguridad Social (en adelante LBSS) una ordenación desintegrada por riesgos, ubicada básicamente en el régimen de accidentes de trabajo y en el seguro de enfermedad. Ahora bien, no ha sido hasta la instauración del sistema actual cuando, ha recibido un tratamiento teóricamente unitario, esto es, independizado de cual fuera el riesgo causante, bajo la denominación de Incapacidad Laboral Transitoria.

A día de hoy, la IT se configura como la prestación más problemática y caótica de todo el sistema de Seguridad Social. Tanto es así, que a pesar de la cascada de reformas legislativas que la han acontecido, no se ha conseguido todavía solucionar buena parte de su hasta la fecha ineficaz y difícil regulación.

Y ello se debe principalmente, a que se trata de una institución poliédrica en la que confluye el entrecruzamiento de tres niveles normativos distintos: el de asistencia sanitaria, el de suspensión de la relación laboral y por último, el de la prestación económica de Seguridad Social. Esta triple confluencia se va complicando en la medida en que estos dos últimos planos vienen condicionados por el control que ejerce el primero de estos, pues es precisamente aquel el que determina la existencia del subsidio de Seguridad Social y el mantenimiento de la interrupción del contrato de trabajo.

Se comprueba como dentro de este ámbito se produce una clara separación entre el plano financiero y el sanitario. Todo ello unido a la participación de los distintos agentes intervinientes: el Servicio Público de Salud, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, y las empresas colaboradoras, convierten a ésta en la prestación "más atormentada de todo el sistema social"².

Se necesita para la correcta resolución de sus problemas interpretativos, no sólo el recurso a los pronunciamientos doctrinales y jurisprudencial recaídos sobre esta espinosa cuestión, sino también, un manejo casi magistral de toda la normativa que en torno a ella gira. Son constantes las remisiones normativas a textos anteriores a la promulgación de la Constitución de 1978,

² Tal y como se refiere a ella el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, José Ignacio García Ninet.

por no hablar de las lagunas que todavía permanecen sin resolver y que entorpecen el esclarecimiento de lo dispuesto por el legislador.

Toda esta parcheada regulación que permanece vigente, necesita urgentemente de un nuevo estudio y de una nueva configuración por la que se establezcan nuevas bases acordes con los principios impuestos por el sistema de Seguridad Social.

En efecto, constituye piedra angular de esta institución, las figuras del “fraude” y del “absentismo injustificado”, sin ellas, no sería posible las constantes revisiones a las que se encuentra expuestas la incapacidad temporal. Se pretende por todos los medios corregir esas deficiencias o errores a los que conduce esta prestación, reduciendo a un tiempo, los elevados costes que se originan por esta causa. Sin embargo, esta arma de doble filo no sólo conduce a experimentar continuos vaivenes normativos, sino que incluso, llega a poner en duda los cimientos por los que erigió el ordenamiento social vigente. De ahí que no sea infrecuente encontrar a trabajadores total o parcialmente incapacitados, pero que jurídicamente se encuentren desamparados ante la inoperancia de las normas en vigor.

A todo esto, se le suma la inminente etapa de crisis económica por la que atravesamos, la cual plantea la necesidad de coordinar opciones que disminuyan por una parte los niveles de fraude al sistema de Seguridad Social y por otra, mantenga el sistema de protección para el caso de que se sobrevenga una enfermedad (común o profesional) o un accidente sea o no de trabajo (art. 128. 1 a) LGSS) determinante de una situación de IT.

En el presente trabajo titulado: “La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social”, se pretende abordar de una manera minuciosa y exhaustiva, todos los elementos de la compleja red legal entretejida por la cada vez más retocada normativa laboral. Así pues, se trata de ofrecer las herramientas conceptuales necesarias para la comprensión de esta realidad social, así como una descripción completa de la función, organización y mecánica funcional de la incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social española.

De manera esencial, mi labor se ha centrado en la problemática suscitada por la incapacidad temporal de los trabajadores encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social. No obstante, cabe destacar, que la extensión y la profundidad propia del régimen general hacen de éste una materia de estudio que puede generar una ingente cantidad de trabajo académico. De este modo y para poder realizar un tratamiento profesional que haga justicia a la enorme relevancia que atesora a este ordenamiento, ha sido imprescindible

limitarse a los supuestos abarcados por el ya citado régimen, excluyendo pues, aquellos otros que rigen por los regímenes especiales.

Empleando esencialmente una metodología jurídica, en las que se combina el uso de las distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, a la vez que se plasman con rigor y conocimiento de causa, los criterios y técnicas más utilizados por las Instituciones y organismos gestores de esta prestación, se aspira de este modo a conseguir un trabajo de calidad.

Esta investigación aparece sistematizada y estructurada en cinco grandes capítulos, en los que se plasma de una manera estratificada todo el régimen jurídico regulador de los procesos de incapacidad temporal.

En la primera parte de esta obra: "Formación histórica y ordenación legal de la incapacidad temporal", se comienzan a marcar las primeras pautas introductorias que dieron origen al nacimiento de la prestación temporal. La idea no es otra, que la de mostrar una línea evolutiva creciente que ha ido mejorando y perfeccionándose con el paso del tiempo.

Finaliza esta sección con la exposición y enumeración de las últimas reformas habidas en la materia, que no han sido pocas, buscándose con ello ofrecer al lector una panorámica general que le sirva de base para un entendimiento óptimo de la contingencia elegida y de sus antecedentes más próximos.

A pesar de la multitud de reformas legislativas habidas a cerca de esta prestación, su incidencia y afectación no ha conseguido solventar muchos de los problemas que se han planteado. Y es que, la mayoría ellas, carecieron del necesario desarrollo reglamentario y singularmente no han sido objeto de replanteamiento, en el sentido de corregir o completar las insuficiencias originarias. Por esto la IT, constituye hoy en día una cuestión jurídico-social de suma importancia, actualidad y debate.

Actualmente, con las nuevas reformas sufridas por esta prestación, se ha reabierto de nuevo el debate acerca de cuestiones tales como: 1) la regulación asistemática con el resto de normativa (ejemplo: con el Reglamento de Colaboración de las Mutuas); 2) La posición de las Mutuas; 3) el enorme volumen de preceptos para la gestión de ésta única prestación que, dificulta enormemente la gestión diaria de nuestras entidades; 4) la intromisión de los distintos sujetos públicos y privados; 5) la relación IT/ Desempleo, y es que muchas veces se utiliza la vía de la IT indebidamente, y más concretamente, concatenando abusivamente ambas prestaciones; 6) el pago directo de la prestación en caso de contingencias profesionales, y es que con la nueva reforma de la Ley 40/2007 lo único que se está consiguiendo es agravar

todavía más el “efecto llamada” de la contingencia común hacia la profesional; 7) los problemas en general de control de la prestación; 8) la reducción de la duración de la prestación en los procesos de larga duración (reformada por la actual Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010); 9) el recorte de las mejoras voluntarias por incapacidad temporal a causa del accidente no laboral y/o enfermedad común, que ya no sólo se prevé por los agentes negociadores sociales, sino también por las normativas emanadas del ejecutivo... etcétera.

En el capítulo II de esta investigación: “El sistema normativo de la protección por Incapacidad Temporal”, se trazan y delimitan los lindes que acotan al conjunto normativo general vigente de la Incapacidad Temporal. Así pues, para analizar la configuración jurídica general de esta prestación, ha sido estrictamente necesario, tomar en consideración su régimen jurídico pues sólo a partir de él, ha sido posible, establecer correctamente la categorización jurídica de una determinada institución, en nuestro caso la Incapacidad Temporal.

A falta de un concepto definido de incapacidad temporal, se configuran en el artículo 128 de la LGSS las notas o elementos más característicos de esta contingencia, que son la alteración de la salud, la cual determina la necesidad de atención por parte de la asistencia sanitaria; el efecto incapacitante y; la temporalidad de la situación.

La asistencia sanitaria constituye un requisito esencial para que nazca y se mantenga la situación de IT, además de ser un elemento vinculado a la transitoriedad del proceso patológico, el cual se encuentra en fase de curación.

A este respecto no faltan opiniones, que interpretan que aquí se encuentra la principal causa de fraude al sistema, ya que entienden que los profesionales médicos competentes que en este ámbito actúan, no son precisamente asépticos e imparciales. Se piensa que las bajas que se conceden son a personas que realmente no están incapacitadas para trabajar y viceversa, y es que esa sombra de fraude “*bajo cada trabajador enfermo hay un simulador o defraudador*”³, constituye el fundamento último de todas las adaptaciones normativas (en cuanto a la reducción de la temporalidad de la prestación, el incremento del control y la gestión de esta prestación) habidas en este campo.

Por otra parte, encontramos autores que entienden que esa obsesión por controlar el fraude nos lleva a una restricción de los derechos (a la salud, a la

³ En palabras del profesor Mercader Uguina.

necesidad de tratamiento médico, a la recuperación...) de los trabajadores que ven mermadas sus capacidades laborales.

Otro elemento importante, es el del efecto incapacitante. La Ley habla de que “*se debe estar impedido para el trabajo*”, sin concretar nada más, por lo que se deja al arbitrio y discrecionalidad del facultativo correspondiente, la determinación del nivel invalidante de las lesiones.

El tercer elemento, la temporalidad, hace referencia no sólo a la duración limitada de la protección, sino también a la transitoriedad del efecto incapacitante. Constituye este punto, precisamente, uno de los más reformados por el legislador en estos últimos años en ese intento por frenar los estados de abuso a los que son proclives los trabajadores.

A parte de estos elementos, se analizan también en este segundo capítulo los requisitos necesarios para el acceso al disfrute de esta prestación, a saber: afiliación, alta, situación asimilada al alta y cotización, así como las reglas previstas por la normativa de Seguridad Social dependiendo de la causa que ha originado la incapacidad temporal.

El tercer capítulo de este trabajo: “La cobertura de la prestación. Las prestaciones en particular”, se dedica fundamentalmente a tratar, toda la problemática que sobrevuela en torno al trato diferencial que en nuestro ordenamiento jurídico se otorga a la IT por causas comunes, y la IT por motivos profesionales. Y es que, lejos de avanzar en pro de una unificación de ambos riesgos, se ha potenciado y acrecentado, aun más, las divergencias entre ambas contingencias. Lo cual contradice, en líneas generales, las recientes orientaciones de la propia doctrina de la Organización Internacional del Trabajo, en el sentido de proteger, a través de la Seguridad Social, los estados de necesidad de todos los trabajadores, con independencia de cual sea la causa que las ocasiona.

Todo ello se debe a que se presume nuevamente el fraude. Razón por la cual se explica, el aumento de los gastos que azota implacable a las arcas públicas del Estado. Para lo cual, nuestro legislador reacciona de manera drástica y desigual ante dos situaciones, que a fin de cuentas, desembocan en un mismo estado, esto es, una incapacidad temporal.

Esa misma legislación, se ha hecho igualmente extensible al otorgamiento de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Así pues, los agentes sociales obstinados de la misma manera que nuestro legislador, apuestan por reducir el pago de esta protección social complementaria bajo el pretexto de que de este

modo, se podrán aminorar los niveles de abuso y absentismo injustificados en las empresas durante los procesos IT de corta duración.

Además de lo anterior, cabe señalar también, que el actual gobierno ha adoptado en sendos sentidos, medidas legislativas enfocadas para el personal laboral y funcionariado encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social. De este modo, recientemente ha podido ver la luz, el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, normativa que destaca, muy especialmente, por sobrepasar los límites impuesto por nuestra Constitución Española.

Todas estas medidas merecen una valoración crítica, de ahí que se haya dedicado un apartado exclusivo, a valorarlas desde un punto de vista lo más objetivamente posible.

En último lugar, se estudia en este capítulo, una figura particularmente conflictiva como es la del “recargo por prestaciones”. Si bien, su estudio no se centra en analizar al mínimo detalle, todos y cada uno de los extremos que en esta compleja figura se encierran, pues no es el objeto de esta tesis, pero lo que si es cierto, es que no podemos dejar de obviar su existencia y su influencia para los estados de incapacidad temporal provenientes por razones profesionales. Y es que, la utilización de unas correctas medidas de prevención de riesgos laborales, constituye una pieza esencial para la buena marcha de toda empresa.

Con el título de: “Dinámica de la protección: nacimiento, duración y extinción”, se presenta a continuación el cuarto capítulo. Dentro de esta penúltima sección, se han examinado temas tan discutidos como son lo de determinación del *dies a quo* en el disfrute de la prestación económica, la duración inicial, la duración máxima, las distintas prórrogas, las recaídas, la suspensión y la extinción del derecho a la misma.

En relación a estos dos últimos apartados, finalmente, se han examinado las relaciones entre las distintas entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social implicadas, a efectos de poder anular, suspender y extinguir el derecho a la incapacidad temporal. En juego de intereses contrapuestos entre el INSS y las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional, y la ansiedad de todas ellas por adquirir un mayor número de competencias en la materia, no solventan para nada las deficiencias que presenta esta compleja y parcheada normativa, requiriéndose en la mayoría de los casos de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales para precisar muchos de sus extremos.

De nuevo ronda en la cabeza del legislador el miedo por evitar en abuso que hacen los trabajadores de esta prestación. De ahí, que en muchas ocasiones, el temor al absentismo injustificado y al fraude han constituido una razón de peso para que las empresas y las MATEPs se decanten por controlar estas “situaciones de baja” de una forma privada y en algunos casos, conculcando derechos fundamentales garantizados con la máxima protección constitucional. Y es que, ya sea por una regulación defectuosa o por una falta de mecanismos preventivos e incentivadores para los trabajadores, han proliferado en la práctica estos procedimientos de moralidad cuestionable, al margen de los controles que otorgan nuestro sistema público social.

Finalmente, en el Capítulo V se analiza “La gestión y el control de la incapacidad temporal”, tema que constituye uno de los más importantes de esta materia, debido a que toda la problemática anteriormente analizada converge en él.

Precisamente, en esta última parte se aborda los conflictos de competencias entre las distintas entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social de las que son protagonistas: el INSS, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional y las empresas.

La clara separación entre las facultades que les corresponden a los Servicios Públicos de Salud y al INSS, no ha hecho más que complicar el panorama existente. En efecto, mientras que los primeros se encargan de atribuir la asistencia sanitaria, y por tanto, son los que determinan el comienzo de la prestación, los segundos por el contrario, responden únicamente del pago de esa contingencia.

A causa del clima de desconfianza que fue forjándose con el paso de los años, ya que aumentaba de una manera relevante los gastos a favor de los procesos de incapacidad temporal, la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, posteriormente, reforzada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, pusieron fin a todas aquellas inseguridades que con anterioridad se habían generado, al reforzar el papel de las entidades gestoras. No sólo se le atribuyó al INSS⁴ el poder para conocer, en su más amplio sentido de las IT que superasen los 365 días, sino que además, se le otorgó competencias para controlar los procesos de corta duración de los que son responsables los SPS.

A lo anterior hay que sumar, la presencia de los sujetos privados en la gestión, MATEPS y empresas colaboradoras, a quienes la legislación les ha facultado

⁴ O en su caso al Instituto Social de la Marina, cuando se trate de la gestión y control de los procesos derivados de IT para los trabajadores del mar.

para conocer también, prácticamente en igual de condiciones que la gestora, de las incapacidad temporales. Aunque si bien, caben establecerse diferencias dependiendo del riesgo originario de la misma.

Tras estas consideraciones cabe concluir que la incapacidad temporal representa un elemento indispensable en cualquier sociedad democrática que, por tanto, garantice los derechos de los trabajadores y la igualdad entre los mismos. No obstante, los mecanismos por los que se pretende asegurar dicha prestación, sin que por ello sea vulnerable al engaño y al abuso ilegal de los beneficios que entraña su disfrute, son motivo de un acalorado debate tanto en las formas como en sus contenidos aún hoy día, tras más de treinta años de democracia española. La controversia que despierta este verdadero punto de ruptura en el prisma de la Seguridad Social mantiene en vilo a toda la sociedad, en base al pulso sostenido entre aquellos que abogan por anteponer la protección del trabajador, aún a costa de que el sistema sea más fácilmente víctima del fraude, y aquellos otros que se posicionan de una manera diametralmente opuesta a los primeros. La complejidad del tema y la dificultad para dilucidar sus entresijos son tales que ha merecido, no por primera vez, pero probablemente tampoco por última, la elaboración de la presente tesis doctoral.

CAPÍTULO I. FORMACIÓN HISTÓRICA Y ORDENACIÓN LEGAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Desde muy antiguo, la sociedad se ha percatado de la existencia de enfermedades en el ser humano y de la necesidad de su protección⁵. La inclinación por el riesgo y el deseo de seguridad representan dos tendencias fundamentales del espíritu humano⁶. Sin embargo, como veremos a lo largo de este trabajo, el amparo y la protección frente a esa situación no siempre se ha llevado a cabo de la misma forma, sino que por el contrario, ha ido variando y cambiando en función del momento histórico y de las concretas circunstancias sociales.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA NECESARIA PROTECCIÓN DE LA ENFERMEDAD Y SUS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN

Generalmente encontramos dos técnicas de protección frente a la enfermedad, la ayuda y la provisión, ahora bien, entre ellas se han desarrollado otras múltiples fórmulas que venían a instrumentarlas, ya sea en el plano individual como en el colectivo o social, ejemplo de ello es la limosna, caridad o filantropía, en el caso de la asistencia, y el ahorro individual o el seguro privado, en el caso de la provisión (también nos podemos referir a ella como previsión).⁷

Comenzaremos desarrollando brevemente la forma de ayuda (beneficencia y asistencia privada, asistencia pública y socorro mutuo) para luego proseguir con la provisión, esto es, con el examen del seguro contractual y del seguro social. Y finalmente, daremos paso al análisis exhaustivo del actual sistema de Seguridad Social.

1.1. La Ayuda

⁵ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, páginas 236 y 237.

⁶ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...op.cit.*, página 51.

⁷ VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos 8ª edición, 2012, páginas 22 y 23.

La forma más antigua de protección a las víctimas de los riesgos, ha sido, la que se llevado a cabo mediante la técnica de la ayuda⁸, ejercida primeramente a través de los grupos naturales a los que pertenecían (familia, *sippe*, *clan* o *tribu*), y posteriormente impulsada por medio de la asistencia privada, de donde emergía ese sentimiento cristiano de la *caridad*⁹ o *amor al prójimo*.

Entendemos el fenómeno de la indigencia, como: “*aquel estado en el que el individuo o su familia se encuentran expuestos a privaciones y sufrimientos como consecuencia de la carencia, e incluso temporal privación de los medios para satisfacer sus propias necesidades... por causas ya sean sociales o individuales, tales como la enfermedad o el accidente...*”. Históricamente, la indigencia ha sido objeto de intervenciones individuales o colectivas, siempre a favor de aquél que se encuentre en situación de necesidad o penuria¹⁰.

Con el desarrollo de las civilizaciones van apareciendo, cada vez más, manifestaciones de ese espíritu de caridad¹¹, así por ejemplo en el antiguo Egipto, a través de las inscripciones funerarias que aparecen en las tumbas de los notables y en el “libro de los muertos” que normalmente acompañaba a toda momia; o en Grecia en donde los indigentes o pobres podían contar con la generosidad de los individuos a la hora de distribución de comida; o incluso en Roma, en donde los denominados Colegios de artesanos romanos protegían ampliamente los riesgos y necesidades del artesano, el mercader o pescador, estando entre tales riesgos el de la enfermedad.¹²

⁸ VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...*, op.cit., páginas 22 y 23. Entiéndase por ayuda: “... cuando ya se ha producido la situación de necesidad - se ha actualizado el riesgo o evento en daño-, de modo que se trata de asistir a salir en ayuda de- quien la experimenta para superarla, o paliarla”.

⁹ DURAND. P: *La política contemporánea de Seguridad Social...*op.cit., página: 94.

¹⁰ VENTURI. A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, páginas: 21 – 23.

¹¹ CARNELUTTI. F: *Teoría General del Derecho*, Granada, Comares, 2003, página 56: “*Si alguien siente hambre y el alimento lo tiene otro, puede ocurrir que éste lo ceda por temor o por interés; más con frecuencia vemos que uno de los dos actúa aun cuando no se le haya dirigido ninguna amenaza, o bien cuando la amenaza no sea ni temible ni temida; otras, sucede porque uno ruega, o aun sin ruego. Decimos entonces que el conflicto se soluciona por caridad o por bondad del uno hacia el otro, y se ve bien que el arreglo persigue realmente la paz*”.

¹² RUMEU DE ARMAS. A: *Historia de la Previsión Social en España*, Barcelona, El Albir, S.A., 1981, páginas: 18 y; DURAND. P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, páginas: 24 a 27, quien dice que a estos colegios de artesanos se les sucedió (durante el período Republicano hasta la llegada de la alta Edad Media) los llamados *collegia* hispano- godos. Estos *collegia* se caracterizaban por no tener una única naturaleza: unos tenían carácter público, actuando así pues, como órganos de Estado; otros tenían naturaleza mixta, pública y privada;

Con el tiempo, las necesidades aumentaban, por esa razón, comienza a surgir unos edificios destinados a albergar a los pobres, extranjeros sin techo, huérfanos, inválidos, enfermos y ancianos, dando paso al surgieron de los hospitales¹³.

El ejemplo más significativo que encontramos de esta organización hospitalaria se halla en Gran Bretaña, en donde existían dos tipos de hospitales: los públicos (*Public Hospital*)¹⁴ y los denominados de “buena voluntad” (*Voluntary Hospital*)¹⁵.

Encontramos otras instituciones destinadas a la ayuda de los más necesitados como son los Montes de Piedad, en los cuales, a través de la concesión de préstamos sobre prendas sin ánimo de lucro, combaten la usura.

Tras la Reforma y la Contrarreforma¹⁶, pasó al poder real (Estado) esa labor de protección pero con ciertos límites y cautelas (siglo XVI, desarrollada tanto en los países de la reforma protestante como en los de la contrarreforma)¹⁷.

A parte del mecanismo de ayuda, pueden encontrarse también en la antigüedad otros ejemplos de socorro a los más necesitados, pero ésta vez, llevado a cabo ahora mediante la asistencia pública.

Desde un punto de vista técnico, pueden subrayarse dos rasgos diferenciadores entre la beneficencia y la asistencia social. En primer lugar, la

otros naturaleza meramente privada; y en otros casos religioso e incluso político. La protección que estos otorgaban, durante el período Republicano no se centraba de forma permanente en la asistencia a los indigentes y enfermos, ni en el subsidio a las viudas, ni en la prevención a los huérfanos¹². Tan sólo encontramos algunas excepciones a esta praxis romana de utilización de los *collegia* en algunos testimonios de Plinio, en donde se habla de la utilización, en algunas regiones de Asia (más concretamente en algún tipo de asociación griega), de las *collegia* con fines de socorro a los socios necesitados (*ad sustinendam tenuiorum inopia*). Si bien, la función de las *collegia* durante la alta Edad Media se redujo básicamente a la asistencia directa al enfermo mediante visitas, alimentos etc.

¹³ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...*, op.cit., páginas: 27 -32.

¹⁴ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...*, op.cit., página: 95. También ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas 18ª, 2006, páginas 26 y 27.

¹⁵ DURAND. P: *La política contemporánea de Seguridad Social...*, op.cit., páginas 94 y 95.

¹⁶ Afirmación realizada en el Concilio de Trento.

¹⁷ VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página 23.

beneficencia se limitaba a atender sólo las necesidades básicas de la vida, mientras que la asistencia social buscaría el mantenimiento del nivel de vida de cada individuo. En segundo lugar, mientras que la beneficencia era discrecional, la asistencia social se enmarcaba dentro de un servicio público frente al cual es posible realizar exigencias jurídicas fundadas en Derecho (aunque tampoco podía considerarse como un servicio subjetivo)¹⁸.

Desde un punto de vista ideológico, la beneficencia partía de la premisa liberal de que todo sujeto es responsable de su devenir, de modo que si un sujeto cae en la indigencia, sólo será responsabilidad suya. En consecuencia, la ayuda que recibe es por acto benéfico, acto que puede provenir de un sujeto individual (beneficencia individual) o de los poderes públicos (beneficencia pública). Este acto de beneficencia podía estar motivado por la idea de solidaridad o por ideas de carácter religioso. En cambio, aunque la beneficencia pública estaba impregnada de ideas filantrópicas e ideológicas religiosas, predominaba sobre todo, una “Política de Contención Social”. El fin de la beneficencia estaba más en la satisfacción de un interés público, que en la satisfacción de un interés individual¹⁹.

Con la asistencia social, el Estado considera que hay determinadas situaciones de extrema necesidad que deben quedar cubiertas para el conjunto de la población, de modo que si acontecen, el Estado se atribuye el deber de satisfacer tales necesidades, sin responsabilizar al sujeto. En última instancia se considera que el que un sujeto se encuentre en esa situación es un fallo colectivo de la sociedad y la sociedad debe actuar²⁰.

La civilización más antigua en la que encontramos por primera vez esta forma de asistencia pública es la griega. Existía una legislación ya en tiempos según algunos de Solón y según otros, de Pisístrato, que otorgaba, en un primer momento a los inválidos de guerra esta ayuda, y que luego se hizo extensible a cualquier ciudadano cuya enfermedad lo hiciera inútil para el

¹⁸ MALDONADO MOLINA, J.A: “Las raíces históricas de la asistencia social”, en VV.AA, GARCÍA MURCÍA, J y CASTRO ARGÜELLES, M^a (DIRECT) y RODRÍGUEZ CARDO, I.A (DOCUMENT): *Legislación histórica de Previsión Social en el centenario del Instituto Nacional de Previsión textos y comentarios*, Navarra, Thomson Reuters- Aranzadi, 2009, páginas: 27 y 28.

¹⁹ MALDONADO MOLINA, J.A: “Las raíces históricas de la asistencia social”, en VV.AA, GARCÍA MURCÍA, J y CASTRO ARGÜELLES, M^a (DIRECT) y RODRÍGUEZ CARDO, I.A (DOCUMENT): *Legislación histórica de Previsión Social en el centenario del Instituto Nacional de Previsión...op.cit.*, página: 28.

²⁰ MALDONADO MOLINA, J.A: “Las raíces históricas de la asistencia social”, en VV.AA, GARCÍA MURCÍA, J y CASTRO ARGÜELLES, M^a (DIRECT) y RODRÍGUEZ CARDO, I.A (DOCUMENT): *Legislación histórica de Previsión Social en el centenario del Instituto Nacional de Previsión...op.cit.*, páginas: 28 y 29.

trabajo, cuando poseyera no menos de tres “minas” y no tuviera hijos en condición de socorrerlo, un subsidio.

Durante la Edad Media, con la llegada de la famosa *Old Poor Law*, se introdujo en la sociedad el principio de que a toda la comunidad o ente autonómico territorial, debía prestar esa obligación de asistencia a los indigentes. Pasándose así de un régimen de voluntariedad a uno de obligatoriedad²¹.

Con posterioridad, debido a la promulgación durante los siglos XVI, XVII y XVIII de una serie de leyes destinadas a erradicar la pobreza, nacen en 1783 las denominadas “workhouse”, las cuales son descritas por el profesor VENTURI como lugares espantoso, sin disciplina, insalubres y en donde se mezclaban: mujeres, niños, ancianos sanos y enfermos...etcétera²².

Otra forma de eliminar la indigencia, fueron los “farming-out the poor”²³, o sea, conceder la asistencia de los pobres a los especuladores²⁴.

La *Poor Law* con el tiempo sufrirá numerosas reformas, hasta que el 1948 fue derogada y sus preceptos absorbidos por el ordenamiento de Seguridad Social en Inglaterra.

Ya con la llegada de la Revolución Francesa, aparece la tercera forma de ayuda frente a la enfermedad, el socorro mutuo²⁵. Con ella, se produce una renovación de los principios en los que se basa la asistencia pública, se retoma las anteriores concepciones de “amor al prójimo” y de conservación social por parte de los poderosos, y se comienza a hablar de un derecho natural del indigente.

²¹ En palabras de CULLOCH, M: *Principles of Political Economy*, Londres, printed by William Blackwood and sons, Edimburgh, 1852, página 406: se ve claramente como la pobreza cualquiera que fuese su causa, era considerada como un desorden público, de la misma forma que los estercoleros, los animales nocivos y los vagabundos; por eso, ese desorden debían eliminarse en la forma y por medios señalados por ley. Es más, el Estado tomaba en consideración medidas de socorro social a favor de los indigentes ya que, se mostraba preocupado por el peligro que estos podía entrañar a la paz pública y no por ese deseo de mejorar la suerte de aquellos infelices.

²² Eran considerados más prisiones, que centros de recuperación, tal era, que se reguló legalmente, la oferta de refugio en ellos, como forma o medio de reducir el número de aspirantes a la asistencia.

²³ Lo traduciríamos como “erradicación de los pobres”.

²⁴ Consistía básicamente: en criar a niños, curar enfermos... etcétera, con le propósito de obtener el mayor beneficio a costa de quienes se los confiaban.

²⁵ Estas instituciones mutuales o de “socorro mutuo”, generalmente con base gremial, eran soportadas por cotizaciones de sus miembros, que otorgaban derecho a prestaciones rudimentarias de enfermedad y muerte. ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad...* op.cit., página 27.

El nuevo espíritu de solidaridad social no se plasma hasta la llegada de la Constitución francesa o también llamada de la Montaña, del año 1793, en donde la Convención declara que: “*los socorros públicos son una deuda sagrada. La Sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos infortunados, bien sea procurándoles trabajo, bien asegurándoles los medios de subsistencia a los que no se encuentran en condiciones de trabajar*”.

La asistencia pública se mantuvo durante el siglo XIX y hasta bien entrado el siglo XX. De hecho, ni la propia Revolución Industrial, ni tampoco el advenimiento de la teoría del servicio público en el liberalismo tardío, modificarían dicha situación²⁶.

En el caso de España, con la Constitución de Cádiz de 1812 se estableció: “la obligación de los Ayuntamientos de cuidar hospitales, hospicios, casa de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescribían”²⁷, y a las Diputaciones Provinciales “cuidar de que los establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objetivo, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes para la reforma de los abusos que observaren” (art. 335,8º).

Con el desarrollo de esa previsión constitucional, y al margen de iniciativas menores, las Cortes Extraordinarias aprobaron el 27 de diciembre de 1921 el Decreto XL²⁸, por el que se crea la primera Ley General que en nuestro país se conoce a este respecto, siendo promulgada el 6 de febrero de 1822. Esta normativa se caracterizaba por racionalizar el sistema de beneficencia pública en dos planos: el organizativo, en donde se mandó constituir en todos los pueblos una Junta Municipal de Beneficencia (art. 1, 17 y siguientes) y el reorganizativo, instituyéndose pues un protosistema de solidaridad territorial²⁹. Sólo podían acceder a este sistema quienes eran pobres de verdad³⁰.

²⁶ VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., páginas 23 y 24.

²⁷ Art. 321, 6 de la Constitución de Cádiz de 1812.

²⁸ MALDONADO MOLINA, J.A: “*Las raíces históricas de la asistencia social*”, en VV.AA, GARCÍA MURCÍA, J y CASTRO ARGÜELLES, Mª (DIRECT) y RODRÍGUEZ CARDO, I.A (DOCUMENT): *Legislación histórica de Previsión Social en el centenario del Instituto Nacional de Previsión...* op.cit., página: 29.

²⁹ Sin embargo, en esta época encontramos críticas a este sistema por parte de los políticos liberales y economistas clásicos, ya que se trataba de un sistema que restringía la oferta de trabajo. Ya con el surgimiento del Estado liberal se vio pernicioso e incluso perjudicial esta situación, la cual afectaba negativamente a la economía del país. A ello se le suma el aumento del gasto público. Era necesario acabar con esta situación, ya que las personas no podían seguir dependiendo de estas instituciones

En cualquier caso, esta Ley de 1822 elaborada durante el Trienio Liberal, no llegó a aplicarse en la práctica, sucediéndole a la misma, la Ley de 1849 de Beneficencia, la cual, se mantuvo vigente hasta 1994³¹.

La misma, nació con motivo de la aprobación del texto constitucional de 1837 que veía la imperiosa necesidad de articular una nueva Ley de Asistencia Pública. Sin embargo, ésta no fue una mera adaptación de la Ley de 1822 a la constitución de 1845, sino que supuso implicar al estado en la asistencia³².

En cualquier caso, la asistencia pública durante el siglo XX asumirá una doble función:

- La institucional: prestada por instituciones específicas, generalmente fundaciones que tienen sus origen en actos de liberalidad de privados y posteriormente reconocidas por el Estado como entes públicos, en donde cada una de las cuales desarrolla su propia y autónoma actividad de acuerdo con sus propios estatutos y;
- La asistencia legal: o sea, por disposición de la ley, en donde incumbe al Estado, a los entes públicos territoriales e incluso a los propios entes públicos que la ley se crea como instrumento para la consecución de los fines que el propio Estado se propone.

La asistencia institucional, se encontraba más indeterminada, mientras que por el contrario, la asistencia legal estaba más determinada, y la misma se atribuía a diferentes sujetos – por ejemplo en Italia, era al propio Estado, provincias y a los municipios- las distintas ramas de socorro.

(privadas, religiosas, locales municipales o provinciales). Era necesario que las personas trabajasen y ganasen con ello el salario suficiente para poder sobrevivir.

³⁰ COMÍN.F: “Las fases históricas de la Seguridad Social en la España del siglo XX”, en VV. AA TORTUERO PLAZA. J.L (DIRECTOR Y COORDINADOR): *Cien Años de Protección Social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, página 643.

³¹ VIDA SORIA. J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página 24.

³² MALDONADO MOLINA, J.A: “Las raíces históricas de la asistencia social”, en VV.AA, GARCÍA MURCÍA, J y CASTRO ARGÜELLES, M^a (DIRECT) y RODRÍGUEZ CARDO, I.A (DOCUMENT): *Legislación histórica de Previsión Social en el centenario del Instituto Nacional de Previsión...* op.cit., página: 30.

Estas prestaciones asistenciales se dividían en dos grandes categorías, por un lado, el albergue llevado a cabo en establecimientos al efecto (asilos, hospitales, orfanatos, manicomios...) y por otro lado, la asistencia domiciliaria (la cual podía consistir en prestaciones en especie: comida, vestido, funeral, sepultura...)³³.

Con la Revolución Industrial (segunda mitad del siglo XVIII y principios del siglo XIX) la vida social sufre una profunda alteración, lo cual influirá notablemente sobre el concepto y práctica de la asistencia. Se produce la introducción de las máquinas, la desaparición del predominio de la economía agraria y su sustitución por el tráfico internacional de los mercados locales; la antigua empresa artesanal se ve sustituida por un tipo de empresa industrial y comercial y con ello, las antiguas formas de gestión de carácter familiar desaparecen para dar paso a una gran masa de asalariados. A ello se le suman otros factores como: la inexperiencia de los trabajadores en el uso de las nuevas máquinas, la falta de medidas de seguridad, el agotamiento por las largas jornadas que se hacían... etcétera³⁴. Todo esto trae como consecuencia que el accidente de trabajo se generalice sobre la población trabajadora³⁵.

Las condiciones eran duras, además de estar pasando por un período de transformación económica, lo que motivaba la dificultad de disfrutar del propio sustento o salario, ya que el mismo se encontraba sujeto a cualquier acontecimiento de naturaleza fisiológica o patológica que pudiera producir una incapacidad temporal o permanente para el trabajo, así como los riesgos, derivados de la coyuntura económica, general o particular, de un oficio o industria, en virtud de los cuales la persona apta y voluntariosa no acierta a encontrar ocupación.

Fue precisamente en esta época cuando se produjo el surgimiento del proletariado urbano e industrial, el cual, determinó una situación de conflicto de intereses con respecto a las dos clases de empresarios y trabajadores. Ello acarreó importantes problemas al Estado moderno. Ante este panorama tanto la beneficencia privada como la asistencia pública se mostraban insuficientes

³³ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 55 y 56.

³⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R: "Los Orígenes de la Seguridad Social en España", en VV.AA: *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, páginas 23 y 24.

³⁵ Antiguamente, en la sociedad preindustrial, los accidentes de trabajo ni siquiera habían nacido como concepto ya que no tenían una importancia grande como realidad social.

para resolver los problemas existentes³⁶, por lo que ante un accidente de trabajo o una enfermedad, e incluso un desequilibrio económico, el sujeto al que sobreviniera estas causas se encontraba desprotegido³⁷.

En estas circunstancias, ante la necesidad de prevenir de algún modo, cuando menos, las causas más evidentes de los riesgos a los que se encontraban expuestas las clases trabajadoras, los diferentes Estados iniciaron la tarea de elaborar una legislación protectora para la clase obrera (por ejemplo, con limitaciones de jornada, higiene en el trabajo...). Por su parte, algunos grupos de trabajadores más avanzados comenzaron a reunirse³⁸, con la intención de repartirse entre los mismos la carga necesaria para socorrer a cada uno de ellos cuando cayera en un determinado estado de necesidad³⁹. Ejemplos de estas asociaciones de trabajadores fueron las: *Friendly Societies*; *Penny Club o Halfpenny Club*; *Yearly Society o Sharing-out Society*.

El fenómeno de asociación de trabajadores para el mutuo socorro se desarrolló en la mayoría de las civilizaciones: EE.UU, Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Gran Bretaña, Holanda, Bélgica, Suiza, Dinamarca, Italia...etcétera. Sin embargo, este tipo de asociaciones aunque han ocupado un papel importante en la historia, muchas de ellas terminaron su existencia en bancarrota, y es que no todo eran ventajas. Encontramos así, algunos inconvenientes, por ejemplo: los afiliados a estas asociaciones mutualistas siempre eran una pequeña minoría; los propios asociados no atendían

³⁶ Ello fue por dos motivos: 1. Porque se disponían de medios insuficientes frente a las necesidades e inconstante en cuanto el aumento y la coyuntura y; 2. Eran sistemas que se veían afectados por un vicio congénito de antieconomicidad en la utilización de los fondos disponibles.

Todo ello unido, a la imposibilidad por parte de los individuos de acumular una reserva personal capaz de afrontar los riesgos (como consecuencia de la supresión de la renta o el surgimiento de imprevistas exigencias, constituyó la causa primordial del surgimiento de la indigencia); motivó que estos comenzaron a agruparse y a crear fondos comunes que, pudieran auxiliar a quien, entre sus miembros, se viera afectado por una situación de necesidad, temporal o permanente, que propiciara su conversión a una situación de indigencia.

³⁷ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 66 y 67.

³⁸ Para entonces, las antiguas corporaciones y hermandades habían sido suprimidas, e incluso se había extinguido cualquier otra forma de asociación basada en el principio de "comunidad de riesgos" entre todos los participantes.

³⁹ De esta forma los trabajadores se aseguraron en caso de sufrir alguna desgracia que le privara del cualquier medio para sostenerse, tener así la certeza de recibir la ayuda de un fondo común. Ya no estamos hablando de una limosna o de una subvención, sino de un derecho propio, adquirido a través del sacrificio de los contribuyentes.

regularmente a sus contribuciones⁴⁰; negativa gestión por ignorancia o incapacidad de los dirigentes...etcétera⁴¹.

No sólo encontramos este tipo de asociacionismo obrero, así mismo y tal y como señala el profesor ALARCÓN CARACUEL, podemos encontrar hasta tres tipos distintos, aunque complementarios, de asociacionismo: 1. Mutualismo (sociedades de socorro mutuo – ya visto-); 2. Cooperativismo (o cooperativas de consumo y producción) y 3. Sindicalismo (sociedades de resistencia).

La primera de estas direcciones, respondía como ya hemos visto, a la idea de aliviar la nada envidiable situación del obrero sin atacar a la raíz de la misma. La segunda iba un poco más lejos: se alimenta del mito de la posibilidad de construir un sistema de producción más justo, paralelo al existente, y que acabaría imponiéndose por su mayor rendimiento económico y superior calidad ética. La tercera, en fin, se proponía como objetivo la lucha contra el sistema capitalista, y dentro de él, para conseguir que el trabajador vendiera su piel lo más cara posible⁴².

1.2. La Provisión

La provisión, debe ser entendida como la acción de prever, más la de predisponer los medios que previsiblemente servirán para remediar esa situación de necesidad, para cuando llegue, si llega, pues algunas son inciertas o aleatorias⁴³.

Dentro de esta otra gran forma de protección frente a la enfermedad, encontramos distintas técnicas: 1) la del seguro contractual y seguro popular; y 2) la del Seguro Social.

El seguro contractual, constituyó otra forma de lucha contra la indigencia. Es fruto de la iniciativa privada y está motivada por el incentivo del beneficio,

⁴⁰ Así pues, era frecuente que en momentos de crisis económicas o crisis individuales, los mismos abandonaron la asociación.

⁴¹ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 68 - 75.

⁴² PALOMEQUE, M.C: *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo, 1873-1923*, Madrid, Akal/ Universitaria, 1980, página 23.

⁴³ VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página 23.

ahora bien, no persigue para nada el ánimo de lucro sino una especie de mutuo socorro. En este nuevo sistema el empresario capitalista, para dirigir la empresa con criterios económicos, debía garantizar el saneamiento financiero sobre la base de cálculos actuariales y poner, así, las bases de la posterior extensión y desarrollo del seguro como instrumento de progreso social. Se caracterizaba por ser un seguro voluntario.

El origen del seguro contractual fue muy distinto en función de las necesidades y del ambiente social. Así pues, la primera forma de seguro en aparecer fue el marítimo (siglo XVI), y ya con posterioridad, se desarrollaron otras formas de seguro como por ejemplo: el seguro de daños⁴⁴; el seguro contra incendios-entre los años 1666 y 1684-; seguro contra el riesgo del transporte terrestre, hurtos, ganado, granizo; seguro de vida, seguro contra accidentes⁴⁵... etcétera. Algunos tipos de seguros (ejemplo: el de vida y accidentes) entrañaban la dificultad de que no podían satisfacer las exigencias de quienes pertenecían a la categoría de asalariados, ya que a ellos recurrían únicamente personas pudientes, es decir, aquellas dotadas de recursos económicos. Las empresas tuvieron en cuenta esta consideración y por ello, con el tiempo, desarrollaron particulares tipos de contrato de seguro en relación con las posibilidades y deseos de la clase trabajadora, nacieron así los llamados: seguros populares⁴⁶. Estos permitieron así asegurarse una ayuda para las eventuales vicisitudes futuras.

Este ambiente fue proclive para el nacimiento *ex novo* de sociedades de seguro mutuo⁴⁷, las cuales, estaban constituidas entre los pertenecientes a la

⁴⁴ El seguro de daños era aquel que podía abrirse y cerrarse en el período de un viaje.

⁴⁵ Este fue sin duda el más complejo de los seguros y el que más evolución sufrió. Brotaba en caso de que el empresario fuese el responsable de los daños ocasionados por un accidente de trabajo ocurridos en sus dependencias, lo cual resultaba muy difícil de probar, en un primer momento la carga de la prueba (de que el empresario era responsable) correspondía al obrero accidentado, con posterioridad se paso a la teoría de la "inversión de la carga de la prueba", o sea, que era ahora el empresario el que debía de probar el origen fortuito del evento o negligencia del obrero. En países como los anglosajones, la única posibilidad que el derecho común ofrecía al trabajador accidentado era intentar una acción civil por daños contra el empresario, en donde debía de probarse nuevamente esa difícil relación de causalidad, y la culpa por consiguiente del empresario. Sin embargo este seguro resultaba de imposible ejercicio en el supuesto de accidente mortal, ya que hablamos de un derecho personal que muere junto con la persona accidentada.

⁴⁶ Los seguros populares, al igual que los seguros contractuales cubrían riesgos tales como: la muerte, la invalidez permanente, el accidente, la enfermedad.

⁴⁷ Estas sociedades de seguro mutuo, constituían la transformación de las antiguas sociedades de socorro mutuo.

clase trabajadora, quienes, celebrando el contrato de sociedad, asumían igualmente la condición de asegurados.

El sistema de seguros contractuales podía revestir dos principales formas: la del seguro individual y la de seguro de grupo o empresarial.

La primera de las formas – seguro individual- podía ser de varios tipos: 1. Con empresas privadas, en condiciones de póliza ofrecidas al público en general; 2. Con empresas privadas, en condiciones de pólizas particulares destinadas a la clase trabajadora; 3. Con entidades aseguradoras de derecho público o; 4. Con sociedades mutuas, a través de la estipulación de un contrato de sociedad que tiene por finalidad el seguro.

En la segunda de las formas – seguro de grupo o empresarial- se podía hacer la clasificación entre: a) Contributiva: esto es, cuando el empresario y el trabajador contribuyen al pago de las primas a una empresa aseguradora, como consecuencia de la estipulación de una póliza colectiva, o en el pago de las cuotas a una mutua empresarial al efecto; b) No contributiva: en donde el pago de las primas al tercero asegurador o de las cuotas a la mutua empresarial se asume exclusivamente por el empresario⁴⁸.

Con el paso del tiempo, se observará la deficiencia de este sistema de seguros privados, debido fundamentalmente a los escasos recursos de las mutuas obreras y la reducida generalización de este tipo de seguro, lo que llevó a dejar a los trabajadores sin cobertura ante siniestros propios del proceso productivo, que implicaban no sólo la pérdida, temporal o definitiva, de remuneraciones sino incluso gastos adicionales, como sucedía con los accidentes, la incapacidad, las enfermedades, el desempleo y, finalmente, las jubilaciones⁴⁹.

Tras la Primera Guerra Mundial, se desarrolló en todos los países Europeos otra forma de protección frente a la indigencia, el sistema de seguro social, el cual tenía su base en el Estado de providencia o benefactor⁵⁰. Data su origen a finales del siglo XIX y principio del XX y surge como otra nueva forma de reparación y protección de los riesgos sociales, destinada a asegurar una indemnización o reparación mejor que la establecida con anterioridad⁵¹.

⁴⁸ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 77 - 97.

⁴⁹ COMÍN.F: “Las fases históricas de la Seguridad Social en la España del siglo XX”, en VV.AA, TORTUERO PLAZA. J.L (DIRECTOR Y COORDINADOR): *Cien Años de Protección Social en España...* op.cit., página 647.

⁵⁰ COMÍN.F: “Las fases históricas de la Seguridad Social en la España del siglo XX”, en VV.AA, TORTUERO PLAZA. J.L (DIRECTOR Y COORDINADOR): *Cien Años de Protección Social en España...* op.cit., página 644.

⁵¹ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., página 99.

La concepción que ahora reinaba, vea imposible dejar en manos de la beneficencia, es decir de “ese sentimiento generoso”, la cobertura de los riesgos sociales⁵². Como diría Hegel: “*la sociedad debe descubrir las necesidades y sus remedios así como, organizar la provisión de éstos*”⁵³.

El nacimiento de este sistema de seguros sociales se insertaba en el más amplio proceso de cambio social y económico vertiginoso, impulsada por el crecimiento de la población, por la industrialización, la urbanización y las migraciones internas, y favoreciendo la secularización y en la movilización política de masas. Todas estas circunstancias propiciaron nuevas fórmulas de protección social: la disolución de la sociedad estamental y de la estructura gremial, la pérdida de significación de la familia como comunidad de producción e institución asistencial contra las necesidades; la crisis del sistema tradicional de asistencia, basado en la ayuda vecinal y en las responsabilidades de los municipios, crisis ocasionada por la emigración masiva de trabajadores y del proceso de urbanización; la creciente dependencia de los mercados de trabajo bajo condiciones capitalistas de producción en donde el nivel de salario se establecía por las leyes de mercado; la disminución de las posibilidades de trabajo para mujeres, niños y viejos y la mayor dependencia de los ingresos regulares del que trabaja; el incremento de riesgos de accidentes de trabajo por máquinas; el peligro creciente del desempleo como consecuencia de las oscilaciones en la coyuntura económica y las nuevas formas de miseria masiva a ellas asociadas, y asimismo la formación y delimitación del problema de la “cuestión social obrera”. Por lo tanto, un conjunto de factores: económicos, sociales, políticos y culturales que contribuyen y explican el nacimiento de los seguros sociales⁵⁴.

En este contexto, se introdujo un cambio de presupuesto para sostener las arcas del Estado y nacieron así, impuestos tales como: la herencia, la propiedad y el patrimonio. Al mismo tiempo, se estaban asentando las bases para el nacimiento de una legislación laboral⁵⁵, que viniera a sustituir a las

⁵² ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página 27.

⁵³ HEGEL, G.W: *Filosofía del Derecho*, traducción española, Buenos Aires, 1968, página 204.

⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Colección Trabajo y Seguridad Social, Comares, 2007, páginas 143 - 145.

⁵⁵ COMÍN.F: “Las fases históricas de la Seguridad Social en la España del siglo XX”, en VV.AA, TORTUERO PLAZA. J.L (DIRECTOR Y COORDINADOR): *Cien Años de Protección Social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007... op.cit., página 648.

reglas de derecho común⁵⁶ por la cual, se trataba de proteger a los trabajadores⁵⁷ y a los particulares⁵⁸.

Fue en Alemania, bajo el gobierno del canciller Von Bismarck, cuando por primera vez se anuncia en el año 1883 la creación de unos seguros sociales. Concretamente, los primeros seguros sociales que nacieron fueron los de enfermedad, de accidentes de trabajo, de invalidez y de vejez⁵⁹.

El Seguro Social estaba dirigido a los obreros industriales, en incluso, pero sólo en un principio, a los de más baja cualificación. Se basaba en una cotización que se repartía entre empleadores y asegurados⁶⁰, a través de un sistema de gestión pública o semipública, no lucrativa, que dará lugar al nacimiento de Cajas independientes. En sus comienzos, la adscripción al Seguro Social era voluntaria (1900- 1919), aunque con el tiempo pasará a ser obligatoria (1919-1936)⁶¹.

Esta técnica del Seguro Social coincidirá en el tiempo con otra dirigida a la protección contra accidentes de trabajo, basada en una concepción evolucionada de la responsabilidad empresarial.

El pionero de entre todos los tipos de seguros obligatorios que se implantaron en nuestro país, fue el seguro de vejez. Tras este, se sucedieron una multitud de seguros: el seguro obligatorio de maternidad (1929); el seguro obligatorio por cargas familiares (1938); el seguro obligatorio por enfermedad común

⁵⁶ Que eran por entonces las reguladoras de las relaciones laborales. PERSIANI, M: *Diritto della Previdenza Sociale*, Padova, Cedam, 1996, páginas 7 y 8.

⁵⁷ Encontramos un conjunto de normativa laboral que hacía referencia al trabajo infantil, al trabajo femenino, a las condiciones de trabajo... etcétera.

⁵⁸ MONEREO PÉREZ, J.L: *Teoría General del Estado por Hans Kelsen*, Granada, Comares, 2002, página 10.

⁵⁹ VIDA SORIA. J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 27 y; DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., páginas 99 - 108.

⁶⁰ Es de destacar, que anteriormente el sistema de Seguros Sociales estaba subvencionado por el Estado.

⁶¹ Este constituye un rasgo que lo diferenciaba del anterior sistema de seguros contractuales y seguros populares. Como ya hemos puesto de manifiesto, anteriormente teníamos un sistema de "libertad subsidiaria" que resulto un fracaso, ya que el trabajador que carecía de ahorro no implantaba el correspondiente seguro.

(1942); el seguro obligatorio por invalidez (1947); el seguro obligatorio de supervivencia para proteger la contingencia viudedad (1955)...etcétera⁶².

El proceso de implantación de los Seguros Sociales siguió varios caminos, cubriendo las diferentes contingencias (ejemplo: la maternidad, la vida, la vejez...), siempre en sintonía con las concepciones político-jurídicas de cada época⁶³.

Este sistema de seguros sociales continuará hasta el advenimiento del sistema de Seguridad Social con la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963, antecedente más inmediata del actual sistema de Seguridad Social⁶⁴.

2. NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL: SU ORDENACIÓN DESINTEGRADA

Para hablar del nacimiento de la protección por Incapacidad Temporal (en adelante IT) es necesario volver a sus antecedentes más directos: el seguro por enfermedad y el seguro por accidente de trabajo.

Comenzaremos por el más antiguo de estos tipos de seguros, concretamente, el seguro de enfermedad. Sabemos, que desde muy antiguo, se ha procurado dar protección a la enfermedad a través de diferentes técnicas, a saber: la ayuda (beneficencia y asistencia privada; asistencia pública y socorro mutuo) y la provisión (primeramente con el establecimiento del seguro contractual y seguro popular y posteriormente, con la figura del seguro social).

La enfermedad, entendida como aquel estado anormal que se produce en la salud física o psíquica de la persona⁶⁵, supone una causa frecuente de necesidad, pues con motivo de ella, se debe suspender la relación laboral, por lo que, al no poder el sujeto trabajar, disminuirán sus ingresos y aumentarán por consiguiente, el número de gastos (por ejemplo: honorarios médicos,

⁶² MARTINEZ GIRON, J: "La etapa de previsión social en España", en VV.AA: *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2000, páginas 50 y 51.

⁶³ VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página 28.

⁶⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador...* op.cit., página: 143. DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., página 69.

⁶⁵ SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950, página 93.

adquisición de productos farmacéuticos, gastos de hospitalización... etcétera)⁶⁶. Y es precisamente ahí, en donde se debe actuar para no dejar al trabajador desamparado y desprotegido.

Para hacer frente a esta situación de necesidad, nace en España⁶⁷ el llamado Seguro Social de Enfermedad⁶⁸, el cual se conoce, como un servicio público técnicamente estructurado por el que se imponen determinadas obligaciones a trabajadores y empresarios, que tiene por objeto satisfacer, de una manera regular y continua, las necesidades médico-farmacéuticas de los asegurados y sus familiares⁶⁹ en caso de anormalidad en la salud, y de indemnizar proporcionalmente la pérdida de salario o de sueldo del trabajador en caso de incapacidad para el trabajo⁷⁰.

El seguro social de enfermedad podía ser de dos tipos, dependiendo del origen de la incapacidad. De un lado, estaba el seguro de enfermedad que trataba de proteger todos los estados de imposibilidad originados por causas laborales, de trabajo o profesionales. Y de otro lado, se encontraba, aquel otro seguro de enfermedad no profesional o no ocasionada por el trabajo.

Mientras que el ámbito de cobertura para el primero de estos seguros lo constituían, aquellas enfermedades que se produjesen con ocasión del trabajo: *“... se ha afirmado universalmente... como accidente indemnizable cualquier alteración de la salud psicofísica del trabajador que surja en conexión con el trabajo...o también generando, de forma imperceptible, un defecto cardíaco o*

⁶⁶ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., página 237.

⁶⁷ Ver Preámbulo de la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se crea el Seguro Social de Enfermedad en España.

⁶⁸ Este seguro llegó primero a nacer en otros países europeos antes que en España.

⁶⁹ Ver art. 8º de la Ley de 1942 por la que se crea el Seguro Social de Enfermedad en España, en donde se dice que son considerados familiares del asegurado: el cónyuge, ascendientes, descendientes e hijos adoptivos y a los hermanos menores de dieciocho años o incapacitados de una manera permanente para el trabajo. Por otra parte, el Reglamento de 1943 dispone en sus artículos 20 y 21 que, no tendrán la consideración de beneficiario, los ancianos subsidiarios de vejez que vivan en el hogar del asegurado ya que no lo hacen a expensas del mismo... todo asegurado tiene la obligación de facilitar al empresario, para su afiliación al Régimen, las circunstancias de los familiares que deben ser beneficiarios. Del mismo modo queda obligado a dar cuenta al Seguro, por conducto del empresario, o de la Organización Sindical si es productor autónomo, de cualquier variación que, con repercusión en el régimen, se produzca en su familia. Para el cumplimiento de dichas obligaciones de dispone de un plazo de quince días. GONZÁLEZ POSADA, C: *Los Seguros Sociales obligatorios en España*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946, página 341.

⁷⁰ SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas...* op.cit., página 93.

un estado artrítico (por ejemplo) o causando una de las enfermedades que se definen como profesionales⁷¹”, por el contrario, eran objeto de protección por el seguro de enfermedad no profesional: “la contingencia, cuya cobertura es objeto del seguro de enfermedad, a diferencia de lo que ocurre en los seguros de accidentes y enfermedades profesionales, no tienen su origen en el trabajo, por lo que no cabe excluir que la actividad no desarrollada por el asegurado en base a su deber profesional no influya sobre la predisposición o menor resistencia también a estados morbosos que no entran en la noción de accidente o enfermedad profesional”⁷².

La finalidad por la que se crea este seguro no es otra, que la de garantizar la protección al enfermo generalmente a través de un reembolso parcial, aunque en algunas ocasiones, podía éste llegar incluso a cubrir de una manera completa todos los gastos de enfermedad (prestaciones en especie). Cuando se tratara de un asegurado directo, la normativa específica en esta materia, preveía la concesión al enfermo de una indemnización diaria destinada a compensar la pérdida del salario (prestación en metálico)⁷³. De este modo, se permitía a toda la sociedad, tanto asegurados como no asegurados, acceder a un tratamiento médico, siendo a un mismo tiempo indemnizados por este riesgo⁷⁴. Y es que hablamos de un seguro social que atiende esencialmente al bien común y que, pretende cercenar del ambiente de vida los males evitables⁷⁵.

El aseguramiento social⁷⁶ de la enfermedad moderna, como pieza clave dentro de todo el sistema de Seguridad Social⁷⁷, se instauró primero en Alemania, como parte del programa social de Bismarck (con Ley de 15 de julio de 1883), pero lentamente fue extendiéndose hacia otros países, como por ejemplo: Gran Bretaña (seguro que aparece con la *National Insurance Act* de 1911); Francia

⁷¹ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., página 142.

⁷² VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 157 y 158.

⁷³ Ver art. 2º de la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se crea el Seguro Obligatorio de Enfermedad en España, y el art. 1º de su Reglamento, de 11 de noviembre de 1943.

⁷⁴ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., página 237.

⁷⁵ SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas...* op.cit., página 101.

⁷⁶ Se impulsó la propagación de este seguro, como política preventiva llevada a cabo por las instituciones de Seguridad Social, para contribuir a la mejora del estado de la situación sanitaria global de un país. Y es que antes de la instauración del sistema de seguros sociales, las estadísticas de los diferentes países arrojaban unos niveles de morbilidad por enfermedad muy elevados

⁷⁷ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., página 236.

(con la Ley de 30 de abril de 1930), y más tardíamente, alcanzó al resto de países europeos⁷⁸.

Se podía afirmar, que: *“el aseguramiento de la enfermedad es en todos los países de Europa occidental la clave de todo programa de seguridad social”*. Y es que, tal y como recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): *“toda persona tiene derecho a la salud, a la asistencia médica y a los seguros en caso de enfermedad”* (art. 25.1), presentándose ésta como reverso de aquélla, de la salud, que no define, quizá dando por bueno el ideal de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de: *“estado de perfecto bienestar físico, psíquico y social”*⁷⁹.

En España, el seguro de enfermedad aparece con la Ley de 14 de febrero de 1942 y su reglamento de desarrollo, no aparecerá hasta el 11 de noviembre de 1943, impulsándose el disfrute de este derecho a partir del 1 de diciembre del mencionado año. Tanto la Ley (en el art. 26) como el Reglamento (art. 89), establecen que será en Instituto Nacional de Previsión (INP)⁸⁰ el encargado de la organización, gestión y administración de este seguro, como entidad aseguradora única, mediante la Caja Nacional⁸¹ de Seguro de Enfermedad, organizada con separación absoluta de sus demás bienes y responsabilidades, y sin perjuicio para los fines del Seguro, orientada según un procedimiento unificador de los Seguros Sociales evitando toda duplicidad de cargos y servicios⁸².

El precedente más inmediato de esta Ley, lo constituyen aquellos regímenes voluntarios establecidos por las empresas para concertar con sociedades

⁷⁸ ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1ª Edición, 1994, páginas 31 y 32.

⁷⁹ ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social...* op.cit., página 34.

⁸⁰ Para un estudio completo y enriquecedor sobre los orígenes y desarrollo del INPS, véase MONEREO PÉREZ, J.L: “EL Instituto Nacional de Previsión: Ubicación histórica, social y político- jurídica”, en VV.AA, TORTUERO PLAZA, J.L (DIRECT. y COORDI): *Cien años de Protección Social en España Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2007, páginas: 43 a 154. También MONEREO PÉREZ, J.L: *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2003.

⁸¹ Se dispone que, la personalidad, responsabilidad y régimen de la Caja Nacional serán análogas a las que tengan otras Cajas Nacionales, correspondiendo al Consejo, Comisión Permanente y Comisaría del Instituto Nacional de Previsión las mismas atribuciones (arts. 99 y 100 del Reglamento). SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas...* op.cit., página 233.

⁸² Ver art. 104 de Reglamento de 11 de noviembre de 1943.

médicas y compañías de seguros la protección de sus trabajadores. Básicamente, aquí la empresa debía abonar a estos organismos unas cantidades alzadas, que generalmente eran mensuales, para que puedan estos tener derecho a recibir la asistencia sanitaria.

La tardanza de la entrada en vigor de esta Ley, por la que se constituyó el Seguro social de Enfermedad en España, trajo como consecuencia las luchas imperantes entre los diversos partidos políticos, en los que los intereses particulares en juego impedían su realización⁸³.

Entre las características de este seguro por enfermedad destacamos las siguiente: 1) estaba subordinado al cumplimiento de ciertas condiciones: haber trabajado previamente un cierto número de horas durante un período de tiempo determinado⁸⁴; haber pagado cotizaciones durante un cierto tiempo...; 2) el enfermo debía pagar gastos médicos y farmacéuticos antes de la llegada de la enfermedad⁸⁵ y; 3), la indemnización era mínima para cubrir el estado de necesidad y sólo era pagado durante un período máximo, fijado lo más corriente en 26 semanas⁸⁶.

Ya con la Ley de Seguridad Social de 1966 y con la de 1974 (Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2965/1974, de 30 de mayo⁸⁷), se separaron las prestaciones económicas de las sanitarias del antiguo seguro de enfermedad, regulando las primeras dentro de las de incapacidad laboral transitoria y de invalidez, respecto de las que la enfermedad es uno de los riesgos generadores de la contingencia protegida⁸⁸.

⁸³ Ver preámbulo de la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se implanta el Seguro Social de Enfermedad en España.

⁸⁴ Ver Capítulo II. "Campo de aplicación" de la Ley de 14 de diciembre de 1942 por la que se establece el Seguro obligatorio por Enfermedad en España. Entre los asegurados se encuentran: 1. Los productores económicamente débiles (art. 3º, 4º y 5º de la Ley y 8º al 10º del Reglamento de 11 de noviembre de 1943); 2. Los Extranjeros (art. 6º de la Ley; 18º del Reglamento y Decreto de 29 de diciembre de 1948 en su art. 1º) y; 3. Excepciones: en donde se dice que *“quedan exceptuados del Seguro de Enfermedad los funcionarios públicos o de Corporaciones cuando, en virtud de disposiciones legales, deban obtener beneficios iguales o superiores a los que concede la legislación vigente, tanto en prestaciones sanitarias como económicas, sometiéndose a las disposiciones que a tal efecto se dicten”* (art. 19º del Reglamento).

⁸⁵ Estos gastos se pagaban directamente por el empleador o por la Institución Aseguradora sin participación de la víctima en ellos.

⁸⁶ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., páginas 274 y 275.

⁸⁷ Ver BOE de 20 y 22 de julio de 1974.

⁸⁸ ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social...* op.cit., página 36.

Resulta interesante destacar que el INP, tras la puesta en marcha del sistema de Seguridad Social, asumió la gestión del reconocimiento de derecho y pago de las aportaciones económicas a cargo del “Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Psíquicos”. Así pues, la sanidad fue para el INP hasta su desaparición, su prioridad, evidenciándose así su empeño en actuar⁸⁹.

Con la advenimiento de la Constitución Española de 1978 (CE), se recogió como uno de los principios rectores para los poderes públicos, “*la organización y la tutela de la salud*” (artículo 41), y expresamente, se reconoció éste como un derecho que debía asegurarse “*a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*” (art. 43). Parece que la *mens legis* de esta previsión constitucional está puesta en un futuro servicio nacional y público de salud de cobertura y financiación generales, relativamente independizado del conjunto de la seguridad social. De esta forma, entendido ambos artículos por separado –el 41 y el 43 CE- los cuales, se refieren en general a la seguridad social, es indicio de ello, la creación del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) y su adscripción (RD 2823/1982, de 27 de noviembre, modificado por RD 1943/1986, de 19 de septiembre y por RD 987/1991, de 21 de junio, que deroga este último) al Ministerio de Sanidad y Consumo (MSC) segregándolo del de Trabajo y Seguridad Social (MTS)⁹⁰ están en la dirección constitucional señalada.

En esta materia, la competencia exclusiva, la tiene el Estado, tanto en lo que se refiere a: “*las bases y coordinación general de la sanidad*”, como, al “*régimen económico de la seguridad social*” (art. 149.1.16ª y 17ª de la CE). No obstante, reside en las Comunidades Autónomas la “*ejecución de los servicios en sanidad e higiene*” (art. 148.1.21ª CE)⁹¹.

El seguro de accidente de trabajo fue el primero en introducirse en la mayoría de las naciones⁹², además, también fue el que mayor difusión de todos

⁸⁹ M^ª ESTHER MARTINEZ QUINTEIRO: “El INP, 1962-1977. El nacimiento de la Seguridad Social”, en VV.AA. CASTILLO, S (DIRECTOR): *Solidaridad, seguridad, bienestar. Cien años de protección social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, página 144.

⁹⁰ Que posteriormente pasó a llamarse, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS) y que nuevamente, ha cambiado de denominación, por lo que ahora se le conoce como: Ministerio de Trabajo e Inmigración.

⁹¹ ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 36 y 37.

⁹² Salvo en Alemania, en donde fue primero el seguro por enfermedad.

alcanzó. Así pues, como ya se ha puesto de manifiesto, con el advenimiento de la Revolución Industrial se generalizó el accidente de trabajo, por lo que se hizo necesario el otorgamiento de una protección ante este riesgo. No es que anteriormente no se diera esa necesidad, sino que a partir de ese momento, es cuando adquiere mayor relevancia social.

La finalidad del seguro de accidentes, no era otra, que la de garantizar a cualquier trabajador asegurado la cobertura del riesgo que suponen las consecuencias económicas del estado morbosos y de la incapacidad para el trabajo, determinados por un accidente de trabajo. Por lo tanto, de una parte, se encuentra la necesidad económica que representa la asistencia sanitaria, farmacéutica y hospitalaria precisa para la curación del accidentado (lo que ahora denominados, *daño emergente*), y de otra parte, se encuentra la pérdida de ganancia, es decir, el *lucro cesante* que deriva para el accidentado en los casos de incapacidad transitoria e invalidez permanente (total o parcial), o que incluso, puede derivarse para los familiares del accidentado en el caso de muerte del trabajador como consecuencia del accidente⁹³.

Estas dos consecuencias que derivan del accidente de trabajo, trataban de ser amparadas bajo la cobertura del seguro de accidentes. Se trataba de un seguro con carácter polivalente, ya que en él se indemnizaban, tanto los riesgos provenientes de una incapacidad laboral transitoria (ILT), como de una invalidez permanente y, aquellos otros que ocasionaban la muerte del trabajador por motivos profesionales.

En caso de que produjese una ILT, mediante este seguro de accidentes se cubrían los gastos médicos y de la pérdida de salario.

A diferencia del seguro por enfermedad, en el de accidente de trabajo no era preciso haber cumplido ciertas condiciones (como las de trabajar durante un número de días, o tener cotizado un período de tiempo determinado...); al igual que tampoco adelantar los gastos médicos y farmacéuticos. Es más, la indemnización que aquí se otorgaba era muy superior a la concedida en caso de enfermedad⁹⁴, además de que no tenía límite temporal⁹⁵.

Con la aparición de la Ley de Accidentes de Trabajo del año 1900 (LAT), se sigue la línea hasta ahora señalada en lo que se refiere a una mera protección

⁹³ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., página 136.

⁹⁴ La indemnización en caso de AT casi nunca bajaba del 50% del salario, y generalmente se elevaba en dos tercios, y a veces al 70 o al 80%.

⁹⁵ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., páginas 274 y 275.

económica impuesta al empresario durante la situación de imposibilidad física del trabajador para prestar sus servicios como consecuencia del accidente de trabajo. Así pues, con la publicación de esta Ley, se materializó muchos logros, pero también se incoó otros muchos, y es que, se trataba de una Ley “*proteccionista y reparadora del obrero*”, que supuso la consagración de la responsabilidad, aunque “debilidada”, del patrono frente a los accidentes de trabajo ocurridos a sus operarios (art. 2 Ley AT 1900)⁹⁶. Es decir, se trataba de un sistema de responsabilidad privada de los empresarios para indemnizar los daños de un concreto riesgo, esto es, los accidentes de trabajo que sufra una concreta persona: el trabajador.

Basta recordar, que por aquella época, la única legislación vigente en la que regulaban las relaciones de trabajo era el Código Civil, a través de la figura del contrato de trabajo, en donde se encerraba un sistema de responsabilidad contractual y/o extracontractual o *aquiliana*⁹⁷. Por ello, constituyó un gran avance la promulgación de LAT.

La utilización por esta ley de accidentes del término incapacidad temporal, rozaba sólo en algunos aspectos a la institución que hoy se estudia como incapacidad temporal, refiriéndose únicamente en la misma, a la imposibilidad de prestar servicios y a la temporalidad de dicha situación. Es más, no existía en aquellos momentos una prestación patrimonial (que cubriera los gastos médicos y la pérdida de salario) pública que protegiera al trabajador incapacitado, ni a su situación suspensiva de la relación laboral, sino más bien, una indemnización a abonar por el empresario.

Al margen de esa referencia, el artículo 12 de la LAT establecía, la posibilidad de que los patronos sustituyeran tales obligaciones por un seguro concertado a su costa en una sociedad de seguros debidamente constituida, posibilidad que no solventaba la debilidad del empresario insolvente ya que su carácter era voluntario, lo que ante la insolvencia del empresario y la ausencia de seguro, el trabajador quedaba en una absoluta desprotección económica⁹⁸.

Posteriormente a la LAT, se encuentran también en otros textos normativos posteriores algunas otras alusiones al término IT. Así por ejemplo, cabe

⁹⁶ ALONSO OLEA, M: *El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, RMTAS, Nº 24, 2000, página 21.

⁹⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R: “ Los Orígenes...”, en VV.AA: *Seguridad Social una perspectiva histórica...* op.cit., páginas 23 y 24.

⁹⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, páginas 39 y 40.

destacar el Código de Trabajo de 1926, en el donde se hacía referencia en el artículo 149 a una tipología de incapacidades a los efectos de la indemnización por accidente de trabajo, entre la cuales enunciaba la IT, cuya definición se consagraba en el art. 150 de esa misma legislación en los siguientes términos: *“se considera incapacidad temporal toda lesión que estuviese curada en el término de un año, quedando el obrero capacitado para realizar el trabajo que estaba realizando al sufrir el accidente”*⁹⁹.

Otro ejemplo, lo constituye la Ley del contrato de trabajo de 21 de noviembre de 1931, así como la de 1944, en donde se vuelve a hablar del término IT, pero esta vez en relación a la terminación del contrato de trabajo por sufrir el obrero un accidente de trabajo o enfermedad profesional, garantizándosele la estabilidad en el empleo mientras no excediese del plazo que las leyes determinasen (art. 90 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931 y art. 79 de la LCT de 1944)¹⁰⁰. Sin embargo, todas estas alusiones no nos permiten aún hablar de la institución de IT, ya que todavía no existía la prestación patrimonial de carácter público que garantizara al trabajador en dicha situación su protección económica, derivada de la imposibilidad física tanto de un accidente de trabajo, de una enfermedad profesional, de un accidente no laboral o de una enfermedad común.

Ya en 1942, con la implantación en nuestro país del seguro obligatorio de enfermedad para *“todos los productores económicamente débiles”*, esto es, *“aquellos que con su trabajo intervengan en España en un ciclo cualquiera de la producción, bien sea por su cuenta o por cuenta ajena, así como los que trabajan en su domicilio y los colocados en servicio doméstico... así como aquellos cuyas rentas de trabajo por todos los conceptos no excedan de nueve mil pesetas anuales... con excepción de todos los trabajadores manuales que serán obligatoriamente asegurados cualesquiera que sean sus rentas de trabajo”* (art. 4º y 5 de la Ley del seguro de enfermedad y 10 del Reglamento del seguro de enfermedad), se impondrá una regulación, que no distará mucho de la que posteriormente otorgara nuestro Sistema de Seguridad Social a los sujetos beneficiarios de la situación de incapacidad temporal.

En cuanto al accidente de trabajo, el riesgo por incapacidad temporal no será cubierto hasta el seguro obligatorio de accidentes de trabajo de 1956¹⁰¹. Por lo tanto, sólo en este momento se contará con esa protección económica de

⁹⁹ Ver artículos 149 y 150 del Código de Trabajo de 1926.

¹⁰⁰ Ver art. 90 de la Ley del Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 y art. 79 de la LCT de 1944.

¹⁰¹ Ver artículo 29 del Decreto de 22 de junio de 1956 (BOE de 15/07/1956) por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación de accidente de trabajo.

carácter público, ya que en última instancia respondería el Fondo de Garantía de pendiente de la Caja Nacional¹⁰². Esta protección que hasta ahora se dispensaba, resultaba completada con las prestaciones otorgadas por las Mutualidades Laborales, cuya normativa reguladora esencial surge en 1954 a través del Reglamento General de Mutualismo Laboral¹⁰³.

No debe olvidarse, que entre las prestaciones otorgadas por ese Mutualismos Laboral, se encontraba también la protección del trabajador en los casos de enfermedad o accidente que imposibilitaba para la realización de su trabajo habitual (art. 72 del Reglamento General de Mutualidades Laborales)¹⁰⁴.

Con el advenimiento del año 1963 y la publicación de la Ley de Bases de Seguridad Social 193/1963 de 28 de diciembre, se produjo un importante giro en la protección social dispensada por la IT. Así pues, se avanza un poco más, superándose el anterior y disperso sistema de seguros sociales hasta aquel momento existente, y se establece el Sistema de Seguridad Social como hoy día lo conocemos¹⁰⁵. Este giro normativo encuentra su razón de ser, en la necesidad de corregir las deficiencias del anterior sistema de aseguramiento. Y es que, el seguro de enfermedad encerraba una serie de problemas, como por ejemplo: el aumento de los gastos a causa del efecto de la guerra; de la asistencia médica y del número de actos médicos¹⁰⁶, la organización del servicio médico necesario para el normal funcionamiento del Seguro de Enfermedad¹⁰⁷. También en el seguro por accidente de trabajo, se encontraban otras dificultades, como: la desaparición del interés preventivo por parte de los empresarios debido al sistema de reparto en la financiación entre empleadores y asalariados¹⁰⁸; las indemnizaciones tan altas en comparación con las del seguro de enfermedad, las cuales inducían a cometer actos fraudulentos como los que actualmente se conocen... etcétera.

¹⁰² Es cierto que, esto último ya se preveía en el Reglamento de la Ley de AT de 1933, aunque recordemos que, el seguro obligatorio en aquel momento no se extendía a la Incapacidad Temporal.

¹⁰³ Ver Orden de 10 de septiembre de 1954 (BOE de 17/09/1954).

¹⁰⁴ Ver art. 72 del Reglamento General de Mutualidades Laborales.

¹⁰⁵ JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página 50.

¹⁰⁶ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., páginas 238 - 242.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ POSADA, C: *Los Seguros Sociales obligatorios en España...* op.cit., página 332.

¹⁰⁸ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., páginas 271 y 272.

Con el advenimiento del sistema de Seguridad Social se supera la noción de riesgo en función de la situación o contingencia protegida, y se tiene en cuenta el “*principio de consideración conjunta de las contingencias*”. Se trataba de evitar que una misma contingencia tuviera una mayor o menor protección en función de si su origen se encontraba en un riesgo profesional o en un riesgo común. Además y desde ese momento, se comenzará ya hablar de “*todos los trabajadores*”, abarcando así a cualquier ciudadano¹⁰⁹.

No fue hasta la llegada de la LBSS de 1966 por la que se configuró la “Incapacidad Laboral Transitoria”, hoy denominada Incapacidad Temporal, cuando esta prestación recibió un tratamiento teóricamente unitario¹¹⁰, esto es, independizado de cual fuera el riesgo causante¹¹¹. Ya en la base séptima de esta ley, se estableció cuales eran las situaciones determinantes de ILT y las características correspondientes a la misma, y en su base decimoséptima, se dispuso el sistema de gestión, el cual, debía efectuarse por las Entidades Gestoras, que para el caso del Régimen General fueron el INP y las Mutualidades Laborales, y para los Regímenes Especiales aquellas que se crearon al efecto en las disposiciones reguladoras de los mismos.

La LBSS se materializó en el Texto Articulado de la Seguridad Social aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966 (TALSS)¹¹² en cuyo Título II dedicado al Régimen General de la Seguridad Social y más concretamente en su Capítulo V, se reguló detalladamente la contingencia de ILT¹¹³.

¹⁰⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R: “Los Orígenes de la Seguridad Social en España”, en VV.AA: *Seguridad Social una perspectiva histórica...* op.cit., páginas 35 y 36.

¹¹⁰ Ver el apartado I Justificación y Directrices de la Ley 193/1963 de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, en donde se dice que: “*La innovación fundamental de la Ley es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria que, abstracción hecha de sus causas, exige asistencia sanitaria para la recuperación y defensa. Se acaba así el fraccionamiento anterior, resultado de una concepción parcelada de la Previsión Social.... La Ley, al asimilar el espíritu de la Seguridad Social, consagra el derecho de toda persona a su integridad física, sale al paso de su eventual lesión y determina la concesión a costa de cualquier esfuerzo, de los medios artificiales encaminados a eliminarla o aminorarla, cuando menos, en la medida de lo posible*”.

¹¹¹ TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, COORDINADORES: MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, M^a: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, Comares, 2006, páginas 343 y 344.

¹¹² Ver Texto Articulado de la Seguridad Social aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966 (BOE de 22/04/1966).

¹¹³ JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas 50 y 51.

Tras la TALSS, se aprueban varias disposiciones que operan a modo de reformas parciales y que regulan determinados aspectos de la Incapacidad Laboral Transitoria. Entre otras, llaman especialmente la atención: el Decreto 3158/1966 de 23 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General de prestaciones¹¹⁴; la O.M de 13 de octubre de 1967 que regula la prestación por ILT en el Régimen General de la Seguridad Social¹¹⁵; el Decreto 1646/1972, de 23 del julio; Ley de 66/1977, de 30 de diciembre; el RD 53/1980, de 11 de enero; la Ley 42/1994, de 27 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y del orden social que, procedió a la red denominación de la contingencia –tal y como hoy día la conocemos, esto es, incapacidad temporal (IT)- desapareciendo así la anterior designación, además de que se separó de la invalidez provisional; el RD 575/1997, de 18 de abril y modificada por RD 1117/1998, de 5 de abril; Ley de 24/2001, de 27 de diciembre; RDL 6/2000 de, 23 de junio; la Ley 30/2005, de 29 de diciembre por la que se aprueban los Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 y las incorporadas al proyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social que rectifica parcialmente las reformas del 2006¹¹⁶. Y ya, las más recientes reformas han sido las operadas por: la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social (RCL 2007, 2208); el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad social, en relación con la prestación por Incapacidad Temporal; la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010¹¹⁷; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para reforma del mercado de trabajo¹¹⁸; Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo¹¹⁹ y, finalmente, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas

¹¹⁴ Ver BOE de 30/12/1966.

¹¹⁵ Ver BOE de 4/11/1967.

¹¹⁶ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: la enésima reforma del 2006”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, M^a.N (COORDINADORES): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Homenaje al Profesor J. Vida Soria, Granada, Comares, 2008, páginas 801 y 802.

¹¹⁷ Ver BOE del 24 I.L 4335.

¹¹⁸ BOE, número 227, de 18 de septiembre de 2008.

¹¹⁹ BOE número 162, de 7 de julio del 2012. Esta normativa no modifica directamente la IT, sino que en su disposición adicional cuarta, se prevé que en breve plazo se llevarán a cabo modificaciones del régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional para una más eficaz gestión de la prestación.

para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad¹²⁰.

A continuación se pasará a analizar de una manera más pormenorizada estas reformas.

3. LAS INCESANTES REFORMAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU SENTIDO POLÍTICO-JURÍDICO:

3.1. Trayectoria legislativa y tratamiento jurídico

Como ya hemos visto, el sistema de seguros sociales resultó insuficiente para hacer frente a las necesidades de la sociedad, así pues, era necesario otro sistema que brindara una protección más eficaz para todos los trabajadores. Todos estos esfuerzos planificadores culminaron en la aprobación de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, cuyo propósito no era otro que: *“... operar el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de Seguridad Social. Con ello se va más allá de la simple sistematización y ajuste de los regímenes ya establecidos. Al generalizar la protección a la población activa en su conjunto y al contemplar armónicamente las situaciones de necesidad social que la experiencia ha demostrado que son susceptibles de cobertura, se reacciona contra la insuficiencia de nuestro sistema actual, en parte nacida del largo y complejo proceso de expansión operado y, muy particularmente, de la aparición sucesiva y no coordinada de los sistemas parciales de aseguramiento”*¹²¹.

Se trataba de acabar con aquel disperso sistema de seguros sociales, hasta ese momento existente, e implantar un sistema que tendiera a *“...la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación”*. En definitiva, con el advenimiento del nuevo sistema de Seguridad Social se esbozaron, de una manera definitiva, aquellos principios que con W. Beveridge habían sido plasmados en su construcción

¹²⁰ BOE número 168, de 14 de julio de 2012.

¹²¹ Ver LEY 193/1963, de 28 de diciembre de 1963, de Bases de la Seguridad Social (BOE de 30 de diciembre de 1963 y corrección de errores de 28 de enero de 1964).

teórica de la Seguridad Social: generalidad objetiva; universalidad subjetiva y consideración conjunta de las contingencias¹²².

En el campo de la incapacidad temporal, esta LBSS de 1963 supuso la superación de la diversificada regulación existente en esta materia, en donde dependiendo del origen de la alteración de la salud, común o profesional, la protección estaba garantizada, o a través del seguro de accidente de trabajo o mediante el denominado seguro de enfermedad. Otorgándose así, una protección unitaria a esta situación de necesidad encerrada bajo la denominación de “Incapacidad Laboral Transitoria”.

El concepto de los que debía de entenderse por ILT, no aparecía enunciado en esta ley, aunque si se enumeraban en la Base séptima de la LBSS de 1963 las características correspondientes a esta contingencia: *“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. b) Los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos de enfermedades profesionales. c) Los períodos de descanso, voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad¹²³”*.

En lo que respecta al subsidio económico, ya en esta ley se establecía, que: *“... en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un tanto por cierto que, sobre las bases de cotización, se fijará con carácter unitario para todas ellas y se hará efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidos para cada grupo de tales contingencias”*. Y para el caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional: *“... la prestación económica se abonará desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfará si la duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación económica en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciera”*.

Al igual que ocurre actualmente, se establecía por aquel entonces, para la prestación de ITL una serie de prórrogas, a saber: *“En los supuestos del apartado a) de este número si transcurridos 18 meses, prorrogables en su caso*

¹²² ALARCÓN CARACUEL, M.R: “Los Orígenes de la Seguridad Social en España”, en VV.AA: *Seguridad Social...* op.cit., páginas 35 y 36.

¹²³ Ver LEY 193/1963, de 28 de diciembre en su Base séptima encerrada con el título de *“Incapacidad Laboral Transitoria”*.

por otros seis, de asistencia sanitaria, incluidos los períodos de recaída, el trabajador no estuviera en condiciones de reanudar su trabajo, la prestación se regirá por las disposiciones relativas a la invalidez, sin perjuicio de continuar prestándole la oportuna asistencia sanitaria y de calificar su capacidad laboral al ser dado de alta”.

Para la gestión de estas contingencias, la LBSS de 1963 dispuso en su base decimoséptima que: *“La gestión de la Seguridad Social se efectuará bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo, por Entidades Gestoras, con plena capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de sus fines”.* Concretamente para el régimen general, *“Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social a que se refiere el párrafo anterior serán... el Instituto Nacional de Previsión y las Mutualidades Laborales...”*; y para los regímenes especiales, *“... los creados en las disposiciones que los regulen, sin perjuicio de lo dispuesto en los restantes números de esta Base”.*

Tres años más tarde de la aprobación de la LBSS de 1963, y tras una crisis de Gobierno¹²⁴, salió a la luz el Texto Articulado de la Seguridad Social de 1966, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966¹²⁵. Este hecho generó un estallido de protestas, tiras y flojas en torno a los dos textos articulados para desarrollar la ley de Bases de Seguridad Social. La razón de su promulgación, no era otra que la de concretar y mejorar la anterior legislación, salvando obstáculos mediante una calculada generalidad en la redacción de sus propuestas, y remitiendo a reglamentos posteriores las concreciones más conflictivas de la Ley, no obstante ello motivó encendidas protestas. El nuevo TALSS al igual la LBSS tenía ciertas limitaciones¹²⁶ y significó un cambio sustancial en la política aseguradora franquista¹²⁷.

¹²⁴ Crisis que comenzó el 7 de julio de 1965.

¹²⁵ Ver BOE de 22/04/1966.

¹²⁶ Así pues, el TALSS permitió la subsistencia, al lado del INP y del Servicio de Mutuas Laborales, de algunas entidades menores -como el Instituto Social de la Marina, el Servicio de Trabajos Portuarios y el Servicio de Reaseguros de Accidentes de Trabajo- que participaban en la gestión pública de la Seguridad Social, por lo tanto, no estamos ante una gestión “unitaria” como se pretendía.

¹²⁷ M^a ESTHER MARTINEZ QUINTEIRO: “El INP, 1962-1977. El nacimiento de la Seguridad Social...”, en VV.AA. CASTILLO, S (DIRECTOR): *Solidaridad, seguridad, bienestar. Cien años de protección social en España...* op.cit., páginas 137 - 140.

Tras el TALSS¹²⁸, se promulgaron varias disposiciones que regulaban determinados aspectos de la ITL, en particular nos referimos: al Decreto 3158/1966 de 23 de diciembre¹²⁹, por el que se aprueba el Reglamento General de prestaciones¹³⁰; el Decreto 3159/1966 de 23 de diciembre¹³¹, por el que se aprueba el Reglamento General, que regula el Régimen Económico-Financiero del Régimen General de la Seguridad Social¹³²; Orden de 13 de octubre de 1967¹³³, 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 Social¹³⁴, normativa que cabe destacar, está hoy todavía vigente pese a las múltiples modificaciones y derogaciones sufridas por su texto¹³⁵; Resolución de 24 de julio de 1973, de la Dirección General de la Seguridad Social¹³⁶, por la que se dictan normas aclaratorias sobre la determinación de la bases de cotización y prestación durante la situación de Incapacidad Laboral Transitoria¹³⁷; el Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, por el que se modifica el artículo 2º del Reglamento General que determina la

¹²⁸ En lo que se refiere a la prestación por Incapacidad Laboral Transitoria, el TALSS dedicó su Título II, referido al Régimen General de la Seguridad Social, concretamente su Capítulo V ``Servicios Sociales'', a la regulación de dicha contingencia.

¹²⁹ BOE de 30/12/1966.

¹³⁰ El cual dedica su Capítulo II (art. 2 a 9) a la regulación de todos los aspectos concernientes a la ILT: la cuantía (art. 2), el alcance de la prestación (art. 3), los beneficiarios (art. 4), el pago del subsidio del día del alta (art. 5), el período de descanso obligatorio por maternidad (art. 6), el período de descanso voluntario por maternidad (art. 7), normas comunes a los períodos de descanso por maternidad (art. 8) y duración del período de observación por enfermedad profesional (art. 9).

¹³¹ BOE, nº312 de 30/12/1966.

¹³² Véase el art. 3º relativo a los "Fondos para asistencia e incapacidad laboral transitoria derivados de enfermedad común y accidente no laboral".

¹³³ BOE, núm. 264, de 4 de noviembre de 1967; correcciones de errores en BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1967.

¹³⁴ Norma de aplicación y desarrollo del TALSS DE 1966 (Capítulo V del Título II (BOE de 2 y 23 de abril de 1966) y del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (BOE de 30 de diciembre de 1966).

¹³⁵ Aquí se regula la prestación por ITL en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹³⁶ BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1973; corrección de errores en BOE núm. 217, de 10 de septiembre.

¹³⁷ Cabe indicar que esta normativa, surge con motivo de "... las diversas consultas relativas a la cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria y a la prestación económica correspondiente a la misma, cuando encontrándose el trabajador en dicha situación se producen modificaciones de las bases tarifadas que se hubieran tomado en consideración para determinar la cuantía de la cotización y del subsidio de incapacidad laboral transitoria".

cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, respecto a la prestación de incapacidad Laboral Transitoria¹³⁸; la Orden de 6 de abril de 1983, por la que se dictan normas a efectos de control de la situación de incapacidad laboral transitoria en el sistema de Seguridad Social¹³⁹.

Aparte de estas reformas específicas en la prestación de incapacidad laboral transitoria, el TALSS sufrió también otras modificaciones posteriores, que han influido de una forma u otra en la mencionada prestación, hablamos de: la Ley 24/1972 de 21 de julio de financiación y perfeccionamiento del Sistema de Seguridad Social¹⁴⁰; el Decreto 1646/1972 de 23 de junio, que desarrolla la Ley 24/1972 en materia de prestaciones del RGSS¹⁴¹; la Orden de 31 de julio de 1972, que desarrolla el Decreto anterior¹⁴²; el Decreto 2065/1974 de 30 de mayo, por el que se aprobó un Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹⁴³; el RDL 36/1978, de 16 de noviembre¹⁴⁴, por el que se crea el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y en cuya disposición final declara extinguidos el INP, el Servicio de Mutualismo Laboral, las mutualidades laborales y demás entidades gestoras de estructura mutualista¹⁴⁵.

A partir del año 1992, se dará paso a un interminable proceso de reforma de la incapacidad laboral transitoria que llega hasta nuestros días. El pistoletazo de salida se ha situado con la aprobación del segundo de los dos “decretazos” del año 1992, es decir, el RDL 5/1992, de 21 de julio, en cuyo art. 6.1 se dice que, se transfieren a las empresas la responsabilidad por el pago de la primera quincena de la prestación por contingencias comunes.

¹³⁸ BOE, núm. 14, de 16 de enero de 1980.

¹³⁹ BOE, núm. 91, de 16 de abril de 1983.

Véase GONZALO, B; FERRERAS, F; ALFONSO, J.L; TEJERINA, J.I: *Código de Legislación de Seguridad Social*, Madrid, Boletín Oficial del Estado de agosto de 1989, páginas 1276 - 1294.

¹⁴⁰ BOE de 22/06/1972.

¹⁴¹ BOE 28/06/1972.

¹⁴² BOE 11/08/1972.

¹⁴³ BOE de 20 y 22/07/1974.

¹⁴⁴ BOE de 4/12/1978.

¹⁴⁵ JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página 51.

Muchas de las modificaciones normativas que se han sucedido desde 1992, ya han sido mencionadas en el en el punto anterior, por lo que entiendo que no es preciso volver a mencionarlas.

Ahora bien, si es interesante destacar una cuestión puramente forma, y es que, de hecho, buena parte de las reformas que han acontecido a la ITL, hasta su refundición en una única contingencia (desapareciendo la incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional) a la que denominó incapacidad temporal, vinieron dadas por Leyes de Presupuestos Generales del Estado, como por ejemplo: la Ley 42/1994, de 30 de diciembre (RCL 1994, 3564 y RCL 1995, 515) y, actualmente la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2010 (por el que se modifican los art. 128.1 a), 131 bis.1 y 2 de la LGSS). Otras reformas, sin embargo, se han canalizado a través de la figura del Real Decreto- ley, modificando aspectos muy concretos de la disciplina de la IT, así: el RDL 5/1992, de 21 de julio, RDL 6/2000, de 23 de junio¹⁴⁶; el RDL 3/2004, de 25 de junio¹⁴⁷; el RDL 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal; y la más reciente modificación operada por, Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio¹⁴⁸.

Se han llevado a cabo también modificaciones a través de leyes orgánicas, destacando la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁴⁹. Incluso, mediante ley formal, se introducen en algunas de ellas reformas más amplias en el Ordenamiento de Seguridad Social que otras: la Ley 24/1997, de 15 de julio de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social; la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social¹⁵⁰; la Ley 20/2007, 11 de julio por la que se aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo¹⁵¹; Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social¹⁵²; y por último, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

¹⁴⁶ Véase su artículo 44.

¹⁴⁷ Ver Disposición final 1ª.

¹⁴⁸ Véase el artículo 9 de esta normativa.

¹⁴⁹ Véanse sus disposiciones adicionales número 18,15, 16 y 17.

¹⁵⁰ Ver artículos 7 y 21.

¹⁵¹ Art. 26.1.b) y disposición adicional tercera.

¹⁵² Art. 1 y 8. También la disp. adicional 19ª y la disposición final 4ª.

No debemos olvidar, las reformas reglamentarias llevadas a cabo sobre puntos centrales de la IT, o sea, el RD 1993/1995, de 7 de diciembre, que actúa sobre las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional de Seguridad Social; el RD 575/1997, de 18 de abril, que afecta a la gestión y control de la IT y; respecto al tránsito entre las situaciones de incapacidad temporal e Incapacidad Permanente, destaca el RD 1300/1995, de 21 de julio¹⁵³.

Todas estas interminables reformas han originado una gran inestabilidad legislativa y una gran complejidad en la regulación de la prestación por incapacidad temporal, que a veces, ha conducido a situaciones de vacío normativo, las cuales se han visto cubiertas incluso con resoluciones, circulares o previsiones judiciales¹⁵⁴. Eventualmente, a estas lagunas normativas se han dado respuesta a través de la negociación colectiva, por pacto individual o, incluso, por la propia tolerancia empresarial (por ejemplo: con las visitas al médico que no causan baja o con las bajas por intervenciones quirúrgicas que no cubre la Seguridad Social)¹⁵⁵.

3.2. La importancia de las múltiples modificaciones de la IT en el sistema de Seguridad Social.

La inestabilidad normativa reguladora de la prestación económica por IT, encuentra su razón de ser en la obsesión no sólo por contener su crecimiento en determinados momentos, sino por reducir ostensiblemente su coste. Así pues, se puede afirmar, que todas estas modificaciones se han dirigido básicamente a recortar su alcance o contenido (ejemplo: reduciendo su duración) o a “*privatizar parte de su costo*” (ejemplo: desplazamiento al empresario de la obligación de pago durante un determinado periodo), o a incrementar las medidas de control sobre el nacimiento y dinámica de la prestación, con el fin de evitar las situaciones de abuso y fraude. Todo ello,

¹⁵³ GOERLICH PESET, J. M^a: “Capítulo IV: “La reforma de la incapacidad temporal” en, VV.AA: *La reforma de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, páginas 174 - 176.

¹⁵⁴ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”, en VV.AA: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, Comares, 2008, página 802.

¹⁵⁵ SALA FRANCO, T: “La incapacidad temporal: visión crítica de su actual régimen jurídico”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N (COORD): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares. 2008, página 797.

solo es reflejo de su trascendencia, complejidad, conflictividad¹⁵⁶ y de su difícil aplicación, lo cual sitúa a todos, trabajadores, empresarios, facultativos, entidades colaboradoras, representantes de trabajadores y empresarios, órganos de la jurisdicción social, asesores y profesionales del derecho laboral y de la seguridad social, en un espacio de inseguridad jurídica difícilmente justificable¹⁵⁷.

A estos efectos, resulta significativo destacar lo que en el Pacto de Toledo de 1995 se dice respecto de esta prestación: *“en cuanto a la incapacidad laboral transitoria, el aumento del número de procesos y la duración media de los iniciados parecen indicar que ha sido utilizada más allá de las finalidades previstas en la Ley. No parece temerario sostener que la situación de crisis económica haya favorecido que la incapacidad laboral transitoria sea un procedimiento para aliviar costes laborales y necesidades sociales, como se reconoce en el informe elaborado por la Unión de Lucha contra el Fraude, creada por el Gobierno en 1993... la necesidad de adoptar medidas destinadas a mejorar la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal y por invalidez al objeto de frenar las causas de fraude dentro del sistema público en el acceso y permanencia de las prestaciones”*.

Meses más tarde, los firmantes del Acuerdo alcanzado sobre el “Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 9 de Octubre de 1996”¹⁵⁸, reiteraron esa la necesidad de combatir el recurso indebido a la IT y la necesidad de mejorar los mecanismos de control de la prestación.

En la línea iniciada con el Pacto de Toledo, años más tarde, se recogieron propuestas de lucha contra el fraude mediante mejoras en la gestión de la IT en el “Acuerdo Social para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001”, concretamente, en su apartado décimo recogido con la rúbrica de *“Lucha contra el fraude”*.

En el año 2003, con la renovación del Pacto de Toledo, se vuelve de nuevo a insistir: *“... en la necesidad de seguir avanzando en la adopción de medidas destinadas a mejorar el control de las prestaciones de IT e invalidez al objeto de evitar prácticas abusivas en relación con las mismas y en la necesidad de*

¹⁵⁶ MOLINA GONZALEZ- PUMARIEGA, R: “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”, *Revista Aranzadi Social*, nº 10-08, Octubre 2008, página 94.

¹⁵⁷ Véase TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas...* op.cit., página 801.

¹⁵⁸ Acuerdo alcanzado por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas: CCOO y UGT.

*reforzar las medidas de coordinación entre las entidades responsables del pago de la prestación por IT y los servicios autonómicos de salud que permitan un mejor control de las situaciones de incapacidad temporal*¹⁵⁹.

El 13 de julio del 2006, con el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, se insiste otra vez, en que se planteen reformas que incidan en el “*ámbito de la acción protectora derivada de las prestaciones económicas contributiva*”; y dentro de estas, se encuentra en particular, las referidas a la prestación por incapacidad temporal¹⁶⁰.

Todo estos aspectos, tan sólo constituyen una manifestación de los que en palabras del Gobierno se califica como: “*punto de equilibrio entre los elementos de sostenibilidad financiera del sistema y el grado de cobertura social*”, o, en otras palabras, medidas, tal y como expresamente recoge el propio Acuerdo, dirigidas a evitar que puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores¹⁶¹.

¹⁵⁹ MOLINA GONZALEZ- PUMARIEGA, R: *Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal...* op.cit., páginas 94 y 95.

¹⁶⁰ En este sentido, se recoge la mención siguiente:

“En el ámbito de la incapacidad temporal, se acuerda la adopción de las siguientes medidas:

- a) La modificación de la normativa de Seguridad Social, de modo que, cuando el proceso de incapacidad temporal (IT) derive de una contingencia profesional y durante la percepción de la prestación se extinga el contrato de trabajo, el interesado seguirá percibiendo la prestación por IT hasta el alta médica, pasando después, si reúne los requisitos necesarios, a la situación de desempleo, sin que le período de la situación de IT consuma período de prestación por desempleo.*
- b) Se procederá al análisis de la regulación jurídica de la prestación por incapacidad temporal, así como de sus modalidades de gestión, con la finalidad de definir con mayor precisión las funciones de los Servicios de Salud y de las Entidades que gestionan la prestación económica, respecto de los procesos de incapacidad, a fin de evitar que, debido a diagnóstico diferentes de unos y otras, puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores”.*

¹⁶¹ CARDENAL CARRO, M y HIERRO HIERRO, F.J: “Nuevos retoques de la prestación de incapacidad temporal. Lucha contra el fraude, recorte de derechos y eliminación de situaciones de desprotección: ¿es posible todo al mismo tiempo?”, VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIREC): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2008, páginas 207 - 209.

Por lo tanto, el problema principal que presenta esta prestación es el relativo al excesivo e injustificado gasto en la prestación de incapacidad temporal¹⁶², lo cual es generador de una bolsa de fraude tan costosa para el Sistema de Seguridad Social como perjudicial para la productividad¹⁶³. De ahí que, las constantes reformas que han afectado a la IT hayan ido siempre encaminadas en una única dirección, la de reducción de los costes¹⁶⁴ y de reformas de gestión y control de la prestación¹⁶⁵.

A todos estos problemas se ha intentado nuevamente hacer frente con últimas reformas sufridas por nuestro sistema de Seguridad Social, y que son, las operadas por: la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, el desarrollo reglamentario de esta, en relación con la prestación por incapacidad temporal a través del RD 1430/2009, de 11 de septiembre; la Ley de PGE para el año 2010; la Ley 26/2009 de 23 de diciembre; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; y el RD-ley 20/2012, de 13 de julio.

¹⁶² GOERLICH PESET, J.M^º: “Capítulo IV: La reforma de la incapacidad temporal”, en VV.AA: *La reforma de la Seguridad...* op.cit., página 178.

¹⁶³ CARDENAL CARDO, M: “De nuevo retocando la regulación de la incapacidad temporal” en, VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^º.N (COORD): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, página 824.

¹⁶⁴ A este respecto recordamos, el RDL 5/1992, en su art. 6.1, actualmente incorporado al párrafo 2º del art. 131 de la LGSS, por el cual, se trata de “descargar” el presupuesto de la Seguridad Social del pago del microabsentismo. En esta línea se sitúan otras más antiguas, tal y como el RD 53/1980, de 11 de enero, por el que se trataba de eliminar la protección de los primeros días de IT de contingencias comunes acaecidas a primeros de la década de los años 80. Otra gran reforma a mencionar, es la Ley 42/1994, la cual actuó fundamentalmente sobre la duración máxima de la situación, y estableció controles para el tránsito entre los diversos períodos en los que legalmente se descompone la incapacidad temporal. Así pues, y ya por último, con la idea de evitar que la IT se utilizare para suplantar el papel que legalmente corresponde a la protección por desempleo, se produce la reforma del art. 222 de la LGSS (art. 34.10 de la Ley 24/2001).

¹⁶⁵ A este respecto recordamos, que el RD 575/1997, de 18 de abril, trató de incrementar el control de la prestación para lo cual, no sólo modificó el formato de los partes de baja, alta y confirmación, sino también los procesos que conducen a su emisión. Con el RD 5/1992, art. 6.1, se llevó a cabo un proceso de “privatización” de control y gestión de la incapacidad temporal, relacionando, aparte otros aspectos vinculados a la colaboración voluntaria de las empresas, con la apertura de la posibilidad de asegurar la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, primero respecto de los trabajadores autónomos (Ley 22/1993) y después para los subordinados (Ley 42/1995).

El Consejo Económico y Social (en adelante CES), por su parte, ha valorado positivamente estas nuevas reformas, entendiendo que las mismas se inscriben en el marco del proceso continuo y progresivo de adaptación del sistema de Seguridad Social. Así pues, para el CES, la reforma de la incapacidad temporal, junto con las de las otras materias reformadas, constituye una considerable mejora respecto a la situación actual¹⁶⁶. Sin embargo, y en opinión de multitud de juristas incluida la mía, vemos que estas últimas reformas han dejado mucho que desear y es que, esperábamos una reforma más profunda y global, y más viniendo que estamos ante la prestación más atormentada de todo el sistema de Seguridad Social¹⁶⁷.

Por otra parte, las prestaciones por IT reflejan en su ordenación, algunos rasgos del pasado que contrastan fuertemente con principios más modernos de nuestro Sistema de Seguridad Social, lo que produce importantes situaciones de disfuncionalidad:

- 1) La quiebra de las prestaciones por IT supone para el “principio de la consideración conjunta de las contingencias”, un trato de favor de las situaciones derivadas de contingencias profesionales frente a las derivadas por contingencias comunes¹⁶⁸.
- 2) En el caso de las prestaciones sanitarias, existen también especialidades en cuanto a las prestaciones económicas, ya que las alteraciones incapacitadoras temporalmente para el trabajo pueden producirse con motivo u ocasión de la prestación de servicios.
- 3) En cuanto a la regulación de la IT y la quiebra del “principio de uniformidad de trato”, se ha resuelto en gran parte, la reducción de las distancias entre el Régimen General y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA)¹⁶⁹.

¹⁶⁶ MOLINA GONZÁLEZ- PUMARIEGA, R: *Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal...* op.cit., página 97.

¹⁶⁷ En palabras del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, José Ignacio García Ninet.

¹⁶⁸ En este sentido encontramos propuestas que, propugnan la igualación normativa de ambas contingencias.

¹⁶⁹ VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., páginas 239 y 240.

4. SITUACIÓN ACTUAL DE LA PRESTACIÓN Y SU INFLUENCIA EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: ¿AVANCE O RETROCESO?. LA DELIMITACIÓN DEL MODELO NORMATIVO.

Finalmente, en este último apartado, nos vamos a centrar en las últimas reformas que afectan a la prestación por incapacidad temporal, y que son las de las leyes: 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, su desarrollo reglamentario en relación con la prestación por incapacidad temporal a través del RD 1430/2009, de 11 de septiembre; la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de presupuestos generales del Estado (PGE) para el año 2010; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y; el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio. Todo ello, con la sola intención de ver cómo ha quedado configurada en el actual sistema de Seguridad Social, esta inestable prestación, comparándola desde una perspectiva general con los anteriores modelos, para efectivamente ver si hemos avanzado o si por el contrario se ha retrocedido.

Como ya hemos puesto de manifiesto, el “Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social de 2006, supone el antecedente directo de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, entre los que se incluye una serie de medidas en el ámbito contributivo que tratan de garantizar una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones y los derechos a obtener en el ámbito de la Seguridad Social, y conseguir armonizar las prestaciones con las consecuencias de las contingencias a las que se refieren, entre ellas, las modificaciones referentes a la incapacidad temporal¹⁷⁰.

La Ley 40/2007 sólo incide en ciertas cuestiones, emplazando para más adelante, una reforma de mayor entidad. La nueva regulación refleja el carácter oscilante e inseguro de su régimen jurídico (medidas introducidas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2006)¹⁷¹.

En materia de incapacidad temporal la Ley 40/2007, el RD 1430/2009, de 11 de septiembre, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del

¹⁷⁰ MOLINA GONZÁLEZ- PUMARIEGA, R: *Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal...*, op.cit., página 97

¹⁷¹ MONEREO PÉREZ, J.L: “El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y política jurídica del proceso de reforma legislativa actual”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIREC): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social’*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008, página 161.

Estado para el año 2010, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, la Ley 3/ 2012, de 6 de julio, y el RD-ley 20/2012, de 13 de julio, llevan a cabo una reforma más amplia aunque sólo son, fieles continuadoras de la tradición normativa anterior¹⁷². Las aportaciones que estas normativas hacen, nuevamente se refieren: 1) a la coordinación de las actuaciones de los Servicios de Salud y del INSS, para lo que, se establece un procedimiento mediante el cual el interesado pueda expresar su disconformidad ante la inspección médica formulada por la Entidad gestora, garantizándose en todo caso la continuidad de la protección del interesado hasta la resolución administrativa final con la que se culmine el procedimiento (art. 128.1 LGSS, en la redacción dada por el art. 1 de la Ley 40/2007)¹⁷³; 2) la duración máxima de la prestación y el tránsito de la IT a la incapacidad permanente (art. 131 bis.2 LGSS, en la redacción dada por el art. de la Ley 40/2007, posteriormente modificado por la Ley de PGE para el año 2010); 3) el control por parte del INSS de la prórroga de la IT y de las recaídas posteriores; 4) la reducción de la cuantía de las mejoras voluntarias y del tiempo de duración de la misma para el personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones Públicas¹⁷⁴; 5) otras innovaciones que inciden en la articulación funcional de las prestaciones por incapacidad temporal y desempleo; 6) la asunción de nuevas competencias en materia de gestión de la IT por parte de las Mutuas¹⁷⁵; y así mismo; 6) el procedimiento administrativo a seguir en orden a la aplicación de las reducciones en la aportaciones empresariales a la Seguridad Social, en los supuestos de traslado de un trabajador aquejado de enfermedad profesional a un puesto compatible con su estado (Disp. Adicional séptima de la LPGE para 2009).

Visto los puntos en donde han incidido estas reformas, resulta necesario ver como ha quedado configurado el actual modelo normativo de la prestación y por otra parte, analizar qué problemas han quedado abiertos.

En primer lugar, la incapacidad temporal se trata de una prestación que trata de proteger a todos los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social y que, tengan cubierto el riesgo de estar temporalmente

¹⁷²GOERLICH PESET, J.Mª: ``La reforma de la incapacidad temporal..., en VV.AA: *La reforma de la Seguridad Social...* op.cit., página 182.

¹⁷³ MONEREO PÉREZ, J.L: ``El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual´´, en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L (DIREC): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de...* op.cit., páginas 161 y 162.

¹⁷⁴ En este sentido, el RD-ley 20/2012, de 13 de julio.

¹⁷⁵ Véase el Capítulo V, concretamente el apartado relativo a “la colaboración de las mutuas”.

imposibilitados para el trabajo. Este riesgo que da derecho al disfrute de esta situación, puede traer su causa en un accidente sea o no de trabajo, o en una enfermedad común o profesional.

En segundo lugar, el 128.1 a) LGSS prevé que la misma podrá tener una duración máxima de 365 días prorrogables por otros 180. No obstante, se podrá extender los efectos de esta situación hasta 180 días más, en total de 24 meses, cuando continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación como incapacitado permanente¹⁷⁶.

En tercer lugar, los Servicios Públicos de Salud serán competentes para extender la baja médica por IT, así como controlar dicho proceso mediante la concesión de los diferentes partes médicos, hasta los 12 primeros meses¹⁷⁷. Superado ese período, será el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador (las EVIs), el único competente para gestionar y controlar el disfrute de la IT. Del mismo, cuando el INSS expida el alta, estará facultado para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquella se produce en un plazo de ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología¹⁷⁸.

En cuarto lugar, contra las resoluciones por las que el INSS conceda el alta médica, cabe recurrir al complejo procedimiento que se establece en el RD 1430/2009 por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007. De hecho, en esta misma normativa, se regula también el correspondiente procedimiento de revisión de las altas médicas emitidas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional (MATEPs).

En quinto lugar, en lo referente al periodo de observación por enfermedad des profesionales¹⁷⁹, el plazo de duración máxima será de seis meses prorrogables

¹⁷⁶ Artículo 131 bis, apartado 2 de la LGSS.

¹⁷⁷ Esta previsión fue introducida por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de PGE para el año 2006, y reiterada, tras la publicación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

¹⁷⁸ Ver Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que añade una nueva disposición adicional por la que modifica las competencias sobre los procesos de IT (Disposición adicional quincuagésima segunda)

¹⁷⁹ Artículo 128.1 b) de la LGSS.

por el INSS previa propuesta de los EVIs, por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad¹⁸⁰.

En sexto lugar, el art. 131 bis.2 LGSS, en la redacción dada por el la nueva Ley de PGE para el año 2010, prevé para las situaciones de tránsito entre la IT y la IP, una forma de extinción del subsidio de IT: *“por el transcurso del plazo máximo fijado en el párrafo primero del apartado a) del número 1 del art. 128, plazo 365 días o, en su caso, hasta los 545 días (18 meses)...”*, y su paso a la situación de incapacidad permanente en el grado que corresponda *“...se examinará necesariamente, en el plazo de tres meses (21 meses), el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente”*¹⁸¹.

No obstante, cuando continúe la necesidad de tratamiento médico por las expectativas de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, y la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse hasta un máximo de 730 días (24 meses) siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal, sin que exista obligación de cotizar¹⁸².

Con esta previsión introducida por la reforma de la Ley 40/2007, se da por desaparecida la denominada “incapacidad permanente provisional”, volviéndose a la situación anterior a la Ley 30/2005, de 29 de diciembre: *“la demora en la calificación no supone el reconocimiento de una incapacidad permanente revisable sino de una prórroga de la prestación de IT”*¹⁸³.

En séptimo lugar, la relación entre la incapacidad temporal y la prestación por desempleo resultan bastante controvertidas, sobre todo, en aquel punto en que coinciden ambas prestaciones, es decir, cuando estando el trabajador de baja por IT se produzca la extinción del contrato de trabajo. Para ese caso, cuando aquella derive de una contingencia profesional, el interesado puede continuar percibiendo hasta el alta médica sin consumir período de prestación por desempleo si después pudiera pasar a esta situación; a la cotización a favor

¹⁸⁰ Artículo reformado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

¹⁸¹ Ver art. 131.2 de la LGSS.

¹⁸² Punto en el que ha incidido la nueva reforma operada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de PGE para el año 2010.

¹⁸³ MOLINA GARCIA-ATANCE, J: “La regulación de la incapacidad temporal y de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social”, *Revista de Justicia Laboral*, Agosto 2008, página 25.

de los perceptores de subsidio por desempleo mayores de 52 años por la contingencia de jubilación, que se realizará sobre una base más alta; y al futuro establecimiento de complementos por mínimos a favor de los pensionistas de incapacidad permanente total cualificada menores de 60 años (art. 221. LGSS, en la redacción dada por el art. 8 de la Ley 40/2007)¹⁸⁴.

En octavo lugar, se modifican en el año 2012 mediante RD-Ley, los pactos colectivos ya acordados en el sector público en lo que se refiere a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. La única intención de tal medida es reducir el nivel de gastos que viene soportando el Estado por esta causa. Y es más, se ahonda en las diferencias entre contingencias comunes y contingencias profesionales. Mientras que en las primeras, no se puede completar hasta un 100 por cien en subsidio económico por IT, salvo que se “justifique debidamente” la baja, o se alcance el día vigésimo primero de baja, por el contrario, en las segundas, se puede disfrutar del 100 por cien del salario percibido en el último mes anterior al de inicio de la baja.

Señalados a grandes rasgos, los puntos más conflictivos de la vigente normativa, conviene ahora hacer unos breves apuntes críticos. No pretende aquí, hacer un juicio crítico sobre la configuración actual de la IT, para eso ya está el resto de capítulos que componen este trabajo de investigación, y por supuesto, las conclusiones y propuestas *lege ferenda*.

En mi opinión, lo único que se ha conseguido con todas estas reformas es dar varios pasos atrás en ese intento por “proteger a los trabajadores”. Creo sinceramente, que el legislador está más preocupado de contener el gasto en la prestación, que de amparar situaciones de necesidad. Por supuesto, hay también que tener en cuenta, el contexto en el que han proliferado estas últimas reformas, es decir, el momento de crisis económica.

Actualmente, no me arriesgo a afirmar que exista una fisonomía clara a acerca de esta prestación, más bien, existe una normativa parcheada y con constante remisiones a otros cuerpos normativos. Pienso que debería volver a configurarse esta prestación, por lo que no se puede es generalizar para todos los supuestos las mismas supuesto.

En definitiva, se ha vuelto a plantear la cuestión, en lo que a este respecto se refiere, como una alternativa entre el fraude y protección, de forma que en esta

¹⁸⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: “El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual”, en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L (DIREC): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de...* op.cit., página 162.

particular concepción de las cosas, la reducción del abuso implica necesariamente el recorte de la duración del subsidio, la cual, es directamente proporcional a la minoración del coste, con el consiguiente derrumbamiento de determinados principios sobre los que se asienta nuestro sistema de Seguridad Social, tal y como es la protección del trabajador frente a situaciones de necesidad (entre las que se encuentra la incapacidad temporal). Por lo no hablar, de la elevación de los mecanismos de control y de gestión de esta prestación... etcétera. Es decir, la idea es dificultar cada vez más en general el acceso y permanencia en IT, y por consiguiente, facilitar su salida, ya que de esta forma ahorraremos en costes destinados a una cobertura social y complicaremos aún más el sistema normativo de esta prestación.

CAPÍTULO II. EL SISTEMA NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

1. EL CONCEPTO LEGAL DE INCAPACIDAD TEMPORAL (ART. 128 DE LA LGSS): SITUACIONES PROTEGIDAS O SUPUESTO DE HECHO

Dentro de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, el art. 38 del actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) - enmarcado en el Capítulo IV. *Acción Protectora*, Sección 1ª. *Disposiciones Generales*, Título II - incluye, a la prestación económica por incapacidad temporal (IT) al establecer: “*La acción protectora del sistema de Seguridad Social comprenderá: Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal: maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; invalidez en cualquiera de sus modalidades contributiva y no contributiva...*” (Artículo 38.1 c) LGSS)¹⁸⁵.

La LGSS dedica el Capítulo IV. *Incapacidad Temporal*, artículos 128 a 133, al desarrollo de esta prestación. Ahora bien, aunque el art. 128 se intitule “Concepto”, el mismo no se dedica a exponer acotadamente qué se habrá de entender por IT, sino que, utilizando una discutible técnica jurídica abundantemente utilizada por la propia norma de protección socio-laboral, descubre y enumera las situaciones determinantes de incapacidad temporal, desvelando en qué circunstancias procede estimar jurídicamente que dicha prestación se tenga que calificar bajo dicho título, determinando su tiempo máximo de duración y los criterios para su cómputo¹⁸⁶.

Por esta razón, resultan de gran apoyo los empeños definitorios que la doctrina científica y jurisprudencial ha establecido a este respecto al tratar de describirla. En este sentido resultan llamativas las STSJ de Andalucía/Málaga de 25 de marzo de 1991 y 31 de mayo de 1991, las cuales describen a la IT como aquella: “*Situación de necesidad consistente en padecer una incapacidad para el ejercicio de la actividad lucrativa que se viniera desempeñando,*

¹⁸⁵ Ver art. 38.1 c) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹⁸⁶ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad social*, Albacete, Bomarzo, 2005, página: 10. BLASCO LAHOZ, J.F; LÓPEZ GANDÍA, J y MOMPALER CARRASCO, Mª.A.: *Curso de Seguridad Social II. Prestaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch 2ª edición, 2008, páginas: 411 y 412. GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA.: *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos 2ª edición, 1996, página: 18. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, página: 29.

*originada por enfermedad común, accidente laboral o no laboral, enfermedad profesional, que coincida con la percepción de asistencia de Seguridad Social y siempre que la incapacidad no tenga carácter permanente, ni exceda del límite temporal que se determina, concepto que está en consonancia con el artículo 126 de la LGSS*¹⁸⁷.

En otras palabras, se entenderá por incapacidad temporal: “...cualquier alteración causada en la salud que provoque la interrupción de la aptitud para el trabajo específico, esto es, para el trabajo en el que el asegurado se encontraba ocupado en el momento del accidente, sin que tenga importancia alguna la eventual subsistencia de una genérica capacidad para el trabajo del sujeto”¹⁸⁸.

Por lo tanto, son varios los elementos que componen estas definiciones de la prestación, a saber: una pérdida de la capacidad de ganancia que sufre el trabajador con motivo de una alteración temporal de la salud y que además, precise de asistencia sanitaria¹⁸⁹.

De todo lo expuesto, se deduce que se trata de una terminología ya antigua en la legislación de accidentes de trabajo utilizada hoy por la doctrina, especialmente desde la órbita laboral¹⁹⁰ y la cual, ha sufrido múltiples reformas y cambios¹⁹¹. Este concepto no ha tenido siempre un único significado sino

¹⁸⁷ Ver STSJ de Andalucía/Málaga de 25-3-1991 (R. 2269) y 31-5-1991 (R. 3142).

¹⁸⁸ VENTURI. A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, página: 137.

¹⁸⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 30- 33.

¹⁹⁰ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas*, Valencia, Tribuna Social, revista de Seguridad Social y laboral nº 44/45, número especial, agosto – septiembre 1994, página: 30. El término incapacidad temporal era el utilizado por la legislación de riesgos profesionales para identificar la situación en la que se encontraba el trabajador impedido para el trabajo por causa de accidente de trabajo (art. 13 LAT y art. 35 RAT, que reproducen – con sus predecesores- la misma terminología que la Ley de 30 de enero de 1990 art. 4) o enfermedad profesional (art. 21 O. 9- V- 1962 y art. 24 D. 792/1961, de 13- IV), durante un período de tiempo prefijado legalmente, siempre que necesitara asistencia sanitaria (con alguna salvedad, que más adelante se analizará, para los casos de enfermedad profesional). La citada terminología sin embargo, no era utilizada por el Seguro de Enfermedad (art. 17 Ley 14- 12- 1942, art. 72 D. 11- 10- 1943 y art. 38 y 39 D. 4-6-1959) que aludía a prestaciones económicas por causa de enfermedad.

¹⁹¹ En la actualidad, la descripción que ofrece el art. 128 de la LGSS de las situaciones protegidas por la prestación por incapacidad temporal, no contempla todas las situaciones que históricamente han estado incluidas en esta contingencia, bien porque han pasado han desaparecido de la acción protectora del sistema, bien porque han pasado a configurarse como prestaciones autónomas de Seguridad Social.

que por el contrario, ha ido variando, identificándose unas veces con la incapacidad temporal y otras con un estado intermedio entre la temporal y la permanente¹⁹².

A pesar de estas dificultades de tratamiento unitario, a día de hoy, todavía se encuentra algún sector de la doctrina que mantiene y define a la citada contingencia como: “... *la pérdida temporal de la capacidad de ganancia debida a causas patológicas (enfermedad o accidente) o biológicas (maternidad)*”¹⁹³.

También se la puede encontrar definida desde una perspectiva de tipo protector. Desde éste punto de vista, serán situaciones determinantes de una incapacidad temporal: “... *aquellas que tienen por objeto cubrir las necesidades que se derivan para quien, basada su posibilidad de subsistencia en las rentas que percibe... ve afectada su salud (por cualquier causa) en un grado tal, que, al imposibilitarle el ejercicio de su actividad lucrativa, anula temporalmente su capacidad de ganancia*”¹⁹⁴; “...*la situación personal del trabajador que se encuentra afecto de determinadas limitaciones psicofísicas que le imposibilitan para el normal desarrollo de su actividad laboral, con la consiguiente disminución de ingresos económicos, en tanto en cuanto aquélla no tenga la consideración de definitiva*”¹⁹⁵; “... *las dos contingencias que vamos a estudiar-referidas a la incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional- son en realidad una misma y única la que padece el individuo que, debido a un estado de alteración de la salud, se ve imposibilitado para desarrollar su actividad laboral, si bien dicha imposibilidad no tiene, al menos previsiblemente, carácter definitivo*”¹⁹⁶.

¹⁹² Ver Conferencia de Madrid sobre Seguros Sociales en 1917, en la ponencia de Antonio Espina y Cape, en Conferencia de Seguros Sociales, Madrid, INP, nº14, 1917, páginas 12 y 13.

¹⁹³ VILLA GIL y DESDENTADO BONETE, A: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi 2ª edición, 1979, página: 484 y, MANRIQUE, F: *Manual de derecho de la Seguridad Social*, Bilbao, Un. De Deusto, 1984, página 400.

¹⁹⁴ TEJERINA ALONSO, J.L: “Las recientes modificaciones del régimen de protección de la incapacidad temporal ante los planes de reforma General de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, nº6, 1980, página: 40.

¹⁹⁵ RODA LÓPEZ, A: *El ejercicio de los derechos en el régimen general de la Seguridad Social. Dinámica de la relación jurídica de previsión*, Madrid, INP, 1977, página: 65.

¹⁹⁶ ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos 1ª edición, 1985, página: 166.

La IT no se define en ninguna de las normas laborales o de Seguridad Social que regulan la materia¹⁹⁷. Así por ejemplo, el art. 45.1 c) del actual Estatuto de los Trabajadores configura la “*incapacidad temporal*” como una causa de suspensión del contrato de trabajo, sin hacer referencia alguna a la enfermedad o al accidente y sin definir este concepto legal que utiliza. Y es que se trata de un concepto legal -sin decirlo expresamente- “importado” de la legislación de Seguridad Social, regulado en los artículos 128 de la LGSS y concordantes de la OM de 13 de octubre de 1967¹⁹⁸.

De esta forma, se comprueba como para formular una definición de IT no basta solo la lectura de los dos artículos citados (art. 128 LGSS y 45 ET), sino que resulta necesario proceder, al menos, a la lectura completa de la sección tercera del capítulo III del ET (“Suspensión del contrato”) y del Capítulo IV de la LGSS (“Incapacidad Temporal”). Por lo que conociendo los elementos fundamentales de esta figura, se pueden conocer sus conceptos y significación¹⁹⁹.

De la lectura atenta de tales disposiciones, se extraen los siguientes elementos configuradores de la incapacidad temporal:

- 1) Alteración de la salud, sea física o psíquica, cualquiera que sea su gravedad, que impida la continuidad del trabajo (efecto incapacitante)²⁰⁰.

¹⁹⁷ Por orden cronológico, las disposiciones fundamentales a tener en cuenta son: Decreto 3158/1966 de 23 de diciembre (BOE de 30- 12- 1966); Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE de 4- 11- 1967); RD 53/1980, de 11 de enero (BOE DE 16-1- 1980); Orden de 6 de abril de 1983 (BOE de 16-4- 1983); Orden de 16 de diciembre de 1987 (BOE de 29- 12- 1987); Ley 28/1992 de 24 de noviembre (BOE de 25-11- 1992); Ley 42/1994 de 30 de diciembre (BOE de 31-12-1994); RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio (BOE de 29-6-1994); RD Legislativo 1/1995 de 24 de marzo (BOE de 28-3-1995); RD. 575/1997 de 18 de abril (BOE de 24-4-1995); Orden de 19 de junio de 1997 (BOE de 24-6-1997), modificada pro OM de 18 de septiembre de 1998 (BOE de 25- 9- 1998); RD 1117/1998 de 5 de junio (BOE de 18-6- 1998).

¹⁹⁸ SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, página: 25.

¹⁹⁹ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo, aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, páginas: 53 y 54.

²⁰⁰ GARCÍA NINET, J.I: “La cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria en el régimen general de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, nº3, julio-septiembre de 1979, página: 73: “...el trabajador deber estar objetivamente impedido para prestar el trabajo, o se prescriba, sin más, la baja o, finalmente, qué se esté disfrutando de los períodos de descanso, previos o posteriores por maternidad, aunque en este último caso se puede estar disfrutar del descanso (generalmente voluntario) sin encontrarse impedida la trabajadora para trabajar”.

- 2) Necesaria atención por parte de los Servicios Públicos Sanitarios, al objeto de controlar públicamente la dinámica de la prestación y²⁰¹;
- 3) Existencia de una imposibilidad biológica de trabajar que se prolongue sólo por un periodo determinado de tiempo²⁰²: temporalidad²⁰³.

En efecto, no toda alteración de la salud será causa de IT sino sólo aquella que determine una imposibilidad para el trabajo, además no cualquier imposibilidad para trabajar será IT sino solamente aquella que sea limitada en el tiempo. Por lo tanto el rasgo de la temporalidad es el que nos permite establecer la distinción²⁰⁴ entre la incapacidad temporal y la prestación por incapacidad permanente, en la que igualmente existe una imposibilidad de prestación de la actividad laboral como consecuencia de una alteración en la salud²⁰⁵.

²⁰¹ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad social...* op.cit., páginas: 11 y 12: "... el sistema público de salud pone a disposición del trabajador sus recursos sanitarios, humanos y materiales, para su más pronta recuperación física y/o psíquica, con la finalidad de su normal reincorporación a la actividad laboral y personal".

²⁰² VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 5ª edición, 2009, página: 255.

²⁰³ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad social...* op.cit., página 11: "... dado que la enfermedad o accidente que sufre el trabajador ocasiona su temporal incapacidad para seguir realizando su labor profesional, la norma establece el derecho de suspensión del contrato de trabajo (ex art. 45.1 c) del ET), con reserva de su puesto, lo que supone la posibilidad de su reincorporación a su actividad profesional en idénticas condiciones a las que tenía anteriormente (artículo 48.1 ET), una vez que haya cesado el motivo que imposibilitaba la prestación laboral al recuperar la capacidad laboral el sujeto afectado. Como la suspensión del contrato de trabajo acarrea la exoneración de la obligación empresarial de satisfacer el salario (art. 45.2 ET), al no poder ser prestado el trabajo debido, el sistema de Seguridad Social suple este vacío económico (lucrum cesans), total o parcial, en las rentas del trabajador con el pago de una prestación monetaria... de tal forma, conforme a los dispuesto en el reformado artículo 38.1 c) de la LGSS, la acción protectora del sistema de Seguridad Social tiene también como objeto las prestaciones económicas tendentes a cubrir el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo, al componer dichas situaciones algunas de las causas suspensivas del contrato de trabajo reguladas en los artículos 45 y siguientes del ET (VIDA SORIA)".

²⁰⁴ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...*op.cit., páginas: 54.

²⁰⁵ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal: Régimen Jurídico y negociación colectiva*, Madrid, Mapfre, 1996, página: 21: "... la temporalidad no actúa como criterio selectivo de situaciones objeto de protección, sino como nota diferenciadora de otra contingencia: la invalidez permanente".

Lo anteriormente señalado lleva a efectuar una crítica al término IT, introducido por la LMFAOS-94²⁰⁶, frente al que existía anteriormente, Incapacidad Laboral Transitoria (ITL).

En efecto la expresión “Incapacidad Temporal”, sólo da unas breves pistas de la figura a la que nos enfrentamos pero no permite deducir de ella los elementos delimitadores expuestos, a diferencia de los que ocurría con la anterior denominación “Incapacidad Laboral Transitoria”. Se trata de una “incapacidad” entendida como merma, insuficiencia o limitación de capacidad, habilidad, aptitud, experiencia... etcétera, como consecuencia de una alteración en la salud; unida a un adjetivo indicativo de un lapso de tiempo, “temporal”, pero en el que no se refleja que dicha incapacidad sea para el ejercicio de una actividad profesional²⁰⁷.

Por el contrario, el termino ITL sí permitía deducir de su mera lectura las características de la figura ante la que nos encontramos, simplemente por el añadido del término “laboral”. Sin embargo ahora, con el cambio de denominación, se debe suponer esa “laboralidad”²⁰⁸.

No obstante, puede por otra parte resultar acertada la desaparición del término “laboral”, ya que la expresión “incapacidad laboral transitoria” podría dar una visión sesgada de la realidad desde el momento en el que el término “laboral” podía predeterminar la existencia de una relación jurídica de tal índole, que supondría la existencia obligada de dos figuras como son el empresario y el trabajador y la concomitancia junto a la contingencia protegida, de la suspensión de dicha relación. Por lo que ello, supondría omitir la situación de incapacidad protegida al trabajo por cuenta propia²⁰⁹.

Junto a la contingencia básica o general: *“Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a*

²⁰⁶ La reforma de 1994 supuso la separación entre la IT y la Maternidad, dado que se tratan de dos situaciones distintas que deben resultar protegidas mediante contingencias diferentes. Igualmente esta reforma afectó a la prestación por incapacidad temporal en otro aspecto, y es que supuso la desaparición de la Invalidez Provisional. En este último sentido ver TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia...* op.cit., página: 30. *“La utilización de tal terminología... comprende las contingencias de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional, lleva implícito el tratamiento unitario que se pretende y, cuya base argumental está, tanto en la identidad del objeto de la protección, como en las similitudes de sus caracteres definitorios”.*

²⁰⁷ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas: 55.

²⁰⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas: 55.

²⁰⁹ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas: 57.

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, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días- doce meses- prorrogables por otros ciento ochenta²¹⁰ - seis meses- cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación “ (art. 128.1 a) LGSS). A lo anterior, la LGSS añadió como situaciones determinantes de incapacidad temporal: “Los periodos de observación por enfermedad profesional 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 “ (art. 128.1 b) LGSS), abandonando con ello la regulación específica y diferenciada que hasta entonces tenían²¹¹.

Estos periodos de observación no participan plenamente de la caracterización conceptual de la contingencia general, de ahí que nos refiramos a ellos y sean analizados como “situaciones asimiladas a la incapacidad temporal” como posteriormente se verá²¹².

Ello conduce a indagar, las razones que en aquella época justificaron la incorporación de los referidos periodos de observación por enfermedad profesional. Posiblemente, *la ratio* esté tanto en la carga de su histórica configuración singularizada, como en el carácter rígido (relación causa- efecto entre la alteración de la salud y el efecto incapacitante) que presidió la ordenación de la contingencia general.²¹³ Ahora bien, el estudio detenido de

²¹⁰ Redacción establecida por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre (BOE de 24, I.L.4335), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, con efectos de 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida.

²¹¹ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia...* op.cit., página: 31: “Los periodos de observación en caso de enfermedad profesional estaban regulados en los artículos 24 del Decreto de 13 de abril de 1961 y 44 de la Orden de 9 de mayo de 1962, entendiéndose como tales: la situación del trabajador durante el tiempo necesario- 6 meses- causando o no baja en trabajo, para el estudio de su enfermedad cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo. El régimen jurídico de los periodos de descanso por maternidad se encontraba regulado en los artículos 22 de la Ley de 1 de diciembre de 1942 y 46 a 58 y 86 a 93 del Decreto de 11 de noviembre de 1943, modificados en parte, por el Decreto de 4 de junio de 1959”.

²¹² TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen Jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006, página: 344.

²¹³ TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 345 y, TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia...* op.cit., página: 32.

esta temática se verá más adelante, por lo que para no romper el esquema metodológico utilizado remito su análisis al apartado 1.2 del presente capítulo.

1.1. Accidentes sea o no de trabajo y enfermedad común o profesional (arts. 115 y 116 de la LGSS):

Durante la vida los individuos se encuentran sometidos a riesgos que provocan situaciones determinantes de una protección sociales. Entendida la sociedad como ámbito de vida social y de cobertura de aquellas necesidades humanas, no puede sin embargo ésta, por sí misma, mantener la satisfacción de dichas obligaciones sociales sin una intervención estatal, dado que *“las necesidades sociales inciden de lleno en el plano de los fines estatales”* (ALMANSA). En el marco del *Estado Social*- aunque no de manera exclusiva- los sistemas de protección social (Seguridad Social y Asistencia Social) como formas de *“garantía social”*, tratan de atender y liberar a los ciudadanos de tales situaciones de carencia. A través de su instrumentación jurídica e institucional, el Estado trata de subvenir a las necesidades concretas que se consideran merecedoras de la protección social. Se observa así la inherencia de la Seguridad Social al Estado, pues es éste el que la financia – al menos parcialmente- y determina los recursos necesarios y el alcance de la protección a dispensar; esto es, el Estado entra a formar parte determinante del Sistema de Seguridad Social y ésta reposa sobre la garantía de la existencia del Estado. Como ha podido decirse, *“en el carácter perenne del Estado descansa la seguridad social”*, y en la soberanía popular del Estado democrático, la *“dosis racional de seguridad social adecuado a cada circunstancia”* que quiere proporcionarse (DE LA VILLA).²¹⁴

De esta forma, la Seguridad Social nace como sistema formado por un conjunto de instituciones jurídicas que tratan de afrontar la protección de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad, económico sociales y políticamente relevantes. Para ello, la Seguridad Social se dota de un conjunto

²¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: Teoría general y recapitulación jurídico- crítica”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Director): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2008, página: 1 y MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político- jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales””, en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (Director): *Accidentes de trabajo y mutuas*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009, página: 111.

de prestaciones, temporales o indefinidas, en dinero o en especie²¹⁵. Hablamos por tanto, de un sistema complejo que se encuentra actualmente en constante proceso de evolución.

La Seguridad Social exige la puesta en práctica del programa constitucional (ex art. 41 CE) a través de un conjunto de reglas y medidas de regulación pública encaminada a satisfacer las necesidades de los individuos y de sus familias por la colectividad general organizada (MONEREO)²¹⁶.

Para nuestro TC el modelo diseñado en el art. 41 CE *“es tan sólo un modelo teórico que no desautoriza a un modelo de la Seguridad Social que descansa aún en buena parte sobre la consideración de las contingencias, de los eventos dañosos que pueden originar la protección que se dispense”*.

Nuestro sistema legal de Seguridad Social –plenamente legitimado desde un punto de vista constitucional por el Tribunal Constitucional- mantiene un carácter predominantemente contributivo, sin que la legalidad ordinaria se oponga al texto constitucional ni a la normativa internacional y comunitaria de referencia en materia de Seguridad Social. Más allá del modelo-tipo ideal de ciudadanía previsto en el art. 41 CE, el modelo de protección social se fractura, de tal modo que existen beneficiarios a dos títulos diversos: el beneficiario a título de la ciudadanía y el beneficiario también virtud de su esfuerzo contributivo²¹⁷.

No obstante y pese a la vocación extensiva en cuanto a la protección en sentido objetivo (ex art. 41 CE), la Seguridad Social no cubre cualquier riesgo o estado de necesidad de los sujetos incluidos en su ámbito, sino únicamente aquellos expresamente reconocidos en el propio ordenamiento, con el alcance y medios también delimitados²¹⁸. Si bien, la delimitación de esa protección no

²¹⁵ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de...* op.cit., página: 20.

²¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: Teoría general... op.cit., páginas: 1 y 2 y, MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político- jurídico y de la delimitación técnica de las... op.cit., página: 112.

²¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: Teoría general... op.cit., páginas: 3 y 4 y, MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político- jurídico y de la delimitación técnica de... op.cit., página: 114.

²¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: Teoría general... op.cit., página: 4.

se hace – o suele hacerse- definiendo qué riesgos sociales están cubiertos, sino, más simplemente, enumerando las prestaciones que el sistema otorga²¹⁹.

En este sentido el Convenio número 102 OIT, de 28 de junio de 1952, de la OIT, relativo a la norma mínima de Seguridad Social, se convierte en estándar del modelo de acción protectora que deben dispensar los Sistema de Seguridad Social, estableciendo la obligación de los Estados que lo ratifiquen de recoger en su ordenamiento un número determinado y mínimo de prestaciones dirigidas a la reparación de las correspondientes contingencias protegidas.²²⁰

²¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: Teoría general... op.cit., página: 4. También, MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de... op.cit., página: 115.

²²⁰ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de...* op.cit., página: 201. “En este sentido, los Estados que lo ratifiquen deben asumir al menos tres de las nueve prestaciones previstas en el Convenio 102 OIT. Las prestaciones a las que nos referimos son: asistencia médica, subsidios por enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de sobrevivientes.

España, ratificó la Carta Social Europea de 1978, con un contenido y nivel de cobertura similar al Convenio número 102 OIT, a pesar de ello, ratificó el 29 de junio de 1988 – en vigor desde el 29 de junio de 1989- el Convenio 102 de la OIT de forma parcial, sobre todo en lo referente a la igualdad de trato a residentes y respecto al nivel e intensidad de ciertas prestaciones, como las de enfermedad, desempleo y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. De forma complementaria, encontramos otros Convenios de la OIT, alguno de los cuales, ratificados por España (el nº17, de 10 de junio de 1925, sobre reparación de accidentes de trabajo, el nº42, de 21 de junio de 1934, relativo a la indemnización por enfermedades profesionales, el nº128, de 29 de junio de 1967, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; el nº 159, de 20 de junio de 1983, sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas), contemplan prestaciones dirigidas a la reparación de contingencias específicas.

Otras normas internacionales, como el Código Europeo de Seguridad Social de 16 de abril de 1964, ratificado por España el 17 de marzo de 1995, y siguiendo la finalidad declarada en su Preámbulo de mejora en los países miembros el nivel establecido en la norma mínima de Seguridad Social de la OIT, amplía las obligaciones en esta materia, que a partir de su ratificación deberán garantizar al menos seis de las prestaciones establecidas en el Código, las cuales en su conjunto son básicamente las mismas que las contempladas en el Convenio 102 de la OIT. También está presente el estándar ideal el Convenio Europeo de Seguridad Social de 14 de diciembre de 1972, que entró en vigor en España el 25 de abril de 1986.

Por su parte, el art. 4.1 del Reglamento CEE 1408/1971, de 14 de junio, diseña genéricamente el ideal de cobertura en la UE, al señalar que el mismo “se aplicará a todas las legislaciones relativas a las ramas de Seguridad Social relacionadas con: a) las prestaciones de enfermedad y maternidad; b) las prestaciones de invalidez; c) las prestaciones de vejez; d) prestaciones de supervivencia; e) las prestaciones de

Así pues, más que la situación de necesidad, es la delimitación de las contingencias la que se sitúa como piedra angular o punto de referencia de la acción protectora del sistema. En la medida en que se regulen normativamente estas situaciones de necesidad merecedoras de tutela, el ordenamiento jurídico estará cumpliendo con los objetivos funcionales que el art. 41 CE encomienda a los poderes públicos²²¹ de “...*garantía de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que asegure la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*”.

Para llevar a cabo una clasificación de las contingencias protegidas, son varios los posibles criterios utilizables. En este sentido es clásica la distinción entre riesgos fisiológicos (enfermedad, maternidad, incapacidad, vejez y muerte), riesgos profesionales (accidente de trabajo, enfermedad profesional y desempleo) y riesgos sociales (derivados del grupo familiar). No obstante, la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, optan por la clasificación de las contingencias protegidas a partir de la distinción básica entre “contingencias profesionales” (accidente de trabajo y enfermedad profesional) y “contingencias comunes” (todas las demás)²²².

El régimen jurídico de las contingencias comunes es claramente diferente al de las profesionales, pues los propósitos de unificar la protección independientemente del origen del riesgo no se han logrado plenamente en nuestro ordenamiento infraconstitucional. Por esta razón, la intensidad de la acción protectora es, en conjunto, mayor en el supuesto de contingencias profesionales que en el de las comunes²²³. Ello conlleva a que buena parte de la litigiosidad en materia de accidente de trabajo, y de los vaivenes de la jurisprudencia, provengan no tanto por una preocupación meramente teórica, sino por las diferencias de protección existentes, que es lo que pesa

accidente de trabajo y enfermedad profesional; f) subsidios de defunción; g) prestaciones de desempleo; h) las prestaciones familiares”.

²²¹ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.L: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social” en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Director): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social...op.cit.*, página: 11. MONEREO PÉREZ, J.L: “*El derecho a la Seguridad Social*”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, página: 1477.

²²² MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.L: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social” en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Director): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social...op.cit.*, página: 16.

²²³ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.L: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social...op.cit., página: 22.

decisivamente en la resolución del órgano judicial²²⁴. También ello explica la intensa expansión del concepto de accidente de trabajo a eventos que no siempre guardan una conexión causal clara y nítida con eventos derivados de la prestación de servicios²²⁵.

Estas dos grandes ramas tienden desde su formación circunstancial a la equiparación, ya que las trascendentes divergencias existentes en cada una de ellas en relación a los requisitos requeridos: cuantía, bases de cotización, alcance de las prestaciones... etcétera, han supuesto un marco de cobertura más favorecedor para las contingencias profesionales²²⁶. Ello se traduce básicamente, de manera no exhaustiva, en los siguientes términos:

- a. La acción protectora para las contingencias profesionales es superior en sentido material: prestaciones especializadas, indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, la existencia de períodos de observación y baja preventiva en caso de enfermedad profesional, indemnizaciones a tanto alzado por fallecimiento, criterios de cálculo de prestaciones más beneficioso (incluso de las horas extraordinarias en la base de cotización), etcétera;
- b. Reglas especiales de financiación y aseguramiento (asunción plena de la cotización por el empresario), y de responsabilidad (recargo por prestaciones);
- c. Se atenúan los requisitos de acceso a las prestaciones (principio de automaticidad plena - alta de pleno derecho-, no exigencia de períodos de carencia);

²²⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F: "Accidente de trabajo y relación de causalidad", en VV.AA: *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, Fraternidad-Muprespa y UNED, 2000, página: 335. Y CHACARTEGUI JÁVEGA, C: *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la Jurisprudencia*, Albacete, Bomarzo, 2007, página: 77.

²²⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo", VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009, página: 863.

²²⁶ Ver Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de abril de 1984: "... la apreciación de si existe accidente de trabajo o no, equivale a decidir, no ya su protección o desprotección, sino si sus consecuencias son protegidas en condiciones más o menos favorables. De aquí la menor trascendencia de su conceptualización que, no obstante, ha recibido una exuberante elaboración doctrinal y jurisprudencial".

- d. Además, disponen de un sistema de gestión segregado, pues cabe la posibilidad de concretar su cobertura, bien con el INSS, o bien a través de entidades especializadas, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales²²⁷.

Ni siquiera los planteamientos hacia una racionalización y sistematización de los seguros sociales en la Seguridad Social, ni el principio de “consideración conjunta de las contingencias protegidas” de los años setenta, ni aún las nuevas fronteras de Seguridad Social mediante la introducción de técnicas asistenciales han conseguido superar el concepto de riesgo profesional, ni su sustitución por una protección común e indiferente al origen de la contingencia²²⁸.

Tal y como pone de manifiesto el profesor FERNÁNDEZ AVILÉS, todos y cada uno de estos elementos diferenciadores entre una y otra contingencia deberían ser revisados bajo diferentes perspectivas, con la finalidad de alcanzar: su contribución a una adecuada tutela del accidentado por el trabajo, una adecuada política preventiva en la materia y por último, si tienen justificación suficiente y objetiva para superar el “test de constitucionalidad” derivada del principio de igualdad²²⁹.

En particular, para la prestación por IT, destacamos toda una serie de especialidades en cuanto al régimen privilegiado por contingencias profesionales que son:

- Requisito de acceso: en donde existe en beneficio de alta presunta del trabajador;
- Fijación de la base reguladora: son computables en el caso de contingencias profesionales, las horas extraordinarias, por lo

²²⁷ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político- jurídico y de la delimitación técnica de la delimitación técnica de las contingencias profesionales”, en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (Director): *Accidentes de trabajo y mutuas*, Madrid, La Ley grupo wolters kluwer, 2009, página: 135.

²²⁸ LÓPEZ GANDÍA, J: “Accidente de trabajo” ... op.cit., página: 103.

²²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político- jurídico y de la delimitación técnica de... op.cit., página: 135. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N (DIRECTORES): *Tratado práctico a la legislación reguladora de accidentes de trabajo y enfermedad profesional*, Granada, Comares, 2006, Páginas: 71-89.

que aumento –respecto a las contingencias comunes- la base sobre la que se aplica el porcentaje y, por tanto, el subsidio a percibir;

- Cuantía: el subsidio se cobra desde el día siguiente a aquel en el que se expide el parte médico de baja y siempre se concreta en el 75 por 100 de la base reguladora. En caso de contingencias comunes, del primero día inmediatamente después a la baja médica, al tercer día, no se percibe cantidad alguna. Se percibe un 60 por 100 desde el cuarto día hasta el vigésimo, y del vigésimo primer día de baja en adelante, el 75 por 100 de la base reguladora²³⁰.
- Formalización del acceso a la prestación;
- El tránsito entre prestaciones: el artículo 222.1 LGSS (tras la reforma operada por la Ley 40/2007), si un trabajador en IT derivada de riesgos profesionales ve extinguido su contrato de trabajo, permanecerá en situación de IT hasta su finalización, sin que la extinción de la relación laboral repercuta en la cuantía del subsidio, ni durante la misma se consuma período alguno de la prestación por desempleo. No ocurre así, en cambio, si el origen se deriva de contingencia común –artículo 222.3 LGSS-, lo que supone en la práctica una minoración del tiempo y la cuantía del subsidio.
- Responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones del asegurado –alta y cotización- por el empleador: sin perjuicio de la responsabilidad patronal directa por el pago, el carácter profesional de la contingencia determina que siempre exista obligación por parte de la entidad aseguradora –INSS o Mutua- de anticipar la prestación²³¹.

Por otra parte, y debido al mantenimiento de este régimen diferenciador y privilegiado para las contingencias profesionales, se han ido generando una serie de modificaciones legislativas, doctrinales y jurisprudenciales con la intención de equiparar los supuestos de accidente no laboral y enfermedad

²³⁰ LEFEBVRE, F: *Memento práctico de Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2008, página: 727.

²³¹ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 260 y 261.

común al régimen del accidente de trabajo. Lo que ha constituido un innegable factor de impulso al proceso evolutivo de ampliación de la noción de “accidente de trabajo” y su proceso de “objetivación” (desligazón del elemento de responsabilidad empresarial)²³².

Sin embargo, a día de hoy, la existencia de este particular régimen acarrea continuos replanteamientos sobre el carácter “profesional” o no de la contingencia protegida y su necesaria suavización (actuando directamente sobre las condiciones legales determinantes del carácter y “origen profesional” del siniestro). El fundamento de esta diferenciación entre riesgos comunes y profesionales no sólo está resultando de dudosa aplicación práctica²³³, sino que está sometida a incesantes cambios debido a la patente y permanente evolución de la sociedad, lo que ha supuesto igualmente modificaciones en el plano normativo. Y es que la ley misma y su contenido interno tampoco son estáticos, como lo es todo pasado histórico (“eternamente quieto está el pasado”), sino vivo y modificable y, por consiguiente, capaz de adaptación²³⁴.

Se tratan por tanto de conceptos necesitados de una catalogación persistente (para las enfermedades profesionales) y de frecuentes reelaboraciones jurisprudenciales, debido a la incorporación de numerosos riesgos comunes (enfermedades cardiovasculares, dolencias de carácter degenerativo... etcétera) a la categoría de riesgos profesionales²³⁵.

Conforme evoluciona y cambia la sociedad se conocen nuevos riesgos necesitados de una catalogación, ya sean como enfermedades de origen laboral o común. Por ello el Ordenamiento jurídico necesita tener en cuenta estas modificaciones cuando contempla los hechos cambiantes al configurar el contenido de sus normas²³⁶.

²³² FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...op.cit.*, página: 864.

²³³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...op.cit.*, página: 864.

²³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR): *Introducción al pensamiento jurídico por Karl Engisch*, Granada, Comares, 2001, página: 107.

²³⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...op.cit.*, página: 864.

²³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR): *Teoría General del Derecho por Hans Nawiasky*, Granada, Comares, 2002, página: 228.

No obstante, el origen de la situación determinante de protección resulta a veces de ardua calificación, a lo que se le añade, la dificultad de establecimiento de una línea de demarcación entre los riesgos profesionales y comunes²³⁷.

Ello quizás podría conducir a la reproposición de modelos de protección fundados más en la *finalidad* (tutela indiferenciada de situaciones de necesidad eliminando el tratamiento preferencial de las contingencias profesionales) que en la *causalidad* como elemento o criterio selectivo y diferenciador de la tutela²³⁸.

Por lo tanto, la diferenciación entre riesgos comunes y riesgos profesionales no sólo resulta de conflictiva calificación sino también, condiciona casi todos los aspectos de la estructura de la Seguridad Social desde el encuadramiento hasta la acción protectora y sus requisitos, responsabilidades, cuantías y alcance de las prestaciones²³⁹, como veremos a lo largo de este trabajo al analizar en concreto la prestación por incapacidad temporal haciendo referencia, separadamente a la cobertura por contingencias profesionales y comunes. Además esta diversificación entre riesgos de origen o no laboral, se reproduce asimismo en los niveles complementarios de Seguridad Social, especialmente en cuanto a las mejoras de prestaciones y a la utilización por la negociación colectiva de pólizas de seguro para introducir compromisos de pensiones y otras mejoras de prestaciones (indemnizaciones a tanto alzado... etcétera)²⁴⁰.

Como paso previo para un conocimiento en profundidad de las diferencias que para la prestación por IT origina esta bifurcación, resulta necesario, analizar primeramente: el ámbito de protección “privilegiada” o por contingencias profesionales, esto es, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

²³⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...* op.cit., página: 864.

²³⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...* op.cit., página: 864.

²³⁹ LÓPEZ GANDÍA, J: “Accidente de trabajo”, en VV.AA, SEMPERE NAVARRO, A.V; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y AGUILERA IZQUIERDO, R (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Enciclopedia Laboral Básica “Alfredo Montoya Melgar”*, Navarra, Thomson Reuters, Civitas, Universidad Complutense de Madrid y Universidad Rey Juan Carlos, 2009, página: 104.

²⁴⁰ LÓPEZ GANDÍA, J: “Accidente de trabajo”... op.cit., página: 103.

Finalizado esta primera parte, pasaré seguidamente y ya por último, al examen del régimen “ordinario” de protección por contingencias comunes: el concepto de accidente no laboral y enfermedad común.

El concepto de accidente de trabajo ha sido para nuestro sistema de Seguridad Social un elemento determinante de la aparición de las modernas normas que en esta materia se refiere. Ello se ha debido no sólo a su especificación o carácter determinante del nacimiento de este riesgo, es decir, siniestros súbitos y bien localizados, sino también a su relativa infrecuencia comparada con otros riesgos tales como, la enfermedad o la vejez, los cuales constituyeron a posteriori objeto asimismo de protección. Fueron todos ellos datos especialmente adecuados para iniciar en España así como el resto de países de nuestro entorno²⁴¹, la formación del ordenamiento de Seguridad Social²⁴².

En nuestro país el concepto de accidente de trabajo ha venido manteniéndose sustancialmente idéntico a lo largo de más de un siglo desde la Ley de 1900, pasando por la de 1955 y Reglamento para su aplicación de 22 de junio de 1956, hasta la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 y Texto refundido de la actual Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994²⁴³.

Tal conservación tiene su razón de ser en la esencia misma del concepto de accidente de trabajo que utiliza el art. 1 de la Ley de 1900: “*Para los efectos de*

²⁴¹ Por citar algunos ejemplo: en Gran Bretaña la Ley de Accidentes de Trabajo de 1897 es la primera que marca una evolución frente al antiguo sistema protector de las Leyes de Pobres; igualmente en Francia, la Ley de 9 de abril de 1898 anticipa en muchos años la protección del accidente respecto de la los demás riesgos; en el caso Alemán, la obra legislativa del Canciller Bismarck de concebir simultáneamente: los seguros de accidente de trabajo (Ley de 6 de julio de 1884), de enfermedad (Ley de 15 de junio de 1883) y de invalidez-vejez (Ley de 22 de junio de 1889), fue ya referida en el mensaje imperial que el 17 de noviembre de 1881 el Canciller de Hierro defendió en el Reichstag, fecha esencial en la historia de la Seguridad Social.

²⁴² ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 53.

²⁴³ HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN, E; MIRANDA RIVAS, F; VIVANCO BUSTOS, M.C; GÓMEZ CAMPOY, F y GIL SUÁREZ, L (PRÓLOGO): *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales incapacidad temporal por contingencias comunes gestión. Prestaciones Procedimiento y Jurisprudencia*, Madrid, Colex, 3ª edición, 2000, página: 87.

Véase con detenimiento, el elaborado estudio que realizan los profesores José Luis Monereo Pérez y José Antonio Fernández Avilés, en MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidentes de Trabajo (Dimensión preventiva y reparadora), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y RIVAS VALLEJO, P (DIRECTORES), GARCÍA VALVERDE, M.D (COORDINADORA): *Tratado de Salud Laboral I. Aspectos Jurídicos de a Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2012, páginas: 79 a 96.

la presente ley, entiéndase por accidente de trabajo toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena...". Noción amplia, tal y como se puede comprobar de las expresiones "*lesión corporal*" y "*con ocasión o por consecuencia del trabajo*", lo que ha permitido una continuada y expansiva interpretación doctrinal y jurisprudencial de lo que es accidente, atendiendo al momento histórico, a las exigencias sociales correlativas y, teniendo en cuenta, por supuesto, las sucesivas reformas legislativas²⁴⁴.

Especial mención requiere el precepto que objetivaba la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios que con motivo del trabajo por cuenta ajena sufrieran sus trabajadores: "*El patrono es responsable de los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente*" (art. 2 de la LAT). De acuerdo con tal previsión, el empresario quedaba sujeto incluso antes que a la obligación de aseguramiento, a la obligación de resarcir los daños derivados del accidente "*cuius comoda eius et incommoda*" que pudiesen sufrir sus trabajadores²⁴⁵. Este mecanismo de aseguramiento asumía una dimensión social sólo en la medida en que atendía también los accidentes no debidos a culpa del empleador (fuerza mayor, caso fortuito o imprudencia no temeraria del trabajador) y de los cuales, no habría debido responder según el Derecho Común²⁴⁶.

En este sentido y para la prestación por Incapacidad Temporal, el art. 4.1 de la LAT dirá que "*Si el accidente -indicados en art. 2- hubiese producido una incapacidad temporal, el patrono abonará a la víctima una indemnización igual a la mitad de su jornada diaria desde el día en que tuvo lugar el accidente, hasta el en que se halle en condiciones de volver al trabajo. Si transcurrido un año no hubiese cesado aún la incapacidad, la indemnización se regirá por las disposiciones relativas a la incapacidad perpetua*".

²⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N (DIRECT): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006, página: 72.

²⁴⁵ MERCADER UGUINA, J.R: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, Madrid, La Ley, 2001, página: 85.

²⁴⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo", en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...* op.cit., página: 822.

Tras una larga evolución y ampliación del concepto de accidente de trabajo, la actual definición continua siendo casi exactamente la misma que mantenía la LAT de 1900, con la salvedad de que ha sustituido la palabra “operario” por “trabajador”, de significado legal más amplio y ahora, el régimen de protección social del accidente ha prosperado hacia un sistema de imputación de la responsabilidad objetiva gestionado por el moderno y público Sistema de Seguridad Social (para todas aquellas “situaciones de necesidad”),²⁴⁷ y por las voluntarias y privadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional (antiguas Mutuas Patronales)²⁴⁸. Estas últimas se constituyen como asociaciones sin ánimo de lucro, autorizadas por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, y destinadas a colaborar en la gestión de la Seguridad Social de los riesgos por: accidente de trabajo, enfermedad profesional y enfermedades comunes, extendiendo también su actividad a tareas de prevención de riesgos laborales. Responde su existencia a la voluntad de los empresarios particulares, ya que son éstos quienes las crean y extinguen libremente, sin que la Administración pueda imponer forzosamente su creación ni la adscripción obligatoria de los particulares²⁴⁹.

En materia de IT, las Mutuas como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, asumen un papel importante en la gestión de dicha prestación tanto por riesgos derivados de contingencias comunes como profesionales. Ahora bien,

²⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N (DIRECT): *Tratado práctico a la legislación reguladora...* op.cit., página: 71. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo” ...op.cit., página: 822.

²⁴⁸ Las MATEPs tras la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 se insertan en el Sistema de Seguridad Social, viniendo a sustituir a los seguros sociales bajo la denominación de “entidades colaboradoras”. En la actualidad, su régimen regulador se encuentra recogido en: los arts. 68 a 76 de la LGSS y en el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social (RMATEP), aprobado por RD 1993/1995, de 7 de diciembre, con las modificaciones introducidas por las Leyes 13/1996 y 66/1997, y por los Reales Decretos 250/1997, 428/2004 y 295/2009, por el que se atribuye el régimen jurídico de la gestión de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónoma, y recientemente por el RD 688/2005, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las MATEP de la Seguridad Social como “Servicio de prevención ajeno” en materia de Prevención de Riesgos Laborales. Por último, mencionar la Orden de 22 de abril de 1997, por la que se aprueba la composición de las comisiones de control y seguimiento en la gestión desarrollada por las MATEPs.

²⁴⁹ LÓPEZ GANDÍA, J: “Accidente de trabajo”... op.cit., página: 103 y 104. VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 127- 134.

su estudio detallado y separado en función del origen determinante de la situación determinante de protección, lo remito al Capítulo V. “La gestión y el control de la Incapacidad temporal” de esta tesis doctoral.

La actual LGSS define a las contingencias profesionales en sus artículos 115 y 116 al referirse al accidente de trabajo²⁵⁰ y a las enfermedades profesionales: “Concepto de accidente de trabajo. 1. Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena” (art. 115.1 LGSS)²⁵¹. Tres son, pues, las notas esenciales de este concepto:

²⁵⁰ FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Barcelona, edit. Atelier, 2007, página: 86: “El concepto de accidente de trabajo dista mucho de ser unitario en el plano comparado. No obstante, las reformas legislativas y la actuación judicial han aproximado sensiblemente los criterios que deben concurrir para definir jurídicamente la contingencia asegurada, estableciendo sus elementos esenciales. Tales elementos son el tipo de alteración de la salud o de la integridad psicofísica que produce un deterioro o aniquilación del organismo humano- de los que se deriva la incapacidad laboral, la necesidad de asistencia o la pérdida de renta para los supervivientes- y la relación entre la causa de esta alteración y la actividad laboral de la persona asegurada”.

²⁵¹ “Se configura así el accidente laboral a través de tres elementos: lesión, trabajo por cuenta ajena y relación entre lesión y trabajo, elementos generosamente integrados desde antiguo por la jurisprudencia por el Tribunal Supremo y la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, en aras a la máxima protección del trabajador.

Así, el concepto de lesión, que sugiere la idea de acción o irrupción súbita o violenta de agente exterioro, en la definición de accidente del art. 100 de la Ley de 8 de octubre de 1980 sobre Contrato de Seguro, “lesión corporal que proceda de una causa fortuita espontánea exterior y violenta, independiente de la voluntad de asegurado”, fue ampliado desde la importante sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1903, iniciadora de línea doctrinal consolidada, a las lesiones de evolución insidiosa o lenta, y tanto a la herida manifestada externamente como a la dolencia sin manifestación externa notoria y al trastorno fisiológico y funcional.

Igualmente el elemento objetivo del trabajo vio ampliado su ámbito de aplicación, por lo que concierne a la calificación laboral de accidente, mediante las figuras del accidente de trabajo “in itinere” y el accidente de trabajo “en misión”.

Por su parte, el nexo causal entre los otros dos elementos, expresados en la frase “con ocasión o por consecuencia”, continúa siendo una exigencia ineludible para la calificación como laboral del accidente, marcando con claridad que la responsabilidad por éste deriva del riesgo profesional. Sin embargo, tradicionalmente la exigencia resulta debilitada en un doble aspecto; el primero debido a la “ocasionalidad” que proporciona al concepto de accidente de trabajo una gran fuerza expansiva, y el segundo por la presunción legal “iuris tamtun” de la existencia de tal nexo cuando las lesiones las sufra el trabajo durante el tiempo y en el lugar de trabajo.

En definitiva, el artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social define en su número 1 el accidente de trabajo, entendido por tal “toda lesión que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”, de manera que si la lesión no aparece vinculada a la “ocasión” o

- La lesión corporal, entendida como tal cualquier alteración de la integridad física o psíquica del trabajador resultado de una acción de carácter súbito, externo y violento y ajena a la intencionalidad del sujeto que la sufre²⁵² – de acuerdo con la definición de “accidente” en el artículo 100 de la Ley 50/1980 para el contrato de seguro-.
- El carácter de trabajador por cuenta ajena de quien lo realiza²⁵³.
- La relación que debe existir entre el trabajo y la lesión²⁵⁴. El accidente debe producirse “con ocasión o por consecuencia” del trabajo que se realice por cuenta ajena (art. 115.1 LGSS)²⁵⁵.

Una características de los riesgos²⁵⁶ profesionales está en su doble relación de causalidad con el trabajo: a) inicial, en tanto su origen está o es consecuencia

la “consecuencia” laboral no existe accidente de trabajo, salvo que concurran determinadas circunstancias que el propio artículo (en su número 2) declara por vía ampliatoria como generadoras del accidente de trabajo, o que éste se presume, salvo prueba en contrario, por el hecho de haberse producido la lesión “durante el tiempo y en el lugar de trabajo” (art. 115.3 LGSS), excluyendo, en todo caso, de tal calificación, a los debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, o a dolo a imprudencia profesional del trabajador o la concurrencia de determinados supuestos de culpabilidad civil o criminal del empresario, compañeros de trabajo o a un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo (art. 115.5)” (STSJ de La Rioja, 6 de octubre de 2005 (JUR 2006, 2418).

²⁵² A raíz de la Ley de 1900 de AT se suscitó la duda de si la enfermedad quedaba dentro o no del concepto de accidente de trabajo, cuestión que quedó finalmente aclarada con la STS de 17 de junio de 1903, al considerar que el concepto de accidente incluía también la enfermedad profesional. HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN, E; MIRANDA RIVAS, F; VIVANCO BUSTOS, M.C; GÓMEZ CAMPOY, F y GIL SUÁREZ, L (PRÓLOGO): *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales incapacidad temporal por contingencias comunes gestión...op.cit.*, página: 87.

²⁵³ De ahí se puede extraer, aunque ello será objeto de un estudio posterior, que los “trabajadores autónomos” no pueden causar baja por un accidente laboral o enfermedad profesional, ya que la actividad que realizan se lleva a cabo por “cuenta propia”.

²⁵⁴ “Una lesión, concepto que ha sido interpretado tradicionalmente de una forma amplia, abarcando no sólo las lesiones producidas por un agente externo sino también las debidas a causas internas; de esta manera se han podido incluir en el concepto de accidente de trabajo las lesiones derivadas de ciertas enfermedades (enfermedades comunes cuya causa determinante la constituye el trabajo, las enfermedades intercurrentes sufridas durante el proceso patológico derivado el accidente y las enfermedades o defectos preexistentes que resulten agravados por el accidente” STSJ Islas Canarias (Las Palmas), 11 de diciembre de 2006 (AS 2007, 1816).

²⁵⁵ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social... op.cit.*, páginas: 203 y 204.

del trabajo por cuenta ajena; b) de resultado, en cuanto por consecuencia de su actualización el accidentado está imposibilitado temporal o definitivamente para la posterior realización del trabajo por cuenta ajena. Es obvio que la diferencia con los riesgos comunes está en el origen y la característica común en el resultado²⁵⁷.

El art. 115.2 de la LGSS establece que: *“Tendrán la consideración de accidente de trabajo:*

- a) *Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo*²⁵⁸;

²⁵⁶ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 58- 59:

“En contenido originario de la noción de Riesgo Social puede definirse con precisión. Se trata de todos los riesgos que podían obligar a un obrero a cesar en su trabajo, temporal o definitivamente. Se trataba, pues, por una parte, de riesgos fisiológicos comunes a todas las personas (la enfermedad, la invalidez, la vejez, la muerte) y, por otra parte, ciertos riesgos que provenían de la actividad profesional (el paro, el accidente de trabajo, la enfermedad profesional)... del mismo modo que esa legislación protegía al obrero antes de su ingreso en la vida laboral, a través de reglas sobre el aprendizaje del oficio o la formación del contrato de trabajo; del mismo modo que lo defendía, en el curso de su vida laboral, por medio de disposiciones sobre la duración de la jornada, o sobre la higiene en el trabajo, esa legislación lo defendía también contra los riesgos que pudieran forzarlo a abandonar su trabajo”.

²⁵⁷ FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso...* op.cit., página: 88.

²⁵⁸ *“La identificación como laboral del accidente acaecido en el trayecto de ida o regreso al trabajo es una creación de la jurisprudencia de los años cincuenta y sesenta (Alonso Olea y Tortuero Plaza), soliendo identificarse la STS de 1 de julio de 1954 como la primera que lo denomina accidente “in itinere”; su razonamiento es claro: se produce el desplazamiento como acto necesario para la prestación laboral, por lo que sin trabajo no habría desplazamiento y sin desplazamiento no habría accidente...*

Lo exigido por la Ley es que haya un accidente ocurrido durante el trascurso de los desplazamientos anteriores o posteriores al trabajo: “al ir o al volver del lugar de trabajo” pero sin indicar cuál haya de ser punto geográfico de origen o término en tales trayectos; si acaso, lo que se exige es que se trate del mismo lugar (pues sólo cabe “volver” en tal caso) pero no que se encuentre próximo, que sea el domicilio propio, que se siga determinado trayecto o utilicen medios de transporte públicos, etcétera.

Tras el minucioso examen de las numerosísimas resoluciones recaídas en esta materia, la doctrina y la jurisprudencia han podido sistematizar ciertos requisitos específicos o elementos integrantes de la noción de accidente de trabajo “in itinere”, que pueden resumirse del siguiente modo (Faustino Cavas Martínez: Accidente de trabajo “in itinere” y delimitación teleológica – espacial del “iter laboris” (STJ Canarias- Santa Cruz de Tenerife, 23 enero 1998 (AS 1998, 48), Aranzadi Social, Vol I, 1998, Presentación, páginas: 2469-2473:

1. *“Requisito teleológico”. El traslado debe estar motivado, única y exclusivamente, por el trabajo; esto es, su causa ha de ser la iniciación o finalización de la prestación de servicios. No obstante, también se acepta como accidente “in itinere” el acaecido en circunstancias directamente*

relacionadas con el trabajo que se presta por cuenta ajena; por ejemplo, el sufrido al ir a cobrar el salario o al ir a un centro médico para recibir asistencia sanitaria...

2. *“Requisito cronológico”. El accidente debe ocurrir en un tiempo inmediato o razonablemente próximo a las horas de entrada o salida el trabajo. Se trata ahora de un requisito que debe relativizarse ante cada caso concreto, haciendo depender su concurrencia de una evaluación razonable de la distancia a recorrer, el medio de locomoción utilizado y las circunstancias conexas...*
3. *“Requisito topográfico”. El accidente de trabajo “in itinere” debe ocurrir, precisamente, en el camino de ida o vuelta entre el domicilio del trabajador y su centro de trabajo, entendiéndose producido el accidente de trabajo incluso en un momento anterior o preparatorio al viaje, por ejemplo, al ir a tomar el vehículo (STCT 9 de febrero de 1981). Por otra parte, la jurisprudencia advierte que el trabajador debe utilizar un trayecto adecuado, es decir, normal, usual o habitual (STCT 16 de noviembre de 1982), aunque no sea el más corto (STCT 30 de mayo de 1984)...” (STSJ Madrid, 18 de septiembre 2006 (AS 2006, 3428).*
4. *“Requisito mecánico o idoneidad de los medios utilizados para la realización del desplazamiento. Ha de utilizarse un medio de transporte racional y adecuado para salvar la distancia entre el centro de trabajo y el domicilio del trabajador o viceversa. Se excluye el accidente “in itinere” cuando el trabajador utiliza un modo de transporte prohibido por la empresa, creando con esa conducta mayores riesgos, o cuando se había acordado expresamente la realización de los viajes en otro medio de transporte (siempre –habrá de entenderse. Que dicha limitación empresarial obedezca a criterios objetivos y racionales, esto es, que no se trate de prohibiciones irracionables, arbitrarias o injustificadas).*

Además, ha de hacerse el mismo un uso correcto, sin incurrir en imprudencia grave o temeraria...La conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas puede constituir imprudencia simple, pero cuando la dosis de alcoholemia es elevada podría romper el nexo de causalidad con el trabajo, en función de las circunstancias del caso concreto.

5. *Los agentes lesivos, que pueden ser la conducta dolosa o culposa del propio trabajador, acto de un tercero o incluso atribuirse a un agente fortuito, siempre que el desplazamiento tenga relación con el trabajo. Por lo que respecta a los actos culposos de terceros pueden ser problemáticos, en general la agresión de un tercero no enerva la conceptualización de accidente “in itinere”, pueden darse casos de accidente laboral “in itinere” provocados por terceros, siempre que el desplazamiento tenga relación con el trabajo. No obstante, algún pronunciamiento del TS sostiene lo contrario...*

El fallecimiento o los daños derivados de atentados terroristas –cuando la víctima se dirigía o volvía del trabajo- se consideran accidente “in itinere”; o bien ser alcanzado por disparos efectuados por unos desconocidos”. FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso... op.cit., página: 107.

Una amplia y reiterada doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo los distintos elementos que deben concurrir para que un accidente de trabajo pueda ser calificado “in itinere”. Tales requisitos o precisiones interpretativas del precepto legal antes citado pueden resumirse como sigue:

- b) *Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos*²⁵⁹.
- c) *Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de la órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa*²⁶⁰.

-
- a) *La causa de desplazamiento debe ser la de iniciar la prestación de servicios o, una vez finalizada la misma, la de regresar al domicilio, sin que quepan interrupciones o alteraciones en el "iter laboris" por motivos o conveniencias personales.*
 - b) *El accidente debe ocurrir en tiempo inmediato o razonablemente próximo a las horas de entrada y salida del trabajo.*
 - c) *El accidente debe ocurrir en tiempo inmediato o razonablemente próximo a las horas de entrada y salida del trabajo.*
 - d) *El trabajador debe utilizar el trayecto adecuado, es decir, el normal, usual o habitual empleado para ir o volver del trabajo.*
 - e) *El medio de transporte utilizado ha de ser el racional y adecuado para salvar la distancia existente entre el centro de trabajo y el domicilio y viceversa.*
 - f) *El domicilio del trabajador, como término inicial de la ida o vuelta al trabajo, ha de ser el de habitual residencia del trabajador; concepto de domicilio que incluye no sólo el domicilio legal, tal como se configura en el Código Civil, sino también el real y habitual, como por ejemplo el utilizado durante la época estival o de vacaciones (Sentencia del TS de 5 de noviembre de 1976 (RJ 1976, 5162) y específicamente la Sentencia de 16 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5284). STSJ Castilla- La Mancha, 14 noviembre 2001 (AS 2001, 4496).*

²⁵⁹ *"...en todo caso si bien es cierto que de demostrar la celebración de una reunión aunque sólo asistieran los representantes sindicales sin presencia de los de la empresa podría tener encaje en el artículo 115.2 b) de la Ley General de la Seguridad Social también lo es que no hay constancia documental alguna acerca de esta reunión vespertina que se alega en el recurso y en la que se apoya la pretensión actora y ello por ser tarea que corresponde en exclusiva al juez de instancia, (STSJ Asturias, 25 julio 2003 (JUR 2004, 15355))".*

²⁶⁰ *"El accidente de trabajo "en misión", es una lógica derivación del concepto de accidente de trabajo "in itinere", porque si ese segundo concepto consiste en el soportado por el trabajador en el obligado desplazamiento desde su domicilio al lugar de prestación de los servicios, o, una vez acabada la jornada, desde el lugar de prestación de los servicios hasta su domicilio habitual, ya que la ley entiende que a tales trayectos y riesgos debe extenderse la protección proporcionada por la Empresa, con mayor razón deberá extenderse tal protección cuando la prestación de los servicios y sus condiciones y circunstancias impiden al trabajador aquel regreso, y excluyen la necesidad de reintegrarse al lugar de reanudación de*

d) *Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo*²⁶¹.

las tareas profesionales, porque tal lugar no es abandonado al concluir y, por eso, es innecesario el reintegro, ya que el trabajador "itinerante", está en ese itinerario desde que abandona su domicilio hasta que vuelve a él, cuando concluye las tareas que tiene encomendadas" (STS de 24 de septiembre de 2001 (RJ 2002, 595).

"...alega al respecto que para calificar como accidente de trabajo impropio o "en misión", el mismo debe darse un tiempo de trabajo o asimilado, cumpliendo órdenes o en tiempo de espera o presencia o pausas leves pero en descansos o de ocio, al disponer el trabajador de su tiempo y de actuación de manera sintética hemos de decir que el artículo 115.1 del TR de la LGSS, define al accidente de trabajo..." (STSJ Cataluña, 27 de marzo 2006 (AS 2006, 2574).

²⁶¹ *"Acreditado que el actor, policía municipal, se encontraba en día de descanso en un supermercado de la localidad en que trabaja cuando sorprendió a un menor hurtando una botella de whisky lo que le reprendió e impidió, acto a raíz del que se sintió indispuerto lo que dio lugar a que, desde el supermercado, fuese evacuado en ambulancia hacia el Hospital, donde se le diagnosticó cardiopatía hipertensiva, ligera atrofia ventricular, hipercolesterolemia y posible infarto de cronología incierta, procede desestimar el segundo motivo del recurso que alega la infracción del artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social.*

Sostiene la mutua que ninguna relación tiene la baja laboral con el trabajo, ya que el actor estaba de vacaciones, pero olvida la recurrente que, como señala con acierto la sentencia recurrida, que el artículo 52 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Comunidades Autónomas y Policías Locales, establece que los policías deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicios, en defensa de la Ley y de la Seguridad Ciudadana. Por tanto, como el actor estaba obligado a actuar, para evitar el hurto, no puede afirmarse que el infarto sea ajeno al trabajo realizado. La alegación de que ello supone dar una superior protección a los policías, al cubrirle todas las horas del día, se rechaza porque, aparte que no se planteó antes, resulta que la prima de la contingencia de accidentes varía según la actividad realizada, lo que supone que al fijar la prima de los policías debieron tenerse en cuenta todas las obligaciones de los mismos.

Los antecedentes médicos del actor no desvirtúan la calificación de accidente de trabajo, salvo que se acredite suficientemente que la enfermedad por su naturaleza no excluye toda etiología laboral o que no guarda relación alguna con el trabajo, sin que al efecto sea bastantes los antecedentes médicos del operario o los síntomas de la enfermedad que hubiese presentado en fechas anteriores. En tal sentido se ha pronunciado el TS en sentencias de 18 de marzo (RJ 1999, 3006), 12 de julio (RJ 1999, 5790) y 23 de julio de 1999 (RJ 1999, 6841), dictadas en supuestos de cardiopatía isquémica y angina de pecho que son similares al de autos. La aplicación del tal doctrina nos lleva a desestimar las alegaciones de que la baja no guarda relación con el trabajo, sino que la motivaron los factores de riesgo del actor, máxime cuando el estrés que provoca una detención o impedir un hurto pudo ser la causa determinante del desencadenamiento del infarto, ya que el estrés constituye igualmente un factor de riesgo en las enfermedades coronarias" (STSJ de Andalucía (Sevilla), 12 de julio 2002 (AS 2002, 4016).

- e) *Las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo*²⁶².

²⁶² Requisito imprescindible es , que la enfermedad que se contraiga tenga su causa en el ejercicio de la actividad profesional, en este sentido véase la STS de 18 de enero de 2005 (RJ 2005, 1157): “ ... En efecto, la exigencia legal de que la causa se halle en la ejecución del trabajo (“con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”, dice el precepto) hace relación no sólo a la represalia contra una determinada y concreta actuación policial sino también la habida contra la fidelidad a la profesión policial mediante el cabal cumplimiento de los deberes y de las funciones que tal profesión impone a través de su ejercicio diario. Tal es precisamente el caso de autos, como ya queda indicado...”.

Otro requisito es, que es preciso que el trabajo sea en único factor casual de la enfermedad, en este sentido véase la STSJ País Vasco, 29 de diciembre de 2006 (AS 2007, 897): “...En este concreto tipo legal de accidente laboral no basta con que el trabajo sea elemento que incide en la génesis de la enfermedad, sino que ha de ser el único factor causal de la misma, por lo que no tiene esa calificación legal cuando la enfermedad es fruto de la confluencia de varios causas, alguna de las cuales proviene del trabajo, pero no otras. Conviene no confundir pluralidad de causas reales con variedad de causas posibles, pero sólo una real. Tal vez algunos ejemplos ayuden a comprender lo que se dice: la gripe se contrae por contagio del virus que la causa, pudiendo ser múltiples las personas que contagian, pero si se demuestra que fue un compañero de trabajo, la causa de la misma es única, derivada del trabajo, sin más elemento casual, por lo que ha de calificarse como accidente de trabajo; igualmente, la hepatitis C se contrae por contagio de un virus que puede inocularse por múltiples causas, pero si se prueba que fue por un pinchazo sufrido en el trabajo, será accidente laboral; en cambio, no tiene esta consideración la crisis bronquítica de quien, padeciendo bronquitis crónica por su condición de fumador, sufre el episodio por la inclemencia del tiempo, al que está expuesto por su condición laboral (un cartero, por ejemplo), ya que se debe a la concurrencia de dos causas, de las que una es ajena al trabajo (la bronquitis crónica).

En el caso de las enfermedades psíquicas y/o mentales, su calificación como accidente de trabajo puede provenir de varias causas, de las que ahora debemos dejar de lado todos los supuesto en que: 1) la enfermedad de esas características en posterior a un accidente laboral propio, del que deriva, bien por las lesiones orgánicas sufridas (por ejemplo, personas demenciadas por el traumatismo craneal sufrido trabajando), bien por pura reacción psíquica o mental (sirva por ejemplo, quien tras la caída al vacío trabajando, desarrolla fobia a trabajos en altura), cuya amparo legal radica en el art. 115.2 e) LGSS; 2) la enfermedad preexistente, por causa ajena al trabajo, a un accidente laboral, pero empeora su curso (art. 115.2 f) LGSS) o altera el proceso de curación de las lesiones directamente derivadas del accidente (art. 115.2 g) LGSS). Debemos aparcar su análisis, decimos, porque en todos ellos ha habido un accidente laboral distinto a la propia enfermedad, lo que no es el caso de autos, en el que únicamente existe ésta, a la que sin embargo se pretende que se reconozca como accidente de trabajo. En casos como éstos, esa calificación únicamente puede provenir de que concurra el supuesto previsto en el artículo 115.2 e) LGSS y ello exige, como hemos visto, que la única causa de la enfermedad sea el trabajo, por lo que no basta con que la patología se desencadene a consecuencia del modo en que el trabajador vivencia determinados avatares de la relación laboral, sino que también ha de darse que no confluyan otros elementos desencadenantes y, además, que no venga provocada por una personalidad de base del afectado, que le hace vivir mal, enfermando, lo que no desencadena patología alguna. De ahí que pueda resultar relevante, como elemento indiciario, determinar si el trastorno anímico se habría

producido en una mayoría de personas colocadas en su misma situación laboral o si el grueso de ellos no habría enfermado.

Tipo legal en el que encajan adecuadamente los trastornos anímicos que un trabajador presenta motivados únicamente por incidencias surgidas en su trabajo y le impiden desempeñarlo, puesto que no están tipificados como enfermedad profesional y su causa exclusiva es la ejecución del trabajo por cuenta ajena. Así lo resolvimos por ejemplo, en sentencia de 2 de noviembre de 1999 (AS 1999, 4212) en quien presentaba el llamado síndrome del “quemado” por razón de su trabajo; en sentencia de 9 de mayo de 2000 (AS 2000, 3289) en quien sufre una depresión originada por una decisión empresarial de modificación sustancial de sus condiciones laborales; en sentencia de 17 de diciembre de 2002 (AS 2003, 1849) (rec. 2018/02), en un caso de reacción de ansiedad desencadenada por problemas laborales, confirmando que la situación de incapacidad laboral originada por ese trastorno provenía de accidente laboral; en sentencia de 15 de marzo de 2003 (AS 2003, 2263), en un caso de cuadro de ansiedad y depresión por acoso moral en el trabajo; en sentencia de 7 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 19748) (rec. 1326/04), en camarero con trastorno depresivo por problemática laboral, en sentencia de 16 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 40372), en ertzaina con trastorno por estrés traumático; en sentencia de 26 de abril de 2005 (AS 2005, 2027), en fisioterapeuta infantil con baja por estrés agudo, con posterior diagnóstico de síndrome postraumático a un conflicto laboral y fobia laboral específica; en sentencia de 6 de septiembre de 2005 (AS 2005, 3410), en limpiadora con ansiedad secundaria a agresión en el trabajo; en sentencia de 11 de octubre de 2005 (AS 2005, 2742), en telefonista con crisis de ansiedad derivada de un conflicto objetivo existente en su trabajo; en sentencia de 28 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 94562) (rec. 2015/06), en ertzaina que sufre un trastorno adaptativo por una situación de conflicto existente en el departamento en el que prestaba sus servicios. Conviene advertir que, dado los términos del precepto en cuestión, no cabe esa calificación en los casos en que la incapacidad para el trabajo viene motivada por una alteración anímica generadora en una persona con una patología psíquica previa, en la que los problemas laborales actúan como mero elemento desencadenante de esos episodios (sentencia de 15 de junio de 2004, rec. 787/04, respecto a quien presentaba un trastorno ansioso- depresivo previo a conflictos laborales, que éstos le agravan; sentencia de 3 de junio de 2003 (AS 2003, 2472), en quien presentaba una situación de incapacidad por depresión mayor, con crisis de ansiedad debida a alta tensión laboral, cuando años antes ya había sido diagnosticada de depresión neurótica), o en los que sin concurrir ésta, el trastorno surge por la confluencia de múltiples avatares en su vida, parte de los cuales son ajenos al trabajo (sentencia de 2 de mayo de 2006 (AS 2007, 785), en caso de escolta privado en incapacidad temporal por síndrome ansioso-depresivo derivado de que vive mal la tensión propia de su profesión por su personalidad de base, con problemas familiares y económicos) ya que entonces falta el requisito de exclusividad exigido por la norma. Interesa destacar que, para la atribución de la situación de accidente de trabajo, poco importa que la problemática laboral generadora del trastorno obedezca a incumplimientos de su empresario o provenga de actuaciones de éste sujetas a derecho, ya que la razón de la calificación de ésta en la causalidad de la enfermedad por el trabajo y no en el hecho de que ésta se origine por haber soportado en éste una situación injustificada...”.

En este sentido se observa que se encierran dentro de este concepto de accidente de trabajo: el acoso sexual (STSJ DE Castilla – La Mancha de 16 de septiembre de 1989 y STSJ de Galicia de 24 de enero del 2000), el acoso moral o *mobbing* (CONESA BALLESTEROS, J Y SANAHUJA VIDAL, M: “Acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico (mobbing)”, *Actualidad Laboral*, Nº 30, La Ley, doctrina: XXXVI, 22 a 28 de julio de 2002, páginas: 647 a 650: “... las patologías derivadas del acoso moral o “mobbing” son consideradas accidente de trabajo, y la justificación que ello tiene es que son consecuencia directa del trabajo desempeñado... además de... viendo más concretamente el cuadro de enfermedades

- f) *Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente*²⁶³.
- g) *Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tenga su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación*²⁶⁴.

*profesionales establecida o recogida por el RD 1995/1978, de 12 de mayo, vemos que, el estrés, la depresión así como otras enfermedades mentales, que pueden producirse como consecuencia del acoso moral no tienen cabida. Por esta regla de tres, en principio no es posible considerar al acoso moral como enfermedad profesional “), enfermedades infecciosas con largo período de latencia -por ejemplo: el SIDA- (JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas: 271 – 274), toxicomanía (ROMERO RÓDENAS, M^a.J: *Sida y toxicomanía. Un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social*, Madrid, Ibidem Ediciones, 1995, página: 118).*

²⁶³ Ver STS de 10 abril de 2001 (RJ 2001, 4906): “*Cualquier lesión aunque tenga una etiología común, pueden estar en su desencadenamiento relacionadas causalmente con el trabajo, y el hecho de que exista con anterioridad la dolencia no excluye la actuación del trabajo como factor desencadenante como indica la sentencia del 23-11-1999 (RJ 1999, 9341)*”.

Y STSJ País Vasco, 23 de enero de 2007 (JUR 2007, 121853): “*El artículo 115.2 f) de la Ley General de la Seguridad Social conceptúa como accidente de trabajo las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. La especificidad de este supuesto conecta con uno de los elementos que integra la noción legal de accidente de trabajo –daño corporal-, por lo que para que las manifestaciones clínicas de la patología subyacente se puedan atribuir a dicha contingencia deberá quedar acreditada la existencia de un nexo causal entre la lesión constitutiva del accidente y los padecimientos determinantes de la baja. Relación de causalidad que dada la amplitud de la fórmula legal, frente a la más estricta letra e) del mismo precepto, no tiene que ser directamente directa, inmediata y exclusiva, bastando con que se dé un simple relación de concausalidad, siempre que el accidente tenga una incidencia real en la enfermedad. Por otra parte, y por lo que respecta a la prueba de la relación de causalidad, no se exige una prueba indubitada del nexo existente entre el accidente y la agravación de la enfermedad, pues son siempre puede justificarse con una Ley científica que les vincule en relación de causa a efecto, siendo suficiente con que se establezca en términos de probabilidad, de acuerdo con las reglas de criterio humano, que en este tipo de supuestos son, fundamentalmente, las que derivan de la existencia médica. En tal sentido se pronuncia la sentencia de 25 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 8065), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo*”.

²⁶⁴ Ver STSJ Cataluña, 20 de noviembre 2003 (AS 2004, 163): “*El art. 115.2 f) LGSS califica como accidente de trabajo a aquellas... Por otra parte, el apartado g) del precepto citado califica también como accidente de trabajo “las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes que constituyan complicaciones*

Los últimos apartados del art. 115.2 –letras e), f) y g) se refieren a las denominadas “*enfermedades de trabajo*”, esto es, un tipo específico dentro de la enfermedad como contingencia determinante en el Sistema de Seguridad Social. En este sentido la LGSS distingue entre la enfermedad que tiene la consideración de accidente de trabajo (art. 115. 2 e) LGSS) y las enfermedad profesional (art. 116 LGSS).

La distinción básica entre éstas radica en que, mientras que para la enfermedad de trabajo existe una relación de causalidad abierta entre el trabajo y la enfermedad, en la enfermedad profesional la relación de causalidad está cerrada y formalizada.²⁶⁵ En este último sentido se considera como “*enfermedad profesional*”: “*la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe*” en desarrollo de la Ley (LGSS), “*y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada*

derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tenga su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”.

En cualquier caso, no es necesario acudir a las citadas manifestaciones específicas a las que el artículo 115 LGSS da el mismo tratamiento de accidentes de trabajo que los acaídos con ocasión o por consecuencia del trabajo y, en todo caso, en tiempo y lugar de trabajo, ampliando en los apartados citados y los demás contenidos en el mismo precepto el concepto de accidente de trabajo para extender la cobertura de los mismos a dichos otros eventos o circunstancias que también reciben la calificación de “laborales”. Y ello porque en el presente caso se trata de calificar una dolencia que no ha sido manifestada con ocasión del trabajo o en las circunstancias especificadas anteriormente, sino que tiene su origen en un accidente de trabajo, que afectó precisamente a la extremidad en la que se localiza la dolencia y que, como directa consecuencia del mismo, extremo no discutido por las partes, ha provocado una dolencia, tendinitis, que ha perdurado en el tiempo y que ha tenido diversas manifestaciones posteriores. Acreditado y admitido que la citada dolencia nunca se manifestó con anterioridad al accidente y que su causa fue el propio accidente, y siendo cierto que las dolencias de carácter común, aún manifestadas con ocasión de un accidente de trabajo no necesariamente han de atribuirse al mismo origen en todas sus manifestaciones futuras, lo cierto es que en el caso presente el nexo causal no puede entenderse destruido, pues lo cierto es que se trata de recidivas siempre de la misma lesión, con independencia de que se intercale con procesos atribuibles a otras causas, como la alegada depresión de origen común, y que la causa de la primera de la misma fue el carácter profesional, sin que haya podido destruirse la presunción de laboralidad favorables al trabajador a través de la prueba de que tal dolencia tiene un claro origen común y que únicamente se ha producido manifestación en tiempo y lugar de trabajo y que las distintas bajas médicas posteriores pudieran corresponder a causa común desconectada con el trabajo, lo que podría acreditarse con dolencias de otro tipo, como serían las de carácter degenerativo o artrósicas, etc, mas no en el caso enjuiciado”.

²⁶⁵ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 204 y 205.

enfermedad (art. 116 LGSS)²⁶⁶. Los tres elementos esenciales de esta definición son los mismos que los del accidente de trabajo: la existencia de una enfermedad (lesión), la realización de trabajo por cuenta ajena y la existencia de una relación causal entre ambos²⁶⁷.

Nuestro ordenamiento adopta una fórmula que podría denominarse sincrética: definición para el caso de “enfermedades de trabajo” (y que se reconduce al concepto de accidente de trabajo ex. art. 115.2 e) LGSS, si se ha contraído por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, y siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa determinante la ejecución del mismo”); la técnica de enumeración – con algún margen ampliatorio- para la “enfermedad profesional”²⁶⁸.

A diferencia de lo que ocurre para el caso de la “enfermedad de trabajo”, el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico adopte esta técnica de delimitación formal y previa de calificación de las enfermedades profesionales, ofrece ventajas²⁶⁹. De esta forma se eliminan o reducen los problemas de

²⁶⁶ FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit. página: 127: “El cuadro de enfermedades profesionales en el Sistema de Seguridad Social se contempla en el RD 1995/1978, de 12 de mayo (BOE, 25 de agosto). A este cuadro se le había tachado de obsolescencia, repárese que el número de enfermedades profesionales reconocido por los expertos es creciente (o sea, se trata de un cuadro abierto) en la medida que se utilicen o introduzcan nuevos productos químicos o el trabajador se exponga a nuevos tipos de agentes físicos presentes en los procesos productivos y resulte patente el origen industrial específico de ciertas enfermedades” (STSJ País Vasco 13 de abril de 1999 (AS 1019).

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 207: En apretada síntesis, la estructura del catálogo de enfermedades es la siguiente:

- El Anexo 1 recoge la lista de las enfermedades profesionales, clasificándolas en seis grupos, atendiendo al origen de la patología –agentes químicos, agentes físicos, agentes biológicos, agentes cancerígenos...-.
- El Anexo 2 recoge una lista complementaria de enfermedades, cuyo origen profesional se sospecha pero sobre el que no hay evidencia. Por tanto, son “candidatas” a engrosar en el futuro (cuando exista esa evidencia científica) la lista del Anexo 1. En tanto no se dé ese paso podrían considerarse como “enfermedad del trabajo”.

²⁶⁷ FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 127.

²⁶⁸ FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 129.

²⁶⁹ Son cada vez más frecuentes a día de hoy los “sistemas mixtos”, en donde se opera con una lista como referencia, pero al mismo tiempo se le da la oportunidad a la víctima de ofrecer pruebas (más

prueba y resulta útil a efectos de prevención, ya que de una vez se aporta seguridad jurídica tanto para el trabajador como para el empresario y para las Entidades relacionadas con esta materia. Así pues, acreditada la realización de un trabajo en una de las actividades listadas y la aparición del proceso patológico como consecuencia de aquella, la calificación de enfermedad profesional que resulte gozará de una presunción de legalidad “*iure et de iure*”. Por el contrario, cuando la enfermedad contraída como consecuencia del trabajo no esté recogida en el cuadro de enfermedades profesionales, será necesaria la acreditación de esa relación de causalidad entre lesión y trabajo²⁷⁰. Para este caso, exista ya una jurisprudencia perfectamente asentada en la materia, que provee al empleado de ciertas reglas especiales para la prueba de la existencia de una enfermedad laboral con más facilidad²⁷¹.

Los tres supuestos de enfermedad de trabajo del artículo 115.2. e), f) y g) LGSS exigen una relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo o entre la enfermedad y el accidente de trabajo. En primer supuesto se refiere a la enfermedad contraída por el trabajador con ocasión del trabajo, exigiendo una relación de causalidad directa²⁷², esto es, cuando el accidente se produce “*por consecuencia del trabajo*”, derivada de una pluralidad de los agentes lesivos o factores inherentes o específicos del trabajo. Además, adviértase que la lesión se produce durante el tiempo y lugar de trabajo, operando así la presunción de “*iuris tantum*” de laboralidad del siniestro (art. 115. 3 LGSS)²⁷³. Por el contrario, los dos siguientes supuestos –del art. 115.2 LGSS, concretamente las letras f) y g)- se refieren a una relación de causalidad

difíciles) del hecho de que enfermedad (no incluida en la lista) ha sido causada realmente por la exposición a condiciones de trabajo que son dañinas para la salud. Para este caso, los legisladores ya han establecido ciertas reglas especiales acerca de cómo demostrar la existencia de una enfermedad laboral. Ver en este sentido a FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 129.

²⁷⁰ FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 129.

²⁷¹ PIETERS, D: “*El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea*”, en VV.AA., GONZALO, B; NOGUEIRA, M (Dir. y coords.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, Fraternidad- MUPRESAPA y UNED, 2000, páginas: 189-204.

²⁷² VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 205.

²⁷³ FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 101.

indirecta entre enfermedad y accidente de trabajo²⁷⁴, esto es, “con ocasión del trabajo”, cuando el trabajo en sí no es causa directa del accidente, sin embargo, sin el concurso del mismo la lesión no se hubiera producido o hubiera presentado una gravedad menor (STS 30 de septiembre de 1986 (RJ 5219)). Así pues, en este segundo tipo de causas pueden influir factores no intrínsecamente laborales que concurren o son concausa con los laborales. Esta amplia relación de causalidad ha permitido incluir en el accidente de trabajo acontecimientos debidos a fuerza mayor²⁷⁵ o los derivados de dolo grave²⁷⁶ o debidos a factores humanos como la imprudencia temeraria del trabajador²⁷⁷ o los actos de tercero (art. 115.4 a) y b) LGSS). En cualquier caso, siempre se exige la existencia de alguna relación causal con el trabajo, sea más o menos directa²⁷⁸.

El art. 115. 5 letras a) y b), por último, recoge dos situaciones que podrían resultar de aplicación e interpretación contradictoria: *“No impedirá la calificación de un accidente como de trabajo: a) La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira; b) La concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo”*.

²⁷⁴ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 205.

²⁷⁵ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 206: “... el legislador se refiere a un concepto muy estricto de fuerza mayor: ésta debe ser “extraña al trabajo” y sin que en ningún caso se considere como tal “la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza”.

²⁷⁶ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 206: “... cuando se trate de dolo se exige que éste sea voluntario y consciente por parte del trabajador accidentado y con el ánimo de obtener un beneficio económico”.

²⁷⁷ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 206: “El supuesto de imprudencia temeraria también supone una conducta voluntaria y consciente del trabajador accidentado de asunción anormal de un riesgo en cuanto entraña peligro cierto y grave”.

²⁷⁸ FERNÁNDEZ AVILÉZ, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 101. De esta forma, se ha incluido dentro del concepto de accidente de trabajo, actuaciones que quedan fuera de la esfera de control del empresario, expandiéndose así su concepto, “... ha sido formidable, como casos paradigmáticos de este desbordamiento objetivo, los accidente “in itinere” o las enfermedades cardiacas que normalmente no tienen su origen en la actividad profesional, pero ésta puede actuar como factor desencadenante de la crisis y entonces las mismas entran en el accidente de trabajo por la vía de la presunción ex art. 115. 3 LGSS”.

El primer supuesto se refiere a la imprudencia profesional, que como bien establece la jurisprudencia, no siempre es fácil diferenciarla de la imprudencia temeraria (STSJ País Vasco, 30 mayo 2000 (AS 2000, 1747)²⁷⁹. El segundo supuesto tampoco impide la calificación como “accidente de trabajo”, cuando el hecho que determina el mismo, se hubiese producido mediante la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero del accidentado... aunque no exista nexo causal entre lesión y trabajo. Acreditada la culpa del empresario, éste responde, además de la responsabilidad adicional por culpa que alcanza hasta el pleno resarcimiento del daño (art. 127.3 LGSS), con independencia de la responsabilidad civil o penal derivada de la infracción, que el artículo 123.3 LGSS declara compatible con las prestaciones de la protección de la Seguridad Social y con el recargo de las prestaciones económicas establecido²⁸⁰.

A diferencia de las contingencias –*rectitus*, riesgos- profesionales, que vienen definidos positivamente en los artículos 115 y 116 de la Ley General de la Seguridad Social, los comunes carecen en sede legal de un concepto estipulativo específico. Se delimitan negativamente en relación a las contingencias profesionales²⁸¹. En este sentido, se entiende por *accidente no laboral* (art. 117 LGSS) el que no tiene el carácter de accidente de trabajo conforme al artículo 115 de la LGSS²⁸² y es enfermedad común, las alteraciones de la salud, que no tengan la consideración de accidente de

²⁷⁹ Ver STSJ del País Vasco de 30 de mayo del 2000 (AS 2000, 1747): “... se entiende como temeraria la imprudencia en que ha incidido el operario cuando en su actuar está poniendo de manifiesto que, consciente de la situación en que se encuentra, acepta, por su sola voluntad, la realización de un acto arriesgado e innecesario para su actividad laboral y que lleva a cabo con menosprecio de cualquier cuidado que le aconsejase su evitación; por el contrario, será conducta imprudente profesional, aquella en que se incide cuando el trabajador, ante la inminencia del riesgo que acompaña a su actuación, se cree capaz de superarlo con la propia capacidad y habilidad personal, o no le ha prestado la debida atención, por hallarse atenuada su voluntad, y en su caso sus movimientos reflejos, por la repetición del mismo acto, la facilidad en que en otras ocasiones lo ha superado felizmente, o porque confiaba en su suerte que le permitiría superarlo sin daño personal...”.

²⁸⁰ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 206

²⁸¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...*op.cit., página: 860.

²⁸² MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.L: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social...op.cit., página: 20.

trabajo conforme a los apartados e), f) y g) del artículo 115.2 LGSS, ni de enfermedad profesional de acuerdo con el artículo 116 de la misma Ley²⁸³.

Esta delimitación negativa frente a las contingencias profesionales, como ya ha señalado, ha ocasionado una gran controversia en torno al carácter profesional o no de la contingencia para el acceso a la protección privilegiada propia de los riesgos profesionales, incluso en el ámbito de la Seguridad Social complementaria²⁸⁴.

La delimitación entre accidente no laboral y enfermedad común frente a las contingencias profesionales radica, en la inexistencia de una conexión causal con el trabajo. Desde un punto de vista práctico, ello puede resultar una labor difícil debido a la multicausalidad presente en muchas patologías, o el largo plazo de tiempo para el desarrollo de patologías derivadas del ambiente o la actividad laboral, aunque conceptualmente la operación pueda ser bien clara (falta de relación causal directa o indirecta en la actividad laboral).

Sin embargo, la noción de accidente no laboral y de enfermedad común presentan relaciones mucho más complejas, que van más allá de lo hasta ahora visto. Así pues, y a efectos de Seguridad Social, el concepto de “accidente” es muy amplio y no necesariamente se opone a la noción médica de enfermedad. Accidente es lo que se produce de forma fortuita y también lo que actúa de forma súbita o violenta con cierta exterioridad. Ahora bien, también es posible que una enfermedad sea accidental en el sentido de tener un origen súbito y, a su vez la acción violenta del accidente pueda producir una enfermedad.

Esta regulación ambigua hace a veces difícil establecer una distinción clara. Un punto de referencia podría ser la definición del artículo 100 de la Ley 50/1980, que considera accidente la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita y externa. En este esquema, la enfermedad, que por cierto no aparece definida en el art. 105 de la misma Ley, sería una perturbación del estado de salud, que se traduce en una situación anormal en el cuerpo o del espíritu, sin que haya intervenido una causa violenta. En este sentido, tan sólo la acción

²⁸³ VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M^a. N: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Tomo I Arts. 1 a 127*, Granada, Comares, 1999, página: 1124. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social... op.cit.*, página: 860.

²⁸⁴ VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M^a. N: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Tomo I... op.cit.*, página: 1124. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...op.cit.*, página: 860.

violenta exterior en el marco de una acaecer fortuito podría marcar la diferencia entre accidente y enfermedad, aunque llevando al campo del accidente las enfermedades que se producen por causa exterior violenta. La característica de que la acción de la enfermedad sea lenta y progresiva es más discutible, como elemento de diferenciación, pues en muchas enfermedades comunes típicas de carácter no traumático, la alteración de la salud se produce de forma súbita, y si además se producen en tiempo y lugar de trabajo se benefician de la presunción de laboralidad²⁸⁵.

Esto ha llevado a que también en el plano jurisdiccional se hayan planteado problemas de delimitación entre el accidente no laboral y la enfermedad común, ya que la protección dispensada a las contingencias comunes no es homogénea.

Por lo tanto vemos que la calificación en algunos supuestos de accidente no laboral y en otros de enfermedad común, se sustenta por finos matices que han sido a día de hoy desgranados por nuestros tribunales, fundamentalmente el Tribunal Supremo.

Así por ejemplo, esta dificultad se encuentra en la calificación del síndrome de inmunodeficiencia adquirida. Y es que el SIDA puede ser accidente de trabajo o enfermedad de trabajo si se contrae por personal sanitario con ocasión o como consecuencia de la actividad profesional realizada (art. 115.2 e) de la LGSS). Pero si se adquiere con motivo del consumo de drogas por vía parenteral, entonces estaríamos ante una alteración de la salud causada por vía normal de contagio y no acaecida de forma repentina e imprevista por la acción violenta de un agente externo, ya que el hecho se produjo con independencia del mismo. Se está, pues, *“ante una alteración de la salud que se desarrolla progresivamente en un período más o menos largo, y que es lo que fundamenta su definición como enfermedad”*²⁸⁶.

²⁸⁵ VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M^a. N: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Tomo I...* op.cit., páginas: 1124- 1125. Y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...* op.cit., página: 861.

²⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremos de 2 de junio de 1994, recurso 3276/1993 (Ar. 5400): *“Aun con un criterio amplio, representado por la concepción del accidente como un supuesto imprevisto y desgraciado del que resulta un daño, no podría llegarse a la conclusión que obtiene y postula el recurrente; dada la divulgación que desde hace años se viene realizando con referencia a la enfermedad indicada como causa de fallecimiento del esposo de la demandante, no puede desconocerse que un padecimiento como el examinado es debido a un cuadro gnosológico adquirido por vía normal de contagio, que siempre es contingente por naturaleza, que se va desarrollando independientemente del hecho inicial al que se pretende atribuir la consecuencia, porque siendo externo, por lo que el ulterior desarrollo de la enfermedad, tardío, perezoso, hasta llegar al resultado fatal, no puede catalogarse*

Del mismo modo, la Jurisprudencia considera que la muerte por sobredosis debe calificarse como accidente y no como enfermedad (SSTS 27 de mayo 1998 (RJ 5700), 27 de marzo 1999 (RJ 5700), 22 de septiembre de 1999 (RJ 8549)²⁸⁷ y 22 de octubre de 1999 en su recurso nº 35/1999²⁸⁸ .

Por lo tanto, para que la causa de la muerte sea tratada como accidente no laboral, debe producirse de forma inesperada, repentina e imprevista y sufrida en el cuerpo del accidentado por la acción súbita y violenta de un agente exterior.

Será enfermedad común, el fallecimiento que se produzca como consecuencia del desarrollo de una enfermedad, de forma tardía “perezosa”, adquirida y que lentamente conduce al desagraviado final pero no de forma repentina ni imprevista²⁸⁹ .

como repentino en cuanto al óbito al que se llega; es una enfermedad que se adquiere y lentamente conduce al desagraviado final, que no puede reputarse ni repentino, ni imprevisto, sin cabida en los conceptos que los artículos 84 y 85 de la Ley General de la Seguridad Social presentan, y supone, por tanto, la desestimación del recurso, conforme preconiza el Ministerio Fiscal en su dictamen, al no incurrir la sentencia recurrida en las vulneraciones denunciadas.”

En este mismo sentido se pronuncian las STS de 20 de octubre de 1994 (Ar. 8099) y 21 de enero de 1995 (Ar. 411).

²⁸⁷ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.L: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social... op.cit., página: 20.

²⁸⁸ En dicha sentencia el TS en su Fundamento Segundo señala lo que sigue: “Pues bien, acerca de esta cuestión ya existe doctrina unificada por esta Sala como puede apreciarse en las Sentencias... en la cual, partiendo de una antigua y continuada distinción jurisprudencial entre lo que es accidente y lo que es enfermedad... llegó a la conclusión de que deben ser considerarse causados por accidente todos aquellos eventos en los que el causante no falleció como consecuencia de un deterioro psicofísico desarrollado de forma paulatina que pudiera derivarse naturalmente de su acreditada situación patológica previa de drogadicción (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de enfermedad), sino que la causa del óbito repentino e imprevisto fue producido por una concreta causa externa como puede ser la ingestión de una droga que por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte del afectado. En el supuesto contemplado por aquella Sentencia la muerte se había producido por “insuficiencia cardiorrespiratoria debida a una reacción adversa a la administración de heroína”, y en el supuesto que aquí nos ocupa “por una embolia pulmonar producida por una ingestión de estupefacientes”, expresiones parecidas que demuestran la realidad de una muerte producida por la reciente ingestión de una sustancia tóxica, avalada en el presente supuesto por la circunstancia de que en la diligencia de inspección ocular y levantamiento del cadáver obrante en el folio 26 de las actuaciones se detectó con toda claridad por el médico forense, según allí consta, la muestra de un pinchazo reciente con aguja hipodérmica”

²⁸⁹ BRETIN HERRERO, C: “Accidente no laboral y enfermedad común”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº102, noviembre-diciembre 2000, página: 469.

Desde otra perspectiva en cuanto al requisito de acceso a las prestaciones económicas para cada caso, se hallan igualmente problemas de delimitación entre el accidente no laboral y la enfermedad común, ya que la protección dispensada a las contingencias comunes no es homogénea. Esto se debe a que en algunos aspectos, la legislación no equipara plenamente el tratamiento dado a una y otra contingencia, puesto que el tratamiento legal dado para el primero de ellos presenta matices privilegiados respecto del segundo. En concreto, se observa una clara tendencia a hacer menos riguroso el régimen jurídico del accidente no laboral, pues respecto de él se exigen, en general, menos requisitos que para la enfermedad común (STS de 30 de abril de 2001, Ar. 5132)²⁹⁰.

¿Por qué se hace necesario distinguir entonces entre accidente no laboral y enfermedad común, si dicha diferencia no existe para el accidente laboral y la enfermedad profesional?, la razón, claramente económica, se puede encontrar en el enunciado del art. 124.4 de la LGSS: “*No se exigirán períodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario*”²⁹¹.

De la lectura de dicho precepto se extrae de forma clara y precisa que solamente en el supuesto de enfermedad común se exige tener cotizado, anteriormente a las situaciones de incapacidad o muerte, un determinado plazo²⁹² para acceder a una prestación económica, lo que ha llegado a plantear situaciones conflictivas entre los afectados y la Entidad Gestora, el Instituto Nacional de la Seguridad Social²⁹³.

En este sentido ya de forma negativa, se pronuncia la antes aludida STS de 22 de octubre de 1999, recurso nº 35/1999: “... *en estos supuestos la causa de la muerte (embolia pulmonar producida por una ingestión de sustancias estupefacientes) debe imputarse a un accidente y ello comporta la inexigibilidad*

²⁹⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R y NOGUEIRA GUASTAVINO, M: “*Acción protectora (I) contingencias protegidas*”, en VV.AA, DE LA VILLA GIL, L.E (DIRECTOR), GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R: Derecho de la Seguridad Social, Valencia, Tirant Lo Blanch 4ª edición, 2004, página: 338.

²⁹¹ Esta regla general se reitera específicamente para las prestaciones de incapacidad temporal -art. 130 b) LGSS-, invalidez -art. 138.1 LGSS- y para las de viudedad -art. 174.1 LGSS-.

²⁹² En la actualidad ese plazo es de quinientos días cotizados en los últimos cinco años, no existiendo este requisito en los supuestos de accidente laboral o no laboral y enfermedad profesional.

²⁹³ BRETIN HERRERO, C: “*Accidente no laboral y enfermedad común*”... op.cit., página: 464.

del requisito de carencia para acceder a las prestaciones de viudedad y orfandad... de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 124, 174.1 y 175 de la LGSS de 1994...”.

Por otra parte, se establece legalmente una salvedad al admitirse para el supuesto de quién sufra un accidente no laboral y se encontrase en situación de alta o asimilada al alta, siempre y cuando se trate de pensiones de invalidez permanente en sus grados de absoluta y de gran invalidez, el haber cotizado durante un periodo mínimo de quince años. En fin, tales pensiones conocen, en el supuesto de que se den tales circunstancias, otras peculiaridades pues, además de lo expuesto, tienen ciertas reglas especiales para la determinación de su base reguladora (art. 140. 3 LGSS)²⁹⁴.

Otro problema que ofrece el concepto de accidente no laboral, es el que se recoge en el art. 115. 4 LGSS al referirse a determinados factores externos que desvirtúan la calificación de un accidente como de naturaleza profesional. Hablamos de la fuerza mayor y la imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

En este sentido el art. 115.4 a) establece: *“No obstante de lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo: a) los que sean debidos a fuerza mayor...”* por lo tanto, vemos que en principio la noción de fuerza mayor sería la misma que rige en el ámbito civil, es decir, un suceso que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable (art. 1105 Código Civil)²⁹⁵. Si continuamos leyendo vemos que la LGSS limita extraordinariamente este concepto ya que, en primer lugar exige que esa fuerza mayor sea *“extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente...”* y en segundo lugar, excluye de ese círculo exterior a la *“fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de tal naturaleza...”*. Ahora bien, recogiendo una inclusión que ya realizó la Ley de 4 de julio de 1932, la fuerza mayor propia no siempre rompe la conexión causal propia del accidente de trabajo, pues *“la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza”* producen un accidente de trabajo,

²⁹⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R y NOGUEIRA GUASTAVINO, M: *“Acción protectora (I) contingencias protegidas”* ... op.cit., página 339.

²⁹⁵ A diferencia del caso fortuito, la fuerza mayor es una causa que sí conocemos y que sabemos que está fuera de la esfera de riesgo empresarial (hecho impositivo exonerador de responsabilidad).

lo que limita extraordinariamente la operatividad de la exclusión, y amplía correlativamente la propia noción de accidente de trabajo²⁹⁶.

Estas dos excepciones han sido interpretadas por la jurisprudencia con carácter general, haciendo que la exclusión por fuerza mayor extraña al trabajo tan sólo se haya aplicado con carácter residual (por ejemplo, se entiende que únicamente en los supuestos de guerra)²⁹⁷. En el caso de atentado terrorista, sin embargo, no estaríamos ante un supuesto de fuerza mayor, sino de actuación criminal de un tercero ajeno a la empresa²⁹⁸.

En definitiva, observamos que la exoneración por fuerza mayor prácticamente desaparece desde el momento en el que no se consideran como tal las “fuerzas de la naturaleza”, lo que ha hecho más relativa la responsabilidad objetiva. Recordemos que con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 la responsabilidad objetiva empresarial no era absoluta, ya que se admitían algunos hechos impositivos exoneradores de esa responsabilidad, en particular la fuerza mayor²⁹⁹.

Tampoco tendrán la consideración de accidente de trabajo: “*Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado*” (art. 115.4 b) de la LGSS). En consecuencia no impedirá la consideración de accidente de trabajo – a los fines de la Seguridad Social- los eventos relativos a culpa genérica (negligencia, imprudencia o falta de pericia) o culpa específica (por inobservancia de las leyes, reglamentos, órdenes o instrucciones empresariales), ni incluso la culpa grave (culpa consciente o culpa con previsión). Por lo tanto, aunque el comportamiento del trabajador pueda considerarse como desviado, contrario a las reglas comunes de diligencia o prudencia, antitético respecto a las instrucciones empresariales, o en relación a las órdenes impartidas por la empresa en relación a la prevención de riesgos,

²⁹⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...* op.cit., página: 843.

²⁹⁷ Ver STSJ de Andalucía de 22 de marzo de 1996 (Ar 1996/520).

²⁹⁸ CHACARTEGUI JÁVEGA, C: *El concepto de accidente de trabajo: su construcción...* op.cit., páginas: 77-78.

²⁹⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 111-112.

siempre que estemos en presencia de un nexo de causalidad con el trabajo, el evento se considerará accidente de trabajo³⁰⁰.

Ahora bien, en los supuestos que enumera el apartado cuarto, en su letra b) del art. 115 LGSS –dolo e imprudencia temeraria- no se rompe con esa relación de causalidad que vincula el trabajo realizado con el accidente, ya que con la conducta realizada, cualquiera que sea su finalidad, no se exige la obtención fraudulenta de prestaciones del Sistema de Seguridad Social³⁰¹, por lo que quedarían excluidas de su calificación como accidente de trabajo. El dolo³⁰² debe aquí entenderse como una voluntaria y consciente asunción del resultado producido por el accidente, aunque no como un “*animus nocendi*” de provocar lesiones, sino como “*animus lucrificandi*” de obtener un beneficio económico a

³⁰⁰ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...op.cit.*, página: 112.

³⁰¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, enVV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...op.cit.*, página: 843.

³⁰² Ver STSJ La Rioja de 21 de mayo de 2002 (AS 2002, 2354) sobre la participación voluntaria en una pelea por parte del trabajador: *“Compartimos la apreciación de la Juzgada a instancia al existir una ruptura del nexo laboral merced a la actuación dolosa del trabajador, pues al caso es aplicable lo prevenido en el art. 115 de la Ley General de la Seguridad Social, al establecer que... no tendrán la consideración de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar del trabajo...b) los que sean debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado, conceptos no definidos en dicho precepto legal, pero que necesariamente han de relacionarse conceptos acuñados por el Derecho Penal. Partiendo de las afirmaciones fácticas contenidas en el fundamento jurídico tercero –cuya virtualidad fáctica no se desnaturaliza a causa de su ubicación-, la “actuación dolosa del trabajador, es plenamente operativa”, efectivamente, en el presente caso tal actuación dolosa al menos a título de dolo eventual es manifiesta, pues no cabe calificar de otro modo la conducta consciente en responder a una simple imprecisión verbal, que seguida de mutuos insultos, con acometimiento físico tan brutal como el llevado a cabo por el señor T.C., consiste en empujar a su oponente, derribarle al suelo de un puñetazo en el ojo que le partió la ceja, y cuando su contrincante se encontraba todavía tendido en el suelo propiciarle dos patadas en el cabeza, por lo que obviamente se trató de una agresión física iniciada (en tanto que la imprecisión verbal consistente en decirle “qué coño miras”, seguida de insultos mutuos desde luego no constituye una provocación suficiente que justifique la reacción del señor T.), protagonizada, consentida y aceptada por el codemandado, sin que exista ninguna causa que excluya o atenúe su responsabilidad penal en los términos de los artículos 20 y 21 del Código Penal...”*

Por tanto, el señor T.C., quien una vez inició, consintió y admitió participar en una pelea – que obviamente ninguna relación tenía con el trabajo de forma tan violenta como aquella en la que se vio inmerso, aceptó todas las consecuencias anudadas a dicha situación, entre las que se incluyen sufrir lesiones de menor intensidad que, en virtud de un enlace lógico, son consecuencia de una conducta dolosa a él atribuible, siendo dicha conducta intencionada”.

través de la compensación de esas lesiones³⁰³. A diferencia de lo que sucede en los supuestos de culpa consciente donde el siniestro, aunque previsible, no es deseado, en la medida que el sujeto actúa con la convicción de aquél no se producirá, en el dolo el sujeto actúa aceptando el siniestro como consecuencia potencial de la propia conducta³⁰⁴.

Resulta difícil la calificación del suicidio. Así pues, en aquellos supuestos en los que la muerte dolosa³⁰⁵ no guarde conexión causal con el trabajo, aun cuando se produzca en tiempo y lugar de trabajo, no tendrá la consideración de accidente de trabajo³⁰⁶. Hay que entender por suicidio “la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado” (art. 93 de la Ley 50/1980). Por ello, si la muerte no se ha causado de forma consciente y voluntaria por el trabajador, sino a través de acción que, aunque materialmente realizada por él, no puede serle imputada por deberse a un trastorno mental transitorio o permanente, dependiendo del caso concreto y examinada su relación o no con el trabajo, podrá obtener finalmente la calificación de accidente de trabajo³⁰⁷.

Cuestión más compleja de delimitar en la práctica judicial resulta, la diferenciación entre imprudencia temeraria –excluyente de la calificación de accidente de trabajo- y la imprudencia profesional –en donde el accidente acaecido deberá calificarse como de trabajo-. La Sala de lo Social del TS ha señalado, en su sentencia de 20 de noviembre de 1975, que “*se entiende como temeraria la imprudencia en que ha incidido el operario cuando en su actuar está poniendo de manifiesto, consciente de la situación en que se encuentra, acepta, por su voluntad, la realización de un acto arriesgado e innecesario*”

³⁰³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M^a. N: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Tomo I...* op.cit., página: 1115.

³⁰⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...*op.cit., página: 843.

³⁰⁵ STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 1993.

³⁰⁶ STSJ del País Vasco de 11 de septiembre de 2001, SSTs de 19 de febrero de 1963 y 15 de diciembre de 1972.

³⁰⁷ Hablamos de aquellos supuestos, en los que el suicidio se produce a consecuencia del estrés laboral (STSJ Castilla y León 10 de junio de 2003), o de una patología mental derivada de la larga hospitalización consecutiva a un accidente previo (STS 19 febrero 1963), o bien del sufrimiento derivado de una enfermedad intercurrente derivada de un accidente de trabajo (SSTS 29 de Octubre de 1970, 26 de abril de 1974; STSJ País Vasco 13 de mayo de 1991; STSJ Canarias de 5 de marzo de 1991; STSJ Aragón de 22 de octubre de 1991; STSJ Castilla y León de 30 de septiembre de 1997).

para su actividad laboral y que lleva a cabo con menosprecio de cualquier cuidado que le aconseje su evitación; por el contrario, será conducta imprudente profesional, aquella en que se incide cuando el trabajador, ante la inminencia del riesgo que acompaña a su actuación, se cree capaz de superarlo con la propia capacidad y habilidad personal, o no le ha prestado la debida atención, por hallarse atenuada su voluntad, y en su caso sus movimientos reflejos, por la repetición del mismo acto, la facilidad en que en otras ocasiones lo ha superado felizmente, o porque confiaba en su suerte que le permitiera superarlo sin daño personal...”.

Por lo tanto, en la imprudencia temeraria el trabajador asume libremente un riesgo innecesario de excepcional gravedad y debido a circunstancias ajenas al trabajo³⁰⁸, con clara consciencia de la certeza del mismo, que no está justificada por motivo legítimo, con patente menosprecio del riesgo y contra todo instinto de conservación de la vida y de la ausencia de la más elemental preocupación o cautela exigible a toda persona³⁰⁹. Según la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, se da la imprudencia temeraria cuando el trabajador desobedece normas, instrucciones y órdenes dadas por el empresario de forma reiterada y notoria, específicamente en prevención de riesgos laborales y seguridad y salud en el trabajo³¹⁰, aunque el mero no uso de aparatos de protección o el trabajo en condiciones inseguras no constituya por sí temeridad³¹¹. Tales circunstancias solamente pueden apreciarse en función de las circunstancias del ámbito laboral y del hecho concreto³¹², correspondiéndole dicha tarea al juzgador del caso³¹³. Esta imprudencia

³⁰⁸ Ver STC de 22 de marzo de 1988.

³⁰⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 114.

³¹⁰ STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2002 (Ar. 2002/274010), en donde el accidente se produce al introducirse el trabajador voluntariamente en el interior de un filtro de mangas sin recibir una orden expresa en tal sentido, e incumpliendo las órdenes elementales en orden a la limpieza de éste.

³¹¹ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 78.

³¹² STS de 31 de marzo de 1999.

³¹³ Nos encontramos con multitud de supuestos, así por ejemplo la jurisprudencia de los diferentes TSJ y del TS han tenido que enjuiciar la concurrencia de imprudencia temeraria en supuestos de accidente de circulación (en misión o *in itinere*), de este modo la doctrina judicial considera imprudencia temeraria la circulación a pie por la autopista (STSJ Navarra 23 de mayo de 2001), pero no en el caso en que el trabajador cruza la vía férrea por lugar inadecuado (STSJ Andalucía de 20 de febrero de 2001, AS 2001,2401). Tampoco se presume la existencia de imprudencia profesional por la infracción –simple o grave- de las normas de circulación (STS de 10 de mayo de 1998; STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2002, STSJ de Islas Baleares de 7 de febrero de 2001; STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de junio del 2000; STSJ de La Rioja de 16 de abril del 2002; STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de noviembre del

temeraria ha de probarse por quién la opone como hecho excluyente del accidente de trabajo³¹⁴.

2004); en algún caso no se ha apreciado en accidente que se produce por conducir motocicleta sin permiso (STSJ de Andalucía de 23 de junio de 2000), o por no respetar una señal de stop “ ya que las circunstancias concurrentes evidencian que la conducta del trabajador no fue temeraria, sino como señala la sentencia combatida, fruto del descuido o de la inadvertencia, ya que razonablemente a resultas de los cortes sufridos tanto en la mano derecha como en la izquierda después de haber padecido el inicial accidente de trabajo podrían sin duda estar mermadas sus condiciones tanto físicas como psíquicas, lo que es determinante para que no deba encajarse su conducta en la categoría de imprudencia temeraria, no revistiendo su comportamiento especial gravedad, y no siendo de aplicación en consecuencia el artículo 115.4 b) de la LGSS, que no ha sido infringido (STSJ Cantabria de 9 de junio del 2005 (AS 2005, 1487); STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2001 (AS 2001, 1445); STSJ de Murcia de 29 de enero de 2001 (AS 2001, 78); STSJ de Castilla- La Mancha de 16 de octubre del 2002 (JUR 2002, 90215).

Se considera también que hay una imprudencia temeraria y por consiguiente, es calificado el accidente sufrido como no laboral, cuando el accidente es acaecido en situación de incapacidad temporal *“en efecto, cuestión distinta es si el trabajo en situación de incapacidad temporal excluye de la calificación de accidente de trabajo por ausencia de otro requisito, como es la relación de causalidad, en razón a que pueda considerarse que constituye un acto de imprudencia temeraria...”* (STSJ del País Vasco de 30 de mayo del 2000 (AS 2000, 1747).

En cuanto a la conducción bajo la existencia de una tasa de alcoholemia superior a la permitida, en la mayoría de los casos se acaba calificando la situación como de imprudencia temeraria, aunque no existe una doctrina unificada. Así pues, siempre y cuando se pruebe que el trabajador accidentado había ingerido alcohol suficiente como para no controlar el vehículo, poniendo en riesgo no sólo su vida, sino también la de terceros, estaremos ante una imprudencia temeraria (STSJ de Murcia de 29 de abril del 2002 (Ar.2002/2176); STSJ de Castilla y León de 19 de diciembre de 2005 (Ar.2005/3375); STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2002 (Ar.2002/1565); STSJ de Valencia de 8 de septiembre de 2005 (Ar.2006/3962) y 13 de diciembre de 2005 (Ar.2006/135838) y STSJ de Galicia de 30 de abril de 2004 (Ar.2004/237270): *“no resulta aventurado afirmar que la caída al agua tuvo por causa la enorme ingesta de bebida alcohólica y que con ella el trabajador con olvido de las más elementales normas de diligencia”*. Ahora bien, se descarta de la calificación de esa conducta como temeraria, tal y como ha puesto de manifiesto el TSJ de Canarias en su sentencia de 30 de diciembre de 1994, cuando *“al margen de la tasa de alcohol en sangre que se detectó, en la prueba practicada”, se “deduce que su comportamiento era normal, y su capacidad para afrontar sus responsabilidades laborales idónea”*. En esta última sentencia, el dato del consumo de alcohol se considera insuficiente pues, por sí mismo no *“revela embriaguez ni comportamiento anómalo en relación con su conducta habitual”*, por lo que es insuficiente para descartar el calificativo de accidente de trabajo. Del mismo modo, no se ha considerado constitutivo de imprudencia temeraria el consumo de cannabis varias horas antes del accidente, y al no constar que el trabajador había realizado ese día el trabajo con irregularidades o conductas anormales (STSJ de Valencia de 2 de mayo de 2006, Ar.2006/2814), al igual que bajo los efectos de la cocaína, ya que no se ha probado ninguna circunstancia anómala en su conducta que hiciese suponer que el accidente se debió a dicho consumo (STSJ del País Vasco de 7 de junio de 2005, Ar.2005/2611).

³¹⁴ STS 23 de octubre de 1971.

En general, puede decirse que la jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva del concepto de imprudencia temeraria³¹⁵, ya que es sobre el empresario en quien recae el deber de seguridad y salud genérico que establece la normativa de prevención, en virtud de la cual ha de dispensar la protección necesaria al trabajador³¹⁶, lo que, en caso de accidente se traduce en una “*culpa in vigilando*”.

Sin embargo, si será calificado como accidente de trabajo aquél siniestro ocurrido por “imprudencia profesional” (art. 115.5 a) LGSS), es decir, derivada de la confianza que inspira el ejercicio habitual de un trabajo, como analizaremos en el apartado segundo de este capítulo.

En lo que concierne a la concurrencia de culpabilidad civil o criminal derivada del ejercicio culposo del empresario, de un compañero de trabajo o de un tercero, salvo que el hecho no guarde relación alguna con el trabajo, la calificación para estos supuestos del suceso sería la de un accidente no laboral (art. 115.4. b) LGSS). Nos encontramos en la práctica con supuestos excepcionales que deben interpretarse restrictivamente, de ahí que se haya considerado accidente de trabajo el sufrido al intervenir para separar una pelea en el trabajo³¹⁷, el asesinato por sospecha de mantener relaciones con el cónyuge³¹⁸, el derivado de bromas o juegos violentos sufridos por el trabajador durante el trabajo³¹⁹, el sufrido consecuencia de un atentado³²⁰, las lesiones de un transportista sufridas en una pelea tras un accidente de tráfico³²¹, o el sufrido “en misión” por atentado terrorista³²². Aunque no se han considerado accidente de trabajo otros supuestos como el producido en una riña entre compañeros

³¹⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F: “Accidente de trabajo y relación de causalidad”, en VV.AA... op.cit., página: 334.

³¹⁶ Ver STS de 23 de enero de 2007 (Ar. 2007/2048): “*si el trabajador hubiese dispuesto de barandillas o/y de algún medio de aseguramiento, como cinturón o arnés, la caída no se hubiese producido, es decir, que si no se hubiesen omitido esas medidas el accidente no hubiese ocurrido*”.

³¹⁷ STSJ Canarias de 28 de febrero de 1992 (AS 749).

³¹⁸ STS de 27 de diciembre de 1975 (RJ 4824).

³¹⁹ STS de 1 de abril de 1979 (RJ 1534).

³²⁰ STSJ DEL País Vasco de 23 de enero de 1992 (AS 181).

³²¹ STSJ de Valencia de 11 de enero de 2001 (AS 1596).

³²² STS de 3 de mayo de 1988 (RJ 4979).

que no guarda relación alguna con el trabajo³²³ o al mediar en una discusión producida en una gasolinera³²⁴.

La conexión causal con el trabajo se mantiene en estas situaciones cuando el trabajo opera como causa u ocasión del accidente. En la actualidad los supuestos más frecuentes que encontramos son los accidentes de trabajo (colisiones, atropellos...etcétera). Pero no sólo éstos tienen cabida en el concepto de accidente de trabajo, sino que son admisibles hasta sucesos extraños remotamente conectables con el trabajo, incluso cuando el trabajador se encuentre "*in itinere*". Sin embargo, las actuaciones dolosas de tercero, ya sea compañero de trabajo, ex compañero, o tercero extraño, aprovechando del desplazamiento del trabajador, aparte de la correspondiente responsabilidad criminal del autor o autores y de la civil derivada del delito, ello no constituirá obstáculo para la calificación como de accidente de trabajo de las lesiones sufridas. Aunque esta hipótesis también sea un terreno abonado para la casuística judicial, dado el "intermediado" criterio excluyente (cuando el hecho no guarde relación alguna con el trabajo) establecido en la norma³²⁵. En este sentido se han considerado como accidente de trabajo la muerte del trabajador de regreso al domicilio provocada por los disparos de un desconocido (STS de 14 de diciembre de 1981), o tras un secuestro (STSC de 21 de diciembre de 1982); o como consecuencia de un atentado terrorista (STS de 14 de diciembre de 1981 y 21 de diciembre de 1982); la lesión sufrida y causada por tercero al ir en su motocicleta al trabajo (STCT de 1 de junio de 1985); la muerte por estrangulación al concluir la jornada laboral (STCT 15 de noviembre de 1977), trabajadora asesinada en las inmediaciones de la entrada a su casa (STCT de 18 de mayo de 1983). Por el contrario no se han considerado accidente de trabajo la lesión causada al trabajador por un extraño por celos amorosos ajenos al trabajo (STCT de 12 de febrero de 1982), tampoco las lesiones causadas como consecuencia de un enfrentamiento con la fuerza pública (STCT de 16 de julio de 1987).

El criterio excluyente se entiende concurrente cuando la agresión obedezca a motivos determinados ajenos al trabajo (o con ocasión del mismo) y próximo a circunstancias o razones personales entre agresor y agredido (STS de 20 de junio del 2002), pero no en los casos en los que, por las circunstancias, el

³²³ STSJ de Valencia de 14 de noviembre de 1900.

³²⁴ STCT de 8 de octubre de 1982 (RTCT 5272).

³²⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 118, y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo", en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...*op.cit., página: 846.

suceso deba de ser calificado como caso fortuito (caso del “asesino de la baraja”)³²⁶.

Por su parte, son consideradas *enfermedad común*, en sentido negativo³²⁷ “... las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidente de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del art. 115 y en el art. 116”. Técnicamente, en nuestro ordenamiento jurídico enfermedad “profesional” es “la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe” en desarrollo de la LGSS, “y que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad” (art. 116 LGSS). Aunque no cabe entender, como sucede para el caso de enfermedades profesionales ex art. 116, la remisión contenida en el art. 117. 2 LGSS a todo el marco de definición del art. 115 LGSS, sino solamente a lo recogido en el apartado segundo, en su letra e), f) y g) del art. 115 LGSS. Se trata de una enfermedad ajena al trabajo, no ocasionada por el mismo, es decir, aquélla en la que no existe una relación de causalidad con el trabajo realizado³²⁸. Por lo tanto, las enfermedades que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, aunque no estén incluidas dentro del catálogo de enfermedades profesionales, tienen la consideración de accidente de trabajo. Lo importante es, demostrar que entre este tipo de enfermedades y el trabajo realizado existe una relación causa-efecto, de lo contrario estaremos ante una enfermedad común³²⁹, tarea que en la práctica no resulta fácil (STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de junio del 2004 (JUR 2004, 216274)³³⁰.

³²⁶ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...op.cit.*, página: 847.

³²⁷ VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social... op.cit.*, página: 205.

³²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.L: “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social...op.cit., página: 21.

³²⁹ STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2006 (Ar.2006/3117): “no ha quedado acreditado que la isquemia sobreviniera en tiempo y lugar de trabajo”, y por eso la contingencia no es profesional.

³³⁰ “No siempre es fácil identificar una enfermedad profesional o encajar una determinada situación psicofísica de una persona trabajadora en alguna de las enfermedades profesionales determinadas como tales en el cuadro establecido por el RD 1995/1978, de 12 de mayo. En efecto, en muchas ocasiones, puede ser necesario aplazar el diagnóstico definitivo para realizar un estudio médico previo a la declaración y reconocimiento de la enfermedad profesional, y ese estudio puede llevar consigo la baja en el trabajo. A ese tiempo en el que el estudio ha de realizarse y la persona trabajadora no es apta para su trabajo se le llama período de observación...”

Admitida la posibilidad de calificación de determinadas enfermedades como accidente de trabajo, hay que señalar que, en otro sentido, no es posible calificar una enfermedad común de accidente no laboral (STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 8523). En este sentido, y siguiendo la línea del TS en sentencia de 15 de noviembre de 1999: “...no es posible calificar una enfermedad común de accidente no laboral”. Así pues, cuando se está en presencia de padecimientos en principio de naturaleza común³³¹, producidos fuera del trabajo, el resultado no puede llevar a la conclusión de una calificación como accidente no laboral, pues entonces se llegaría “al absurdo

En sede jurídica acusa infracción, por aplicación indebida, del art. 117.2, y por inaplicación del art. 115 o alternativamente del art. 116, así como de los artículos 125 y 137, todos los citados de la Ley de Seguridad Social, y del art. 36 RD 84/96, motivo que tampoco va a ser estimado.

Sostiene primeramente la relación de causalidad entre los hechos de octubre del 97 y/o en todo caso del medio y elementos con los que el trabajo y la sintomatología que aqueja, y por consecuencia que la contingencia de ésta debe ser accidente laboral o enfermedad profesional, sin que precise por ello carencia alguna para causar derecho a prestaciones y si sólo estar en situación de alta o asimilada, requisito éste que entiende cumple por haber trabajado en puesto con riesgo de enfermedad profesional y en todo caso por aplicación de criterios jurisprudenciales (STS de 26-1-89 (RJ 1998, 1056), flexibilidad, criterio humano e individualizador...).

Más a tenor de lo que se da por probado, ocurre que, si bien en octubre del 97 se detectó en el laboratorio donde prestaba servicios una acumulación de malos olores y polvo, trabajando con acetato de plomo, óxido de plomo y agua desionizada, deficiencias en algunas medidas corregidas el mes siguiente, de tal suceso no se derivó para la demandante ningún problema físico que le impidiera desarrollar, siquiera con carácter transitorio, su actividad laboral, que continuo, sin registro de incidencias, hasta el 24 de febrero de 1998 en que dejó de trabajar; y a más de no haber constancia de un período de incapacidad temporal vinculado a tal suceso, resulta a raíz del mismo la mutua la Fraternidad examinó en fecha inmediata a los trabajadores, realizando a la actora una analítica con resultado de valores normales y una exploración en la que no se apreció sino ligeros síntomas irritativos en la lengua y paladar; y desde esa fecha la misma ha sido vista por numerosos especialistas de la medicina Pública, dando resultado negativo (en todos los casos) los análisis que específicamente se le han realizado a fin de detectar plomo en sangre, estando los valores dentro de los límites normales y siendo muy inferiores a los valores límite; incluso por el servicio de medicina interna del hospital del Río Carrión, ya en enero y abril de 2000, se le realizaron diversas y específicas pruebas (valoración de plomo en sangre por espectrofotometría de absorción atómica/cámara de grafito, Ecg, Rx de tórax, de columna cervical, de senos, analítica...) con resultados normales, descartándose intoxicación por plomo y sin encontrar causa orgánica a las dolencias que la paciente refería; y no consta analítica o prueba diagnóstica de carácter objetivo posterior que evidencie impregnación tóxica por tal sustancia; difícilmente puede hablarse así de accidente de trabajo o enfermedad profesional, siendo por demás incontestable que los síntomas irritativos que presenta puedan tener un origen común”.

³³¹ En este sentido ver STSJ Cataluña, 13 de marzo 2002 (JUR 2002, 139680), en donde el tribunal califica como enfermedad común una esquizofrenia y; STSJ País Vasco, 24 mayo 2005 (AS 2005, 2084), la cual, estudia un caso de hepatitis B contraída por transfusión de sangre realizada durante una intervención quirúrgica, y es finalmente declarada como enfermedad común.

de calificar como accidente no laboral cualquier fallecimiento que se produjera súbitamente, abstracción hecha del medio y circunstancia que le rodearan" (STS de 15 de noviembre de 1999 (RJ 8523). Por lo tanto, y como ya hemos visto, en nuestro ordenamiento jurídico una enfermedad constituye, ocasionalmente, un accidente de trabajo, sin embargo, una enfermedad "común" no puede alcanzar la naturaleza de accidente no laboral (situación menos protegida que la del riesgo de carácter profesional), cuya protección no precisa el período de carencia exigible en la enfermedad común³³².

El concepto legal de las *restantes "contingencias comunes"* que entra dentro del campo de la acción protectora (jubilación, desempleo, prestaciones por hijo a cargo, muerte y supervivencia...etcétera) se definen por remisión a su regulación específica, dado que el art. 118 LGSS establece que el concepto legal de las restantes contingencias "*será el que resulte de las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones otorgadas en consideración a cada una de ellas*". Tras confundir el texto legal riesgos y contingencias, este precepto no hace sino introducir mayor confusionismo en la materia, porque parece referirse a los "hechos causantes", de diferente sentido y alcance de las contingencias protegidas³³³.

1.1.1. Alteración de la salud y exigencia de atención por parte de los Servicios Públicos Sanitarios

La alteración de la salud, en cuanto originadora de estados de necesidad, es considerada como contingencia protegida a efectos de la contingencia IT (por los sistemas de Seguridad Social o a través de los servicios nacionales de salud), solamente en tanto conlleva o genera incapacidad para trabajar, que es requisito esencial para poner en marcha el mecanismo de protección de esta contingencia³³⁴.

³³² MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.L: "Las contingencias comunes en el marco de la "acción protectora" de Seguridad Social... op.cit., página: 21 y; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo", en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...* op.cit., página: 862.

³³³ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A: "Las contingencias comunes en el marco de la "acción protectora" de Seguridad Social: Teoría general y recapitulación jurídico- crítica", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Director): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social...* op.cit., página: 21.

³³⁴ Ver STSJ Cataluña de 16 de febrero de 1994 (AS 1994, 580) y STSJ País Vasco de 13 de mayo de 1997 (AS 1997, 1652).

Por lo tanto, la alteración de la salud va a actuar en la delimitación conceptual de la contingencia de incapacidad temporal desde distintas perspectivas:

- ✓ Orden positivo: en tanto que tal alteración constituya el objeto de protección y;
- ✓ Orden cualitativo: en la medida en que éstas demarcarán objetiva y subjetivamente cuales, serán las perturbaciones del estado de salud que conllevarán el nacimiento de este modo específico de cobertura y cuáles serán los sujetos protegidos³³⁵.

La delimitación de estos caracteres permite afirmar que no toda alteración de la salud (indisposición o incluso una enfermedad o dolor persistente que no impida trabajar) justifica la baja por IT, aunque pudiera precisar asistencia sanitaria³³⁶, al tiempo que no todos los sujetos protegidos por el sistema de seguridad social –o todos los ciudadanos en la universalización de la protección de la salud- van a recibir protección³³⁷.

Así pues, resulta a estos efectos, importante hacer la siguiente aclaración terminológica entre la denominada “tutela o protección de la salud” y “tutela o protección de la alteración de la salud”. Ya que la tendencia expansiva de ambas hacen cada vez más difícil su delimitación.

La tutela de la salud “se postula de todos los sujetos protegidos, independientemente de su estado actual de salud, y tiene como objeto, la general conservación y mejora de la misma”³³⁸. Mientras que la tutela de la alteración de la salud “aparece referida exclusivamente en función de la

³³⁵ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...” op.cit., página: 33 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 345

³³⁶ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2005, página: 25.

³³⁷ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia...*op.cit., página: 33 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., páginas: 345 y 346.

³³⁸ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia...*op.cit., página: 33 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 346.

alteración que ya se ha verificado y la cual, mira tan sólo al sujeto que la padece³³⁹.

Por lo tanto, es necesario que la alteración de la salud (surgida con ocasión de una enfermedad común o profesional o accidente, laboral o no), menoscabe la capacidad física y/ o psíquica del trabajador³⁴⁰, de tal forma que le imposibilite para trabajar³⁴¹ de manera temporal³⁴².

Es una constante en la contingencia de incapacidad temporal la correlación entre el alteración de la salud, efecto incapacitante y sujetos protegidos³⁴³. Así pues: *“el operario debe presentar unas lesiones que requieran tratamiento médico y le impidan acudir al trabajo de forma que para reconocer aquella situación (IT) es necesario que concurren dos circunstancias: una, que la víctima presente unas heridas o dolencias en período activo que necesiten la adecuada atención sanitaria, y el otro, que dicho cuadro clínico no le permita acudir a su trabajo; por consiguiente cuando no concurren esto dos requisitos, bien sea porque este cuadro no requiera tratamiento, o bien porque el mismo*

³³⁹ PERSIANI, M: *Lezione di diritto della Previdenza sociale*, Padova, Cedam, 1996, páginas: 112 y 113 y; TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia...* op.cit., página: 33 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 345.

³⁴⁰ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad...* op.cit., página: 15.

³⁴¹ Ver STSJ de Cataluña de 27 de marzo de 1991 (R. 2108): *“De lo preceptuado en el art. 126 letra a) – ahora art. 128 LGSS- se deduce dos elementos que caracterizan la situación de ITL ordinaria:*

1º Recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social y;

2º Estar impedido para trabajar.

Ambos elementos son decisivos para calificar la ITL (hoy IT), si bien conviene indicar que la incapacidad que debe sufrir el trabajador debe ser de carácter transitorio –como su nombre indica-, diferenciándose por este motivo de la situación de Invalidez permanente del artículo 132 de la LGSS (en el nuevo texto será el artículo 134 LGSS de 1994”.

³⁴² Ver STSJ de Castilla- La Mancha de 12 de marzo de 1992 (R. 1548): *“Presupone como requisito inexcusable la temporalidad o transitoriedad de la lesión o enfermedad”.*

³⁴³ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...”, op.cit., página: 35 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 347.

*sea periódico u ocasional, pero compatible con el ejercicio profesional, no cabe reconocer aquellas situaciones...*³⁴⁴.

De acuerdo con lo que expone el TC, debe insistirse en la idea de que no sólo ha de existir una lesión o padecimiento, sino que además, *“debe estar en período activo*³⁴⁵, y *“debe ser susceptible de determinación objetiva*³⁴⁶”.

Los artículos 128.1 y 134.2 de la LGSS exigen que conjuntamente con el efecto incapacitante producido por la alteración de la salud, ésta requiera de las prestaciones de asistencia sanitaria³⁴⁷, correspondiéndole la misma a los Servicios Públicos de Salud (hoy día, Servicio Nacional de Salud- SNS-) o, en su caso a las MATEPs³⁴⁸.

Ambos preceptos, dan por supuesto que la alteración de la salud se ha producido y que, además, es susceptible de curación o mejora. Justamente para restablecer aquella situación aparecen las prestaciones sanitarias³⁴⁹. Y es que la asistencia sanitaria queda vinculada a la finalización del proceso patológico ya sea por curación, ya sea porque las lesiones tengan carácter definitivo, pues si la asistencia sanitaria fuera manifiestamente insuficiente para superar la lesión debe producirse la propuesta de incapacidad permanente³⁵⁰. Pero es que además, sin esa intervención de la asistencia sanitaria de la

³⁴⁴ STC de 25 de marzo de 1985 (AS. 2089).

³⁴⁵ STC de 20 y 26 de octubre de 1983 (AS 6023 y 6124).

³⁴⁶ STC de 27 de diciembre de 1974 (AS 5669).

³⁴⁷ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...”, op.cit., página: 35 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 347.

³⁴⁸ SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de...* op.cit., páginas: 34 y 35.

³⁴⁹ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...” op.cit., página: 36 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a. N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 347.

Ver STSJ Murcia de 13 de septiembre de 1991 (R. 5104) al considerar: *“La conveniencia de tratamiento rehabilitador... no es, por necesidad, algo inherente a un situación de inutilidad temporal... pues un tratamiento de esa clase, siempre, bajo la perspectiva de ITL (hoy IT), no impone, inexcusablemente, la imposibilidad de proseguir la tarea habitual”*.

³⁵⁰ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 31.

Seguridad Social no sería posible el control³⁵¹, por otro lado ineficaz, del proceso por incapacidad temporal. Todo ello destinado únicamente a evitar comportamientos fraudulentos: “*el despilfarro o abuso en las prestaciones*”³⁵², así como mantener una presencia pública mínima ante el extremado protagonismo que asumen los terceros “privados” en la gestión (tanto los empresarios y sobre todo, las MATEPs³⁵³). Control que se lleva a cabo desde el momento original³⁵⁴, a través de los partes de baja³⁵⁵, hasta la finalización del mismo (ya sea por curación, o por paso a una situación de incapacidad permanente) y siempre sujeto a los límites temporales que la legislación marca y que caracteriza a esta contingencia³⁵⁶.

Como señalan ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, el requisito de “estar recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social” no excluye la posibilidad de asistencia externa, siempre que los partes de baja, confirmación y alta queden bajo control de la propia Seguridad Social³⁵⁷.

Así pues, el hecho de que el beneficiario además de percibir esta asistencia sanitaria pública, pueda acudir a la medicina privada (corriendo la Sanidad Pública con los gastos médicos ocasionados por la asistencia sanitaria privada), sólo es posible en determinados supuestos y/o cumpliendo determinados requisitos³⁵⁸:

³⁵¹ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el régimen general...* op.cit., página: 18.

³⁵² ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 247.

³⁵³ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de...*op.cit., página: 256.

³⁵⁴ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...”, op.cit., página: 36 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 347.

³⁵⁵ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social...* op.cit., página: 39.

³⁵⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social...* op.cit., página: 40.

³⁵⁷ ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S: *Compendio...* op.cit., página: 230.

³⁵⁸ Ver RD 63/1995, de 20 de enero, que regula la ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud; en relación con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y el TRLGSS. Así como, STS de 25 de octubre de 1999 (Ar. 7835); 17 de julio de 2000 (Ar. 7183) y 20 de marzo de 2001 (Ar. 3397).

- Para los supuestos en lo que la Sanidad Pública no pueda facilitar la atención médica requerida, o los métodos o medios alternativos de similar eficacia, para la curación de afectado (por ejemplo, porque carezca de los medios científicos o médicos para ello, y exista un tratamiento muy avanzado del que no se disponga en la misma, que sea imprescindible para su curación, corriendo en peligro, en caso contrario, la vida o la integridad física del enfermo) y permita, expresamente *ex ante*, acudir a la medicina privada para su curación (ex art. 3 del RD 63/1995, en relación con el Anexo II del mismo);
- Por denegación injustificada de la asistencia médica exigida por la normativa de referencia. Sin que en estos supuestos se pueda preterir a los facultativos de la Sanidad Pública y ser atendidos por otros ajenos a ella sin autorización o permiso de ésta³⁵⁹.
- Por urgencia inmediata y de carácter vital (justificada y demostrada) que hubiere imposibilitado al enfermo acudir a la Sanidad Pública (ex art. 5.3 del RD 63/1995). Supuesto en el que el afectado dispone del plazo de los quince días siguientes al inicio de la asistencia sanitaria privada para reclamar el reembolso de estos gastos médicos así ocasionados, previa justificación acreditativa de la necesidad de su actuación³⁶⁰.

Del mismo modo se actuará cuando se trate de prestaciones de asistencia sanitaria que no están incluidas entre las que cubre la Seguridad Social según el RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social³⁶¹. Por ejemplo: intervención quirúrgica para cambiar de sexo o corregir la miopía, que sí están incluidas en cambio en determinados Servicios Públicos Autonómicos³⁶².

La asistencia sanitaria así considerada puede entenderse en sentido estricto, como la prestación de atención médica, farmacéutica o rehabilitadora, o en un sentido amplio, como mecanismo de control, vigilancia y seguimiento de la situación de incapacidad temporal. Es en éste último sentido por donde algún

³⁵⁹ Ver STS de 27 de septiembre de 1996 (Ar. 6907).

³⁶⁰ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el régimen general...* op.cit., páginas: 18 y 19.

³⁶¹ SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de...* op.cit., página: 35.

³⁶² VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 256.

sector de la doctrina ha establecido que debe interpretarse la necesidad de la prestación de asistencia sanitaria, ya que en algunos casos será imposible que éste se preste, bien porque la ciencia médica no disponga de soluciones aplicables al caso concreto, bien porque la experiencia haya demostrado que la dolencia remite sola³⁶³.

Ahora bien, nos podríamos preguntar por una situación particular y es la siguiente ¿qué pasa si una persona está privada de libertad y se suspende esa pena privativa por enajenación mental?, es decir, se sustituyera la prisión por un internamiento en una institución mental cerrada. En éste supuesto ¿quién le prestaría esa asistencia médica?. Se trata por tanto, de una situación muy específica la cual determina dos efectos:

- El penado tiene y debe de percibir asistencia médica especializada, pero con cargo al sistema penitenciario y;
- Se producirá una interrupción en el vínculo con el sistema de Seguridad Social, en cuanto al penado ya no podrá realizar trabajos en centro penitenciarios sujeto a la relación laboral especial de los penados que regula el RD 782/2001³⁶⁴.

1.1.2. Efectos incapacitantes

Para estar en situación de incapacidad temporal, es necesario que el sujeto sufra una alteración de su salud que le imposibilite temporalmente para el desempeño de su trabajo. Por tanto, debe existir una correlación entre la alteración de la salud y la incapacidad que sufre el trabajador. Es decir, el empleado debe “estar impedido para el trabajo”, dicho con otras palabras, la alteración de la salud debe revestir tal intensidad como para mermar la “capacidad laboral”³⁶⁵ de la persona del trabajador (ambas expresiones

³⁶³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social...* op.cit., página: 41. BARBA MORA, A: *Incapacidad temporal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, página: 20.

³⁶⁴ RIVAS VALLEJO, P: *Incidencia de la Prisión y el Cumplimiento de Penas sobre la Relación de la Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2005, páginas: 39 y 40.

³⁶⁵ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad laboral temporal: contingencia...* op.cit., página: 37 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...*op.cit., página: 348: se entiende por “capacidad laboral” y a ésta la definiríamos como: “el complejo de requisitos de orden psíquico (intelectual y cualitativos) y físicos (consistencia de tono y capacidad muscular, resistencia al esfuerzo, constitución y caracteres somáticos), que representan la condición en base a la cual, un individuo es materialmente capaz de cumplir un determinado trabajo... si esto es así,

utilizadas por el art. 128.1 a) y 134.2 de la LGSS). Ello plantea un doble interrogante:

- ¿Cuál debe ser la intensidad con que la alteración de la salud deba afectar a la capacidad para el trabajo? y;
- ¿La alteración de la salud, se refiere al trabajo genérico o, mira por el contrario a una actividad determinada y específica?

En primer lugar, la intensidad con que el desequilibrio del estado de salud afecta al individuo, debe ser de tal forma que le incapacite temporalmente y absolutamente para el desarrollo de su actividad productiva. Es indiferente si esta incapacidad tiene o no su origen profesional (en principio), aunque si bien el contenido de la protección difiere, dependiendo de si se esté ante contingencias comunes (menos favorables) o contingencias profesionales (más favorables). En este sentido resulta interesante la afirmación que hace el TS en su sentencia de 22 de febrero de 1927: *“si el obrero necesita asistencia médica pero la lesión no le impide dedicarse a su trabajo, no puede ser reconocido el derecho a la indemnización...”*. Es decir, cuando la alteración de salud no adquiera la intensidad suficiente como para producir una incapacidad del trabajador, se gozará de la protección por IT, pasando el empleado a estar amparado, tan sólo por los mecanismos de protección de la alteración de la salud como contingencia genérica³⁶⁶.

A este respecto, han presentado problemas particulares, aquellas enfermedades o accidentes en lo que existe con mayor o menor incidencia, un factor de voluntariedad (ejemplo: lesiones derivadas de la práctica de deportes de riesgo, conducción irresponsable de vehículos a motor, toxicomanía...etcétera) así pues, mientras que las primeras han sido integradas dentro del sistema de protección, las últimas siguen quedando descartadas del tratamiento suspensivo, suscitándose en este caso, la necesidad de revisión.

parece acorde que si alguno de estos elementos se ve alterado hasta el punto de hacer al individuo incapaz temporalmente, esta capacidad deberá ir referida a la actitud para desempeñar las obligaciones inherentes a su trabajo. En definitiva, la incapacidad debe ser entendida para el trabajo específico al cual se dedicaba el individuo en el momento de producirse la actualización del riesgo causante “.

³⁶⁶ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...”, op.cit., página: 34 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 346.

La intensidad con que la alteración de la salud debe afectar a la capacidad laboral³⁶⁷, en la definición y regulación de la IT, por contraste con la Incapacidad Permanente, no existe una determinación de posibles grados de incapacidad, y como señala GARCÍA NINET existen supuestos traumáticos en los cuales es sencillo determinar que ese cambio brusco de salud comporta de manera inexorable la baja. Igualmente, existen ciertas dolencias que también, de modo más o menos inexorable, se saben que producen la necesidad de baja como son, por ejemplo: las gripes anuales. Pero también hay, un amplio conjunto de afecciones en las cuales, no es sencillo calibrar la intensidad con que la capacidad de trabajo se ve o se verá afectada³⁶⁸.

Nuestro ordenamiento no establece ni exige criterios valorativos que puedan determinar el nivel invalidante de las lesiones, lo que supone, como señala la doctrina, el otorgamiento tácito de un amplio margen de discrecionalidad en la actuación del órgano o facultativo que determine la existencia y efectos de aquella alteración³⁶⁹.

La intensidad incapacitante de la lesión, ya se encontraba gráficamente descrita en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, cuyo artículo 4, refería a la “incapacidad absoluta temporal”. Si bien el término “absoluta” pronto desapareció de los textos legales. Esto correspondió más a un perfeccionamiento técnico que a una modificación de su contenido, que con distintas fórmulas, vinieron expresando la necesaria imposibilidad de trabajar, tal y como fue interpretado por la doctrina y la jurisprudencia³⁷⁰.

El alcance de tal expresión “esté impedido para el trabajo”, ha sido perfilado por la jurisprudencia en sentido de que: *“la enfermedad no impide... la realización de su trabajo, por lo que es claro que no se halla en situación de ...”* STC 26 de enero de 1976, *“aunque le fue prescrito un tratamiento médico, no estaba impedido para el trabajo”* STC 14 de octubre de 1977; *“pues sin la existencia de enfermedad que incapacite para el trabajo no hay razón para que el actor continúe en la situación de...”* STC de 20 de mayo de 1980; *“que no presentaba déficits, mermas anatómicas o enfermedad que le impidiera*

³⁶⁷ Ver STSJ de Castilla y León, de 18 de enero de 1994 (AS. 265): *“... pero la alteración de la salud o el proceso patológico que sufre el trabajador ha de tener, en cualquier caso, la suficiente entidad o intensidad (TEJERINA ALONSO) para justificar imperiosamente su apartamiento temporal del trabajo”*.

³⁶⁸ GARCÍA NINET, J.I: *“La incapacidad temporal”*, en VV.AA: *La Incapacidad Temporal*, Madrid, edit. Tecnos, 1996, página: 21.

³⁶⁹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 27.

³⁷⁰ TORTUERO PLAZA, J.L: *“La incapacidad laboral temporal: contingencia...”*, op.cit., páginas: 38 y 39.

dedicarse a sus tareas habituales” STC 22 enero de 1981; “*no basta con presentar una determinada dolencia, sino que además hay que justificar, que está ocasionando una sintomatología y trastornos que no le permiten ejercer su actividad profesional*” STC 20 y 26 de octubre de 1981; “*lo propio y característico es que se produzcan efectos negativos en su aptitud laboral que le impidan o inhabiliten para ella*” STSJ Asturias de 16 de julio de 1991, “*lo importante no es desde cuándo existe la enfermedad, sino desde cuándo incapacita temporalmente...*”etcétera³⁷¹.

En cuanto a la segunda cuestión se refiere, esto es, si la alteración de la salud va dirigida al trabajo genérico o por el contrario, a una actividad determinada y específica, hay que ponerlo en relación con lo anterior expuesto. No todas las alteraciones de la salud afectan por igual a todos los trabajadores, ni tan siquiera para los mismos o distintos trabajos³⁷² (ejemplo: una simple lumbalgia no impedirá realizar ciertas actividades y oficios, pero puede provocar una incapacidad total para un peón de construcción)³⁷³. Por lo que una misma lesión, aunque sea de mínima entidad, puede imponer una serie de limitaciones para el ejercicio de actividades profesionales específicas y no afectar para el desarrollo de otros³⁷⁴. Por lo que habrá que estar al caso concreto, tomando en consideración y como punto de referencia el trabajo específico al cual se dedicaba el individuo en el momento de producirse la actualización del riesgo causante³⁷⁵.

No obstante, en la práctica ocurre, que el facultativo que emite el parte de baja a la hora de evaluar el estado de salud del enfermo, únicamente se centra en la integridad corporal del sujeto y su capacidad funcional genérica, haciendo abstracción de su capacidad para la profesión habitual. Así pues, toma en consideración la dolencia objetivamente considerada, en vez de determinar si

³⁷¹ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...”, op.cit., página: 39.

³⁷² BARBA MORA, A: *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2008, página: 51, “... la incapacidad temporal lo es para el desarrollo de la actividad o profesión que venía ejerciendo al tiempo de la baja médica, aunque teóricamente pueda realizar otras actividades diferentes”.

³⁷⁴ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...*op.cit. página: 26.

³⁷⁵ DE LA VILLA, L.E y DESDENTADO BONETE, A: *Manual de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 1977, página: 362 y, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 26.

la dolencia concreta que sufre el trabajador le impide o no el desempeño de su profesión específica³⁷⁶.

A esta misma conclusión llega el profesor VENTURI al afirmar lo que sigue: *“Por tanto, a diferencia de lo que predomina en el campo del seguro de invalidez, se acoge el concepto denominado de la “incapacidad específica” que no excluye la indemnización aun cuando el enfermo tuviera la posibilidad de conseguir un empleo remunerado pasando a otro tipo de trabajo que resulte adecuado a sus fuerzas y capacidad”*.³⁷⁷

La propia normativa ya lo reconoce de forma expresa al disponer el art. 1.2 del RD 575/97, de 18 de abril que: *“todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual...”*.

El hecho, de que la alteración de la salud con efectos incapacitantes de carácter temporal afecte a la actividad productiva activa y no potencial del individuo ocasiona, un aumento de los gastos tendentes a la recuperación de la salud, además de un defecto de ingresos como consecuencia de los efectos incapacitantes que le impiden la obtención de rentas³⁷⁸ (*lucro cesante*).

Todo ello nos lleva a confirmar que la expresión incapacidad laboral tiene un marcado contenido profesional en sentido amplio, dado que el defecto de ingresos que produce va referido no sólo a rentas de trabajo, sino a rentas profesionales, al incluir en el ámbito protector tanto a trabajadores por cuenta ajena, como la actividad de quienes se encuentran en el campo de ampliación de la Seguridad Social y protegidos respecto a la contingencia de la incapacidad temporal³⁷⁹.

³⁷⁶ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 26.
RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, J.M Bosch Editor, S.A. 1993, página: 55.

³⁷⁷ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos...* op.cit., página: 159.

³⁷⁸ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...”, op.cit., página: 34 y
TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 347.

³⁷⁹ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...”, op.cit., página: 38 y
TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 349.

Este elemento delimita el ámbito subjetivo protegido por la contingencia, quedando así al margen, colectivos que a pesar de ver afectada su capacidad de trabajo potencial, el desequilibrio de su estado de salud no conlleva un defecto de ingresos, bien por no estar realizando ninguna actividad productiva (familiares a cargo del titular, parados...etcétera), bien por no poderla realizar por causas diversas (menores, inválidos, jubilados...etcétera). Por tanto, si no existe un defecto de ingresos provocado por aquella motivación, carecen de sentido las prestaciones sustitutorias de salarios o rentas profesionales, al menos en la órbita de un sistema profesional contributivo. Si no hay nada que sustituir, la situación de necesidad es otra y, en consecuencia, carecen de sentido las prestaciones compensatorias o sustitutorias, tal cual están estructuradas³⁸⁰.

Ahora bien ¿qué pasa en los casos de pluriempleo y pluriactividad?, ya que es evidente que una misma alteración de la salud puede resultar incapacitante o no dependiendo del trabajo al que vaya referida³⁸¹. Esto es, puede ocurrir que la alteración de la salud imposibilite al interesado para ejercer una de las profesiones que venía llevando a cabo con anterioridad a la causa incapacitante, pero que no le incapacite para la realización de la otra. En principio esta imposibilidad no tiene por qué ser absoluta para todo trabajo y no debería impedir el ejercicio de la actividad para la que sí se continúa capacitado. Por lo que debería compatibilizar la prestación, en los casos de pluriempleo o pluriactividad, con aquellas actividades por cuenta propia o ajena que el beneficiario viniera realizando con anterioridad al nacimiento de la prestación por IT y para los que el sujeto no se encontrará incapacitado.

El ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, a este respecto prevé la incompatibilidad del percibo del subsidio con la realización de trabajos por cuenta propia o ajena³⁸², por lo que, la incapacidad, aunque en principio referida al trabajo propio o habitual, se generaliza a todo tipo de trabajo³⁸³.

³⁸⁰ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de...* op.cit., página 253, nota 27; TORTUERO PLAZA, J.L: "La incapacidad laboral temporal: contingencia...", op.cit., página: 35 y TORTUERO PLAZA, J.L: "La acción protectora del sistema de Seguridad Social", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 347.

³⁸¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social...* op.cit., página: 45.

³⁸² Ver art. 132.1 LGSS: "El derecho al subsidio de incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido:... b) Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena".

³⁸³ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...*op.cit., página: 28. No obstante la STSJ de Navarra de 29 de marzo de 1996 (AS 1996, 500) contempla un supuesto de hecho peculiar y aislado, donde la actora, en alta en el régimen general y en el especial de autónomos inicia un

Algún sector de la doctrina ha señalado que aunque éste (incapacidad) se refiera al trabajo concreto que se venía realizando, para poder percibir la prestación, la incapacidad debe ser absoluta, o sea, que el beneficiario de la prestación no podrá compatibilizar ésta con el salario que perciba por otro trabajo para el que no se encuentra incapacitado³⁸⁴. En este sentido el art. 132.1. b) de la LGSS establece: *“El derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”*.

A mi juicio, debe llegarse a la conclusión de que puede que un individuo esté impedido para el desempeño de una actividad y sin embargo tener capacidad para otra distinta. Recordemos que la finalidad del subsidio por incapacidad temporal no es otro que, la sustitución de la pérdida del salario que sufre el trabajador con motivo del abandono de la actividad temporal. Ahora bien, si se compatibiliza el disfrute de la prestación, con aquellos trabajos que ya se hubieran iniciado antes de producirse la alteración de la salud, manteniendo por tanto al trabajador en régimen de pluriempleo o pluriactividad, no se estaría contraviniendo la literalidad del art. 132.1 b) de la LGSS. Por supuesto, todo ello siempre y cuando, no fuese contraproducente para el éxito de recuperación de salud por parte del beneficiario³⁸⁵. Si de lo contrario, lo que se trata es de mantener al mismo tiempo, la prestación por IT con el ejercicio de otra profesión iniciada con posterioridad (al inicio de la contingencia), entonces sí se podría suspender el disfrute del subsidio.

1.1.3. Temporalidad y/o transitoriedad del proceso

proceso de baja por enfermedad, siendo dada de alta por los servicios médicos para su actividad por cuenta ajena, pero continuando en situación de IT en el régimen de autónomos. El TSJ confirma la sentencia de instancia y declara el derecho a las prestaciones por IT en el régimen de autónomos, en base a la siguiente argumentación: *“aun cuando las dolencias que motivaron las sucesivas bajas en el régimen especial y en el régimen general fuesen las mismas, ello no determina que inevitablemente le incapaciten o capaciten para desarrollar las tareas de ambas profesiones...”*.

³⁸⁴ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* opc.it., página: 259. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social...* op.cit., página: 45.

³⁸⁵ MARTÍNEZ MORENO, C: “Artículo 132. Pérdida o suspensión del derecho al subsidio”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social...*op.cit., página: 971.

El Sistema de Seguridad Social, por definición, atiende como contingencias diversas los supuestos en que el trabajador pierda su capacidad laboral de manera temporal o definitiva³⁸⁶. Así pues, el carácter transitorio de la prestación por incapacidad temporal permite diferenciarla de otras contingencias tales como la invalidez permanente. No obstante, ese elemento de temporalidad que tanto la simboliza no puede constituir una garantía de curación absoluta ya que, el carácter *transitorio* de tal situación se puede deber, tanto a una evolución favorable del problema de salud con motivo del tratamiento sanitario, como a la adquisición de certeza sobre la inviabilidad de la sanación y la consiguientemente apertura de un procedimiento de calificación de incapacidad permanente. Por lo tanto, esta temporalidad se refiere tan sólo a la existencia de un plazo máximo de protección el cual, podrá ser agotado o no dependiendo de la evolución favorable del desequilibrio físico- psíquico incapacitante³⁸⁷.

Normalmente se habla de temporalidad y transitoriedad de forma indistinta, esto es, como sinónimos predicables de la situación de IT. Sin embargo, en la actualidad se encuentran algún estudio en donde sí se hace tal diferenciación, a saber, la del Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, José Luis Tortuero Plaza³⁸⁸, el cual afirma que: *“cuando se habla de temporalidad, la referencia queda hecha a la existencia de un plazo máximo de protección que podrá ser agotado o no, dependiendo de la evolución del desequilibrio físico- psíquico incapacitante. Junto a este límite meramente temporal que actúa como característica externa aparece un segundo elemento de carácter interno que mira a la transitoriedad o provisional del estado incapacitante desde la perspectiva de la alteración de la salud padecida”*³⁸⁹. De esta manera, la temporalidad actuaría como límite máximo de la evolución de la transitoriedad. Ambos elementos configurarían la situación de incapacidad

³⁸⁶ CARDENAL CARRO, M: “De nuevo retocando la regulación de la incapacidad temporal”, en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras, Homenaje al Profesor J. Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, página: 825.

³⁸⁷ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de...* op.cit., página: 256.

³⁸⁸ Análisis que realiza en su tesis doctoral: “La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social”. Año de lectura: 1986. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

³⁸⁹ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de...* op.cit., página: 247. *“La incapacidad debe tener carácter transitorio (característica interna y dinámica), esto es, la protección se otorga durante el proceso curativo, aunque sometido, como veremos, a límite máximo su temporalidad (característica externa y estática)”*.

temporal, por lo que, ambos deben concurrir para que se mantenga dicha situación y para que surjan las posibles prórrogas de la misma³⁹⁰.

Por el contrario, temporalidad y permanencia se utilizan legalmente como elementos diferenciadores para una mejor ordenación de la acción protectora³⁹¹.

Es entonces, la incapacidad temporal un período de tiempo más o menos extenso – que varía según cada legislación y según cuál sea el riesgo causante³⁹²- con límite rígido o flexible, durante el cual la lesión o la dolencia bien cede en sus efectos y por tanto se produce el restablecimiento del estado de salud del individuo, o bien, se consolida presentando reducciones anatómicas y funcionales previsiblemente definitivas, afectando con distinta intensidad a la capacidad laboral del trabajador³⁹³.

El carácter transitorio de la lesión se basa en una mera presunción, que se va debilitando a medida que pasa el tiempo para dar paso al final a la presunción contraria, es decir, al carácter definitivo de las lesiones³⁹⁴. De esta forma el requisito de la transitoriedad de la lesión se flexibiliza, ya que, hay cuadros clínicos largamente sometidos a tratamiento médico sin que se haya producido la curación, en los cuales, extinguida, por transcurso del tiempo fijado para ello la situación de IT, el individuo pasa a ser considerado en situación de incapacidad permanente³⁹⁵. Por lo que la transitoriedad no opera como

³⁹⁰ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general...* op.cit., página: 51.

³⁹¹ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...”, op.cit., página: 40 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 351. DE LA VILLA GIL, L.E y DESDENTADO BONETE, A: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 485.

³⁹² La fijación de los límites de la temporalidad pueden consultarse para los países de la Unión en: *La protección Sociale dans les états membres de la communauté*, Bruselas, 1994, páginas: 111- 123 y 187-225, según el riesgo causante sea profesional o común.

³⁹³ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia...”, op.cit., página: 40 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 351.

³⁹⁴ Ver STSJ Castilla y León/Burgos 8 de junio de 1995 (AS 1995, 2290).

³⁹⁵ Art. 136.1, párrafo 4º LGSS: “También tendrá la consideración de invalidez permanente, en el grado que se califique, la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración señalado para la misma...”.

mecanismo de exclusión de aquellas incapacidades para las que se prevea una duración superior a la legal, sino que por el contrario, las acoge aunque terminaran por escapar de su ámbito de cobertura una vez sobrepasado el límite temporal³⁹⁶.

Lo hasta ahora expuesto se observa más claramente en el análisis conjunto de los 128.1.a) y 131.2 bis de la LGSS, de donde se dice, que el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal será de 365 días prorrogables en otros ciento ochenta³⁹⁷: “cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación “. Lo que supone (tal y como expone el profesor CARDENAL CARRO) un periodo común a la aparición de cualquier dolencia independientemente de consideración alguna sobre su evolución, mientras se den los demás requisitos de la contingencia³⁹⁸.

Por otro lado, el art. 131. 2 bis³⁹⁹ añade lo que sigue: “Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 545 días fijado en el párrafo primero de la letra a del apartado 1 del artículo 128, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda “⁴⁰⁰. Pero esta declaración tiene un plazo de provisionalidad de 730 días (que no podrán ser rebasados) lo que significa que, finalizado este período, el trabajador será definitivamente calificado sin perjuicio de posteriores revisiones⁴⁰¹. Éste último plazo tan sólo opera para “...aquellos casos en los que, continuando las expectativas de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación...”⁴⁰².

³⁹⁶ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 30.

³⁹⁷ Redacción dada por la nueva Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el 2010 (BOE del 24, L.I. 4335) con efectos de 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida.

³⁹⁸ CARDENAL CARRO, M: “De nuevo retocando la regulación de la incapacidad temporal”, en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas...* op.cit., página: 825.

³⁹⁹ Según la nueva redacción dada por las leyes: 40/2007, de 4 de diciembre de Medidas en materia de Seguridad Social y 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuesto Generales del Estado para el año 2010.

⁴⁰⁰ Incapacidad permanente: toral, absoluta o gran invalidez.

⁴⁰¹ CARDENAL CARRO, M: “De nuevo retocando la regulación de la incapacidad temporal”, en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas...* op.cit., página: 825.

⁴⁰² Ver art. 131 bis. 2 de la LGSS.

Dicha prolongación en el tiempo de la IT nos recuerda a la antigua invalidez provisional⁴⁰³, por lo que cabría afirmar que, nos hallamos ante una nueva invalidez provisional, aunque sea evidentemente, de menor duración y la cual ha sido calificada por la doctrina de “cuasi-contingencia sin nombre”⁴⁰⁴, o de prórroga “puente” hacia la incapacidad permanente o prórroga “especial”⁴⁰⁵.

Ello significa que sumando todos estos períodos (inicial, prórroga, calificación, demora para calificación), en ningún caso, podrá rebasarse los dos años que establece la nueva Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales para el año 2010, por la que se da una nueva redacción a dichos artículos. Anteriormente, y en menos de dos años, las Leyes 30/2005 y Ley 40/2007, cambian la prórroga de los efectos de la IT de los treinta meses desde su inicio hasta los veintisiete meses. Es decir, durante el bienio 2005-2007, la duración de la prestación por incapacidad temporal, o mejor dicho, el periodo previo a la calificación definitiva de la incapacidad permanente, se reduce en un semestre⁴⁰⁶.

A este respecto se plantean dos cuestiones. La primera, se refiere a si el subsidio por IT debe mantenerse cuando media propuesta de reconocimiento de lesiones permanentes no invalidantes o incapacidad permanente. El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias⁴⁰⁷, viene manteniendo que el alta médica de la incapacidad con propuesta de lesiones permanentes no invalidantes o incapacidad permanente parcial extingue la situación de IT, por consiguiente, si tal propuesta propugnara el reconocimiento de tales lesiones no se generará el derecho al mantenimiento del subsidio por IT, ya que

⁴⁰³ Recordemos que con reforma operada por la Ley 42/1994, desapareció las contingencias que con anterioridad venían protegiendo la situación de IT en sentido amplio (ILT e invalidez provisional), y su refundición en una única contingencia denominada “Incapacidad Temporal”. La actual IT rompe con el período de duración que hasta ahora venía manteniendo la antigua ITL en su conjunto con la invalidez provisional de seis años.

⁴⁰⁴ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 273.

⁴⁰⁵ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 186.

⁴⁰⁶ CARDENAL CARRO, M y HIERRO HIERRO, F.J: “Nuevos retoques de la prestación de incapacidad temporal. Lucha contra el fraude, recorte de derechos y eliminación de situaciones de desprotección: ¿es posible todo al mismo tiempo?”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECT): *La reforma de la Seguridad Social estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters kluwer, 2008, páginas: 228- 230.

⁴⁰⁷ Ver STS de 29 de mayo de 1995 (RJ 1995, 4011); 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8683); 2 de abril de 1996 (RJ 1996, 2978); 14 de julio de 1997 (RJ 1997, 5699); 5 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2065); 26 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7555); 21 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2119).

extender el subsidio entre la fecha del alta y el reconocimiento de las mismas supondría alargar la percepción del mismo a favor de quien se halla ya en condiciones de reintegrarse al trabajo, o de no tenerlo, de instar reconocimiento de protección al respecto⁴⁰⁸.

Por lo tanto, para gozar de la subsistencia del subsidio resulta precisa un alta con propuesta de incapacidad permanente en grado total, absoluta o gran invalidez, ya que, en otro caso, no hay razón para que se mantenga la prórroga, puesto que ni las secuelas indemnizables ni la incapacidad permanente parcial extinguen la relación laboral⁴⁰⁹.

La segunda, se suscita la cuestión de si la situación de IT se prorroga hasta su duración máxima (dos años), cuando consta que el beneficiario no reúne la carencia necesaria para tener derecho, en su caso, a la prestación por incapacidad permanente, en el grado que se determine. A este respecto el TS⁴¹⁰, en materia de invalidez provisional, señala que, la constancia de la no cobertura del período de cotización necesario para tener derecho a la prestación económica de la Seguridad Social es suficiente para que no haya una declaración o pronunciamiento sobre la situación de invalidez sin derecho a prestación, por lo que ni siquiera procedería hacer declaración de invalidez en tales circunstancias⁴¹¹.

Además, y contrariamente a esta interpretación jurisprudencial, los artículos 6.3, párrafo 2º del RD 1300/1995 y 15.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 disponen que, cuando no se reconoce derecho a la prestación económica, el beneficiario no vendrá obligado a reintegrar las cantidades devengadas con posterioridad a la finalización de la IT, por esta razón, a mi juicio⁴¹², no cabe admitirse que la falta de carencia determine sin más la expulsión del beneficio (que ve mermada por capacidad laboral) del ámbito protector del sistema, así pues, lo contrario supondría un perjuicio para el interesado, que quedaría en una situación menos favorables frente a aquellos otros supuestos en los que,

⁴⁰⁸ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 187.

⁴⁰⁹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 187.

⁴¹⁰ Ver STS de 26 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8407); 6 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1641); STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 1994 (AS 1994, 2102) y 7 de junio de 1994 (AS 1994, 2548)...

⁴¹¹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 188.

⁴¹² En ésta misma línea MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 187-191.

prorrogados los efectos económicos de la IT, no existe base para reconocer una incapacidad permanente⁴¹³.

Las competencias en esta materia, a tenor de la disposición adicional 48ª. de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el 2006, por la que se modificó la regulación jurídica en lo referido a la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por IT⁴¹⁴, a través de una profundización de los mecanismos de control que se habían incorporado en los ejercicios 1997 y 1998, amplió las competencias de las entidades responsables del pago de la prestación (INSS) en detrimento de las que venían ejerciendo tradicionalmente los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas –e incluso, las mutuas – ya que, si bien mantuvo la duración de la prestación en 12 meses, prorrogables por otros seis, cuando se presuma que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta por curación, sin embargo alteró las competencias de emisión de bajas en el correspondiente proceso, que pasaban a residenciarse en la competencia del INSS, a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI) y, además, con un alcance general, de modo que la actuación del INSS no se limitaba a los procesos sobre los que tiene responsabilidad de pago, sin que afectaba a los correspondientes a trabajadores en alta en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar (REM)⁴¹⁵ o aquellos gestionados por las mutuas, y todo ello cualquiera que fuese la contingencia –común o profesional- de la que derive la correspondiente prestación⁴¹⁶.

Con fecha 17 de enero de 2008, se publicó en el BOE la Resolución del Secretario de Estado de la Seguridad Social por la que entró en vigor al día siguiente, 18 de enero, las modificaciones sobre la gestión de la prestación por Incapacidad Temporal contempladas en el art. 128.1 a) de la Ley General de la Seguridad, en virtud de lo cual todos los perceptores que alcancen los doce meses de duración de la baja, habrán de ser evaluados por el INSS, que será

⁴¹³ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., páginas: 188 y 189.

⁴¹⁴ Las modificaciones señaladas se incorporan en buena parte a los Regímenes Especiales de Funcionarios de acuerdo al contenido de las disposiciones finales quinta y sexta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2007.

⁴¹⁵ Cuya gestión corresponde al Instituto de Salud de la Marina (ISM).

⁴¹⁶ PANIZO ROBLES, J.A: “Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por Incapacidad Temporal”, *Estudios Financieros, revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, nº 320, 2009, páginas: 41 y 42.

el único competente para decretar la prórroga de dicho proceso, o en su caso, la procedencia de declarar el alta del trabajador o el inicio del expediente de Incapacidad Permanente en el grado que corresponda. Ello vino a significar cambios significativos tanto en la gestión como en el control de la IT, de forma que tanto los Servicios de Salud de las diferentes CCAA, como el INSS actuarán de forma diferente en los procesos de larga duración (a partir de los 365 días -12 meses-)⁴¹⁷.

Le corresponderá entonces a los médicos de atención primaria de los distintos Servicios de Salud de cada una de las Comunidades Autónomas, la competencia en materia de IT hasta los 365 días de duración, momento a partir del cual, procederán a extender a aquellos pacientes que ya hubiesen sobrepasado esos 12 meses, un parte de alta por causa “control INSS- duración 12 meses” con fecha del día en que procediera el siguiente parte de confirmación, dejando desde dicho momento de expedirse al trabajador nuevos partes de este tipo.

Es importante aclarar que, este alta no implica en modo alguno, la obligación de reincorporarse a la vida laboral, sino únicamente que a partir de ese momento no son necesarios los partes de confirmación, y que será el INSS la que efectuará los controles médicos que con respecto a su situación considera necesarios, quedando el trabajador a la espera de ser citado a reconocimiento médico por la INSS y de la Resolución que proceda por parte del Director Provisional.

Por ello, y una vez que el proceso de IT había superado los 365 días⁴¹⁸ (12 meses⁴¹⁹), el INSS, en virtud de los reconocimientos médicos⁴²⁰ que le hubiesen realizado al trabajador, podía actuar en una triple dirección⁴²¹: 1. Prorrogando el proceso, con una duración máxima de seis meses, si bien, durante este período de prórroga de la IT, eran los servicios médicos del INSS los únicos competentes para formular las correspondientes bajas que diesen

⁴¹⁷ Ver informe de Comunicación para su entrega a la empresa extendida por la Directora Provincial: Ana Ríza Jorge, de 18 de enero de 2008.

⁴¹⁸ Tras la nueva redacción dada al art. 128.1 a) por la reforma operada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de 2009, de PGE para el año 2010.

⁴¹⁹ Establecido en el art. 128.1.a) antes de la reforma operada por la Ley 26/2009, de PGE.

⁴²⁰ La Inspección médica del SPS habrá de pronunciarse en un plazo de 5 días.

⁴²¹ Ver Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social y su desarrollo reglamentario, por Real Decreto 1430/2009, de 11 de diciembre, en relación a la prestación por Incapacidad Temporal.

continuidad a esa prórroga, cuando las mismas correspondiesen al mismo proceso (por ser de la misma o similar patología) si bien limitando sus efectos a la prestación económica de la Seguridad Social y sin que la actuación del INSS alterase la competencia de los Servicios de Salud en el ámbito de la asistencia sanitaria del trabajador, ni afectase a los ámbitos laborales derivados de la situación de IT⁴²²; 2. Emitiendo un alta médica, a los efectos exclusivos de la prestación económica, dejando subsistentes las demás consecuencias de la situación de IT o; 3. Formulando una propuesta de incapacidad permanente⁴²³.

Expedida el alta médica en la situación de IT, el interesado puede⁴²⁴ aquietarse a la misma (desplegando el alta los efectos socio-laborales correspondientes) o, por el contrario mostrar su disconformidad en el plazo improrrogable de cuatro días naturales ante la Inspección médica –u órgano equivalente del Servicio Público de Salud-, la cual a su vez puede:

- Discrepar del criterio de la entidad gestora, en cuyo caso tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales:
 - La reconsideración (prórroga) del alta médica, reconociendo al interesado la prórroga de su situación de IT a todos los efectos;
 - Reafirmarse en su decisión, aportando pruebas complementarias que fundamenten aquélla, prorrogándose la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

- Ratificar, en el plazo de 11 días, la decisión del INSS, la cual adquiere plenos efectos o;

⁴²² Con la nueva disposición adicional quincuagésima segunda, incorporada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ahora se dice: *“Cuando el alta haya sido expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, estos serán los únicos competentes, a través de sus propios médicos, para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquella se produce en un plazo de ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología”*.

⁴²³ PANIZO ROBLES, J.A: “Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre”... op.cit. página: 42.

⁴²⁴ Ver art. 128.1 a) en la redacción dada por el art. 1 de la Ley 40/2007.

- No pronunciarse en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, con lo que adquiere plenos efectos el alta médica (pero se prorroga la IT hasta la fecha)⁴²⁵.

Ahora bien, durante el tiempo transcurrido entre la fecha de alta médica y aquella en la que la misma adquiere plenos efectos, se considera prorrogada la situación de IT⁴²⁶.

Con esta previsión introducida por el legislador se continúa el camino iniciado con la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el 2006, de conceder mayor competencia a las entidades gestoras en detrimento de los servicios de salud.

Ahora bien, ¿cuál ha sido la finalidad del trámite de revisión del alta médica emitida por la Entidad Gestora?; a éste respecto, plantean los profesores TOSCANI GIMÉNEZ y ALEGRE NUENO lo siguiente: *“hay que despejar dos cuestiones... la primera relativa a la naturaleza jurídica que posee el trámite de revisión y la segunda, tiene que ver con las alegaciones presentadas ante la inspección médica de los servicios de salud”*.

Para hablar de la naturaleza jurídica que posee este trámite de revisión del art. 128.1.a) de la LGSS, habrá que dilucidar si se está: 1) ante un procedimiento distinto y autónomo o, 2) si se trata de un trámite o fase que forma parte del mismo procedimiento. En la misma dirección que los autores arriba mencionados entiendo, que el trámite de revisión al que hacemos referencia forma parte del mismo procedimiento administrativo, pues nos encontramos ante una fase que se inicia de oficio con la sola presentación, por parte del beneficiario de los documentos acreditativos de la situación de IT ⁴²⁷.

En lo referente a la segunda de las cuestiones enumeradas, el hecho de que las alegaciones tengan que presentarse ante la inspección médica de los servicios de salud resulta más que sorprendente, sobre todo cuando hablamos

⁴²⁵ Ver Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social y su desarrollo reglamentario, por Real Decreto 1430/2009, de 11 de diciembre, en relación a la prestación por Incapacidad Temporal (art. 3).

⁴²⁶ PANIZO ROBLES, J.A: “Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre”... op.cit. página: 45.

⁴²⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGRE NUENO, M: “Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos”, *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, julio 2008, 5-08. Páginas: 73 - 75.

de los procesos de IT derivados de contingencias profesionales, en los que el control de la misma corresponda a una MATEPS.

Pues bien, la evidencia definitiva de que el nuevo procedimiento de revisión del alta emitida tras agotarse el período de doce meses de IT no es aplicable a las Mutuas, la encontramos en la disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007, al señalar que: “*reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el INSS y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal*”⁴²⁸.

⁴²⁸ Ver Disposición Adicional decimonovena de la Ley 40/2007. Regulación reglamentaria realizada a través del art. 4 del RD 1430/2009 a través de una redacción muy detallada:

- a. Las altas médicas emitidas por las mutuas en los procesos de IT derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de 12 meses de duración de dicha situación, puede ser objeto de un procedimiento administrativo especial de revisión, iniciado a instancia del interesado ante la entidad gestora competente (en el ámbito del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del Mar, la entidad gestora competente es el ISM), con la particularidad de que la tramitación del mismo se considera preferente, con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible.
- b. Se establece un plazo perentorio de 4 días naturales, siguientes a la notificación de la misma por la entidad colaboradora, para la presentación de la correspondiente solicitud ante la entidad gestora (INSS o el ISM). La solicitud ha de contener los motivos de disconformidad así como, ir acompañada necesariamente del historial médico previo relacionado con el proceso de IT de que se trate, o en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora. De igual forma, se impone al trabajador la obligación de comunicar a la empresa la iniciación del procedimiento de revisión, en el mismo día en que presente su solicitud o en el día siguiente hábil (art. 71 Ley Procedimiento Laboral). La iniciación del procedimiento especial de revisión suspende los efectos del alta médica emitida, por lo que se prorroga la situación de IT derivada de contingencias profesionales durante toda la fase de tramitación del procedimiento, manteniéndose el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado.
- c. La entidad gestora (INSS o ISM) ha de efectuar, con carácter perentorio, dos clases de comunicación en relación con el inicio del procedimiento especial de revisión del alta expedida: 1. De una parte, la mutua que haya emitido el alta, debe aportar en el plazo improrrogable de dos días naturales, los antecedentes relacionados con el proceso de IT impugnado y, en su caso, presentar informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica; 2. De otra parte, a la empresa, en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado.
- d. Por la entidad gestora (a través de la resolución del Director Provincial) se ha de dictar, en el plazo máximo de 15 días hábiles (contados desde la fecha de aportación de la Mutua de la documentación correspondiente al proceso o aquella en que hubiese finalizado el plazo para su aportación), la resolución que corresponda, en la que debe constar el informe preceptivo del EVI. La resolución ha de fijar la fecha y los efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica, fijando la contingencia de la que deriva del proceso de IT y, en su caso, la nulidad de

Como ya hemos deducido de la lectura del art. 128.1.a) de la LGSS al hablar de los sujetos interesados en el procedimiento y su intervención, se hace referencia a tres:

- La entidad gestora;
- Los beneficiarios de la prestación por IT⁴²⁹ y;
- La inspección médica del servicio público de salud.

Sin embargo, la LGSS olvida a otros sujetos como son, el “empresario” y las “MATEPs” cuando gestionen el pago del subsidio de IT derivado de contingencias comunes. A pesar de ello, la normativa señalada (en estrecha relación con lo previsto por el art. 31 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común, en adelante LRJAP y PAC), se remite al futuro desarrollo reglamentario en cuanto

otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial de revisión del SPS. En consecuencia el procedimiento ha de finalizar con alguno de los siguientes pronunciamientos:

- Confirmando el alta emitida por la mutua y declarando la extinción del proceso de IT en la fecha de la mencionada alta.
 - Manteniendo la situación de IT, al considerar que el trabajador continúa con dolencias que le impiden trabajar.
 - Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de IT, en los supuestos en los que coincidan procesos intercurrentes en el mismo período de tiempo, y, por tanto, existan distintas bajas médicas.
 - Si durante la tramitación del procedimiento especial de revisión, el trabajador ha recuperado la capacidad laboral, se puede dejar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura.
- e. Si durante la tramitación del procedimiento especial de revisión se cumple el plazo de los 365 días de duración de la situación de IT, decae el proceso especial de revisión, de modo que la entidad gestora puede prorrogar el proceso de IT, expedir el alta médica que extingue la situación de IT o, en su caso, efectuar propuesta de declaración de la situación de incapacidad permanente (art. 128.1 a) LGSS).
- f. Las resoluciones emitidas por la entidad gestora, en el ejercicio de las competencias, se consideran dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de modo que quede expedita la vía de demanda ante la jurisdicción social.

⁴²⁹ Esta impugnación, como bien expone el art. 128.1.a) de la LGSS es optativa, tal y como se deduce de la expresión “podrá” que utiliza dicho precepto. Por lo que, el beneficiario, frente a las resoluciones del INSS o del ISM podrá optar, entre hacer uso de la nueva facultad reconocida en el precepto comentado o, bien, no hacer uso de ella e impugnar judicialmente aquella resolución.

a la notificación de la resolución al empresario, aunque guarda silencio en lo que respecta a las MATEPs ⁴³⁰.

Por otra parte, resulta necesaria que esta resolución de la entidad gestora esté motivada, ya que como señala el TS en numerosas sentencias a tener en cuenta. Entre otras: la de 26 de enero de 1972, 2 de noviembre de 1982, 12 de enero y 11 de diciembre de 1993... etcétera: *“la motivación constituye un requisito formal de los actos administrativos, de tal modo que aun cuando estos últimos carecieran de aquélla por completo, sólo sería relevante si se produjera, a su vez, la indefensión del interesado o, al menos, la obstaculizara gravemente, imposibilitando el ejercicio de los medios legales suficientes para su defensa o impidiera que el acto se llevara a efecto o cumpliera el fin que le fuera propio”*⁴³¹.

Esta motivación, se concretará en dos aspectos fundamentales, el alta médica y el motivo por el que se concede⁴³².

1.2. Situaciones asimiladas: El período de observación por enfermedades profesionales y los períodos de aislamiento preventivo

El art. 128.1 b) LGSS se refiere al periodo de observación por enfermedad profesional (en adelante EP) siempre que, durante él se prescriba la baja en el trabajo. Plazo que es recogido en el art. 133.1 LGSS como *“tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo”*⁴³³.

También podemos considerar como período de observación: *“el tiempo necesario para el estudio de la enfermedad profesional cuando haya necesidad*

⁴³⁰ Recuérdese en este sentido, que ante la deficiente regulación del art. 128.1, a) de la LGSS, actúa de forma supletoria la Ley 30/1992 del RJAP y PAC, en lo referente a las actuaciones de los entes gestores de la Seguridad Social en general, y en particular, en sede de prestaciones. Ver Disposición Adicional 25ª de la LGSS.

⁴³¹ Ver STS de 26 de enero de 1972, 2 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 7044), 12 de enero y 11 de diciembre de 1993.

⁴³² TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGREW NUENO, M: “Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración”... op.cit., páginas: 83 a 86.

⁴³³ Tal y como expone el art. 128.1 b) LGSS en su redacción dada tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007: “... con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad”.

*de aplazar el diagnóstico definitivo, es decir, computan como tal aquellas situaciones en las que comienza el estudio del paciente, y la realización de pruebas o análisis impide la realización normal de la actividad laboral, por lo que es dado de baja médica”*⁴³⁴.

Estos períodos aparecieron tardíamente en nuestro ordenamiento jurídico debido, a la dificultad en la calificación de la enfermedad como profesional- que trae su causa en el trabajo- y su diferenciación de la de origen común. Quizás por ello, en nuestro ordenamiento y desde las primeras normas protectoras de la enfermedad profesional –referidas a la silicosis- aparecen, sucesivas referencias a la existencia de un período de tiempo dedicado al estudio médico necesario para el diagnóstico de la enfermedad –art. 27 de la Orden de 29 de marzo de 1946 y art. 73 de la orden de 19 de julio de 1949-, que con diferencias de matiz fue recogido por las normas posteriores hasta su incorporación a la vigente LGSS⁴³⁵. Así pues, y en primer momento estos períodos recibieron la denominación de “*períodos de diagnóstico*”⁴³⁶ y fueron recogidos por normas posteriores hasta su incorporación a la vigente LGSS.

Constituyen un tiempo referido a un individuo que no presenta reducción de la capacidad laboral pero del que sospecha el padecimiento de una enfermedad profesional, teniendo por finalidad facilitar la averiguación sanitaria de aquélla aplazando el diagnóstico definitivo ante las dificultades que plantea el dictamen de la EP. En este sentido, se ha señalado que el establecimiento del período de observación es una medida preventiva, dirigida a evitar que la todavía presunta EP “ *siga progresando*” o se desarrolle con la rapidez con que avanzaría de continuar en el mismo lugar y en contacto con las sustancias o elementos que han podido provocar esa presunta enfermedad⁴³⁷.

Por lo tanto, vemos que se trata de una alteración de la salud simplemente presumida. Se dan los requisitos específicos posibles para que una enfermedad profesional pudiera afectar al trabajador (actividad y exposición a

⁴³⁴ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, nº 10-08, Octubre 2008, página: 94.

⁴³⁵ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia”... op.cit., página: 45 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación*... op.cit., página: 354.

⁴³⁶ Ver art. 27 de la Orden de 29 de marzo de 1946 y art. 73 de la Orden de 19 de julio de 1949.

⁴³⁷ GARCÍA NINET, J.L: “*La incapacidad temporal*”, en VV.AA: *La incapacidad temporal*... op.cit., página: 20 a 27. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida*...op.cit., página: 38.

elementos o sustancias de las listadas en el RD 1995/1978 de 12 de mayo), pero sin que efectivamente se haya comprobado tal alteración, fin al que aparece destinado el período de observación. De ahí que la incapacidad para el trabajo no exista en este caso, pues sino, estaríamos ante una situación determinante del apartado a) del art. 128 de la LGSS⁴³⁸.

Si no existiera la asimilación de “los períodos de observación en los que se prescribe la baja en el trabajo”, posiblemente el trabajador no podría ser protegido en tal sentido, puesto que su situación de hecho, no se acomoda a las exigencias de las que parte el art. 128.1 a), especialmente por no encontrarse en sentido estricto, incapacitado temporalmente para la realización de su trabajo.

No obstante, 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”. Precisamente porque la necesidad a proteger, desde el punto de vista de las prestaciones económicas, es la misma –tanto si el trabajador se encuentra en la situación prevista en el artículo 128. 1 a) como en el período de observación recogido en el art. 128.1b)- si una vez diagnosticada definitivamente la enfermedad profesional se considera que el trabajador debe estar en IT, el tiempo utilizado en el período de observación de computado a los efectos de la duración máxima de la contingencia de incapacidad temporal. Lo cual pone de manifiesto, aunque con una articulación de los mecanismos de protección ciertamente forzada, que una vez prescrita la baja en el trabajo, el período de conservación pasa a ser parte indiferenciada de la citada contingencia⁴³⁹.

La doctrina a este respecto⁴⁴⁰, ha venido estableciendo que no parece necesaria la existencia de estos períodos de observación ya que los mismos podrían quedar incluidos dentro de las situaciones de incapacidad temporal propiamente dichas, teniendo en cuenta que, como ya se ha dicho anteriormente, para calificar una situación de incapacidad temporal no es necesario que se dé una incapacidad total, o sea, que la incapacidad no ha de

⁴³⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...*op.cit., página: 284.

⁴³⁹TORTUERO PLAZA, J.L: “*La incapacidad laboral temporal: contingencia y situaciones protegidas...*” op.cit., página: 46 y TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación...* op.cit., página: 355.

⁴⁴⁰ TORTUERO PLAZA, J.L: “La incapacidad laboral temporal: contingencia y situaciones protegidas...” op.cit., página: 46.

ser necesariamente física u objetivable. Por lo que, la desaparición de esta situación protegida evitaría también problemas interpretativos, pues el legislador parece olvidarse de ella, en muchas ocasiones, al regular el régimen jurídico de la prestación de incapacidad temporal⁴⁴¹. No obstante, algunos otros autores discrepan de esta idea y afirman, que debería introducirse un precepto específico en el que contemplar este supuesto, de tal forma que sólo procediera su inclusión efectiva en la situación de IT cuando el resultado del estudio y diagnóstico corroborará la existencia de una enfermedad⁴⁴².

Por último, resulta interesante hablar de los períodos de aislamiento preventivo, o también llamado “cuarentena”. Esto es: “*el aislamiento preventivo al que se somete durante un período de tiempo, por razones sanitarias, a personas o animales*”⁴⁴³, las cuales originan la baja por IT por contingencias comunes de los trabajadores que las sufran como consecuencia, de algunas de las enfermedades que acarrearán la misma.

La biblia menciona la separación de gente infectada para prevenir la expansión de las enfermedades en una fecha tan temprana como el año 1513 a.C., tal y como ha quedado registrado en el capítulo 13 del Levítico del Antiguo Testamento⁴⁴⁴.

La palabra cuarentena se originó a partir de la expresión “*quaranta giorni*” del dialecto veneciano del italiano con el significado de 40 días. Fue practicada como medida de prevención relacionada con la plaga (la llamada Muerte Negra o peste negra/bubónica). Entre 1348 y 1359 la Muerte Negra acabó con aproximadamente el 30 por 100 de la población europea, además de un porcentaje significativo de la población asiática. Un documento original de 1372, que se guarda en los Archivos de Dubrovnik, dispone que antes de entrar en la ciudad, los recién llegados debían pasar 30 días (una trentena) en una zona restringida (que originalmente eran unas islas cercanas a la ciudad)

⁴⁴¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general...* op.cit., página: 68.

⁴⁴² En esta dirección, JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para...* op.cit., página: 285.

⁴⁴³ VV.AA: *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 21ª edición, tomo I, 1992, página: 608.

⁴⁴⁴ AYLIFFE, G.A.J and ENGLISH, M.P: *Hospital infection from Miasmas to MRSA*, Edinburg, Cambridge University Press, first published 2003, páginas: 7-9.

esperando para ver si sufrían los síntomas de la plaga o peste negra. Más tarde, el aislamiento se prolongó por 40 días y fue denominado cuarentena⁴⁴⁵.

Otras enfermedades fueron a sí mismas prestadas a la práctica de la cuarentena tanto antes como después de la devastación provocada por la peste negra. Por ejemplo: aquellos afectados por la lepra han sido siempre históricamente aislados de la sociedad, los intentos por prevenir la expansión de la sífilis por el noreste de Europa en el 1490, la llegada de la fiebre amarilla a España a comienzos del siglo XIX y la llegada del cólera en 1831⁴⁴⁶.

Venecia tomó la delantera en lo que a medidas de prevención de la peste se refiere. Dispusieron de tres guardianes o responsables de la salud pública ya en los primeros años de la epidemia de la peste bubónica (1348). El siguiente registro que se tiene de medidas preventivas viene de Reggio en Módena en 1374. El primer lazareto fue fundado en Venecia en 1403, en una pequeña isla cercana a la ciudad. En 1467 Génova siguió su ejemplo y en 1476 el viejo hospital de leproso de Marsella se convirtió en un hospital para enfermos de la plaga. Sin embargo el gran lazareto de la ciudad, quizás el más completo de su tipo, fue fundado en 1526 en la isla de Pomgue. La práctica en todos los lazaretos mediterráneos no era muy diferente de los procedimientos seguidos por los ingleses en el comercio con el Levante y el Norte de África. Cuando surgió el cólera en 1831 se dispusieron nuevos lazaretos en los puertos del oeste, como por ejemplo el de Burdeos, en Francia, que más adelante pasó a tener otro uso⁴⁴⁷.

Estos fueron los orígenes de las cuarentas, ahora bien, a día de hoy existe una lista de enfermedades infecciosas las cuales, han recibido acuerdos de tipo internacional para la autorización de cuarentena y son las siguientes: el cólera, la difteria, la tuberculosis infecciosa, la peste, la viruela (actualmente erradicada), fiebre tifoidea (tifus), fiebre amarilla y las fiebres hemorrágicas virales (Lassa, Marburg, Ebola, Crimea-Congo, América del Sur, y otros todavía no aisladas o nombre). La lista fue modificada por última vez en abril de 2003 para incluir el SARS (síndrome respiratorio agudo severo)⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ AYLIFFE, G.A.J and ENGLISH, M.P: *Hospital infection from Miasmas to MRSA*, Edinburg, Cambridge University Press, first published 2003, páginas: 7-9.

⁴⁴⁶ AYLIFFE, G.A.J and ENGLISH, M.P: *Hospital infection from Miasmas to MRSA*, Edinburg, Cambridge University Press, first published 2003, páginas: 7-9.

⁴⁴⁷ AYLIFFE, G.A.J and ENGLISH, M.P: *Hospital infection from Miasmas to MRSA*, Edinburg, Cambridge University Press, first published 2003, página: 7.

⁴⁴⁸ Es necesario aclarar que, hay otras enfermedades que precisan cuarentena, pero lo autorización o no de la misma depende de cada Estado.

En España, a raíz del estado de alarmismo que ha regido a la sociedad desde que se hizo público el problema de la llamada “gripe porcina” -también gripe A H1 N1-, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social⁴⁴⁹ ha dictado una Resolución, en fecha de 7 de mayo de 2009⁴⁵⁰, por la que se reconoce como situación de IT derivada de enfermedad común los períodos de aislamiento preventivo –“cuarentena”- sufridos por los trabajadores como consecuencia de la gripe A⁴⁵¹.

La citada resolución surge con motivo de las distintas reuniones celebradas con los órganos de coordinación constituidos con las Autoridades sanitarias de las diferentes Comunidades Autónomas, los cuales, han suscitado ante la Dirección General de Salud Pública y Sanidad Exterior del Ministerio de Sanidad y Política Social, la cuestión relativa a la situación de los trabajadores que tras su contacto con un caso de Gripe A H1 N1 pudieran estar afectados por dicha enfermedad y que, por aplicación de los protocolos establecidos por las Autoridades sanitarias competentes, se ven sometidos al correspondiente aislamiento preventivo para evitar los riesgos de contagio derivados de dicha situación hasta tanto se culmina el correspondiente diagnóstico⁴⁵².

Se plantea, en concreto, la situación de tales trabajadores frente a la Seguridad Social hasta el momento en que es posible dilucidar si están o no, efectivamente perjudicados por dicha gripe. Durante el referido lapso temporal, los trabajadores no se encuentran afectados, en sentido estricto, por un accidente o por una enfermedad, pero es evidente, por otra parte, que los mismos deben estar vigilados y recibir la correspondiente asistencia sanitaria en orden a diagnosticar su estado y que están impedidos para el trabajo, por obvias razones.

A fin de garantizar la protección de los trabajadores durante tales períodos de aislamiento y de disipar las dudas que al respecto se han planteado, la Dirección General, en uso de las atribuciones que tiene conferidas, ante la falta

⁴⁴⁹ Bajo el gobierno del presidente José Luis Rodríguez Zapatero.

⁴⁵⁰ Véase BOE, número 113 de 9 de mayo de 2009.

⁴⁵¹ VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 255.

⁴⁵² Ver resolución de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de la Ordenación de la Seguridad Social, sobre consideración como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de los períodos de aislamiento preventivo sufrido por los trabajadores como consecuencia de la Gripe A1N1.

de respuesta a tal situación en el vigente ordenamiento jurídico y hasta tanto dicha laguna sea llenada mediante las adaptaciones normativas que resulten necesarias, ha resuelto:

“Los períodos de aislamiento preventivo a que se vean sometidos los trabajadores como consecuencia de la Gripe producida por el nuevo virus A H1 N1 serán considerados como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, y durante los mismos los afectados tendrán derecho a las correspondientes prestaciones, cumplidos los demás requisitos en cada caso exigidos, y en los términos y condiciones establecidos, por las normas del Régimen de la Seguridad Social en que se encuentre encuadrado el trabajador.

Cuando la protección de la incapacidad temporal por contingencias comunes esté prevista como mejora voluntaria, lo establecido en esta resolución será de aplicación únicamente a los trabajadores que se hubieran acogido a dicha mejora.

Lo previsto en esta resolución será de aplicación con respecto a todas las situaciones de aislamiento preventivo producidas desde la detección de la Gripe indicada”⁴⁵³.

Personalmente entiendo, que las medidas adoptadas por el ejecutivo ante esta problemática han venido fundamentadas, en su mayoría, para acallar la preocupación generalizada de la sociedad española, ante este brote vírico que rápidamente ha alcanzado la primera página de los medios de comunicación, o dicho de otro modo, no ha sido más que una elaborada respuesta para tranquilizar al exaltado público general. A pesar de que, la virulencia de esta enfermedad no superada “de facto” a la de la gripe convencional.

2. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN

El nacimiento de este derecho queda condicionado a dos requisitos de carácter instrumental, como en general sucede con toda prestación de Seguridad Social, si bien para esta prestación habrá que tener en cuenta algunos matices diferenciadores, en especial cuando se trate de situaciones protegidas derivadas de contingencias profesionales. Los requisitos son (art. 130 LGSS):

⁴⁵³ Ver resolución de 7 de mayo de 2009, de la Dirección General de la Ordenación de la Seguridad Social, sobre consideración como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de los períodos de aislamiento preventivo sufrido por los trabajadores como consecuencia de la Gripe A1N1 (BOE de 9 de mayo de 2009, núm. 113, Sec. I, página: 39889).

2.1. Afiliación, alta y situaciones asimiladas al alta

La afiliación y el alta son actos instrumentales que originariamente provienen del esquema del seguro, pero que han ido evolucionando en un sentido flexibilizado en cuanto a su incidencia en el nacimiento del derecho a las prestaciones⁴⁵⁴. Así lo ha declarado el TS en repetidas ocasiones⁴⁵⁵.

La afiliación y el alta son requisitos generales y previos para causar el derecho a las prestaciones. No obstante, y con el fin de evitar las lesiva consecuencias que de una interpretación estricta de este requisito podrían derivarse para el trabajador, tanto el propio legislador como nuestros Tribunales introducen una serie de mecanismos relativizadores, cuyo fin es facilitar el acceso a la protección; tales mecanismos son las situaciones asimiladas a la del alta, el alta especial y el alta presunta o de pleno derecho.

Además, se tratan de requisitos imprescindibles para poder causar prestaciones directamente ante la Entidad Gestora, ya que su falta tan sólo ocasiona la constitución de una situación anormal en la relación jurídica de Seguridad Social, con desplazamiento de la responsabilidad de las prestaciones causadas al empresario⁴⁵⁶.

Por lo tanto vemos, que lo esencial para causar derecho a las prestaciones es que el trabajador se encuentre en activo o alta material en el momento de sobrevenir la situación protegida, pues si el trabajador no se encuentra afiliado y en alta pero en activo entrará en juego la responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones⁴⁵⁷.

Cuando hablamos de “alta”, ¿a qué nos referimos?, pues a aquél acto administrativo en virtud del cual, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce, a la persona que inicia una actividad, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad, con los derechos y obligaciones correspondientes⁴⁵⁸.

⁴⁵⁴ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 48.

⁴⁵⁵ Ver específicamente para la IT, entre otras, las SSTS de 20 de enero de 1995 (RJ 1995, 393); 19 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1449).

⁴⁵⁶ DE LA VILLA, L.E y DESDENTADO BONETE, A: *Manual de Seguridad Social...*op.cit., página: 191.

⁴⁵⁷ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 49.

⁴⁵⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el...*op.cit., página: 291.

En este campo, el sujeto obligado a comunicar la iniciación de la prestación de servicios de los trabajadores es el empresario, siempre con carácter previo a dicha iniciación, para que sean dados de alta como tal en el RGSS⁴⁵⁹. En caso de incumplimiento de esta obligación por parte del empresario, podrá el propio trabajador instar su alta directamente ante la TGSS. El incumplimiento de esta obligación por parte del empresario o de cualquiera de los sujetos obligados en su caso, puede dar lugar a que el alta sea efectuada de oficio por la TGSS.

Los efectos del alta se producirán, a partir del día en que se inicie la actividad. Ahora bien, si el alta se ha efectuado fuera de plazo se entenderá, que produce efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, en cuyo caso el alta retrocederá sus efectos a la fecha en que se haya ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate. Pero si el alta hubiese sido practicada de oficio por la TGSS, se retrotraerán sus efectos al momento en que los hechos que la motiven hubieran sido conocidos por la misma⁴⁶⁰.

De acuerdo con lo expuesto, serán beneficiarios de la IT y por lo tanto tendrán derecho a la prestación económica: los trabajadores afiliados y en alta en el régimen general de la Seguridad Social, ordinaria o especial, salvo que exista una norma con rango legal que disponga lo contrario, así como aquellos que se encuentren en situación asimilada al alta (arts. 124 y 125 LGSS).

Por lo tanto, vemos que el requisito del alta, salvo las excepciones que después veremos, es requisito *sine qua non* para acceder a la prestación por IT. Su concurrencia es por lo tanto determinante para un sujeto que, incapacitado para prestar sus servicios, necesita de una prestación económica sustitutiva del salario, que como consecuencia de dicha incapacidad, deja de percibir.

Estos requisitos serán exigibles, en el momento en que sobrevenga la contingencia causante de la situación protegida⁴⁶¹, es decir en el momento del hecho causante de la IT, que por lo general coincide con la fecha de baja

⁴⁵⁹ Esta afirmación requiere algunas matizaciones en lo que se refiere a determinados colectivos, me refiero a los representantes de comercio y a los profesionales taurinos. En el primer caso, será el propio representante de comercio el sujeto obligado a comunicar directamente su alta a la TGSS, y, en el caso de los profesionales taurinos, su inclusión obligatoria a principios de cada año en el censo de activos, determinará sin más requisito la situación de alta de dichos profesionales (art. 43.1º a y b RGIABV).

⁴⁶⁰ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el...*op.cit., página: 292.

⁴⁶¹ Ver art. 124 de la LGSS y STS de 30 de mayo de 2000 (Ar. 8192).

médica⁴⁶². Es preciso recordar en este sentido, que conforme establece el art. 125.3 de la LGSS, los trabajadores cuya situación de menoscabo devenga de contingencias profesionales se habrán de considerar de pleno derecho afiliados y en alta aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones al respecto⁴⁶³ y también tendrán derecho a la asistencia sanitaria en ausencia de este requisito para la enfermedad común, la maternidad y el accidente no laboral⁴⁶⁴. Encontramos en nuestra jurisprudencia, algún caso aislado en el que se ha diferenciado la fecha del hecho causante de la fecha de la baja médica, cuando entre ambas fechas se ha extinguido el contrato de trabajo y se ha cursado la baja en el régimen correspondiente de la Seguridad Social⁴⁶⁵. Por el contrario, aunque la enfermedad que dio lugar a la baja médica tras la extinción del contrato se hubiese manifestado con anterioridad al cese en el trabajo, no procede el reconocimiento de la prestación de IT cuando las dolencias no tuvieran la intensidad suficiente como para impedir la prestación de servicios⁴⁶⁶.

En las recaídas o sucesión de procesos de IT acumulables a efectos de la duración máxima de esta prestación, con carácter general, la jurisprudencia y la doctrina de los TSJ sostienen que la fecha del hecho causante del segundo proceso de IT se retrotrae a la fecha de la baja médica del proceso inicial⁴⁶⁷.

⁴⁶² En este sentido, ver STSJ de Cataluña de 28 de septiembre de 1993 (AS 1993, 3855) en donde se expone: “ *es momento decisivo para determinar si el trabajador estaba en alta o en situación asimilada para tener derecho a las prestaciones de ILT (hoy IT)... el de la producción del hecho causante, en concreto el de la baja por enfermedad...*”.

⁴⁶³ Ver STS de 12 de julio de 1994 (Ar. 7047).

⁴⁶⁴ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social...*op.cit., página: 20.

⁴⁶⁵ Ver STSJ de Andalucía/Sevilla de 10 de abril de 1992 (AS 1992, 6488), en donde se trata el caso de un marino, que desembarca en el extranjero y que en ese momento ya estaba enfermo, aun cuando acude a los servicios médicos de la Seguridad Social, siendo dado de baja médica por bronquitis. El TSJ estima que: “ *a los efectos de la oportuna prestación por IT el trabajador se encontraba en situación de alta dada la especial naturaleza de la actividad –que lejos de ser de aparición súbita exige varios días de gestación- y las aún más especiales circunstancias concurrentes en los cuatro días precedentes cuales fueron las de desembarcar en puerto extranjero a miles de kilómetros de la Península... ya aquejado de la dolencia determinante de IT, no acudiera a los servicios médicos de la seguridad social hasta que llegado a puerto español tuviera oportunidad de hacerlo*”.

⁴⁶⁶ Ver STSJ de Extremadura de 27 de junio de 1994 (AS 1994, 2462).

⁴⁶⁷ Ver STS de 5 de julio del 2000 (RJ 2000, 8325): “*el régimen de las recaídas significa, ante todo, que estamos ante un período único*” y que los requisitos entonces exigidos y ostentados, conservan ahora, cuando la segunda baja médica, toda su virtualidad, en este mismo sentido la STSJ de Castilla –La Mancha de 31 de enero de 2000 (AS 2000, 256); SSTSJ de Galicia de 21 de octubre de 1994 (AS 1994, 3915); Extremadura a 23 de enero de 1995 (AS 1995, 12)...etcétera.

Sin embargo, encontramos pronunciamientos aislados en sentido contrario al expresado. Así como, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 8 de noviembre de 1995⁴⁶⁸, deniega el derecho a la prestación de IT a una trabajadora por no encontrarse en alta o situación asimilada al alta en la fecha de la baja médica por recaída de un proceso anterior, señalando que “ *la correcta exégesis de la norma⁴⁶⁹ nos obliga a afirmar que exige como presupuesto la exigencia de dos procesos de ILT y para que se de esta situación es imprescindible que el enfermo esté prestando servicios, ya que se trata de una disfunción para trabajar, como su propio nombre indica, de ahí que si, cuando inicia la nueva baja médica, no estaba trabajando pro extinción de la relación laboral..., estaba en paro involuntario no subsidiario, es obvio que no reúne... todos los requisitos legalmente exigidos para lucrar el mismo...*”. En principio y teniendo en cuenta la naturaleza del subsidio por IT que no es otra que, la de compensar la pérdida de la renta salarial que deja de percibir el trabajador durante su permanencia en la indicada situación, podría considerarse acertado el argumento de la sentencia citada, ya que dicha finalidad quedaría desvirtuada en el segundo proceso en ausencia de relación laboral. Pero el realizar una interpretación tan estricta, nos llevaría a la conclusión de que sólo puede acceder al subsidio por IT desde una situación de alta real o material, sin embargo, y como ya veremos, sin actividad previa, cabe la aparición de una IT, como lo muestra claramente la normativa sobre desempleo, combinada con esta incidencia inhabilitante.

Por otra parte, las sucesivas bajas médicas causadas por el mismo proceso patológico que no determinaron, en la primera baja médica, derecho a prestación económica, por inexistencia de sus requisitos, no impedirán el acceso a la misma si la baja médica posterior el interesado cumple los requisitos legales para ello, aunque no hayan transcurrido seis meses, ya que y tal y como señala la STS de 24 de noviembre de 1998, resultaría desproporcionado que el defecto inicial se prolongara indefinidamente en el tiempo, sin posibilidad para el beneficiario de acceso a la prestación económica una vez cumplidos los requisitos habilitantes, máxime cuando tratándose de Seguridad Social pública, los preceptos que puedan restringir derechos

⁴⁶⁸ AS 1995, 4501.

⁴⁶⁹ Se está refiriendo al art. 9.1 de la OLT, que establece que “*si el proceso de incapacidad laboral transitoria se viene interrumpido por un período de actividad laboral por tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad*”.

individuales, deben de ser interpretados de forma restrictiva⁴⁷⁰. En definitiva, no se pueden tratar estas bajas médicas sucesivas como un proceso único en el que el posible derecho a la prestación se analiza sólo en sus orígenes, pues el art. 9 OIL exige una primera situación de enfermedad valorada y subsidiaria como tal, lo que lo hace inaplicable a estos supuestos en los que la falta de requisitos privaron a la inicial enfermedad de medidas protectoras⁴⁷¹.

Como ya hemos indicado, para tener derecho a la prestación por IT, el interesado debe encontrarse en situación de alta, ahora bien, se entiende cumplido este requisito aun cuando la persona, no encontrándose en alta, se encuentre amparada por una situación de asimilación al alta en la que se le mantiene en la protección por dicha contingencia. La situación de asimilación al alta supone que se sigan entendiendo como comprendidos en el régimen de Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, aquellos sujetos que, aun cuando hubieran cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho régimen, se encontrarán en algunas de las situaciones que al respecto establece la norma⁴⁷². En este sentido, se estiman como situaciones asimiladas a la del alta:

1. La situación de desempleo involuntario total y subsidiado (art. 4.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967)⁴⁷³;
2. Supuesto previstos con carácter general para todas las prestaciones: el período de vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato, convenio especial a favor de Diputados y Senadores de las Cortes Generales; convenio especial a favor de los españoles que ostenten la condición de Diputados al Parlamento Europeo, convenio especial a favor de los miembros de los Gobiernos y Parlamentos de las Comunidades Autónomas, traslado del

⁴⁷⁰ Resulta interesante en este sentido la STSJ de Andalucía/Sevilla de 9 de diciembre de 1998 (AS 1998, 2016) deniega la prestación económica por IT por no cumplir el trabajador los requisitos necesarios de afiliación, alta... en la fecha de la baja médica del proceso inicial.

⁴⁷¹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., páginas: 49-51.

⁴⁷² Artículo 125 de la LGSS, art. 36 del RGIABV; respecto de la protección por IT, artículo 4.1 OILT.

⁴⁷³ GARCÍA NINET, J.I: "El alta y situaciones asimiladas al alta en la antigua I.L.T (hoy Incapacidad Temporal). Asimilación al alta a efectos de la maternidad", *Tribuna Social*, nº 53, 1995, página: 74.

A favor, STS de Andalucía/Málaga, de 13 de enero de 1994 (Ar. 301). En contra, STS de 26 de julio de 1993 (Ar. 5980).

trabajador por la empresa fuera del territorio nacional y trabajadoras víctimas de violencia “de género”.

3. Supuesto particulares: trabajadores fijos discontinuos, profesionales taurinos y artistas, situación de IT sobrevenida durante la tramitación del despido, alta por maternidad seguida de baja por enfermedad común, otras situaciones que en ocasiones han sido calificadas por la doctrina de suplicación como asimiladas al alta a efectos de acceder al subsidio de IT.
4. Situaciones de alta especial por huelga o cierre patronal.

Sobre el primero de los supuestos, *la situación de desempleo involuntario total y subsidiado* vemos que, el art. 4.1 de la OLT recoge como único supuesto de situación asimilada al alta, “*la situación de desempleo involuntario, total y subsidiario*”. Esta previsión ha generado algunos problemas interpretativos sobre todo a partir de la Ley 31/1994, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, la cual estableció y diferenció dos niveles de protección por dicha contingencia: contributivo y asistencial.

Primeramente, y antes de entrar a analizar estos dos niveles, es preciso hacer una breve referencia al término “involuntariedad”. En este sentido, el TS⁴⁷⁴ ha determinado que, la involuntariedad es una exigencia a no interpretar en sentido estricto: “*la nota de la involuntariedad en el desempleo comporta su exteriorización mediante una manifestación de voluntad acreditativa del deseo de volver a trabajar*”; pero en ningún caso, la no actualización de la inscripción en la Oficina de Empleo por la no renovación periódica de la condición de demandante de empleo puede suponer la pérdida de tal involuntariedad⁴⁷⁵.

En segundo lugar, y en lo referente al nivel contributivo, la cuestión goza de unanimidad y de una expresa regulación normativa (art. 17.1 RD 625/85)⁴⁷⁶, dando lugar al conocido Desempleo- IT que desarrollaremos posteriormente.

⁴⁷⁴ Ver STS de 12 de marzo de 1998.

⁴⁷⁵ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el...op.cit.*, página: 294.

⁴⁷⁶ Dicho artículo establece: “*Cuando el trabajador esté percibiendo prestación por desempleo total o parcial y pase a la situación de incapacidad temporal, la prestación por ésta última contingencia será reconocida por la Entidad Gestora correspondiente y abonada por delegación, en la cuantía que corresponda, por el Instituto Nacional de Empleo*”.

Resulta peculiar, el acaecimiento del hecho causante durante un período de suspensión por sanción de la prestación contributiva, mientras el beneficiario no percibe prestación. Esta duda ha sido resuelta por el TSJ de Cataluña en sentencia de 6 de abril de 1998 (AS 1998, 2486) al afirmar: *“No es correcta la interpretación que se hace por la Entidad Gestora, del supuesto que contempla el art. 212 LGSS, la suspensión del derecho a la prestación de desempleo, equivalga a la ruptura de la relación jurídica de Seguridad Social, pues se mantiene en tal situación inclusive viva la relación jurídica de protección, si bien temporalmente congelada; que eso diferencia la suspensión de la extinción de la relación jurídica de que se trate, y, precisamente por ello, al mantenerse la relación, es por lo que una vez acabado el plazo suspensivo se inició sin más el pago del subsidio de ILT por el INEM”*.

La cuestión más problemática radica, sin embargo, en determinar si los perceptores del subsidio asistencial por desempleo se encuentran o no incluidos dentro de la expresión del mencionado art. 4.1 OIL. Sobre este punto existen divergencias en la doctrina y en las resoluciones judiciales.

Un sector mayoritario de la doctrina⁴⁷⁷, considera que no puede extenderse la situación asimilada al alta a los casos de subsidio o prestación asistencial de desempleo, por el hecho, principalmente, de que durante la percepción del subsidio asistencial el INEM no abona las cotizaciones correspondientes a la contingencia de IT⁴⁷⁸. Otros sostienen, en cambio, que es situación asimilada al alta a efectos de acceder al subsidio de IT la situación del perceptor del subsidio por desempleo, en base, fundamentalmente, a una interpretación literal del art. 4.1 de la OLT, alegando en este sentido que no cabe entender, que el mismo haya quedado obsoleto y derogado por la normativa posterior de desempleo que vino a regular las relaciones con la IT⁴⁷⁹.

Este debate ya ha sido zanjado definitivamente por la LGSS vigente, al indicar, en su art. 125.1, como uno de los supuestos posibles de asimilación al alta *“la situación de desempleo total durante la que el trabajador perciba la prestación por dicha contingencia”*; tal situación se regula específicamente en el art. 222.1 y 3 del mismo texto citado, en donde se establece la intercomunicación de la IT

⁴⁷⁷ Entre otros, TORTUERO PLAZA, J.L; ALARCÓN CARACUEL, M.R; GONZÁLEZ ORTEGA, S; BARRIOS BAUDOR, G.L y RIVAS VALLEJO, P.

⁴⁷⁸ Durante la percepción del subsidio, la Entidad Gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, protección a la familia y jubilación (art. 218 de la LGSS).

⁴⁷⁹ En este sentido, PEREZ ALONSO, M^a.A: *“Las relaciones entre las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional y las prestaciones de desempleo”*, *Actualidad Laboral*, nº 19, 1989, página: 246.

con el desempleo. De acuerdo con el apartado 3º de dicho artículo, cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de IT percibirá la prestación por dicha contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo.

El TRLGSS, al igual que lo hiciera la Ley 31/1984, emplea el término “prestación” cuando se refiere al nivel contributivo de protección por desempleo⁴⁸⁰, y el término “subsidio” para referirse al nivel asistencial⁴⁸¹. En consecuencia, al emplear expresamente los arts. 125.1 y 222.3 del TRLGSS el término prestación por desempleo, reducen la situación asimilada al alta al desempleo contributivo, eliminando el desempleo asistencia⁴⁸².

Previamente a la promulgación del TRLGSS, la jurisprudencia⁴⁸³ ha resuelto la cuestión, al admitir única y exclusivamente, la protección por desempleo del nivel contributivo.

La solución que ofrece el TS, tiene su razón de ser en la naturaleza de ambas prestaciones, contributiva y sustitutiva de las rentas salariales una, meramente asistenciales la segunda. Si la prestación de desempleo en el nivel contributivo tiene idéntica finalidad, es obvio que al verse afectado por una alteración de la salud, el sujeto que se está beneficiando de tal prestación por desempleo, vea la misma sustituida por la prestación económica por IT, en tanto dure la misma. Lo que no ocurre en el supuesto de percepción del subsidio por desempleo, ya que la finalidad de la protección otorgada por este nivel asistencial no es la de ser sustitutivo de rentas salariales, sino la de tratar de paliar la falta de recursos económicos, de cualquier índole, de la que adolece el sujeto al ser requisito necesario para su concesión, en todos los supuestos, que se carezca de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del Salario Mínimo Interprofesional excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (arts. 215.1), 2) y 3) LGSS)⁴⁸⁴. Es evidente, a la vista de las sentencias citadas, que la posición del TS es uniforme en el sentido de

⁴⁸⁰ Ver art. 206.1.1), a) y arts. 207 a 214 TRLGSS.

⁴⁸¹ Ver art. 206.1.2), a) y arts. 215 a 219 del TRLGSS.

⁴⁸² MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 53.

⁴⁸³ Ver STS recaída en recurso de casación para la unificación de doctrina de 26 de julio de 1993; STS de 18 de noviembre del 2002. Y en el mismo sentido STSJ de Asturias de 20 de febrero de 1998.

⁴⁸⁴ ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S: *Compendio de Seguridad Social...*op.cit., página: 295; ALMANSAR PASTOR, J.Mª: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, Séptima edición, 1991, página: 498; MONTOYA MELGAR, A: *Curso de Seguridad Social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1999, página: 463.

proclamar que la situación asimilada al alta a efectos de acceder a la situación de IT, es la de desempleo correspondiente al nivel contributivo y no la del nivel asistencia.

La posición de los TSJ al respecto no es uniforme, si bien la mayoría de los pronunciamientos siguen la doctrina del TS, denegando prestaciones de IT, por ausencia del requisito del alta o situación asimilada en la fecha del hecho causante, al trabajador perceptor del subsidio por desempleo⁴⁸⁵. Por el contrario, la STSJ del País Vasco de 4 de noviembre 1993 (AS 1993, 5100), estima que el tenor literal del art. 17 del RD 625/1985 permite considerar situación asimilada al alta la del beneficiario del subsidio asistencial, al subsistir en uno y otro nivel de desempleo la misma razón generadora de la asimilación constituida por la ausencia de empleo, la involuntariedad de esta situación y la protección por el sistema de la misma.

Interesa hacer por último la siguiente observación, a esta situación asimilada al alta. Por un lado, la situación asimilada al alta es la de desempleo total y no parcial⁴⁸⁶, aunque el art. 17 del RD 625/1985 se refiera tanto al desempleo total como parcial, lo cual es lógico, ya que en caso de desempleo parcial el trabajador no cesa en el trabajo, sino que sólo existe una reducción de la jornada ordinaria⁴⁸⁷, manteniéndose en vigor el contrato de trabajo, por lo que el beneficiario accederá a la situación de IT no por estar en desempleo parcial sino por estar en alta real o material, es decir en activo, pues la IT exige su calificación el cese efectivo en el trabajo⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Ver STSJ de Canarias/ Santa Cruz de Tenerife de 31 de julio de 1992 (AS 1992, 3771); Cataluña de 19 de noviembre de 1993 (AS 1993, 4905); Canarias/ Las Palmas 4 de febrero de 1994 (AS 1994, 723); Cataluña 23 de febrero 1994 (AS 1994, 596); Galicia 21 de octubre de 1994...entre otras.

⁴⁸⁶ Art. 4.1 OLT señala que se considerará asimilada al alta a efectos de IT: *“la situación de desempeño involuntario, total...”*, y el art. 222.3 del TRLGSS también hace alusión al desempleo total: *“Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de IT...”*.

⁴⁸⁷ Tras la modificación operada por el apartado 3 del art. 8 del RD Ley 10/2010, de 16 de junio, el art. 203.3 de la LGSS ha quedado redactado de la siguiente manera: *“El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por 100, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo”*.

⁴⁸⁸ ALBIOL MONTESINOS, I: “Condicionamiento objetivo del derecho a prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, nº 5, 1970, página: 975. RIVAS VALLEJO, P: “Incapacidad temporal y desempleo” en VV.AA: *La Incapacidad Temporal*. Madrid, Tecnos, 1996, página: 421.

Por otro lado, conviene matizar el inciso final del art. 4.1 OLT, que afirma que se considerará situación asimilada al alta a efectos de IT, el desempleo involuntario, total y subsidiario, “*cualquiera que sea la contingencia causante de la misma*”, es decir, enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo. Pienso que, estando en situación de desempleo total difícilmente se puede iniciar una situación de IT derivada de accidente de trabajo en sentido estricto, ya que el propio concepto de accidente de trabajo elimina esta posibilidad, pues requiere la realización de un trabajo por cuenta ajena⁴⁸⁹. Sólo sería viable iniciar una situación de IT derivada de riesgos profesionales en los siguientes supuestos límites: cuando con anterioridad al cese en el trabajo se produce un AT, cuyas secuelas se manifiestan en un momento posterior (nos encontraríamos ante las denominadas enfermedades del trabajo), y cuando la enfermedad profesional fue contraída con anterioridad, pero se manifiesta con posterioridad a la situación de desempleo⁴⁹⁰.

La singularidad de las enfermedades profesionales, justifican el posible distanciamiento temporal entre la exposición al riesgo y la aparición de los efectos incapacitantes, de forma que es perfectamente posible que los efectos aparezcan en situación de no activo, en cuyo caso habrá que acudir a las situaciones asimiladas a los efectos de la protección económica⁴⁹¹.

Ahora bien, cuando el trabajador desempleado sea llamado a realizar trabajos de colaboración social, las Administraciones Públicas que utilicen los servicios de estos desempleados, están obligadas a formalizar la cobertura de las contingencias profesionales en el Régimen que corresponda en razón de su actividad, debiendo liquidar y pagar las cuotas correspondientes, por lo que la protección de estos desempleados abarcará, a nuestro juicio, las situaciones de IT derivadas de riesgos profesionales⁴⁹².

Sobre el segundo de los casos enumerados, *supuesto previstos con carácter general para todas las prestaciones*, distinguimos varias situaciones:

⁴⁸⁹ Ver art. 115.1 de la LGSS: “*Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*”.

⁴⁹⁰ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., páginas: 54- 55.

⁴⁹¹ TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales...*op.cit., página: 357.

⁴⁹² MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 55.

- El período de vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato⁴⁹³.

Para este supuesto la situación asimilada al alta alcanza a la globalidad de la acción protectora, salvo en lo referente a la prestación por riesgos durante el embarazo y riesgos durante la lactancia natural.

- Convenio especial a favor de Diputados y Senadores de las Cortes Generales⁴⁹⁴.

Dicha asimilación se produce a la fecha de constitución de cada legislatura o, desde la fecha en que se adquiriese la condición de Senador o Diputado, y en ella cesarán por el fin de su mandato parlamentario o porque adquieran la condición de pensionista de jubilación o incapacidad permanente. Ahora bien, en caso de disolución de una o ambas Cámaras, la asimilación al alta quedará prorrogada hasta la fecha de constitución de la legislatura siguiente, en cuyo momento perderán tal condición lo que no hubieran sido elegidos Diputados o Senadores para dicha legislatura.

- Convenio especial a favor de los españoles que ostenten la condición de Diputados al Parlamento Europeo⁴⁹⁵.

Para este caso, los Diputados al Parlamento Europeo se encontrarán en situación de asimilación al alta a efectos de la totalidad de la acción protectora, y por tanto a efectos de IT.

⁴⁹³ El art. 125. 1 de la LGSS tras la redacción dada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de su ocupabilidad, así como la LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, configuran como situación asimilada al alta con cotización, el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.

⁴⁹⁴ El art. 11 de la Orden de 13 de octubre de 2003 regula la suscripción de este Convenio Especial, siguiendo lo establecido en su precedente por Orden de 29 de julio de 1982 (BOE 9-8.1982) artículo 1.2, en donde que tal Convenio abarcará la totalidad de la acción protectora del RGSS y por tanto a efectos de IT.

⁴⁹⁵ Ver art. 11 de la Orden de 13 de octubre de 2003, en donde se regula la suscripción del Convenio Especial para incluir en el Régimen General a los españoles que ostenten la condición de Diputados al Parlamento Europeo.

- Convenio especial a favor de los miembros de los Gobiernos y Parlamentos de las Comunidades Autónomas⁴⁹⁶.

En lo que se refiere a los Gobiernos de las CCAA⁴⁹⁷, los interesados se encontrarán en situación de asimilada al alta para la totalidad de la acción protectora dispensada en el Régimen en el que, en cada caso estuviese encuadrados, a excepción de la contingencia de desempleo. Así pues, estarán protegidos por IT, si está incluida en el ámbito de la acción protectora del Régimen de referencia.

Para el caso de los miembros de los Parlamentos de las CCAA⁴⁹⁸, los incluidos en el Convenio Especial se encuentran en situación asimilada al alta a efectos de la totalidad de la acción protectora del Régimen General, y por tanto a efectos de IT, con excepción de la contingencia de desempleo. La asimilación se producirá a partir de la fecha de constitución de cada legislatura, y se extinguirá cuando el interesado cese en el mandato parlamentario o cuando adquiera la condición de pensionista de jubilación o incapacidad permanente.

- Traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional⁴⁹⁹.

La asimilación al alta a efectos de IT, se percibirá de acuerdo con las normas del Régimen General, a excepción de ciertas peculiaridades en materia de certificación del período durante el cual el trabajador se encuentre incapacitado y del reintegro a las empresas de las cantidades abonadas a sus trabajadores por tal concepto. Es preciso para que se produzca esta asimilación, que el traslado del trabajador se realice a un país en el que no sea obligatorio afiliarse a quien en principio ha dejado de estar sometido a la legislación española, o en el que, de serlo, esta prestación no se encuentre incluida en su acción protectora o, en caso

⁴⁹⁶ Art. 12 de la Orden de 13 de octubre de 2003 que remite expresamente a las normas reglamentarias reguladoras de estos Convenios Especiales.

⁴⁹⁷ Ver Orden de 7 de diciembre de 1981, desarrollada por Resolución de 30 de abril de 1982, de la Subsecretaría para la Seguridad Social Catálogo de Resoluciones Administrativas, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, INSS, 1998, páginas: 207-209.

⁴⁹⁸ La regulación relativa a la suscripción de Convenio Especial se contiene en el RD 705/1999, de 30 de abril.

⁴⁹⁹ Ver Orden de 27 de enero de 1982.

contrario, no exista convenio de reciprocidad a estos efectos con la Seguridad Social española⁵⁰⁰.

- Trabajadoras víctimas de violencia “de género”⁵⁰¹

Éstas se considerará en situación asimilada al alta durante un período de seis meses.

En estos supuestos, salvo en el primero de los enumerados –vacaciones retribuidas no disfrutadas-, el trabajador está desempeñando un actividad retribuida, de forma que la incidencia de una alteración de la salud que le imposibilite para prestar sus servicios y por lo tanto, para obtener sus retribuciones, requiere la existencia de una figura alternativa y sustitutiva de tales retribuciones; lo que se consigue otorgándole dicha protección por IT⁵⁰².

En relación al tercero de los casos enunciados, *supuesto particulares*, vamos a referirnos a:

- Trabajadores fijos discontinuos

El cumplimiento por parte de los trabajadores fijos discontinuos de estar en alta o situación asimilada al alta en el momento de sobrevenir el hecho causante de la situación de IT, no plantea problemas, ya que la contingencia se produce en fechas de actividad laboral.

El problema viene cuando la enfermedad o el accidente de trabajo, se producen en momentos de inactividad laboral ya que, la situación de los trabajadores fijos discontinuos respecto del requisito de alta sí plantea problemas, pues aunque el contrato se entiende celebrado por tiempo indefinido, el trabajador permanece dado de baja en la Seguridad Social durante los períodos de inactividad. Sin embargo, durante estos

⁵⁰⁰ BARRIOS BAUDOR, G.L: *Las situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, página: 382. “En los Convenios suscritos por España con Canadá, Estados Unidos y los Países firmantes del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social (salvo Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú) no existe reciprocidad en materia de prestaciones por IT. Por lo que el trabajador que sea trasladado a uno de estos países podrá acceder por esta vía a las prestaciones de IT”.

⁵⁰¹ Ver Art. 21.5 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre.

⁵⁰² JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el...op.cit.*, página: 294.

períodos el trabajador se encuentra en una situación de asimilada al alta (art. 36.1.7º del RD 84/1996) que sólo se extiende a “*las contingencias, condiciones y efectos establecidos en sus normas reguladoras*” (art. 36.2 RD 84/1996). En donde, las normas no contemplan la asimilación al alta respecto de las prestaciones de IT, por lo que en principio los trabajadores fijos discontinuos durante el período entre campañas no cumplen el requisito de encontrarse en alta ni en situación asimilada al alta⁵⁰³.

En este sentido, la STSJ de Murcia de 30 de diciembre de 1993 (AS 1993, 548) establece que, “*en caso de trabajadores fijos discontinuos, cuyos contratos permanecen en suspenso entre cada campaña o ciclo productivo dando lugar tal suspensión a su baja en la Seguridad Social, su derecho a percibir prestaciones de ILT –hoy IT- está condicionado a la circunstancia de encontrarse en alta, de modo que si la enfermedad se manifiesta... durante el período de suspensión carecen de tal derecho, sin perjuicio de que éste surja cuando por reanudación de la campaña, deban ser llamados a trabajar*”. En otras ocasiones, como la de la STSJ de Baleares de 3 de mayo de 1995 (AS 1995, 1781) se ha considerado en situación asimilada al alta a un trabajador fijo discontinuo que en el momento de iniciar la situación de IT era perceptor del subsidio por desempleo, si bien en este caso el TSJ señala que sólo tendrá derecho a la prestación por IT desde la fecha que le correspondía reanudar su trabajo por orden de llamamiento, fecha a partir de la cual produce su alta en la Seguridad Social. Por último, en la STSJ de Baleares de 19 de febrero de 1996 (AS 1996, 259), se declara la obligación de la empresa de mantener la cotización a la Seguridad Social por el trabajador que se encuentra en IT al iniciarse la temporada, además de satisfacer la prestación complementaria estipulada en el convenio.

- Profesionales taurinos y artistas⁵⁰⁴

Como es sabido, la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, en su disposición adicional 2ª ordenó al Gobierno que

⁵⁰³ FERNÁNDEZ URRUTIA, A: “Trabajadores fijos discontinuos y prestaciones de incapacidad temporal y maternidad: peculiaridades relativas al requisito de alta, determinación de la base reguladora y abono de las prestaciones”, *Tribuna Social*, nº 85, 1998, página: 113 y siguientes. Y MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., páginas: 59-60.

⁵⁰⁴ Ver RD 2621/1986 y 36.1.10º del RD 84/1996.

en un plazo de seis meses realizara la supresión e integración en el Régimen General de la Seguridad Social de los hasta entonces independientes Regímenes Especiales no previstos por el art. 10.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y que se habían creado mediante normas reglamentarias, y también de algunos de los que si aparecían listados. Se trataba de los regímenes especiales de trabajadores ferroviarios, artistas, profesionales taurinos, representantes de comercio, futbolistas profesionales⁵⁰⁵ y en el Régimen de Autónomos de los escritores de libros⁵⁰⁶.

El mandato legal se cumplió mediante RD 2.621/1986, 24 de diciembre completado posteriormente, por la Orden de 30 de noviembre de 1987, para la aplicación y desarrollo, en materia de acción protectora. De esta forma, a partir del 1 de enero de 1987, quedaron obligatoriamente incluidos, por razón de identidad en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación profesional, de base netamente laboral, en el campo de aplicación del RGSS las categorías y grupos profesionales que hasta aquella fecha estaban comprendidos en el campo de aplicación de aquellos regímenes especiales extinguidos por la Ley 26/1985⁵⁰⁷.

Pues bien, y por lo que a los artistas y a los profesionales taurinos se refiere, además de la existencia de unos topes máximos de cotización de carácter anual o de un sistema de cotización a cuenta, una de estas peculiaridades consistió en considerar retroactivamente como situación de alta los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulen su singular sistema de cotización; y ello aun cuando éstos no se correspondan con los de la prestación real de servicios (art. 15.1 y 9.1 del RD 2621/1986 y 36.1.10º del RD 84/1996).

Por su parte, el art. 17.1 del RD 2621/1986 prevé un tratamiento privilegiado para los profesionales taurinos al disponer que *“el profesional taurino que cause baja por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo, tendrá derecho a la prestación de IT, si*

⁵⁰⁵ BLASCO LAHOZ, J.F; LÓPEZ GANDÍA, J y MOMPALER CARRASCO, MªA: “Lección 8ª. Regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social” en AA.VV, BLASCO LAHOZ, J.F; LÓPEZ GANDÍA, J y MOMPALER CARRASCO, MªA: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch 11ªedición, 2010, página: 322.

⁵⁰⁶ CABEZA PEREIRÓ, J: “Convergencia entre Regímenes de Seguridad Social”, *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 66/2002, página: 46.

⁵⁰⁷ BLASCO LAHOZ, J.F; LÓPEZ GANDÍA, J y MOMPALER CARRASCO, MªA: “Lección 8ª. Regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social...op.cit. página: 322.

reúne los requisitos establecidos, aunque en el momento de la baja tenga extinguido su contrato de trabajo”.

Sin embargo, y a pesar de las reglas señaladas, el INSS, en algunas ocasiones, parece ignorarlas, denegando la prestación económica de IT por ausencia del requisito de alta o situación asimilada en el momento del hecho causante⁵⁰⁸.

Encontramos algunos pronunciamientos judiciales sobre esta particular situación, por parte de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, así por ejemplo la STSJ de Galicia de 20 de febrero de 1995 (AS 1995, 601), considera en situación asimilada a la de alta a efectos de la prestación por maternidad a una artista de doblaje, cuya baja médica se produjo dos días después de cesar en el trabajo por extinción del contrato. No obstante, en otros pronunciamientos, como el de la STSJ de Cataluña de 12 de julio de 1994 (AS 1994, 3047)⁵⁰⁹, se advierte que por carecer de datos no se puede aplicar la específica norma reguladora de este colectivo, y acude a la interpretación flexible del requisito de alta para conceder la prestación por ILT: *“ si la contingencia protegida se produce al día siguiente a otro u otros con efectiva prestación de servicio y alta, en un sistema que permite las altas y bajas diarias y continuadas coincidentes con la efectiva prestación laboral, el día de la baja médica acreditativa de una imposibilidad física para desempeñar el trabajo, inmediata a un día de trabajado y en alta ha de ser considerado como asimilado al alta al objeto de poder acceder a la prestación por ILT, so pena de entender que el artista sólo estará en alta cuando la baja se produzca una vez iniciada la prestación de servicios del día correspondiente, porque si es anterior a dicho momento laboral estaría de baja”.*

- Situación de IT sobrevenida durante la tramitación del despido

Antes de la reforma operada por Ley 45/2002, de 12 de diciembre de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, el apartado 2º del art. 56.1 b) del ET establecía que, el empresario debía mantener en alta al

⁵⁰⁸ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 61.

⁵⁰⁹ En donde se recoge el supuesto de una trabajadora, artista de doblaje, que es dada de alta y baja cada día de trabajo y que, entre un episodio laboral y otro, da a luz a un hijo.

trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación.

Dicho precepto planteaba algunas dudas al respecto debido a su confusa redacción, de tal forma que no estaba claro si “*el mantener en alta*” significaba que el empresario se encontraba impedido para dar de baja al trabajador por él despedido y debería esperar a ver si se impugnaba su decisión y, en su caso, a la terminación del proceso; o si por el contrario al empresario que decidía extinguir un contrato le asistía la facultad de dar de baja al trabajador en la Seguridad Social, sin perjuicio de un alta posterior con efectos retroactivos por el período correspondiente a los salarios de tramitación, tras la declaración de nulidad o improcedencia del despido.

Pero estas dudas se ven solventadas tras la Ley 45/2002, la cual introduce un nuevo apartado, el 6, al art. 209 de la TRLGSS con la siguiente redacción: “*En los supuestos en los que se refiere el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos*”. De esta forma, si la IT tiene lugar durante el período de baja en la Seguridad Social que transcurre desde el momento del despido hasta la declaración de improcedencia o nulidad del mismo, con fijación de salarios de tramitación, el trabajador podrá causar derecho al subsidio de IT, pues durante el indicado período se encuentra amparado por una protección similar a la del alta pura, ya que el empresario tendrá que cursar el alta, aunque con carácter retroactivo⁵¹⁰.

Ahora bien, en el supuesto de que el empresario tal y como prevé el art. 56.2 del ET (tras la redacción efectuada por la Ley 45/2002), reconozca la improcedencia del despido y consigne en el Juzgado de lo Social la indemnización correspondiente con anterioridad a la conciliación comunicándolo al trabajador, si el trabajador acepta la indemnización ofrecida o cuando la rechace, el despido sea declarado improcedente, los salarios de tramitación se limitarán a los devengados desde la fecha del despido a la del depósito, e incluso los mismos desaparecen si el depósito se realiza dentro de las 48 siguientes al despido. Dicha limitación produce efectos negativos en materia de Seguridad Social pues la obligación de alta y cotización también queda limitada a la fecha

⁵¹⁰ BARRIOS BAUDOR, G.L: *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema...*op.cit., página: 56 y MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., páginas: 62- 65.

del depósito de la indemnización o incluso desaparece dicha obligación si el empresario queda exonerado del abono de los salarios de tramitación, por lo que el trabajador no cumplirá el requisito de alta a efectos de acceder al subsidio de IT.

En estos supuestos, el trabajador no quedará totalmente desprotegido, ya que tal y como recoge el art. 209.4 TRLGSS: “En el supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación, se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo...”. El ejercicio de acción contra el despido o extinción no impedirá que se produzca el nacimiento del derecho a las prestaciones y en el caso de existir período que corresponda a salarios de tramitación el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho período⁵¹¹. Por esta razón, si el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación percibirá la prestación por desempleo, siempre y cuando cumpla los requisitos exigidos para ello, desde la fecha del cese efectivo en el trabajo, por lo que sobreviene una situación de IT, sin solución de continuidad al cese en el trabajo, el trabajador se encontrará en situación asimilada al alta como beneficiario de la prestación por desempleo, pasando a percibir el subsidio de IT en los términos del art. 222.3 del TRLGSS.

En definitiva, la determinación de la fecha de extinción del contrato y el devengo de salarios de tramitación resulta relevante en orden al percibo del subsidio de IT. Ya que, si la incapacidad temporal sobreviene durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, se podrá causar derecho al subsidio, pues la situación de alta en la Seguridad Social se ha de recomponer por todo el tiempo correspondiente a los mismos. Ahora bien, si sobreviene transcurrido dicho período, o cuando el trabajador no tiene derecho a salarios de tramitación, se podrá acceder al subsidio de IT, no por estar dado de alta, sino en situación asimilada al alta en los términos del art. 222.3 del TRLGSS⁵¹².

- Alta por maternidad seguida de baja por enfermedad común

⁵¹¹ Añadido por el art. 1.3 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

⁵¹² MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., páginas: 63-64.

El tema que se plantea se refiere a cuando la trabajadora que está en situación de maternidad⁵¹³, con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo y persiste en tal estado tras ello, si al finalizar el periodo de maternidad y sin solución de continuidad, es dada de baja por enfermedad común con efectos del día siguiente al del alta por maternidad, cabe entender que en dicho día se encuentra en situación asimilada al alta y por consiguiente, deben serle reconocida las prestaciones de IT por enfermedad común.

A este respecto el ya derogado art. 12.3 de la OLT⁵¹⁴ establecía que “agotado el período de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de ILT, debida a enfermedad común, iniciándose a partir de ese momento, sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad”.

Ello viene a significar, que una vez agotado la duración del descanso por maternidad y la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria por encontrarse incapacitada para el trabajo, aunque el precepto no lo dice expresamente, se entenderá que la trabajadora se encuentra en situación de asimilada al alta a efectos de acceder al subsidio de IT derivado de enfermedad común, aun cuando en la fecha de la baja médica estuviese dado de baja por haber finalizado su contrato durante la baja maternal⁵¹⁵.

Sin embargo, el art. 9.1 del RD 1251/2001 establece una previsión casi idéntica, al derogado art. 12.3 de la OLT al señalar que “agotado el período de descanso por maternidad, si la beneficiaria continuase

⁵¹³ El art. 4 de la OLT, dictado en relación a la desaparecida ILT, regula las situaciones asimiladas al alta para la prestación por IT. Entre ellas no es posible hallar alusión alguna a la excedencia forzosa, por lo que estos supuestos al igual que las excedencias voluntarias, no son consideradas situaciones asimiladas al alta para la prestación por IT. Todo ello tiene su razón lógica de ser, en cuanto que la finalidad de esta prestación no es otra que la de cubrir la ausencia de rentas salariales durante la situación de incapacidad. Rentas que, dejaron de percibirse desde el inicio de la situación suspensiva. Este criterio se aplica habrá de seguirse igualmente para el caso de la maternidad. Ver BARRIOS BAUDOR, G.L: *Las situaciones asimiladas al alta...* op.cit., páginas: 137-138.

⁵¹⁴ Artículo derogado por RD 1251/2001, de 16 de noviembre.

⁵¹⁵ FERNÁNDEZ URRUTIA, A: *Prestaciones económicas de incapacidad transitoria y maternidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, página: 83-84.

necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad temporal debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, si cumple los requisitos exigidos y sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los períodos de descanso por maternidad”. Como se puede observar, y a diferencia de lo establecido en el art. 12.3 OLT, ahora el art. 9.1 del RD 1251/2001 añade expresamente “si cumple los requisitos exigidos” en el momento de la baja médica, por lo que parece estimarse que en estos casos nos encontremos ante un supuesto de asimilación al alta.

A esta misma conclusión, se llega de una interpretación a *sensu contrario* del art. 9.4 del RD 1251/2001, que regula los supuestos de sucesión de procesos de IT y maternidad, produciendo la extinción del contrato con anterioridad o posterioridad al inicio de la prestación por maternidad. Para estos casos, aunque la trabajadora no haya pasado a la situación de desempleo total percibiendo prestación económica de nivel contributivo, o ésta se hubiera extinguido durante la IT precedente a la situación de maternidad, causará derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia. No se exige expresamente que concurren los requisitos exigidos para poder acceder a la maternidad, sino el acceso directo, ello supone considerar la situación de IT como asimilada al alta a efectos de acceder a la maternidad, aunque no se recoja expresamente en el art. 5.1 RD 1251/2001⁵¹⁶.

Otro supuesto que se plantea, y que se ha venido considerando por la Jurisprudencia como situación asimilada al alta, es la previsión establecida en el párrafo 2º de la regla 2ª del art. 9.4 la cual establece expresamente que se causa derecho a la prestación por maternidad, cuando entre la extinción de la IT por alta médica, y el inicio de la maternidad no hay solución de continuidad⁵¹⁷.

⁵¹⁶ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., páginas: 65-66.

⁵¹⁷ Ver STS de 20 de enero de 1995 (RJ 1995, 1146); 22 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3993); 10 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4389); 19 de febrero de 1997 (RJ 1997, 1449).

- Otras situaciones que en ocasiones han sido calificadas por la doctrina de suplicación como asimiladas al alta a efectos de acceder al subsidio de IT.

Nos vamos a referir en concreto a tres supuestos: el desempleo involuntario no subsidiario; la suspensión de empleo y sueldo, por razones disciplinarias y; la situación de IT sobrevenida durante el período de solicitud de la prestación por desempleo.

En el primero de los supuestos, el de desempleo involuntario no subsidiario, viene previsto en los artículos 125.1 y 222.3 de la LGSS y art. 4.1 de la OLT. Para este caso concreto, los TSJ han considerado como tal el paro involuntario siguiendo la doctrina jurisprudencial de interpretación flexible del requisito de alta o situación asimilada⁵¹⁸.

El segundo de las situaciones enunciadas, se refiere a la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias. Para este supuesto concreto, vemos que no se encuentra en el ordenamiento de la Seguridad Social, referencia alguna que prohíba considerar tal supuesto como situación asimilada al alta. Nos encontramos por lo tanto con una laguna legal que, viene a ser resuelta por la STS de 30 de mayo de 2000, la cual entiende, que la situación de suspensión de la relación laboral por razones disciplinarias no puede ser descalificada como situación asimilada al alta, pues de no considerarla así traería consigo la generalización de desprotección.

El tercero de los casos, situación de IT sobrevenida durante el período de solicitud de la prestación por desempleo, nos lleva a admitir que el derecho a la prestación por desempleo tiene la consideración de situación asimilada al alta, siempre que el interesado acredite el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario de la prestación por desempleo y el hecho causante de la IT se produzca dentro del plazo legal de quince días a partir del día en que se produce la situación legal de desempleo⁵¹⁹.

⁵¹⁸ Ver STSJ de Madrid de 26 de enero de 1995 (AS 1995, 407) considera que la interesada en paro involuntario, inscrita como demandante de empleo en el momento del hecho causante, después de haber agotado las prestaciones por desempleo en sus niveles contributivo y asistencial, se encuentra en situación asimilada al alta a efectos de acceder al subsidio de IT.

⁵¹⁹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 68.

Antes de pasar a la situación de alta especial, decir que en cuanto al requisito de *alta o situación de asimilado al alta*, el TS y los TSJ viene declarando en algunas de sus sentencias (STS de 20 de mayo de 1998, STSJ de 5/07/06; 13/04/00 y 30/06/06 entre otras) que, hay que interpretarlo con un criterio humano o individualizador, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, que conduzcan a la efectividad de los derechos establecidos para paliar el real infortunio de los trabajadores. Así por ejemplo, la STSJ de 13 de abril del 2000, considera como situación de alta o asimilada al alta, la del trabajador que tras una situación de IT por accidente de trabajo al extinguirse su contrato de trabajo es dado de baja por enfermedad común. Ahora bien, también se tiene derecho a la IT, aunque en el momento de su inicio no estaba en alta ni situación asimilada a estos efectos, si posteriormente si se reúnen los requisitos y, a partir de entonces⁵²⁰.

Para aquellos supuestos en los que en virtud de las singulares circunstancias que rodean el desarrollo de la relación laboral, sólo concurren un alta formal o un alta material, sin que la ausencia de la primera se deba a un incumplimiento del empresario de sus obligaciones de afiliar y dar de alta, el dispositivo que entra en juego es del *alta especial*⁵²¹. Dentro de esta particular situación encontramos los supuestos de huelga y cierre patronal. Tanto uno como otro, son situaciones suspensivas de la relación laboral, que trascendiendo del plano colectivo, repercuten notablemente en el plano individual, y es que su ejercicio exonera a las partes del contrato de trabajo de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 ET). Igualmente, la relación jurídica de Seguridad Social resulta afectada por el juego de estos dos típicos medios de presión laboral; en concreto, la huelga y el cierre patronal inciden en aspectos tales como el de su mantenimiento, el régimen jurídico de cotización que le acompaña y el alcance de la misma en orden a la acción protectora.

Sea como fuere, la finalidad del alta especial no es otra que la de evitar al trabajador los perjuicios que, en el ámbito de la Seguridad Social, derivan del ejercicio del derecho de huelga y cierre patronal⁵²².

Más concretamente, en caso de huelga distinguimos varias situaciones:

⁵²⁰ Ver STSJ 21/03/06: en donde una trabajadora tiene un accidente de trabajo el día anterior a finalizar la excedencia por cuidado de un hijo que, la incapacita para trabajar a partir del día siguiente, día en que es dada de alta.

⁵²¹ BARRIOS BAUDOR, G.L: *Las situaciones asimiladas al alta...* op.cit., página: 56.

⁵²² BARRIOS BAUDOR, G.L: *Las situaciones asimiladas al alta...* op.cit., páginas: 157-158.

- a) Si el proceso de IT comienza antes de iniciarse la huelga, el beneficiario la sigue percibiendo el subsidio con normalidad.
- b) Si la situación sobreviene una vez que el trabajador está en huelga, no se percibirá el subsidio⁵²³ ni existirá obligación de cotizar⁵²⁴ hasta que ésta termine. Consideran la doctrina y los Tribunales que la razón de tal medida se encuentra en el carácter sustitutivo del salario que tiene la prestación por IT. Si concluida la huelga, la IT persiste, el beneficiario entonces podrá acceder a la prestación.
- c) Si la huelga finaliza y el trabajador continuara en situación de IT, se abonaría (o se reanudaría) la prestación durante el tiempo que, a continuación, permanecería el trabajador de baja⁵²⁵.
- d) Si la huelga es parcial⁵²⁶, el subsidio se reducirá proporcionalmente a la jornada realmente realizada, evidentemente siempre que el trabajador muestre su voluntad de participar en la misma⁵²⁷.

Por lo que se refiere al cierre patronal, para que la situación de alta especial opere es necesario que el cierre se efectúe de conformidad con lo dispuesto en el RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (en adelante RDLRT); así se desprende, entre otros, de los artículos 12.2 RDLRT y 1 de la Orden de 30 de abril de 1977. Si el empresario cumple con los trámites establecidos para la situación de alta especial y con posterioridad al cierre es declarado ilegal, el alta especial deberá sustituida por el alta real, retro trayendo sus efectos al momento de la declaración del alta especial, con mantenimiento

⁵²³ Tal y como exponen las profesoras TORTUERO PLAZA, J.L y ALONSO OLEA, M.

⁵²⁴ Tal y como critican BAYLOS GRAU y DESDENTADO BONETE.

⁵²⁵ GONZALEZ DE ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el régimen...* op.cit., página: 22.

⁵²⁶ BARBA MORA, A: *Incapacidades laborales y Seguridad Social...*op.cit., página: 60.

⁵²⁷ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J: *Instituciones de....* op.cit., página: 248: “No tiene derecho al subsidio quien se encuentra en huelga legal o ilegal (art. 131.3 LGSS), si la IT se produce “durante aquella situación” y mientras dure; comenzará a percibirlo –si la IT continúa- a su finalización (OM 30-4-1977); a sensu contrario continúa en el disfrute del que estuviera percibiendo antes de la huelga. En los casos de huelga en que el trabajador mantenga parte de su actividad laboral –paro parcial- y se produzca la situación de IT, el importe del subsidio se reducirá en la misma proporción que se haya reducido la jornada ordinaria”.

de la obligación de cotizar y derecho a las prestaciones de IT y desempleo causadas durante el cierre ilegal⁵²⁸.

Finalmente, como situaciones de alta presunta o de pleno derecho, el art. 125.3 y 4 del TRLGSS, establece las situaciones de incumplimiento de las obligaciones empresariales de afiliación, alta y cotización y con un alcance limitado a determinados riesgos y prestaciones. Esta previsión opera *ex lege*, de forma absoluta, en los casos de AT y EP, desempleo y asistencia sanitaria derivada de enfermedad común, maternidad y accidente no laboral.

Concretamente, el art. 4.2 de la OLT contempla el supuesto de alta presunta o de pleno derecho a efectos de IT derivada de AT y EP, de cara a la obtención de la correspondiente prestación económica. De esta manera, cuando se determine que la IT tiene su causa en una contingencia profesional, se concederá la prestación con independencia del cumplimiento real y efectivo de la condición de estar en alta o en situación asimilada a la del alta en el momento de sobrevenir la contingencia, operando plenamente el principio de automaticidad en el pago de la misma, por la cual, el INSS, o en su caso la Mutua aseguradora anticiparán la prestación⁵²⁹, quedando subrogados en los derechos y acciones del beneficiario frente al responsable directo⁵³⁰; mientras que en otros, se fundamenta en argumentos diversos⁵³¹.

De este modo, destacamos en primer lugar, las STSJ de Canarias de 30 de octubre de 1992 (AS 1992, 4705) y 9 de marzo de 1993 (AS 1993, 1168), que

⁵²⁸ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 74.

⁵²⁹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 74.

⁵³⁰ Ver STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 1991 (AS 1991, 5692), 3 de diciembre de 1991 (AS 1991, 6859) y 30 de julio de 1993 (AS 1993, 3398), de Cataluña de 5 de febrero de 1993 (AS 1993, 796), de la Comunidad Valenciana de 26 de octubre de 1993 (AS 1993, 4625) y de la Rioja de 11 de noviembre de 1993 (AS 1993, 65), establece que: “... la trabajadora afectada comenzó a trabajar para la empresa recurrente... sufriendo un accidente no laboral... cuando el contrato aún no había sido registrado en las oficinas del Instituto Nacional de Empleo ni la empresa había tampoco cursado el alta en la Seguridad Social... incumpliendo que, en consecuencia, da lugar a la imputación de responsabilidad de los períodos de incapacidad laboral transitoria y de invalidez provisional de la trabajadora a la patronal recurrente, conforme a lo previsto en el citado art. 94.1 a) de la LGSS de 21 de abril de 1996, al no haberse dictado la norma reglamentaria prevista en el art. 96.3 de la Ley General de la Seguridad Social; sin perjuicio del pago directo de las correspondientes prestaciones por los servicios comunes de la Seguridad Social, que pueden repercutirlos contra la empresa incumplidora de sus obligaciones en la materia y a quien se imputa responsabilidad...”

⁵³¹ GALA DURAN, C: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, página: 103.

fundamentan la obligación de anticipo en la interpretación que del principio de automaticidad de las prestaciones previstos en el art. 126.3 del TRLGSS, realizan, entre otras, las STS de 4 de febrero de 1991, 14 de abril de 1991...entre otras. Así, en la STSJ de Canarias de 30 de octubre de 1992 (AS 1992, 4705) se afirma que: "... (el Tribunal Supremo)... *ha establecido que el art. 96.3 de la LGSS consagra el principio de automaticidad de prestaciones, y por tanto, en materia, entre otras de alta, Entidad Gestora habrá de proceder al anticipo de las prestaciones causadas...*"; mientras que en la de fecha de 9 de marzo de 1993 se establece: "... *hay que partir para la resolución del problema que en base a los dispuesto en el artículo 96.3 de la LGSS, rige en nuestro sistema de responsabilidad de prestaciones el principio de automaticidad, en virtud del cual, en caso de incumplimiento por parte del Empresario en materia de afiliación, altas, bajas y cotización, la Entidad Gestora habrá de proceder al anticipo de prestaciones (así lo establecen claramente las SSTS de 4 de febrero de 1991... 15 de abril de 1991... 8 de julio de 1991..., entre otras con lo que queda resuelto un problema que resultaba confuso con anterioridad, por lo que la condena que hace la sentencia recurrida con respecto al INSS y la Tesorería, debe mantenerse en el sentido de "anticipación del pago de la prestación..."*".

En otro grupo de sentencias, tal y como las SSTSJ de Murcia de 5 de marzo de 1991⁵³², de la Comunidad Valenciana de 9 de junio de 1993⁵³³ y de Madrid de 26 de enero de 1993⁵³⁴, en una posición aún más innovadora, fundamentan la obligación de anticipo no sólo en el principio de automaticidad de las prestaciones sino en el propio artículo 41 de la Constitución Española, estableciéndose así en la STSJ de Murcia de 5 de marzo de 1991: "*es cierto que el extinguido Tribunal Central de Trabajo limitó, por regla general, la obligación de anticipo a supuestos de trabajadores en alta, y en este caso la empresa había incumplido tal obligación; pero no lo es menos, como sostiene gran parte de la doctrina científica, que la persistencia en la aplicación a supuestos como el presente de lo establecido en los artículos 94 y 95 de la LGSS de 1966, no parece acompañarse, ni con el avance que al respecto ha supuesto la innovadora redacción del art. 96.3 de la vigente LGSS que robustece el principio de automaticidad de las prestaciones, ni con la declaración del art. 41 del Texto Constitucional... la realidad social del momento aconseja extender el principio de automaticidad, y la consiguiente obligación de anticipo... y es que seguir manteniendo el criterio que sostiene el*

⁵³² AS 1991, 1987.

⁵³³ AS 1993, 3064.

⁵³⁴ AS 1993, 330.

INSS, que obliga al accidentado..., a permanecer en el más absoluto de los desamparos económicos, durante largo período de tiempo, años incluso, hasta obtener una declaración judicial de insolvencia patronal como requisito inexcusable para lograr por fin el abono de una pensión necesaria desde el primer momento para su subsistencia, no parece la solución más acorde con los artículos 3.1 del Código Civil y 41 de la CE ya citados...”.

En tercer lugar, destacamos las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de junio de 1991⁵³⁵ y de Madrid de 26 de enero de 1993⁵³⁶, las cuales incorporan nuevas argumentaciones para declarar la obligación de anticipo. Así por ejemplo, en la primera de ellas se fundamenta la mencionada obligación en la aplicación de la Directiva CEE 80/1987, de 20 de octubre⁵³⁷; la segunda en el art. 41 de la Constitución Española, en el principio de responsabilidad pública y en la propia negligencia o desidia de la entidad gestora.

Por otra parte, las SSTSJ de Cataluña de 20 de mayo de 1993 y 23 de diciembre de 1993⁵³⁸, fundamentan la obligación de anticipo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en lo dispuesto en los artículos 95.2 y 3 de la LSS y 95.1 de la LSS; considerando, no obstante, que dicha obligación sólo existe en el caso de que el trabajador esté ya de alta en el momento de producirse el hecho causante de la prestación.

Finalmente, las SSTSJ de Aragón de 5 de octubre de 1994⁵³⁹ y de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 31 de enero de 1995⁵⁴⁰, basan la

⁵³⁵ AS 1991, 4129.

⁵³⁶ AS 1993, 330.

⁵³⁷ En la STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de junio de 1991 (AS 1991, 4129), se dice: *“si se sigue la tradicional interpretación de los citados artículos, nos podemos encontrar con situaciones de desprotección, vedadas por el art. 41 de nuestro texto constitucional y también por el derecho comunitario que, en la Directiva 987 de 20 de octubre de 1980, dedica su art. 7º a la protección de los derechos de los trabajadores en materia de Seguridad Social, citando expresamente que el “incumplimiento empresarial del pago de cotizaciones no tenga efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones del trabajador asalariado” y si tenemos en cuenta que las prestaciones de muerte y supervivencia, la consecuencia es la misma ya sea el incumplimiento de la afiliación y/o alta, ya la del impago de las cotizaciones, siguiendo la doctrina jurisprudencial de interpretación humanística y flexible de las situaciones de alta o asimiladas, resulta razonable dispensar la misma garantía de no perjuicio al trabajador y sus derechos habientes, máxime cuando no se discute la responsabilidad empresarial, sino tan sólo la posibilidad de anticipo por la Entidad Gestora...”*.

⁵³⁸ AS 1993, 2526 y 5320.

⁵³⁹ AS 1994, 3732.

obligación de anticipo de las prestaciones –derivadas de riesgos profesionales– en el hecho de que el trabajador se encontraba en situación de “alta de pleno derecho”, conforme a lo establecido en el artículo 125.3 del TRLGSS⁵⁴¹.

2.2. Período mínimo de cotización:

Para causar derecho a la prestación económica por incapacidad temporal, el art. 130 de la LGSS⁵⁴² establece que serán beneficiarios de la misma aquellas personas que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinantes en el artículo 128, siempre y cuando reúnan, además de la general exigida en el número 1 del art. 124⁵⁴³, una serie de condiciones dependiendo de si la contingencia determinante de la IT es por riesgos comunes o por riesgos profesionales.

Esta exigencia de un período previo de cotización tiene su razón de ser en la necesidad de “garantizar las... notas de futuridad (que el evento sea posterior a la constitución de la relación jurídica de Seguridad Social) y de incertidumbre (falta de certeza en cuanto al sí y/o al cuando) inherente al concepto de riesgos asegurable con la finalidad, de evitar eventuales abusos y agresiones económicas al sistema público de Seguridad Social⁵⁴⁴.

2.2.1. Reglas generales:

2.2.1.1. IT causada por enfermedad común

El artículo 130 en letra a) establece que en caso de enfermedad común, se requiere que el trabajador haya cumplido un período mínimo de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

⁵⁴⁰ AS 1995, 57.

⁵⁴¹ GALA DURAN, C: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones...* op.cit., páginas: 104-107.

⁵⁴² Artículo redactado por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

⁵⁴³ Artículo recogido en la LGSS bajo el título “Condiciones del derecho a las prestaciones”, cuyo apartado primero establece: “ *Las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario*”.

⁵⁴⁴ Ver STSJ de la Rioja de 21 de abril de 1992 (AS 1992, 1844).

Idéntica exigencia se contiene en los Regímenes Especiales que integran el sistema, ya sea recogida expresamente o por remisión al Régimen General⁵⁴⁵.

El TC en sentencia 77/1995, de 22 de mayo, afirma que ante una prestación contributiva, nada de extraño tiene que el nacimiento del derecho y la cuantía de la prestación este en función de la existencia e importe de las cotizaciones previas.

2.2.1.2. IT ocasionada por accidente sea o no de origen laboral, y enfermedad profesional

La LGSS en su artículo 130. b) afirma que, para el caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional no se exigirá ningún período previo de cotización, de forma que el trabajador está protegido desde el inicio de la actividad laboral⁵⁴⁶. Dentro de esta protección, estarán exentos los períodos de observación por enfermedad profesional. No obstante, es posible que el diagnóstico definitivo determine que la alteración de la salud padecida tiene su causa en enfermedad no calificable como de profesional, esto es, que fuera de origen común. Para estos supuestos, resulta lógico exigir el período de cotización de 180 días, si bien dicho requisito deberá acreditarse en el momento en que se hubiera prescrito médicamente la baja en el trabajo, ya que el período de observación computa a efectos de la duración máxima de la IT y el hecho causante no queda modificado por el cambio de diagnóstico de la enfermedad⁵⁴⁷.

2.3. Período de carencia:

La exigencia de un período de carencia, esto es, de un período de espera predeterminado entre la actualización de la contingencia asegurada y el

⁵⁴⁵ Ver art. 19 de la LREA, 5 del D. 298/1973 y 11 de la Orden de 3 de abril de 1973, 30 del D. 2346/1969, 35 de la LREM y 73 del RREM establecen una remisión global a las condiciones previstas en el Régimen General para acceder a las prestaciones. Para los trabajadores por cuenta propia, cualquiera que sea el Régimen de encuadramiento, la prestación económica por IT se regirá por lo previsto en el capítulo II del RD 1273/2003, y, en lo no regulado en él, por lo establecido en el Régimen General (art. 9 RD 1273/2003).

⁵⁴⁶ TORTUERO PLAZA, J.L: "La acción protectora del sistema de Seguridad Social", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación reguladora de accidentes de trabajo...* op.cit., página: 357.

⁵⁴⁷ En este sentido afirma el profesor José Luis Tortuero Plaza.

nacimiento del derecho a ser indemnizado por sus consecuencias⁵⁴⁸, no es aplicable en todos los casos para generar el derecho a la prestación económica para el subsidio de IT. Es necesario separar la incapacidad temporal derivada de enfermedad común de la sobrevenida por otros riesgos.

Recordemos que, a diferencia de los supuestos de IT derivados de contingencias profesionales o de accidente no laboral, en las que no se exige período de carencia previo, en la IT derivada de contingencias comunes se exige un período mínimo de cotización de 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores a sobrevenir el hecho causante.

Para el cómputo de estos 180 días, cabe mencionar que la regla que se sigue es la de “*días-cuota*”, es decir, computándose también como reales los “*días teóricos*” de las gratificaciones extraordinarias⁵⁴⁹. Con carácter general, las cotizaciones ingresadas fuera de plazo, pero efectuadas con anterioridad al hecho causante, surten plenos efectos, por lo que se computarán a efectos de completar los períodos mínimos de cotización exigidos para causar derecho a las prestaciones⁵⁵⁰.

Sin embargo, la Jurisprudencia⁵⁵¹ ha rechazado sistemáticamente la aplicabilidad de la “*doctrina (o teoría) del paréntesis*” para la IT, esto es, se

⁵⁴⁸ VENTURI, A: Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...op.cit., página: 205.

⁵⁴⁹ Ver SSTs de 10 de junio de 1974, de 20 junio del 2000 y 20 de junio del 2002, en las que se afirma que: “*las razones a favor de esta solución son de diversa naturaleza. Una primera razón tiene en cuenta los criterios de la interpretación gramatical y sistemática. Cuando el art. 130 de la LGSS exige un período mínimo de cotización se está refiriendo en principio, de acuerdo con el art. 124. 2 de la propia Ley, a “cotizaciones efectivamente realizadas”, y tan efectivas y reales son las cotizaciones a realizar por un período de trabajo como las que corresponden a los “días teóricos” de las gratificaciones extraordinarias. Sólo en el supuesto de la prestación de desempleo el cómputo de cotizaciones se hace en principio, sin perjuicio de matizaciones en las que no es preciso entrar aquí, por días de trabajo; pero el legislador se cuida de hablar entonces no de días de cotización sino de “días de ocupación cotizada” (art. 210.1 y 2 de la LGSS)... la solución de computar todos los días cuota para el período mínimo de cotización de la IT es la más coherente con una línea jurisprudencial, de acuerdo con la cual deben ser evitadas las interpretaciones excesivamente rigurosas de los requisitos legales de los derechos a prestaciones sociales, que restrinjan de manera desproporcionada el derecho a la protección...”*”.

⁵⁵⁰ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia*...op.cit., página: 80.

⁵⁵¹ Por ejemplo, en la STS de 24 de octubre de 1994 (Ar. 8106) se afirma que, el cómputo de carencia específica no se inicia en el momento real del hecho causante, sino que se retrotrae al momento en que cesó la obligación de cotizar del beneficiario, considerando “*tiempo muerto*” y por tanto excluido del cómputo, la situación de paro involuntario que subsiste tras el desempleo subsidiario, la anterior prestación de invalidez provisional y los períodos de prórroga de los efectos económicos de la IT una vez agotado su plazo máximo.

niegan a computar el período de paro involuntario para el reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal que admite a efectos del reconocimiento de las pensiones⁵⁵².

En el caso de un nuevo proceso sucesivo de incapacidad temporal por la misma enfermedad, una vez agotada la duración máxima del primero, no será necesario reunir un nuevo período de carencia de 180 días, precisando la jurisprudencia⁵⁵³ que basta con que se cumpla con ese período en los cinco años inmediatamente anteriores al nuevo proceso, ya que no existe en el Derecho español de la Seguridad Social ningún principio que impida computar el mismo período de cotización para prestaciones sucesivas⁵⁵⁴.

Sin embargo, el tema del período de carencia ha planteado igualmente otras cuestiones que han dado lugar a diversos pronunciamientos judiciales, así por ejemplo la problemática referida a si es o no posible computar, a efectos de generar una nueva prestación económica por IT, aquellas cotizaciones que ya habían servido para generar un pensión por incapacidad permanente total, desde el momento que el sujeto afectado por tal IP comienza a prestar servicios compatibles con su estado, viéndose afectado durante el desempeño de los mismos por una situación de IT. En un primer momento y siguiendo lo dictaminado por la STSJ de Cataluña de 10 de abril de 1992, no se admitía el cómputo de las cotizaciones efectuadas durante la IT, cuando la misma hubiese desencadenado en una situación de IP. El TS, tuvo lugar a aclarar dicha cuestión en su sentencia de 10 de febrero de 1998, en donde admite el hecho de que, para generar derecho a una prestación económica por IT, el cómputo como cotizaciones efectivas, de aquellas que se tuvieron en cuenta para generar derecho a un prestación económica por IP, al afirmar que: *“... en el sistema español de Seguridad Social no existe con carácter general ningún principio que impida computar el mismo período de cotización para distintas prestaciones. La regla general es la contraria y la única excepción es la que rige para las prestaciones por desempleo”*.

Resulta llamativo y discutible, siguiendo lo dictaminado por el TS, la solución que se ha dado a raíz de dicha jurisprudencia para el caso de la pensión de jubilación. Así pues, se ha negado el derecho a la prestación económica por IT al no reunir este período de carencia, a quien, siendo beneficiario de una pensión de jubilación y suspendiendo la misma por reanudación de su actividad

⁵⁵² Ver Resolución del INSS de 10 de diciembre de 1990.

⁵⁵³ Ver SSTs de 17 de diciembre de 2001 (Ar. 2218) y 20 de febrero de 2002 (Ar. 4535).

⁵⁵⁴ SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar...* op.cit., página: 45.

profesional, no ha cotizado en el momento de verse incapacitado temporalmente los 180 días exigidos⁵⁵⁵. Atendiendo a lo expuesto por el TS, idéntica solución debería haberse arbitrado para este último caso, ya que el Tribunal fue claro al respecto: *la excepción al no posible doble cómputo de cotizaciones para generar derecho a prestaciones, existe sólo y únicamente para las prestaciones por desempleo*⁵⁵⁶.

2.3.1. La situación de trabajo a tiempo parcial (Disposición Adicional 7ª de la LGSS)

El contrato a tiempo parcial goza de unas particulares especialidades que sobrepasan del ámbito laboral, alcanzando así mismo a sus relaciones con la Seguridad Social. Así pues, los elementos que la hacen diferente de otras modalidades contractuales derivan básicamente, de la reducción de la jornada de trabajo y proporcionalmente del salario, lo que se traducen en un sistema de cotización que guarda la debida correspondencia con aquella reducción de la jornada. Este particular sistema de cotización revierte sus principales efectos en la determinación de la base reguladora de las prestaciones y en el cómputo de los períodos de carencia necesarios para devengar derecho a las mismas⁵⁵⁷, sin que ello suponga desvirtuado por el hecho de que el contrato lo fuera a tiempo parcial⁵⁵⁸.

Para el cómputo del período de cotización en los contratos a tiempo parcial, la Ley 12/2001, de 9 de julio y el RD 1131/2002, de 31 de octubre, mantienen el criterio del cómputo proporcional para acreditar el período de carencia, computándose exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, para transformarlas en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales (Disposición Adicional Séptima LGSS y art. 3.1 del RD 1131/2002 de 31 de octubre por la que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial)⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Ver STSJ de Cantabria de 7 de septiembre de 1992.

⁵⁵⁶ JOVER RAMIREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas: 302-303.

⁵⁵⁷ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 83.

⁵⁵⁸ BARBA MORA, A: *Incapacidades laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 63.

⁵⁵⁹ Con la anterior regulación se establecía: "A efectos de reunir los períodos mínimos de cotización, se computarán las horas efectivamente trabajadas. A tal fin, el número de días de cotización computables será el resultado de dividir el número de horas efectivamente trabajadas entre el número de horas que

El establecimiento de este número, cinco, como divisor resuelve la cuestión de la parte proporcional de días festivos, descanso semanal y vacaciones dentro del período cotizado, al partir de la consideración de que un trabajador computando tales períodos realiza un promedio diario de cinco horas⁵⁶⁰. Si bien en ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo⁵⁶¹.

En cuanto al ámbito temporal en el que debe acreditarse el período de carencia, se amplía para facilitar la acreditación de los períodos mínimos de cotización, evitando que el derecho a las prestaciones devengan imposible. El art. 3.1.2º del RD 1131/2002 reitera la regla general que sobre el cómputo de las carencias cualificadas contenía el RD 144/1999, y permite que el lapso temporal dentro del que debe reunirse el período de cotización se incremente en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual de la actividad correspondiente⁵⁶².

2.3.2. El período de carencia de los artistas profesionales y taurinos

Para estos regímenes especiales integrados en el RGSS, los artículos 9.1 y 15.1 del RD 2621/1986 y 10 de la Orden de 20 de julio de 1987, establecen una serie de reglas especiales, a efectos de determinar los días naturales que se consideran cotizados dentro de cada año natural o entre la fecha del alta y el último día del año:

1. Se divide por 365 la suma de las bases por las que se haya cotizado el artista o profesional taurino en el año, sin que pueda superar su suma el tope anual de cotización de cada categoría;

constituyan la jornada habitual en la actividad de que se trate" (art. 4.1 a RD 489/98 en concordancia con la Disposición Adicional novena del RD 2319/93, de 29 de diciembre y en desarrollo del art. 12.4 de la Ley del ET).

⁵⁶⁰ CABEZA PEREIRO, J y LOUSADA AROCHENA, J.F: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, Comares, 1999, página: 164.

⁵⁶¹ JOVER RAMIREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página: 305.

⁵⁶² BARBA MORA, A: *Incapacidades laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 63 y; MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia...*op.cit., página: 84.

2. Si el cociente es superior a la base de cotización mínima diaria de la categoría, se consideran cotizados todos los días, aun cuando no se hayan trabajado realmente, siendo la base de cotización diaria, en orden a las prestaciones, el cociente así obtenido;
3. Si por el contrario, el cociente fuera inferior a la base de cotización mínima diaria, los días cotizados serán el resultado del dividir la suma anual de las bases de cotización por la base de cotización mínima diaria.

De acuerdo con estas reglas expuestas, cuanto mayor sea el cociente que resulte de dividir por 365 la suma de las bases por las que se haya cotizado, más días habrán de estimarse cotizados.

CAPÍTULO III. LA COBERTURA DE LA PRESTACIÓN. LAS PRESTACIONES EN PARTICULAR

1. INTRODUCCIÓN

Antes de entrar a analizar los elementos que configuran la prestación económica de incapacidad temporal (cuantía, base reguladora y porcentaje), conviene recordar unas breves notas acerca del desarrollo y articulación de la acción protectora de la Seguridad Social. Lo que permitirá comprender mejor el devenir histórico que paulatinamente ha ido tomando forma para finalmente descender así, hasta las razones que motivaron el nacimiento de esta institución pública que aún no ha culminado su proceso de formación y asentamiento definitivo.

El movimiento de extensión, de las técnicas de cobertura contra los riesgos sociales, ha sido una de las cuestiones que menos ha cesado en ponerse de manifiesto desde los últimos tiempos⁵⁶³. Ya incluso desde los antiguos esquemas de previsión social, a través del mecanismo de seguros sociales, se puso de relieve la preocupación por la tan necesaria protección contra los riesgos⁵⁶⁴ de enfermedad, accidente común o laboral, desempleo, maternidad, vejez, muerte y supervivencia, que posteriormente determinaron el desarrollo y surgimiento del actual sistema público de Seguridad Social⁵⁶⁵. Al tiempo que el Estado asumía el papel de asegurar a los ciudadanos una cobertura frente a tales riesgos, se hacía igualmente responsable de llevar a cabo la función de reparto de los mismos y organización de los servicios públicos⁵⁶⁶. De tal

⁵⁶³ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, página: 317.

⁵⁶⁴ ALMANSA PASTOR, J.M: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, séptima edición, 1991, página: 218.

⁵⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007, página: 44.

⁵⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador...* op.cit., página: 44.

manera que al final, es el Estado, como sistema de normas⁵⁶⁷, el que interviene dando garantías de cumplimiento y asegurando que esa actividad de protección se ejerza de manera permanente⁵⁶⁸. Y ello con la finalidad última de procurar a todos los ciudadanos los medios necesarios para la existencia digna⁵⁶⁹.

Si se recurre a los datos históricos, se observa como la acción protectora, esto es, la forma como se organizan los mecanismos específicos para la cobertura de las necesidades sociales⁵⁷⁰, se ha formado a través del desarrollo de la noción de riesgo social⁵⁷¹. No obstante, el alcance de la acción protectora dependerá de la propia conformación y evolución de los sistemas de Seguridad Social⁵⁷², por lo que el objetivo mismo de las obligaciones del Estado y el sentido de su acción se encuentran siempre determinadas por la situación económica del país y las necesidades de sus habitantes⁵⁷³.

Con la finalidad de neutralizar las situaciones de inseguridad social, procurar reducir los riesgos y en caso de no poder evitarlos, atender a sus consecuencias dañosas⁵⁷⁴, la Seguridad Social se ha dotado de un conjunto de

⁵⁶⁷ KELSEN, H: *Teoría General del Estado, Estudio preliminar "Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen"*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2002, página: 22.

⁵⁶⁸ DUGUIT, L: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado, Estudio preliminar "Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit"*, a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González, Granada, Comares, 2007, página: 27.

⁵⁶⁹ MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador...* op.cit., página: 45.

⁵⁷⁰ DE LA VILLA GIL, L.E y DESDENTADO BONETE, A: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1979, página: 309.

⁵⁷¹ GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2003, página: 9.

Cuando se habla de riesgo social, el profesor Paul Durand nos lo define como todo aquello "... que podía obligar a un obrero a cesar en su trabajo, temporal o definitivamente". Ver en este sentido DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social...* op.cit., página: 58.

⁵⁷² GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 3.

⁵⁷³ DUGUIT, L: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado...* op.cit., página: 27.

⁵⁷⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador...* op.cit., página: 46.

prestaciones sociales: incapacidad temporal (IT), incapacidad permanente (IP), jubilación, desempleo, muerte...etcétera⁵⁷⁵. Prestaciones que otorga el sistema de Seguridad Social en dinero o en especie, que permitirá a todo individuo asegurado ser repuesto al estado anterior a la verificación del riesgo, en la medida en que sea físicamente posible o, en otro caso, ser resarcido por el exacto daño económico al que le ha sometido la contingencia⁵⁷⁶. Sin embargo, las prestaciones no pueden atender a estas valoraciones concretas, sino que es preciso acudir a unos parámetros fijados por la ley en base a una valoración preventiva y abstracta⁵⁷⁷. Es importante tener en consideración que el concepto de prestaciones, cualquiera que sea su naturaleza, pero singularmente las de carácter económico, por su relevancia y entidad, han simbolizado el contenido fundamental del objeto de la relación jurídica de protección social pública en que se materializa la Seguridad Social⁵⁷⁸.

Se constituye así, el sistema de la Seguridad Social como *un derecho de prestación legalmente condicionada al cumplimiento de determinados requisitos prefijados por el ordenamiento jurídico*⁵⁷⁹, que son a este respecto los del artículo 41 de la Constitución Española de 1978. En un principio entraban dentro de este concepto tan sólo los trabajadores pero poco después, ya se abarcó a todos los ciudadanos en situación objetiva de necesidad⁵⁸⁰. Lo cual refleja, la concepción o principio de “universalidad” que fundamenta a la institución de Seguridad Social⁵⁸¹.

⁵⁷⁵ PERSIANI, M: *Diritto della Previdenza Sociale*, Padova, Cedam, 2009, página: 27.

⁵⁷⁶ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, página: 202.

⁵⁷⁷ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., página: 202- 206.

⁵⁷⁸ GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 70.

⁵⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L: “El derecho a la Seguridad Social” (art. 41 CE), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^ªN (DIRECTORES): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2001, página: 1426. VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 213 y siguientes.

⁵⁸⁰ MONEREO PÉREZ, J.L: *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador...* op.cit., página: 45.

⁵⁸¹ VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, séptima edición, 2011, página: 86.

Ahora bien, junto con la existencia de diferentes regímenes (general y especial)⁵⁸², se presentan además, otras circunstancias que dificultan el alcance y la intensidad de la acción protectora⁵⁸³ según se esté en un nivel contributivo o en uno asistencial. Se trata de la ruptura del principio de uniformidad de la protección de necesidades sociales derivadas de una misma contingencia⁵⁸⁴. En efecto, dada una misma contingencia, por ejemplo la IT, la protección y por tanto el subsidio temporal, se diversifica según si ella procede de riesgos comunes o profesionales. Otorgándosele a los segundos una situación más privilegiada que a los primeros⁵⁸⁵, lo cual resulta de difícil comprensión y hace incluso tambalear las bases mismas del sistema de Seguridad Social. Resulta pues, injustificado, mantener un trato discriminado de situaciones y máxime, cuando es precisamente la protección ante las situaciones de necesidad el fin último de la institución de Seguridad Social. Por esta razón, reclama la doctrina la desaparición de esta diferenciación existente en el actual marco normativo, abogándose por el contrario, por una atención más específica en cuanto a la situación de necesidad⁵⁸⁶.

No obstante, al margen de la acción protectora que dispensa el sistema de Seguridad Social se encuentra la protección social complementaria, la cual permite que la modalidad contributiva de las prestaciones sociales pueda verse mejorada voluntariamente⁵⁸⁷. De este modo que la cuantía de cada una de las prestaciones⁵⁸⁸ podría verse incrementada en la medida en que viniese voluntariamente fijada.

Para las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo y enfermedad profesional, la Ley General de la Seguridad Social (art. 123) prevé el denominado “recargo por prestaciones”, por lo que, en función de la gravedad de la falta y siempre que la contingencia sea ocasionada por

⁵⁸² A pesar de todos los intentos de homogeneización.

⁵⁸³ GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 8-10.

⁵⁸⁴ ALMANSA PASTOR, J.M: *Derecho de la Seguridad Social...* op.cit., página: 232.

⁵⁸⁵ ALMANSA PASTOR, J.M: *Derecho de la Seguridad Social...* op.cit., página: 232.

⁵⁸⁶ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA: *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página: 49. BARBA MORA, A: *La incapacidad temporal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, página: 40.

⁵⁸⁷ GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 12.

⁵⁸⁸ Con independencia del riesgo originario y de la situación a proteger.

infracción de las pertinentes normas de prevención de riesgos laborales allí enunciadas, el empresario infractor deberá abonar al trabajador de un treinta a un cincuenta por ciento de las prestaciones.

2. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA. LA CUANTÍA DEL SUBSIDIO EN BASE AL ORIGEN DE LA INCAPACIDAD

La contingencia de incapacidad temporal, como ya se ha visto, consiste básicamente en una suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, una interrupción temporal de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar que derivan de la misma relación laboral⁵⁸⁹. A un mismo tiempo, hay que ser consciente de la incapacidad práctica derivada del estado lesivo del trabajador, que de manera inherente a su naturaleza, origina una inevitable disminución de los ingresos del afectado y un incremento, en muchos casos inasumible, de los gastos que debe afrontar el trabajador para sobreponerse al estado de enfermedad que le impide realizar el normal desempeño de su actividad profesional. En este orden de sucesos se produce la intervención de la Seguridad Social, tratando de paliar tal situación de necesidad (previsiblemente temporal)⁵⁹⁰. Todo ello mediante la articulación de un doble mecanismo protector que recurre a las prestaciones sanitarias y farmacéuticas públicas, de un lado, mientras que del otro hace uso de las ayudas económicas proporcionadas por la Seguridad Social. El primer conjunto de medidas de auxilio pretende conseguir el restablecimiento de la salud del trabajador y su aptitud para el trabajo⁵⁹¹, ahora bien, el éxito de dichas medidas rara vez se alcanzaría sin la intervención del segundo grupo de prestaciones sociales, esto es, las económicas que procuran la reparación del “*lucro cesante*” causante de la falta de rentas ocasionadas por la incapacidad temporal⁵⁹². No obstante, se mantienen durante ese periodo de IT las obligaciones de cotizar tanto a cargo del trabajador como del empresario (art. 106.4 de la LGSS), con independencia

⁵⁸⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 143.

⁵⁹⁰ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2005, página: 29.

⁵⁹¹ ALONSO OLEA, M: *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, Civitas, 1994, página: 39.

⁵⁹² MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2005, página: 93.

de cual hubiese sido la causa que ha originado la incapacidad, así como el régimen de la Seguridad Social al que pertenezca el trabajador⁵⁹³.

En nuestro ordenamiento jurídico, la prestación económica por incapacidad temporal se satisface mediante la entrega de un subsidio temporal⁵⁹⁴ de cuantía variable⁵⁹⁵, que tiene por finalidad compensar la pérdida de rentas que produce la imposibilidad transitoria de trabajar⁵⁹⁶. Sin embargo, el pago de este subsidio no se lleva a cabo mediante la entrega de una cantidad fija o sujeta a unos mínimos y máximos, sino que por el contrario será una cantidad cambiante y limitada por el tiempo⁵⁹⁷, sin perjuicio de las posibles prórrogas o fases puente que pudieran sucederse hasta la declaración de la incapacidad permanente (en cualquiera de sus grados), si es que procede, o incluso hasta el alta médica del trabajador⁵⁹⁸ por recuperación de su capacidad para el trabajo habitual. En definitiva, se trata de un subsidio variable en función de la duración y del riesgo determinante de la situación incapacitante, que sustituye la pérdida de salarios que se ocasiona como consecuencia de la suspensión temporal de la relación laboral⁵⁹⁹.

Para determinar cuál va a ser la cuantía exacta que le corresponde al trabajador, habrán de observarse las reglas que marca nuestro sistema jurídico. Y es que dependiendo del origen de la situación incapacitante, esto es,

⁵⁹³ PÉREZ ALONSO, M. A: *La incapacidad temporal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, página: 40. Para el régimen general, se mantendrá la obligación de cotizar mientras se encuentre viva la relación laboral y por tanto, el trabajador se encuentre vinculado al contrato de trabajo. Así pues, cuando se extinga la relación laboral la obligación de cotizar dejará de existir.

⁵⁹⁴ De acuerdo con lo que establece el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores: “No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones o indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”. Ver también la Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de septiembre de 2004 (rec. 1309/2004).

⁵⁹⁵ GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica”, *Revista de Derecho Privado*, número 2, Marzo 2003, página: 3.

⁵⁹⁶ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”... op.cit., página: 48.

⁵⁹⁷ El subsidio por IT se mantendrá mientras dure la situación de alteración impositiva de la prestación laboral, o en su caso, hasta que se agote el tiempo máximo establecido por la ley para cada una de las situaciones protegidas.

⁵⁹⁸ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”... op.cit., página: 48.

⁵⁹⁹ BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y de Seguridad Social*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008, página: 65.

común o profesional, la cantidad económica a percibir será diferente. Concretamente para el cálculo del subsidio por IT habrán de conocerse los siguientes datos: la base reguladora y el porcentaje aplicable⁶⁰⁰, que variará (este último) según los distintos periodos por los que pueda atravesar la IT⁶⁰¹. Así pues, y una vez que obtenidos ambos conceptos, se podrá hallar entonces la cuantía final de la prestación económica por incapacidad temporal⁶⁰².

A este respecto, el artículo 129 de la Ley General de la Seguridad Social establece lo siguiente: “*La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esta Ley y en los Reglamentos generales para su desarrollo*”. Como se puede comprobar, la actual LGSS no se detiene en detallar cuál va a ser la fórmula de cálculo a ejecutar para determinar la cuantía exacta de la prestación económica a percibir por el trabajador en IT, sino que lo que se hace es remitir su regulación a las correspondientes disposiciones reglamentarias.

Esta cuantía o subsidio por IT habrá de ser proporcional al nivel de ingresos que venía percibiendo el trabajador antes de producirse la contingencia incapacitadora, no queriéndose con esto decir, que vaya a verse cubierta la totalidad del salario dejado de percibir, o sea, el cien por cien de lo que usualmente venía obteniendo el empleado. Pues de lo que aquí se trata, es que dicha cuantía guarde o procure mantener un cierto paralelismo con lo que venía cotizando el trabajador el mes anterior al siniestro, lo cual no impide que mediante acuerdo individual o colectivo puedan ser mejoradas dichas cantidades.⁶⁰³

El principio de unidad de las prestaciones, en lo que se refiere a la IT – accidente laboral, enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común- fue concebido por la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 29 y 30. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 93.

⁶⁰¹ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal” ... op.cit., página: 48.

⁶⁰² FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 144.

⁶⁰³ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”... op.cit., páginas: 48 y 49. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 93 y 94.

⁶⁰⁴ También se incluía por entonces los periodos de descanso por maternidad.

con carácter unitario. Confirmándose esta misma idea incluso a posterioridad tanto por el Texto articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social⁶⁰⁵, como por el artículo 127 de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (LGS), al disponerse que: “*la prestación... consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base de cotización, que con carácter unitario...*”⁶⁰⁶. Esta previsión fue considerada por parte de la doctrina científica como un claro avance, afirmándose desde entonces que: “*a partir de ahora, la prestación para todos los riesgos... consiste en un mismo porcentaje*”⁶⁰⁷.

Por su parte, el Real Decreto 53/1980, de 11 de enero⁶⁰⁸, parece que olvidando lo anteriormente recogido por la LGS, estableció que: “*la cuantía de la prestación... derivada de enfermedad común o accidente no laboral a que se refiere el artículo 2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre será durante el periodo comprendido entre el cuarto día... y hasta el vigésimo... un subsidio equivalente al 60 por ciento de la base reguladora*”. Poniéndose de este modo, un punto y final al carácter unitario de la prestación económica por incapacidad temporal⁶⁰⁹ y manteniéndose esta previsión así fija hasta día de hoy.

De lo expuesto quedan claras dos importantes diferencias: a) las bases reguladoras y los porcentajes a aplicar serán diferentes según si la causa productora de la baja por IT sean contingencias profesionales o comunes y, b) mientras que para las causas comunes existe un período de espera de tres días (en blanco para los trabajadores), por el contrario, en la IT de origen profesional no existe ese periodo de espera. Además de esto, cabe añadir que si la causa es común a quien le corresponderá pagar a su cargo durante los primeros días (4º al 15º), será al propio empresario, sin perjuicio de los posibles problemas de incumplimiento e insolvencia que pudieran derivarse⁶¹⁰. Por

⁶⁰⁵ Aprobado por Decreto 907/1966 de 21 de abril (BOE 22-04-1966).

⁶⁰⁶ Ver tesis doctoral de TORTUERO PLAZA, J.L: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1987, páginas: 285 y 286.

⁶⁰⁷ ALONSO OLEA, M: *Sobre los principios cardinales del proyecto de ley de Bases de la Seguridad Social*, Barcelona, Ariel, 1963, página: 9.

⁶⁰⁸ Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, por el que se modifica el artículo 2º del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, respecto de la prestación de incapacidad laboral transitoria (BOE núm. 14, de 16 de enero de 1980).

⁶⁰⁹ Tesis doctoral de TORTUERO PLAZA, J.L: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social...* op.cit., página: 286.

⁶¹⁰ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal” ... op.cit., página: 49.

consiguiente, siguiendo el hilo de todo lo expuesto, se observa como no se está cumpliendo con el principio de consideración conjunta de las contingencias o situaciones protegidas de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, dándose así un trato diferenciado a las situaciones derivadas de una IT en función del riesgo originario.

En mi opinión, pienso que la ley está haciendo diferenciaciones en donde no debería hacerlas, pues si la finalidad del sistema de Seguridad Social, y más aún, del subsidio por IT es precisamente la necesidad de compensar la pérdida de ingresos ante la imposibilidad temporal de trabajar, resulta entonces incoherente e injustificada la realización de esta distinción entre tales riesgos, máxime cuando el resultado en ambos sentidos es el mismo⁶¹¹. Por tanto, no sólo no se cumple el principio de unidad ante necesidades iguales, sino lo que es peor aún, se da un tratamiento menos favorable a las incapacidades comunes en relación con las producidas por causas profesionales⁶¹².

Los autores coinciden en señalar que la razón que motiva este período de espera es doble, de una parte, se reducen los costes de la Seguridad Social debidos a las frecuentes bajas de corta duración⁶¹³, y de otra parte, se actúa como freno contra el absentismo laboral⁶¹⁴, principalmente cuando se considera que el estado de necesidad del trabajador es menor durante esos días⁶¹⁵. Y es que la lucha contra el denominado “microabsentismo” y en general contra el absentismo laboral, juega desde esta perspectiva un papel de suma importancia, como luego se verá al analizar el apartado de las mejoras voluntarias realizadas a través de la negociación colectiva (punto 2.3 de este

⁶¹¹ En esta misma línea MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 94. DURÁN LÓPEZ, F: *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Ministerio de la presidencia, Madrid, 2001, páginas: 79 y 80.

⁶¹² GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal” ... op.cit., página: 49.

⁶¹³ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”, *Tribuna Social*, nº 44/45, agosto-septiembre 1994, página: 61.

⁶¹⁴ En este sentido ya desde el propio Real Decreto 53/1980, de 11 de enero se decía: “... Por todo ello, se hace necesario adoptar las medidas oportunas para corregir las citadas conductas y reducir el actual nivel de absentismo, al mismo tiempo que se reordena la prestación por incapacidad temporal, manteniendo la actual cuantía en aquellos procesos de incapacidad que, por su gravedad y, en consecuencia, por su mayor duración, se justifica una protección más intensa y reduciéndose en parte durante los primeros días de baja debidas a las citadas contingencias”.

⁶¹⁵ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, página: 135. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 30.

mismo tema) o incluso cuando se estudie el tema correspondiente a la dinámica de la prestación y control de la prestación (temas 4 y 5).

2.1. Base reguladora.

El artículo 129 de la LGSS, como ya se ha dicho, no establece cuál va a ser la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal, sino que por el contrario, remite a lo previsto por el artículo 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio. Disposición reglamentaria que fue dictada en aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

Actualmente, la determinación de la base reguladora de la cuantía por IT constituye, sin lugar a dudas, uno de los conceptos menos pacíficamente tratados por parte de la doctrina y la jurisprudencia. La razón de ello se debe, a que se trata de una prestación que arrastra toda la problemática relativa a la cotización. Así pues, mientras que para buena parte de las bases reguladoras de las contingencias protegidas por la Seguridad Social se tiene en cuenta un promedio de bases de cotización más o menos extenso⁶¹⁶, para el cálculo de la IT tan sólo se hace uso de una única base reguladora, la del mes precedente al comienzo de la situación incapacitante, lo cual implicará que cualquier duda o cualquier irregularidad sobre la base de cotización, cobre una especial relevancia al incidir de una manera directa sobre la cuantía de la prestación⁶¹⁷.

En este sentido, señala el artículo 13 apartado primero del Decreto 1646/1972, de 23 de junio⁶¹⁸: *“La base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio por incapacidad laboral transitoria será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador, correspondiente a la contingencia de la que aquella se derive, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad...”*.

Quedan excluidos de este concepto, ciertos conceptos remuneratorios como, las pagas extraordinarias de Julio y Navidad, y otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan

⁶¹⁶ Por ejemplo como sucede para las pensiones.

⁶¹⁷ BARBA MORA, A: *Incapacidades laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 65.

⁶¹⁸ Decreto que modificó en gran medida las reglas anteriores de cálculo contenidas en el artículo 2 del Reglamento General de Prestaciones aprobado por Decreto 3156/1966, de 23 de diciembre y Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el régimen general de la Seguridad Social.

carácter periódico (Artículo 13, número 4 del Decreto de 1972). Exclusión que no es absoluta, pues a tenor de este precepto, estos conceptos se computarán posteriormente sobre la base reguladora tomando su promedio de los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la situación de incapacidad⁶¹⁹.

No obstante, resulta preciso hacer unas breves aclaraciones acerca de estas notas expuestas, pues no se olvide que se trata de una disposición normativa que se remonta al año 1972. Parece evidente deducir, que la finalidad última que inspiró al legislador de aquella época, no fue otra que la de tratar de aproximar en la medida de lo posible la base reguladora de la prestación por IT a la base de cotización real del trabajador activo, de tal manera que se garantizara así una equivalencia entre el subsidio por IT y el salario dejado de percibir⁶²⁰. Y es que por aquel entonces, la cotización mensual se efectuaba teniendo en cuenta la remuneración efectivamente percibida en cada mensualidad, a lo cual se adicionaban las pagas extraordinarias para el supuesto de que fuese el mes en el que correspondía su devengo⁶²¹, así como otros conceptos retributivos de periodicidad superior a la mensual o que no tuviesen ese carácter periódico. Ello implicaba que la base de cotización se viese incrementada hasta superar el doble en los meses en lo que se recababa estos pagos mencionados. Por lo que para evitar bases de cotización artificialmente elevadas o disminuidas (con relación a la media real de los salarios del trabajador), resultase preciso excluir de su importe las pagas extraordinarias y los otros conceptos descritos, para computar su promedio únicamente de forma anual⁶²².

⁶¹⁹ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción"... op.cit., página: 55. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 95. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*op.cit., página: 317. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 145.

⁶²⁰ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción"... op.cit., página: 55.

⁶²¹ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción"... op.cit., página: 55. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 95. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 146.

⁶²² DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción"... op.cit., página: 55. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 146.

Sin embargo, esta fórmula descrita carece a día de hoy de una escasa aplicación práctica, pues para determinar la base reguladora de la prestación por IT, tanto en lo que se refiere a contingencias comunes como profesionales, se computarán las retribuciones devengadas en el mes que se traten, que ya incluyen prorrateadas las gratificaciones extraordinarias, así como todos aquellos otros conceptos que tengan una periodicidad superior a la mensual o que no tengan carácter periódico (art. 109. 1 de la LGSS) y que se satisfagan dentro del mismo ejercicio económico en que se vayan a percibir⁶²³. De acuerdo con esta idea, será por tanto un sin sentido a la hora de calcular la base reguladora, el excluir de la base de cotización la parte concerniente a estos conceptos retributivos para luego añadir este prorrateo nuevamente⁶²⁴. En todo caso, para aquellas pagas que no hayan podido ser objeto de cuantificación anticipada total o parcialmente en el período de 365 días, a efectos prorrateo, la normativa prevé que las empresas formalicen una liquidación complementaria, al efecto de que estas diferencias pendientes de pago sean abonadas en un momento posterior. De esta manera, la base reguladora de la IT se verá incrementada en la parte que corresponda a las cotizaciones no ingresadas⁶²⁵.

El hecho de que coincidan en su determinación la base reguladora con la base de cotización⁶²⁶, no va a suponer, que en ningún caso, que ésta primera pueda superar la base máxima fijada anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada grupo o categoría profesional (artículo 16 y 110 de la LGSS)⁶²⁷. Ahora bien, si la Base de cotización del mes

⁶²³ Véase a este respecto el art. 1 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012.

⁶²⁴ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción"... op.cit., página: 55. BARBA MORA, A: *Incapacidades laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 66. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 146.

⁶²⁵ Ver artículo 109.1 de la LGSS y art. 27 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012. Ver PÉREZ ALONSO, M. A: *La incapacidad temporal...*, op.cit., página: 45. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 95.

⁶²⁶ Véase el artículo 6 titulado, "Cotización durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad y paternidad, y en los casos de compatibilidad del subsidio por maternidad o paternidad con periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial" de la Orden señalada en la anterior nota al pie.

⁶²⁷ Ver Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE de 30 de junio de 2012, número 156).

anterior al inicio de la baja por IT experimentase excesivos incrementos, se entenderá entonces aquellos realizados en fraude de ley, debiendo aplicarse en este caso la norma eludida⁶²⁸.

La estrecha relación existente entre ambas bases, la de cotización y la reguladora, ha llevado a nuestra más amplia doctrina a plantearse la inclusión o no de determinados conceptos retributivos, algunos de los cuales de dudosa calificación, por ejemplo:

- Los complementos de carácter mensual, no periódicos pero si variables en su cuantía como: las comisiones de servicio⁶²⁹, primas de producción e incentivos para aumentar la cantidad de trabajo...etcétera. En principio parece claro entenderse, que dado que dichos complementos dependen de las concretas circunstancias profesionales en las que se atribuyen (por ejemplo: volumen de ventas), no resultaran aplicables a todos los meses del año. Por lo que deberán estos conceptos ser incluidos en la base de cotización del mes en que corresponda y no hacer un promedio de ellos a lo largo de los doce meses del año⁶³⁰. No obstante, el art. 13.4 del Decreto 1646/1972 se refiere no sólo a las percepciones económicas de devengo superior al mensual, sino también a aquellas que no tengan carácter periódico, de lo que se deduce, que habrán de incluirse éstos complementos económicos en la base reguladora de la IT pero prorrateados a lo largo de un año⁶³¹. Por si fuera poco, además, como señala la doctrina, con este prorrateo se

⁶²⁸ PÉREZ ALONSO, M. A: *La incapacidad temporal...*, op.cit., página: 46.

⁶²⁹ A este respecto, el artículo 29.2 del ET dictamina en cuanto al pago del salario a comisión que: “... nacerá en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador, liquidándose o pagándose, salvo que se hubiese pactado otra cosa, al finalizar el año”.

⁶³⁰ Tal y como recordemos que recoge el art. 109. 1 de la LGSS y el artículo 23 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, sólo podrán prorratearse a lo largo de los doce meses del año “*las percepciones económicas de vencimiento superior al mensual*”.

⁶³¹ En este sentido ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 149 y 150. En contra, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 96, la cual señala que: “*una interpretación literal de los apartados citados no llevaría a negar la aplicación del promedio anual a tales partidas, por tratarse de conceptos retributivos con periodicidad mensual*”; si bien a continuación añade que: “*... estas retribuciones pueden oscilar dentro de un amplio margen, por lo que la base de cotización de un mes puede no ser plenamente representativa de la ganancia media de los interesados, por ello, a nuestro juicio, parece aconsejable aplicar el prorrateo*”.

eliminará la aleatoriedad y el azar que en la determinación de la base reguladora resultase de un mes con respecto a otros en lo que los beneficios son menores⁶³².

Pero a sensu contrario, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina ha venido a decir que: *“estos pluses o incentivos vinculados a la actividad que se perciben en cuantía muy variable, tienen la condición de periódicos, pues esa periodicidad se refiere al devengo, no a la cuantía del mismo”,* razón por la cual *“... no es de aplicación el apartado 4 del citado precepto..., toda vez que las comisiones que percibía la trabajadora..., no pueden considerarse que fueran de periodicidad superior a la mensual o no periódico..., sino que en realidad se trata de una retribución complementaria que la trabajadora venía percibiendo todos los meses, si bien de cuantía variable...”*⁶³³. Por lo que a efectos de inclusión en la base reguladora se tendrá en cuenta lo percibido el mes anterior al inicio de la IT⁶³⁴.

- Las dietas que cubren la manutención y el alojamiento, así como los gastos de viaje, los pluses de transporte, de ropa, de asistencia⁶³⁵...etcétera, constituyen percepciones extrasalariales que

⁶³² BARBA MORA, A: *Incapacidad Temporal...* op.cit., páginas: 43 y 44. SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, página: 53. BARBA MORA, A: *Incapacidades laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 67. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 150.

⁶³³ Ver STS de 14 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 519) y 9 de julio de 2004 (RJ 2004, 6965); también sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid de 4 de mayo de 2005 (JUR 2005/157203), de Cataluña de 13 de enero de 2005 (AS 2005/265) y de Asturias de 21 de abril de 2007 (AS 2007/234) en su fundamento de derecho tercero. En contra, la STSJ de Navarra de 18 de octubre de 1993 (R. 4261): *“El concepto de retribución de cuantía fija es una institución desconocida por las leyes laborales... concepto oscuro cuya oscuridad no puede beneficiarse a quien la ha causado (artículo 1288 del Código Civil); pues ninguna retribución es de cuantía absolutamente fija y todos los complementos retributivos tienen algún elemento intrínsecamente de variedad y aleatoriedad... finalmente la retribución por comisiones es variable en cuanto a la cuantía final, pero es fija en cuanto a su existencia como concepto retributivo mensual en nómina”*.

⁶³⁴ En contra, ver la STSJ de Canarias de 28 de enero de 1997 (Ar/418), en donde si se consideran prorrateables las comisiones.

⁶³⁵ Ver STSJ de Andalucía/Granada de 15 de junio de 1993 (R. 2848): *“Al tratarse de una cuestión puramente interpretativa, la Sala debe utilizar el criterio que indica el artículo 1285 del Código Civil al atribuirle a una cláusula contractual el sentido que resulte de las demás pactadas, y así, todo el personal vinculado por el Convenio percibirá por día efectivamente trabajado un plus denominado de asistencia de donde se deduce..., que en los supuestos de ILT o cualquier otra ausencia laboral, tal plus que es de clara finalidad antiabstencionista, no pueda devengarse”*.

normalmente se acuerdan por Convenio Colectivo o incluso en contrato de trabajo, por lo que el trabajador no cotiza por estos conceptos. De ser así, tampoco entran a formar parte de la base reguladora del subsidio por IT (art. 109.2 LGSS)⁶³⁶. En cambio, el plus de nocturnidad, puesto que constituye una partida económica que se adiciona al salario base y que retribuye el trabajo realizado, si entra a formar parte de la base cotización y por consiguiente del cálculo de la prestación por IT⁶³⁷. Del mismo modo, la jurisprudencia viene valorando de manera positiva la inclusión en el salario base del complemento por jornada partida, ya que se trata: *“...de un complemento salarial que el trabajador viene percibiendo habitualmente y no de forma esporádica”*⁶³⁸.

- Las guardias médicas y los complementos de atención continuada del personal sanitario resultan ser cuestiones muy conflictivas a efectos de su inclusión o no en la base reguladora. En lo que concierne a las guardias médicas, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina ha defendido que se tratan de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, tal y como prevén los artículos 39.2 y 30.1 del mismo Estatuto Jurídico para el personal médico, aprobado por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, lo que justifica que no se incluyan en el cálculo del subsidio de la IT⁶³⁹. Además de lo expuesto añade el TS,

⁶³⁶ Ver de los TSJ, las sentencias de Canarias/Las Palmas de 23 de julio de 1996 (Ar/3.161); Andalucía/Granada de 15 de mayo de 1997 (Ar/2.643): *“éstas –se refiere a las percepciones extrasalariales- tienen un carácter indemnizatorio y requieren, por su naturaleza, la existencia del gasto a indemnizar (el transporte y el uso de la ropa) de tal suerte que, si estos presupuestos fácticos no se dan, no pueden ser indemnizados”*. Ver en este mismo sentido las STSJ de Castilla y León, Burgos de 26 de abril de 2005 (JUR 2005/226814) y la de Cataluña de 5 de julio de 2005 (JUR 2006/233580), entre otras.

⁶³⁷ Ver STSJ de Castilla y León, Valladolid de 15 de marzo de 1999 (AS 1999/1281): *“...tal complemento funcional, de puesto de trabajo y no consolidable, retribuye las horas trabajadas durante el período legalmente calificado como nocturno, y en consecuencia al tratarse las normas pactadas en Convenio Colectivo de mínimas de derecho necesario (artículo 3 ET), todos los conceptos salariales en él incluidos, sin excepción del plus de nocturnidad, constituyen salario mínimo y por tanto entrarán a formar parte de la correspondiente base reguladora para el cálculo de la prestación de referencia...”*. En contra, la STSJ de Andalucía/Málaga de 9 de julio de 1993 (R. 3316): *“Las cuantías que de acuerdo con su cuadrante anual hubieran debido percibir por horas nocturnas y festivas... de tal manera, que salvo que así lo establezca expresamente una norma legal o pactada, dichas horas no deben abonarse durante los periodos de tiempo en que no ha habido efectiva prestación de servicios, como es la situación de baja por ILT... no pudiendo conceptuar dichos pluses como ingresos normales del trabajador, sino como complementos del puesto de trabajo de carácter no consolidables”*.

⁶³⁸ Ver STSJ de Baleares de 13 de julio de 1996 (Ar/3.163).

⁶³⁹ Véanse las sentencias del TS de 8 de junio de 1993 (RJ 1993, 6289); 1 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9621); 14 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9783) y 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 10694); y la sentencia

que como “...no aparece su carácter fijo y periódico conjuntamente, no podrán ser incluidas en el artículo 1.3”⁶⁴⁰.

En lo que se refiere al complemento de atención continuada del personal sanitario se encuentran a este respecto pronunciamientos muy divergentes, de una parte está la línea que opta por la exclusión de tales percepciones económicas de la base reguladora de la IT, en razón a que como no se perciben durante la situación suspensiva resulta pues absurdo incluirlos en la base reguladora⁶⁴¹. Y de otra parte, está la opinión de los que piensan que aun cuando se encuentre en suspense la relación laboral, ello no constituye causa justificada para que deje de incluirse los complementos de atención continuada en la base reguladora de la IT. Y es que durante el periodo de baja médica, el trabajador figura como activo a todos los efectos y por tanto, dado que conserva su plaza puede también percibir estas partidas económicas, de forma que así se aproxima más el subsidio de IT al salario real que ha dejado transitoriamente de percibir⁶⁴².

del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de noviembre de 1993 (R. 5099): “El complemento previsto en el artículo 39.2 del Estatuto del Personal Médico constituye una mejora voluntaria a la acción protectora de la Seguridad Social, teniendo que ser interpretada, precisamente por este carácter, de una forma estricta, que no permite la extensión del beneficio más allá de lo que la voluntad del empleador plasmó en los términos de la concesión...”.

⁶⁴⁰ Ver sentencias del TS de 8 de junio de 1993 (RJ 1993, 6289).

⁶⁴¹ Ver STSJ de Andalucía/Málaga de 7 de febrero de 1991 (R. 1075): “De un complemento que ha absorbido el plus de nocturnidad, reviste la naturaleza de un complemento salarial de carácter funcional y de puesto de trabajo, que sólo puede devengarse durante el ejercicio real y material de la actividad profesional nocturna en el puesto de trabajo asignado, es decir solamente retribuye el tiempo verdaderamente trabajado de noche, por lo que no cabe comprenderlo en las percepciones correspondientes a las situaciones de ILT, que como es sabido implican una suspensión de la relación de los servicios, con la consiguiente paralización real de los efectos fundamentales... de manera que no cabe incluir el complemento de atención continuada en las percepciones correspondientes al estado de ILT, ni en concepto de mejora voluntaria del subsidio de ILT”.

⁶⁴² Ver STSJ de Castilla y León/ Valladolid de 30 de noviembre de 1993 (R. 5099): “Durante el tiempo de permanencia en la situación de... ILT, el personal será considerado en activo a todos los efectos, conservando el derecho a la plaza ocupada, incrementándose el subsidio de ILT en concepto de mejora voluntaria directa de prestaciones en la cantidad necesaria para alcanzar la totalidad de las retribuciones que venía percibiendo... y la única interpretación que admite es la de que el personal sujeto al indicado Estatuto, tiene derecho a percibir durante la situación de ILT los mismos emolumentos que en la situación de actividad laboral, y por ello debe seguir cobrando el complemento de Atención Continuada, que es un complemento retributivo a percibir normalmente todos los meses”.

En mi opinión, tanto las guardias médicas, como los complementos de atención continuada deben ser incluidos en la base reguladora de la prestación por incapacidad temporal. La razón de ello se debe, a que se tratan de complementos salariales que retribuyen de forma efectiva el trabajo realizado⁶⁴³ y por tanto se perciben todos los meses. Por lo que de cara a la Seguridad Social, ambos sujetos de la relación laboral, trabajador y empresario cotizan por ellos⁶⁴⁴. De ahí, que si lo que se trata es de que la base de cotización se identifique con la base reguladora, carezca a mi juicio de fundamento alguno la exclusión de tales partidas económicas de la prestación económica por IT⁶⁴⁵.

En la determinación de la base reguladora, la fórmula que se debe seguir varía dependiendo de si la IT se produce por contingencias comunes o profesionales:

- ✓ En el supuesto de riesgo comunes, la base reguladora se obtendrá dividiendo el importe de la base de cotización del mes anterior al de la fecha de inicio de la incapacidad temporal, entre el número de días a que dicha cotización se refiera. Para aquellos trabajadores que reciban su remuneración con carácter mensual⁶⁴⁶ y hayan permanecido en alta en la empresa todo el mes natural anterior, la base de cotización correspondiente se dividirá por treinta⁶⁴⁷. Ahora bien, si la retribución es diaria⁶⁴⁸ la base de cotización habrá que dividirla por el número de días que tenga el mes correspondiente (31, 30, 29 o 28)⁶⁴⁹. En el caso de que el trabajador hubiese ingresado en la empresa en el mismo mes en el

⁶⁴³ A favor véase la STSJ de Madrid de 26 de julio de 1993 (R.3191): “*Los devengos procedentes de las guardias médicas..., han de ser computados para determinar la base del subsidio de ILT, ya que proceden de un trabajo complementario a la jornada normal*”.

⁶⁴⁴ Ver STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 1993 (R. 3191).

⁶⁴⁵ En esta misma línea ver MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 99.

⁶⁴⁶ Tienen una retribución mensual los trabajadores pertenecientes a los grupos de cotización 1 al 7, ambos inclusive, de acuerdo con lo que dispone el art. 26 del RD 2064/1995.

⁶⁴⁷ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 54.

⁶⁴⁸ Tendrán retribución diaria los trabajadores pertenecientes a los grupos de cotización 8 al 11 (art. 26 del RD 2064/1995).

⁶⁴⁹ GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 205. GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página: 3.

que se inicia la situación de IT, se aplicará lo establecido anteriormente, referido al indicado mes y a los días en alta anteriores al hecho causante (Apartado tercero del art. 13 del Decreto 1646/1972)⁶⁵⁰.

- ✓ Cuando la IT derivase de riesgos profesionales y/o periodos de observación por enfermedad profesional, la regla es la misma que la descrita en el párrafo anterior, con la única diferencia de que aquí si se habrán de incluir las horas extraordinarias⁶⁵¹. Por lo que de acuerdo con ello, la base reguladora se aproximará más al salario real que deja de percibir el trabajador y al cual se sustituye. Ahora bien, para evitar diferencias cuantitativas de unos meses a otros⁶⁵², en relación a las gratificaciones adicionales, se deberá hacer el promedio de lo percibido por ellas en los doce meses anteriores al inicio de la situación incapacitante⁶⁵³. Concretamente, se utiliza para el cálculo de la base reguladora por riesgos profesionales la siguiente fórmula: 1. La base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior al de la baja, excluida la retribución por horas extraordinarias y dividido por el número de días a que se refiere dicha cotización; 2. Las horas extraordinarias cotizadas durante el año anterior al mes de baja se dividen entre el número de días total cotizados durante el año anterior al mes de inicio de la IT, para así obtener el promedio anual de estas horas adicionales⁶⁵⁴ y finalmente; 3. Se suman todos los resultados obtenidos en el primero y en el segundo de los pasos, hallándose por consiguiente la base reguladora de la IT derivada de contingencias profesionales⁶⁵⁵.

⁶⁵⁰ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción"... op.cit., página: 54. GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social...* op.cit., página: 205. GARCÍA VALVERDE, M.D: "El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica"... op.cit., página: 3. PÉREZ ALONSO, M.A y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E: *Nuevas prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación en el RGSS*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, página: 37.

⁶⁵¹ SALINAS MOLINA, F: "Incapacidad temporal y jurisprudencia unificadora", *Información laboral. Jurisprudencia*, Tomo II, 1998, página: 3231.

⁶⁵² Respecto de los meses en lo que se perciben las horas extraordinarias de los que no.

⁶⁵³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 153.

⁶⁵⁴ "Se ha cotizado más de un año, y las horas extraordinarias son de distribución desigual, luego parece equilibrado que se prorratee", ver GARCÍA NINET, J.I: "La incapacidad temporal"... op.cit., página: 53.

⁶⁵⁵ A la cantidad obtenida habrá que aplicarle posteriormente, el porcentaje correspondiente para las contingencias profesionales, hallándose finalmente la base reguladora tal y como luego veremos.

Con respecto al tema de las horas extraordinarias se plantean varias cuestiones litigiosas a tener presente. La primera de ellas se refiere al supuesto que regula el párrafo segundo del apartado 4 del art. 13 del Decreto de 1972, esto es, la del trabajador con una antigüedad menor a 12 meses o que no ha cotizado durante alguno de ellos. La duda que surge aquí es a efectos de cómo computar las horas extraordinarias en el momento de cálculo de la base reguladora por IT. En este sentido, el TSJ de Navarra en su sentencia de 13 de noviembre de 2002, aclara que “... lo percibido en concepto de horas extraordinarias..., debe anualizarse de acuerdo con las previsiones del número 4º del artículo 13 del Decreto 1646/1972, mediante el promedio de bases de cotización correspondientes a los 12 meses naturales inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación de la situación de incapacidad”⁶⁵⁶. Así pues, para este tribunal, la solución estará en completar la base reguladora promediando lo que le hubiese correspondido al trabajador de haber cubierto dicha antigüedad o haber trabajado los 12 meses completos en la misma empresa⁶⁵⁷. De este modo: “no se perjudica económicamente a quien, por ostentar una discreta antigüedad, aún no se ha beneficiado de todas las retribuciones que le corresponde”⁶⁵⁸. Sin embargo, a juicio de la doctrina científica, esta regla resulta claramente negativa para el trabajador, pues lo que no se puede es incluir de manera incierta el prorrateo de unas hipotéticas retribuciones por horas extraordinarias que en realidad no han existido⁶⁵⁹. Lo más lógico sería dividir el importe efectivamente percibido por horas extraordinarias entre el número de días trabajados⁶⁶⁰.

La segunda cuestión problemática, aparece referida a la superación de los topes máximos que se fijan anualmente con motivo de la realización de horas extraordinarias. Y es que por ejemplo, entre otras cosas, podría suceder que el trabajador viniese cotizando por el tope máximo debido a que tiene unas retribuciones altas y al añadir al cálculo de la base reguladora el prorrateo de

⁶⁵⁶ Ver STSJ de Navarra de 13 de noviembre de 2002 (JUR 2003/43568), en su fundamento segundo.

⁶⁵⁷ Este supuesto también resultará aplicable para aquellos casos en los que, el trabajador hubiese estado dado de alta durante los doce meses anteriores pero en distintas empresas.

⁶⁵⁸ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción” ... op.cit., página: 56.

⁶⁵⁹ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal” ... op.cit., página: 53.

⁶⁶⁰ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*...op.cit., página: 97. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo*...op.cit., página: 318. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 154-156.

horas extraordinarias rebasase ese límite máximo⁶⁶¹, o bien, que el trabajador superase el número de horas extraordinarias que legalmente le está permitido, y por consiguiente también sobrepase el límite máximo. Se trata de dos hechos distintos y en cualquiera de los casos, el Decreto de 1972 no ofrece respuesta alguna que trate de limitar la base reguladora, debiéndose acudir a lo que dispone la actual normativa de Seguridad Social⁶⁶².

Antes de aclarar estas cuestiones conviene tener presente que son las horas extraordinarias, entendiéndose por tales, aquellas que se realicen por encima de la jornada ordinaria de trabajo fijada por convenio colectivo o contrato de trabajo (artículo 35 ET)⁶⁶³. Para éstas fija la ley un límite máximo de ochenta horas anuales⁶⁶⁴, debiendo ser compensadas en dinero o descanso, y en su defecto (o sea, a falta de pacto, colectivo o individual), se entenderán que serán compensadas “...mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización” (artículo 35.1 ET). Si se acordase compensar las horas extraordinarias en dinero, deberán incluirse en la correspondiente base de cotización por contingencias profesionales. Sin embargo, el legislador prefiere optar por el descanso en vez por la compensación en metálico de las horas extraordinarias, tan sólo a los exclusivos efectos de no alcanzar el límite máximo legal permitido de ochenta horas anuales⁶⁶⁵.

Para el supuesto de que superase el tope máximo que fija cada año las correspondiente ley de presupuestos, dice la LGSS que se habrá de rebajar la base reguladora hasta ese límite máximo (artículo 120.2 y 110 de la LGSS). Ahora bien, si se llegase a rebasar el tope máximo de horas extraordinarias

⁶⁶¹ Ver artículo 2 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012.

⁶⁶² FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 156 y 157.

⁶⁶³ ALARCÓN CARACUEL, M.R y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P: “Artículo 35. Horas extraordinarias”, en VV.AA. MONEREO PEÉRZ, J.L (DIRECCIÓN) y SERRANO FALCÓN, C (COORDINACIÓN): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012, página: 454.

⁶⁶⁴ Ese límite obedece a un doble propósito: a) el tratar de velar por la salud de los trabajadores y b) contribuir a la política de empleo. Ver en éste sentido ALARCÓN CARACUEL, M.R y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P: “Artículo 35. Horas extraordinarias” ... op.cit., página: 456.

⁶⁶⁵ DE VAL TENA, A.L: “Horas extraordinarias”, en VV.AA, SEMPERE NAVARRO, A.V, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y AGUILERA IZQUIERDO, R: *Enciclopedia Laboral Básica “Alfredo Montoya Melgar”*, Navarra, Civitas, 2009, páginas: 724-728.

realizadas que fija la ley por concurrir circunstancias de fuerza mayor⁶⁶⁶, la empresa deberá retribuir las a efectos de que computen en la correspondiente base de cotización del trabajador (artículo 111 LGSS). Y ello sin perjuicio de la responsabilidad en que ésta incurra por la infracción cometida⁶⁶⁷. Al igual que en el caso anterior, las horas adicionales que se produzcan por causas de fuerza mayor, estarán sujetas al límite anual que prevé la Ley de Presupuestos Generales del Estado y no sólo eso, sino que además, no computarán a la hora de determinar la base reguladora de las prestaciones⁶⁶⁸ (artículo 120.2 de la LGSS).

La norma general descrita presenta, sin embargo, algunas particularidades que alteran las reglas de juego hasta ahora vistas en función de las diferentes circunstancias que se suceden y de los distintos colectivos de trabajadores existentes:

- Huelga y cierre patronal.

Como ya vimos en el Capítulo II, al estudiar los requisitos de acceso a la prestación de IT y más concretamente, al analizar el apartado 2.1 titulado: “Afiliación, alta y situación asimilada al alta”, la huelga y el cierre patronal constituyen dos situaciones suspensivas de la relación laboral. Por lo que en ambos casos, no existe la obligación de cotizar del trabajador huelguista, por lo que a efectos de Seguridad Social se le mantendrá en situación “asimilada al alta”, es decir, se estima que aun cuando se ha producido el cese temporal en la actividad laboral debe conservarse la situación de alta en que se encontraba el trabajador con anterioridad al cese. Por este motivo, y dado que durante dicha situación suspensiva no percibe su salario, se entiende que tampoco percibe el subsidio sustitutivo para las circunstancias de IT⁶⁶⁹. No obstante, los hechos pueden complicarse aún más en función del momento en el que se sucede la IT, por esta razón se van a diferenciar hasta tres supuestos.

⁶⁶⁶ El empresario podrá ejercitar el derecho a exigir colaboración de sus trabajadores para hacer frente a situaciones de emergencia. ALARCÓN CARACUEL, M.R y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P: “Artículo 35. Horas extraordinarias”... op.cit., página: 457.

⁶⁶⁷ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 157.

⁶⁶⁸ DE VAL TENA, A.L: “Horas extraordinarias”, en VV.AA... op.cit., página: 727.

⁶⁶⁹ Ver artículo 2, letra A) de la Orden de 30 de abril de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en materia de Seguridad Social (BOE-A-1977-12123).

En primer lugar, si el trabajador se encontrara de baja por incapacidad temporal con anterioridad al inicio de la huelga o cierre patronal, en nada afecta esta situación a su protección económica⁶⁷⁰. Pero si al trabajador se le incapacitara transitoriamente durante la huelga, tal y como se ha visto, el subsidio no nacerá hasta que no finalizase la situación suspensiva⁶⁷¹, regulándose a partir de entonces “...de acuerdo con las normas generales vigentes en la materia”⁶⁷².

En segundo lugar, durante el ejercicio de una huelga parcial, el trabajador huelguista en IT tendrá derecho al subsidio correspondiente. Ahora bien, puesto que el trabajador mantiene sólo parte de su actividad laboral, resulta lógico que el subsidio que reciba se vea reducido en la misma proporción que la jornada de trabajo⁶⁷³.

En tercer lugar, se plantean dudas en cuanto la determinación de la base reguladora para aquellos trabajadores que el mes previo al inicio de la IT hubiesen estado en situación de huelga, parcial o total. En el caso de que la huelga sea parcial, la base reguladora será el promedio de lo cotizado en aquellos días en que no haya existido cotización parcial. Sin embargo, si la huelga parcial ha abarcado todo el mes o meses anteriores completos, se tomara como base el último mes en el que haya existido obligación de cotizar⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ TORTUERO PLAZA, J.L.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*... op.cit., páginas: 240 y 241. ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*... op.cit., página: 271. MERCADER UGUINA, J: “Efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la relación de Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 4, 1991, página: 92. GARCÍA BLASCO, J: *El derecho de huelga en España: calificaciones y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983, página: 363.

⁶⁷¹ VV.AA: “Capítulo. VIII. Incapacidad temporal” en VV.AA, GARCÍA NINET, J.I (DIRECTOR): *Cuadernos CISS. Volumen IV-I. Acción protectora*, editorial CISS, 1997, página: 43. La razón no es otra que la de evitar ciertos “trucos” que utilizan los trabajadores para no sufrir las consecuencias económicas desfavorables que acarrea el acudir a la huelga. Ver en este sentido, VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”, *Tribuna Social*, nº61, 1996, página: 21.

⁶⁷² Ver artículo 2, letra B) de la Orden de 30 de abril de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, en materia de Seguridad Social (BOE-A-1977-12123). De acuerdo con esta idea, la base reguladora será la del mes anterior al conflicto colectivo.

⁶⁷³ Ver Resolución de 5 de marzo de 1985 de la Secretaría General de Seguridad Social sobre cotizaciones al Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 13 de marzo de 1985).

⁶⁷⁴ Ver la Resolución de 5 de marzo de 1985 anteriormente mencionada.

Ahora bien, si la situación de incapacidad temporal se produce al mes siguiente de haber finalizado la situación conflictiva de huelga total, entonces la base reguladora se calculará sobre los días que el trabajador haya cotizado. Aplicándose por analogía las mismas reglas que para el supuesto de que el trabajador no figure en alta todo el mes por ser su retribución diaria⁶⁷⁵.

- Pluriempleo y pluriactividad.

En las situaciones de pluriempleo, esto es, cuando un trabajador está dado de alta en más de una empresa pero en el mismo Régimen, simplemente, para este supuesto, habrá que sumar las cotizaciones del mes previo a la baja efectuadas por el trabajador en cada una de las empresas en las que presta sus servicios. La base reguladora resultante, estará sujeta al límite que impone el tope máximo vigente establecido a efectos de cotización⁶⁷⁶, pero lo especialmente interesante se encuentra en el peculiar sistema de cotización que se establece para cada una de las empresas y para todas en su conjunto⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ MUÑOZ MOLINA, J: La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...op.cit., página: 101.

⁶⁷⁶ Ver los siguientes preceptos: artículo 110.2 y 120.3 de la LGSS; y artículo 7.1 Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 (BOE de 4 de noviembre de 1967).

⁶⁷⁷ TORTUERO PLAZA, J.L: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*... op.cit., páginas: 298 y 299.

Ver artículo 9 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012:

"1. Cuando el trabajador se encuentre en situación de pluriempleo se aplicarán las siguientes normas:

a) Para las contingencias comunes:

Primera. El tope máximo de las bases de cotización, establecido en 3.262,50 euros mensuales, se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.

Segunda. Cada una de las empresas cotizará por los conceptos retributivos computables que satisfaga al trabajador, con el límite que corresponda a la fracción del tope máximo que se le asigne.

Tercera. La base mínima correspondiente al trabajador, según su categoría profesional, se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicada para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo. Si al trabajador le correspondieran diferentes bases mínimas de cotización por su clasificación laboral se tomará para su distribución la base mínima de superior cuantía.

En cambio habrá pluriactividad cuando el trabajador está dado de alta en más de un Régimen, por lo que si se sucediese la suspensión laboral, el beneficiario tendrá derecho al subsidio por IT por cada uno de los regímenes en que causase baja y siempre que, reuniese las condiciones exigibles en cada uno de ellos⁶⁷⁸. De no reunir los requisitos para causar derecho a dos subsidios, resultará de aplicación la siguiente regla: *“Cuando el trabajador realice simultáneamente más de una actividad a tiempo parcial en los términos señalados en el apartado 1 del artículo 1 y se sumarán los días teóricos de cotización acreditados en las distintas actividades, tanto en las situaciones de pluriempleo como en las de pluriactividad en las que deba aplicarse el cómputo recíproco de cotizaciones”* (artículo 3.5 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial)⁶⁷⁹. Ahora bien, si el trabajador estuviese incapacitado para el desempeño de la actividad en uno de los regímenes, pero no del otro, ello no podrá dar lugar a la denegación de la prestación por parte del INSS⁶⁸⁰.

- Vacaciones.

Resulta conflictivo determinar cuál va a ser la base reguladora para la prestación económica por IT, cuando el mes anterior al inicio de la baja coincide con el de las vacaciones anuales habiéndose cotizado únicamente para ese periodo por el salario base⁶⁸¹.

b) Para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales:

Primera. El tope máximo de la base de cotización, establecido en 3.262,50 euros mensuales, se distribuirá entre todas las empresas en proporción a la remuneración abonada al trabajador en cada una de ellas.

Segunda. El tope mínimo de cotización se distribuirá entre las distintas empresas y será aplicado para cada una de ellas en forma análoga a la señalada para el tope máximo.

Tercera. La base de cotización será para cada empresa la que resulte conforme a lo señalado en el artículo 1, con los límites que se le hayan asignado, según las normas anteriores”.

⁶⁷⁸ Ver STS de 19 de febrero de 2002 (Ar. 4364).

⁶⁷⁹ Ver BOE número 284 de 27 de noviembre de 2002.

⁶⁸⁰ Ver STS de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/3651).

⁶⁸¹ Tan sólo caber precisa, ya que no se trata aquí del tema objeto de litigio, que el derecho a unas vacaciones anuales retribuidas aparece recogido en el art. 7.1 del Convenio número 132 de la OIT relativo a las vacaciones anuales pagadas, en donde se dice que: *“Toda persona que tome vacaciones de*

Es en este supuesto en donde la ambigüedad de la letra del artículo 13 del Decreto de 1972 más quebranta la finalidad última que pretende conseguir el legislador, que no es otra, que la de acomodación de la base de la prestación a la realidad socio-laboral del trabajador que se sitúa en incapacidad temporal⁶⁸². De tal forma que siguiendo el precepto legal, no se estaría cumpliendo con ese objetivo primordial de sustituir el salario dejado de percibir⁶⁸³ a cambio de un subsidio más o menos

conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado". A este respecto, el artículo 38 de nuestra actual ley del ET tan sólo se refiere a que el trabajador tendrá derecho a "un período de vacaciones anuales retribuidas, no susceptibles de compensación económica", sin precisar más a este respecto. Con esta literalidad tan poco precisa, resulta necesario acudir a la negociación colectiva o a la autonomía individual para saber cual va a ser la retribución que corresponda por este periodo vacacional (artículo 38.1 del ET). Ver en esta línea a MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*op.cit., página: 100; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y BRAVO FERRER: "Incapacidad temporal y Derecho a vacaciones", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2009, páginas: 65 y 66. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 151 y 152. En cualquier caso, lo que si queda claro es que estas percepciones no podrán ser sustituidas por una compensación financiera cuando en el momento de disfrute de las vacaciones anuales el trabajador se encontrase en situación de baja por IT, a excepción de cuando se produzca la conclusión de la relación laboral. Por lo tanto, tal como declara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de junio de 2012 (ILJ 585/2012): "...es pacífico que la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un periodo de ocio y esparcimiento. Tal finalidad difiere de la correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad. Este último derecho se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad... Por consiguiente, el trabajador tiene derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales retribuidas coincidentes con un periodo de baja por enfermedad en un período posterior, con independencia del momento en que haya sobrevenido esa incapacidad laboral".

Ver también con detenimiento, los estudios que realiza la profesora M^a Teresa Velasco Portero, acerca de las STCJE de 20 de enero de 2009, STS de 24 de junio de 2009 (N^o de recurso: 1542/2008) y la STSJ de 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda; en VELASCO PORTERO, M.T: "El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador", *Actualidad Laboral*, n^o1, 2010, páginas: 1 a 16. En este mismo sentido, véase los ensayos del profesor MIRANDA BOTO, J.M^a: "Vacaciones en Derecho Comunitario: compensación y posposición. Nota a la STSJCE de 6 de abril de 2006. Federatie Nederlandse Vakbeweging, asunto C-124/05", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2006, páginas: 639 a 643.

⁶⁸² GARCÍA BIGOLES, J.L: "La prestación económica en la situación de incapacidad temporal", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINACIÓN): *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, página: 265.

⁶⁸³ PÉREZ ALONSO, M. A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 45.

equivalente. Y es que recordemos, que la base reguladora se calculará sobre la base de cotización del mes que precede al comienzo de la IT, esto es el mes de vacaciones. Lo más probable suele ser que la base de cotización del mes en la que el trabajador haya disfrutado de sus vacaciones sea relativamente inferior, sobre todo cuando se trata de contingencias profesionales, en tanto que no se ha podido percibir determinados conceptos retributivos que normalmente se devengaban.

Ante este difícil dilema la doctrina se encuentra dividida, opinando de una parte, que lo más adecuado sería hacer un promedio de lo cotizado durante los últimos 365 días⁶⁸⁴, pero de otra parte, otro sector entiende que lo más justo sería retrotraer la búsqueda del período computable hasta el último mes trabajado efectivamente⁶⁸⁵. A mi parecer, la última de las opciones señaladas sería la más adecuada, ya que se ajustaría más al propósito que pretendió alcanzar el legislador de 1972 de adecuar la base reguladora a lo efectivamente percibido por el trabajador, siendo lo más cercano el último mes trabajado antes del inicio de las vacaciones anuales.

- Reducción de la jornada.

Se refiere al supuesto de que el trabajador solicite, por motivos personales, una reducción de su jornada laboral el mes previo al inicio de su período de incapacidad temporal⁶⁸⁶. Existe aquí un vacío de la norma reglamentaria, que debe ser integrado en aras a no producir

⁶⁸⁴ PÉREZ ALONSO, M. A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 45 y JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 319.

⁶⁸⁵ GARCÍA BIGOLES, J.L: "La prestación económica en la situación de incapacidad temporal"... op.cit., página: 265. BURGOS GINER, M^a. A: "La incapacidad temporal y la maternidad", *Cuadernos de Jurisprudencia Laboral y Seguridad Social de la editorial CISS*, número 9, 1999, página: 18. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 100; FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 152. En esta línea ver la STSJ de Madrid de 29 de abril de 1995 (Ar/1.308).

⁶⁸⁶ Ver a este respecto la STSJ de Aragón de 13 de noviembre de 2002 (JUR 2003/34), en donde se estudia el caso de una trabajadora, que tras haber dado a luz a un hijo solicitó una reducción de su jornada de trabajo para trabajar 26 horas semanales durante 12 días (desde el 19 de octubre al 31 de octubre de 1999), en vez de 40 horas como acostumbraba trabajar semanalmente. Transcurridos dichos días reanudó su jornada de trabajo a tiempo completo como lo había hecho normalmente. Sin embargo, el día 6 de noviembre de 1999 sufre un accidente de trabajo, que tiene por resultado el comienzo de un período de IT, percibiendo por los días que se encontraba de baja el subsidio correspondiente calculado sobre la base del mes de octubre.

situaciones injustas para el trabajador. Llegado este punto cabrían plantearse dos posibles soluciones: 1) hallar la base reguladora atendiendo a lo cotizado en el último mes o, 2) calcular la base reguladora atendiendo a los días efectivamente cotizados a jornada completa en el mes que se produce la situación de baja. La razón de esta última opción, se equipara por analogía, a lo previsto por el apartado tercero del Decreto 1646/1973 “para el supuesto de que el trabajador hubiese ingresado en el mismo mes en el que se produce la incapacidad temporal”. De tal manera que se asemeja el regreso a la jornada ordinaria, con el ingreso en la empresa cuando el trabajador aún no hubiese completado una mensualidad en los términos que señala la norma reglamentaria (artículo 13 apartado tercero). Se trata así, de acomodar proporcionalmente el subsidio al detrimento patrimonial que ha supuesto la baja⁶⁸⁷. A mi juicio, esta última línea debe ser la que debería seguirse en base a las razones ya argumentadas, por lo que resultaría más favorable al trabajador si se tiene en cuenta lo realmente cotizado en ese breve lapsus de tiempo. Además, debe tenerse en cuenta, que se trata de un trabajador que cotiza mensualmente y cuya antigüedad en la empresa es relativamente considerable como para tener sólo en cuenta sólo lo cotizado durante el mes previo a la inicio de la baja, en la que se operó una reducción de jornada.

- El subsidio por incapacidad temporal y la extinción del contrato de trabajo.

La problemática del tránsito de la prestación de IT al desempleo y viceversa, ha venido ocupando desde su incorporación al artículo 222 de la LGSS⁶⁸⁸ un papel fundamental, constituyendo actualmente, uno de los temas más controvertidos y reformados por la normativa social. En su redacción originaria, para evitar posibles situaciones concurrentes entre las situaciones de IT y desempleo, la LGSS estableció en un principio la sucesión de ambas prestaciones⁶⁸⁹. De esta forma, el trabajador que

⁶⁸⁷ En esta línea, véase la sentencia del TSJ mencionada en la nota a pie de página superior.

⁶⁸⁸ La regla general que prevé la incompatibilidad entre prestaciones fue recogida en su día, por el artículo 19 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto sobre protección por desempleo, y más tarde se incorporó a la actual Ley General de Seguridad Social de 1994. Ver CASTRO ARGÜELLES, M^a A: “La articulación de las situaciones de incapacidad temporal y/o maternidad con la extinción del contrato de trabajo y la situación de desempleo”, en VV.AA: *Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, página: 973.

⁶⁸⁹ CASTRO ARGÜELLES, M^a A: “La articulación de las situaciones de incapacidad temporal y/o maternidad con la extinción del contrato de trabajo y la situación de desempleo”... op.cit., página: 973. Así pues, el artículo 222 de la LGSS decía que: “cuando el trabajador se encuentre en situación de

estuviese en IT y que durante el disfrute de la misma se extinguiese su contrato de trabajo, no podía obtener la prestación por desempleo a la que tuviera derecho en tanto no finalizase la situación suspensiva de la relación laboral⁶⁹⁰. Se trataba de un tránsito prestacional, que tenía su fundamento en la finalidad de protección de dos situaciones de necesidad bien diferenciadas, de una parte, la alteración de la salud del sujeto que esté desempeñando una actividad profesional y que no pueda seguir persistiendo en su ejercicio a causa de la incapacidad temporal que ésta le ocasiona⁶⁹¹, y de otra parte, la falta de ocupación derivada de la pérdida o extinción de la relación laboral⁶⁹².

Con las subsiguientes reformas legislativas el panorama fue empeorando cada vez más, hasta el punto de que se recortó la duración y la cuantía de la protección que se dispensaba a los trabajadores en IT, así como en desempleo⁶⁹³, ahondándose aún más si cabe, en la diferenciación entre contingencias comunes y contingencias profesionales⁶⁹⁴. Concretamente, en aplicación del Apartado X de la

incapacidad laboral transitoria y durante ella se extinga su contrato, por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad laboral transitoria hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del periodo de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad laboral transitoria”.

⁶⁹⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H: “La concadenación entre la prestación contributiva por desempleo y la incapacidad temporal. Análisis del artículo 222 LGSS”, en VV.AA, *Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, página: 742. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J: “Problemas actuales de la incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, número 114, 2000, páginas: 9 y siguientes.

⁶⁹¹ BARCELÓN COBEDO, S: “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”, *Temas Laborales, revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº66, 2002, páginas: 210 y 212.

⁶⁹² GUALDA ALCALÁ, F.J: “Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001”, *Revista de Derecho Social*, número 18, 2002, páginas: 96. RAMOS MORAGUES, R: “Las relaciones de tránsito entre la Incapacidad Temporal y el Desempleo tras la Ley 40/2007, de Medidas en Materia de Seguridad Social”, VV.AA: *La reforma de la Seguridad Social. III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, página: 226.

⁶⁹³ GUALDA ALCALÁ, F.J: “Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001”...op.cit., páginas: 95 a 110.

⁶⁹⁴ TRILLO GARCÍA, A.R: “La reforma permanente continúa: la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, en VV.AA, MERCADER UGUINA, J.R y TRILLO GARCÍA, A.R

Recomendación 13ª del Pacto de Toledo, la disposición 34.10 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social⁶⁹⁵, se reformó el artículo 222 de la LGSS, dándose así por finalizada la sucesión de prestaciones para dar paso a la superposición de situaciones protegidas. Subyace como idea de fondo, la lucha contra el fraude y la concatenación abusiva entre las prestaciones de IT y desempleo⁶⁹⁶. Ya con la publicación de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, se modificó finalmente este artículo 222 de la LGSS para matizar aún más las diferencias existentes entre las situaciones derivadas de contingencias comunes, a las que se sigue considerando sospechosas y las derivadas de contingencias profesionales, que gozan de un trato más favorable⁶⁹⁷.

La determinación de la base reguladora y su tratamiento van a depender aquí del punto de partida en que se origine la situación de necesidad, esto es, si incapacitado el trabajador se produce la extinción del contrato de trabajo (IT-desempleo), o si por el contrario, estando el trabajador percibiendo la prestación por desempleo se produce la incapacidad

(DIRECTORES): *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2008, página: 68.

⁶⁹⁵ Ver BOE de 31 de diciembre de 2001.

⁶⁹⁶ CARDENAL CARRO, M y HIERRO HIERRO, F.J: “Nuevos retoques de la prestación de incapacidad temporal. Lucha contra el fraude, recorte de derechos y eliminación de situaciones de desprotección: ¿es posible todo al mismo tiempo?, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2008, página: 217. ALFONSO MELLADO, C.L: “Relaciones de la incapacidad temporal con otras prestaciones”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 18, 2008, página: 9. FERNÁNDEZ PRATS, C: “Cotizaciones durante la incapacidad temporal técnica y sus consecuencias en la acción protectora, un problema no resuelto tras la Ley 40/2007”, *Revista de Derecho Social*, nº 42, 2008, página: 109. FERNÁNDEZ PRATS, C: “Cotizaciones durante la incapacidad temporal técnica y sus consecuencias en la acción protectora, un problema no resuelto tras la Ley 40/2007”, en VV.AA: *La reforma de la Seguridad Social. III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, página: 215.

⁶⁹⁷ ALFONSO MELLADO, C.L: “Relaciones de la incapacidad temporal con otras prestaciones”... op.cit., página: 9. Influyó de manera considerable para el surgimiento de la ley 40/2007, el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno y las organizaciones sindicales (UGT y CCOO) y empresariales más representativas (CEOE y CEPYME).

FERNÁNDEZ PRATS, C: “Cotizaciones durante la incapacidad temporal técnica y sus consecuencias en la acción protectora, un problema no resuelto tras la Ley 40/2007”... op.cit., página: 112. FERNÁNDEZ PRATS, C: “Cotizaciones durante la incapacidad temporal técnica y sus consecuencias en la acción protectora, un problema no resuelto tras la Ley 40/2007”, en VV.AA... op.cit., página: 219.

temporal (desempleo-IT)⁶⁹⁸. Por esta razón se va a diferenciar a continuación y por separado ambas situaciones.

En primer lugar, cuando durante la IT se extingue el contrato de trabajo, establece la ley, que el sujeto continuará percibiendo la prestación por incapacidad temporal hasta que finalice la relación laboral, momento a partir del cual percibirá la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la que obtendría de estar en situación legal de desempleo contributivo⁶⁹⁹. Por tanto, durante el tiempo de duración de la situación inhabilitante, la prestación que recibirá el trabajador será la de IT, no la desempleo y en consecuencia será la Entidad Gestora responsable de la prestación la que deberá abonar en su caso (INSS o Mutua de accidente de trabajo) el subsidio correspondiente⁷⁰⁰. Si bien habrá de recalcularse la base reguladora de acuerdo a las reglas previstas para el desempleo⁷⁰¹, es decir, se tomará el promedio de lo cotizado en los 180 días anteriores al hecho causante, incluyéndose las cotizaciones efectuadas durante la IT (artículo 210 de la LGSS). Además se descontará de la prestación por desempleo, como ya consumido, el

⁶⁹⁸ BARCELÓN COBEDO, S: “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”... op.cit., página: 210.

⁶⁹⁹ Antes de la reforma por Ley 24/2001, el trabajador que estando de baja por IT viese extinguida su relación laboral, cesaría del disfrute de la primera de estas prestaciones para pasar a ser perceptor de la prestación por desempleo. De ahí que frente a la incompatibilidad anterior se hable ahora de superposición de prestaciones. Ver BARCELÓN COBEDO, S: “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”... op.cit., página: 215.

⁷⁰⁰ Se argumenta en la STJ de Cantabria, de 15 de julio de 2005 (AS 2005, 1916) lo que sigue: “...esta Sala considera que en la medida en que voluntariamente la Mutua asume el pago de la prestación de incapacidad temporal con la consiguiente reducción de las cotizaciones, es también sobre la que únicamente debe recaer la obligación de pago de la prestación económica, hasta tanto en cuanto se produzca su extinción por causa legal. Dicho de otro modo, no puede liberarse de esta obligación por la extinción del contrato de trabajo, porque este fin de la relación laboral no extingue el derecho al subsidio, ni altera el sujeto responsable del pago del mismo; lo esencial es la existencia del aseguramiento en el momento de producirse el hecho causante”. Ver con más detenimiento el comentario que a esta sentencia realiza la profesora PÉREZ CAMPOS, A. I: “Responsabilidad en el abono de la prestación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato de trabajo: comentario a la STSJ Cantabria, de 15 de julio de 2005 (AS 2005, 1916)”, *Aranzadi Social*, nº3, 2005, páginas: 2474 a 2477.

⁷⁰¹ BARCELÓN COBEDO, S: “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”... op.cit., páginas: 213 y 214. ALFONSO MELLADO, C.L: “Relaciones de la incapacidad temporal con otras prestaciones”... op.cit., página: 10.

tiempo que el trabajador permanezca en IT desde que se extinguió la relación contractual⁷⁰². Ahora bien, solamente resultará de aplicación esta regla para el supuesto de que se trate de IT producida por contingencias comunes, pero no cuando la causa sea debida a contingencias profesionales⁷⁰³. De esta forma, con la última reforma de 2007 se vuelve nuevamente a las medidas introducidas por la Ley 24/2001, para los supuestos de IT que provengan de accidente de trabajo, enfermedad profesional y periodo de observación⁷⁰⁴. Aunque ello suponga una mejora para las situaciones de incapacidad transitoriamente ocasionadas por riesgos profesionales, implica también un retroceso, puesto que no se incluyen las situaciones de IT derivados de contingencias comunes⁷⁰⁵. Todo ello agrava aún más el cuadro de diferencias existentes entre ambos riesgos, alejándose claramente la norma, sin motivo alguno, del principio de consideración conjunta de las contingencias que tanto inspiró en su origen al sistema de Seguridad Social⁷⁰⁶.

⁷⁰² RAMOS MORAGUES, R: "Las relaciones de tránsito entre la Incapacidad Temporal y el Desempleo tras la Ley 40/2007, de Medidas en Materia de Seguridad Social", VV.AA... op.cit., página: 230, "*ello implica, que el día a quo para el cálculo de la cuantía y la duración de la prestación por desempleo será el día siguiente al de la extinción de la relación laboral*".

⁷⁰³ Ver artículo 222.1 de la LGSS tras la nueva redacción dada por la Ley 40/2007 y STS de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008/3483). Ahora con la nueva regulación, cuando se trate de una IT derivada de contingencias profesionales, el trabajador mantendrá la prestación en la misma cuantía que venía percibiéndola con anterioridad a la extinción de la relación laboral. Por lo que si viese extinguida la prestación temporal, pasará entonces a una situación de desempleo (siempre que tenga derecho), no descontándose por ésta última lo consumido por IT. De esta forma no se producirá una minoración en de la duración de la prestación por desempleo. ALFONSO MELLADO, C.L: "Relaciones de la incapacidad temporal con otras prestaciones"... op.cit., página: 13. TRILLO GARCÍA, A.R: "La reforma de la incapacidad temporal"...op.cit., páginas: 67 y 68.

⁷⁰⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E: "De la incapacidad temporal al desempleo tras la reforma de la Ley 40/2007", *Actualidad Laboral*, número 18, Tomo II, 2008, páginas: 2169 y siguientes. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: "Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal"... op.cit., página: 109.

⁷⁰⁵ CARDENAL CARRO, M: "De nuevo retocando la regulación de la incapacidad temporal", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, página: 833. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: "Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal"... op.cit., página: 109.

⁷⁰⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 189.

Desde un punto de vista jurídico, la solución que ofrece el legislador de yuxtaponer o dicho de otra manera, de mantener simultáneamente dos prestaciones, IT y desempleo⁷⁰⁷, resulta claramente contradictoria y perjudicial para el trabajador. Conceptualmente hablando, no se explica como una persona incapacitada para trabajar puede, durante el tiempo que consume tras la extinción de la relación laboral, encontrarse en situación legal de desempleo, ya que si no tiene capacidad para trabajar no resultará posible por ejemplo, que participe en programas de inserción y perfeccionamiento profesional, al igual, que tampoco podría concurrir a ofertas de empleo... etcétera, a diferencia del sujeto desempleado y que si se encuentra con sus aptitudes intactas⁷⁰⁸. Por lo que en ésta situación de tránsito entre una y otra prestación, solamente sería aceptable si se admitiese la condición de desempleado sin aptitud para trabajar⁷⁰⁹.

Dicha regulación ha provocado como consecuencia, una disminución del periodo de duración de la prestación por desempleo y una reducción de la cuantía de la prestación así como del porcentaje a aplicar (desarrollado en el apartado 2.3. Porcentaje aplicable, dentro del punto 2 de este mismo capítulo). Y es que como opina la doctrina, todo esa frustración del legislador por reducir los índices de gasto y fraude en el disfrute de la prestación por IT producida por contingencias comunes, ante la inoperancia de los mecanismos de control establecidos, se ha visto claramente reflejada en esta reforma tan agresiva y discriminatoria en la que el tiempo de incapacidad temporal consume al de desempleo⁷¹⁰.

⁷⁰⁷ La doctrina ha venido a calificar esta situación como “una situación o estadio híbrido entre las prestaciones de IT y desempleo”. Ver BARCELÓN COBEDO, S: “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”... op.cit., página: 219. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E: “De la incapacidad temporal al desempleo tras la reforma de la Ley 40/2007”... op.cit., página: 2179. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 186.

⁷⁰⁸ GUALDA ALCALÁ, F.J: “Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001”...op.cit., página: 112.

⁷⁰⁹ BARCELÓN COBEDO, S: “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”... op.cit., página: 219. ÁLVAREZ CUESTA, H: “La concadenación entre la prestación contributiva por desempleo y la incapacidad temporal. Análisis del artículo 222 LGSS” ... op.cit., página: 746.

⁷¹⁰ GUALDA ALCALÁ, F.J: “Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001”...op.cit., página: 101. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”... op.cit., página: 110.

Tras la promulgación de la Ley 24/2001, se ha cuestionado la doctrina concretar quienes van a ser los sujetos que se beneficien de esta protección. A este respecto, de la lectura atenta del artículo 222.1 de la LGSS se deduce que serán los beneficiarios de esta protección todos los trabajadores cuenta ajena⁷¹¹ que se encuentren de baja por IT y durante la misma se extinga su relación laboral, aun cuando no cumplan los requisitos de acceso a la protección por desempleo o se traten de colectivos que no tienen reconocida la protección por esta contingencia⁷¹². Parece claro entonces, que el objetivo del artículo 222 de la LGSS es abarcar dentro de su ámbito de aplicación, tanto las situaciones de desempleo contributivo como asistencia⁷¹³. Una vez finalizada la situación de IT, pasarán entonces a ser perceptores de la prestación por desempleo todos aquellos trabajadores que reuniesen los requisitos exigidos para tal fin⁷¹⁴.

Ahora bien, si el trabajador hubiese solicitado el percibo de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, entiendo que de la

⁷¹¹ No resultará este artículo aplicable a los trabajadores por cuenta propia que agoten su IT más allá del cese. Ver PANIZO ROBLES, J.A: “Las últimas modificaciones en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social (Comentario a la Ley de acompañamiento para el año 2002)”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2002, página: 1241.

⁷¹² Como es el caso de los consejeros y administradores societarios (asimilados a los trabajadores por cuenta ajena por el artículo 97.2 k) de la LGSS, pero sin protección por desempleo y Fondo de Garantía Salarial).

⁷¹³ Ver PANIZO ROBLES, J.A: “La Seguridad Social en el año 2000 (modificaciones introducidas por la Ley de Presupuesto y de Acompañamiento y en el Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 227/2002, página: 40. BARCELÓN COBEDO, S: “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”... op.cit., página: 216. CASTRO ARGÜELLES, M^a A: “La articulación de las situaciones de incapacidad temporal y/o maternidad con la extinción del contrato de trabajo y la situación de desempleo”... op.cit., páginas: 977 a 980. GUALDA ALCALÁ, F.J: “Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001”...op.cit., página: 100. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 185.

⁷¹⁴ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 185.

cuantía de esta prestación⁷¹⁵ habrá de deducirse lo que le corresponda al periodo por IT desde la extinción de la relación laboral⁷¹⁶.

Para el periodo de Incapacidad Temporal “técnica”, esto es, cuando el trabajador incapacitado vea alargada su IT más allá del periodo de extinción del contrato de trabajo, establece el artículo 222.1 segundo párrafo de la LGSS⁷¹⁷, que las cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes deberán ser asumidas en su totalidad por el SPEE⁷¹⁸, incluidas las aportaciones que debiera realizar el trabajador por el tiempo consumido⁷¹⁹. Esta obligación se mantendrá aun cuando el trabajador no hubiese solicitado el percibo de la correspondiente prestación por desempleo⁷²⁰. Por lo que para evitar vacíos o lagunas en la determinación⁷²¹ de la base reguladora de aquellos trabajadores, que sin solución de continuidad, pasen a una situación de incapacidad permanente, jubilación, muerte o supervivencia, se incluirán en el cálculo de la prestación que corresponda el periodo transcurrido en situación de IT “técnica”⁷²². De forma que se otorga distinto tratamiento a las situaciones de desempleo que se produzcan una vez extinguida la

⁷¹⁵ Con independencia de que se trate de un desempleo contributivo o asistencial.

⁷¹⁶ GUALDA ALCALÁ, F.J: “Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001”...op.cit., página: 122. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 188.

⁷¹⁷ Redacción que fue introducida por la reforma de la Ley 24/2001.

⁷¹⁸ Este importe se calculará sobre el promedio de las bases de cotización por desempleo efectuadas en los seis últimos meses de ocupación cotizada.

⁷¹⁹ Ver artículo 106 de la LGSS. PÉREZ ALONSO, M.A: “La Incapacidad Temporal y los Subsidios por Desempleo tras las recientes reformas en materia de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, Tomo II, 2002, página: 228. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”... op.cit., página: 110.

⁷²⁰ TRILLO GARCÍA, A.R: “La reforma de la incapacidad temporal”...op.cit., página: 67.

⁷²¹ Esto es periodos en los que no se cotiza o dicho de otra manera, periodos de paréntesis.

⁷²² MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”... op.cit., página: 111. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 192 y 193. De esta forma además, los trabajadores no verán mermadas sus bases de cotización a la hora del cálculo de dichas pensiones por el hecho de no haber efectuado cotizaciones el SPEE mientras permanecían de baja laboral.

relación laboral (desempleo “legal”), frente a aquellas en las que no llega a causarse la protección por desempleo (desempleo “real”) ⁷²³.

No obstante a lo anterior, el Tribunal Supremo afirma que para estos supuestos no debe aplicarse la teoría del paréntesis, tal y como hasta ahora se ha sostenido, sino ha pasado el trabajador a situación legal de desempleo. El TS diferencia a este respecto dos posibles situaciones: la del trabajador que estando en IT ve extinguido su contrato de trabajo y permaneciendo en situación de IT no pasa a causar derecho a prestaciones por desempleo y, la del trabajador que estando en IT y ve extinguido su contrato de trabajo pasa después a percibir prestaciones por desempleo. Para el primer caso, prevé este tribunal que cuando haya de computar dicho periodo para el cálculo de la base reguladora, deberá regir la regla del artículo 140.4 de la LGSS para los trabajadores mayores de dieciocho años, o sea, el cómputo de las bases mínimas. Mientras que para el segundo caso, si entiende el TS que debe aplicarse la teoría del paréntesis, en virtud de la cual el SPEE cotizará a efectos ulteriores por el periodo descontado ⁷²⁴. Por lo que a efectos de las futuras prestaciones por incapacidad permanente, jubilación, muerte o supervivencia, sin computarán en la base reguladora el tiempo transcurrido en IT técnica ⁷²⁵.

En segundo lugar, cuando se produzca la IT durante el disfrute de la prestación por desempleo total ⁷²⁶, las reglas que resultarán de aplicación serán las mismas que hasta ahora se han visto, esto es, el trabajador percibirá la prestación por IT en cuantía igual a la de desempleo (artículo

⁷²³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 193.

⁷²⁴ Ver el Fundamento de Derecho segundo de la STS de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008/3483). En esta misma línea, las sentencias del TS de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008/3476), 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/5098), 14 de octubre de 2008 (RJ 2008/7650), 25 de febrero de 2009 (RJ 2009/2578) y 15 de marzo de 2010 (RJ 2010/3876), entre otras.

⁷²⁵ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 193 y 194.

⁷²⁶ Ante el silencio de la norma sobre cual va a la regla a aplicar para los trabajadores a tiempo parcial, parece que lo más lógico sea utilizar lo previsto en el artículo 222.2 de la LGSS con carácter general. Ver GUALDA ALCALÁ, F.J: “Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001”...op.cit., páginas: 121 y 122. CASTRO ARGÜELLES, M^a A: “La articulación de las situaciones de incapacidad temporal y/o maternidad con la extinción del contrato de trabajo y la situación de desempleo”... op.cit., páginas: 986 y 987. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 123.

222. 3 de la LGSS)⁷²⁷. Así que del mismo modo que en el apartado anterior, la prestación que percibirá el trabajador representará a la de incapacidad temporal, aunque la cuantía se corresponda con la de desempleo y sea el SPEE por pago delegado la Entidad Gestora⁷²⁸ responsable de su abono (artículo 206. 1b) y 214 de la LGSS)⁷²⁹. La prestación por desempleo no se va a ver aquí alargada en el tiempo por el surgimiento de una incapacidad temporal, de ahí que no resulte extraña la posibilidad de que el trabajador permaneciese de baja por IT después de consumido el periodo por desempleo⁷³⁰. Dicho de otra forma, que la incapacidad temporal se prolongue más allá del término final de la prestación por desempleo.

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre ha introducido importantes modificaciones en este punto, diferenciando dos posibles situaciones que dependen de si la incapacidad temporal constituye recaída de un proceso anterior, o si por el contrario, se trata de un nuevo proceso de IT⁷³¹. Antes de esta reforma, el término recaída era considerado como

⁷²⁷ Antes de la entrada en vigor de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre sobre Desempleo, incapacidad temporal y maternidad por la que se modificó la disposición final 3ª de la Ley 42/1994, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE, número 313 de 31 de diciembre de 1994), se decía que: *“cuando el trabajador estuviese percibiendo la prestación por desempleo total y pasara a la situación de maternidad percibirá la prestación por esta última contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo salvo que la que le correspondiera por maternidad fuera superior”*. Aunque solamente se regulaban en esta disposición las posibles situaciones de concurrencia entre el desempleo y la maternidad, esta regla resultaba también aplicable para las de IT.

⁷²⁸ La responsable directa del abono de esta prestación es el INSS o la MATEP. Si bien cuando se trate de una IT que provenga de accidente no laboral o enfermedad común, durante los tres primeros días de baja, el trabajador mantendrá su condición de desempleado en los mismos términos. Y a partir del cuarto día de baja, ya si pasará el trabajador a disfrutar de la incapacidad temporal debiendo el SPEE por pago delegado abonarle la correspondiente prestación.

⁷²⁹ BARCELÓN COBEDO, S: *“El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”*... op.cit., páginas: 973 y 974. Hay que tener en cuenta también los apartados 3 y 4 del artículo 214 de la LGSS, en donde se dice: *“Cuando se haya extinguido la relación laboral, la cotización de la Seguridad Social no comprenderá las cuotas correspondientes a desempleo, accidente de trabajo, enfermedad profesional, FOGASA y formación profesional”* (apartado tercero) y, *“Durante la percepción de la prestación por desempleo, la aportación del trabajador a la Seguridad Social se reducirá en un 35 por 100...”* (apartado cuarto).

⁷³⁰ ALFONSO MELLADO, C.L: *“Relaciones de la incapacidad temporal con otras prestaciones”*... op.cit., página: 13.

⁷³¹ Ver artículo 222. 3 de la LGSS.

parte de un único proceso de IT⁷³², lo cual acarrea importantes consecuencias a la hora de calcular la base reguladora, ya que no sólo se tenía en cuenta las cotizaciones efectuadas con anterioridad al momento del hecho causante (incluidas las cotizaciones durante el periodo de desempleo), sino que además los porcentajes eran los mismos a aplicar⁷³³. A día de hoy este concepto ha cambiado, por lo que ahora se entiende por recaída, aquella situación en la que el trabajador vuelve a enfermar a causa de las mismas dolencias que motivaron la vez primera, sin haber transcurrido más de seis meses desde entonces⁷³⁴.

En este sentido, si la IT constituye recaída en un proceso anterior, no se producirán cambios en la base reguladora, recibiendo el trabajador la prestación por incapacidad temporal en la misma cuantía que por la de desempleo. Si por el contrario, durante el periodo de desempleo total pasase el trabajador a una situación de IT que no constituya recaída de un proceso anterior comenzado durante la vigencia del contrato de trabajo, en principio no se producirán cambios. Ahora bien, si la IT superase la duración prevista para el desempleo, el trabajador pasará a percibir la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual al 80% del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual (IPREM)⁷³⁵, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias (artículo

⁷³² BARCELÓN COBEDO, S: "El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo"... op.cit., página: 225.

⁷³³ Por contingencias comunes, el porcentaje que le corresponde al trabajador desde el cuarto día de baja es del 60% y desde vigésimo primer día de baja en adelante el 75%. Si se tratasen de contingencias profesionales, el porcentaje será del 75% a partir del día siguiente al de la baja.

⁷³⁴ Ver STS de 14 de mayo de 2007 (RJ 2007/6960): "*una misma enfermedad dará lugar a recaída cuando después del alta se produzca una nueva baja, sin seis meses intermedios de actividad; y producirá un nuevo periodo cuando desde el alta hasta la nueva baja, transcurra un periodo de actividad superior a seis meses*".

⁷³⁵ Para el año 2012, a falta de previsión por nueva la Ley de Presupuestos Generales del Estado se entiende que el IPREM será el mismo que para el año 2011:

- IPREM diario: 17,75 euros/día.
- IPREM mensual: 532,51 euros/mes.
- IPREM anual: 6.390,13 euros/año.
- IPREM en cómputo anual (incluye prorata de pagas extraordinarias): 7.455,14 euros.

222.3 de la LGSS)⁷³⁶. De esta forma la cuantía de la prestación, con independencia de si el tiempo de IT supera o no al de desempleo, es la misma que para el desempleo⁷³⁷. De nuevo el legislador opta por recortar de forma abusiva la protección que dispensa el sistema de Seguridad Social ante dos situaciones de necesidad distintas⁷³⁸.

- Artistas y profesionales taurinos.

Como ya vimos en el capítulo II de este trabajo, los regímenes especiales de artistas y profesionales taurinos aparecen integrados desde 1986 en el Régimen General de la Seguridad Social. Debido pues a su tardía incorporación y a la especialidad que constituye la prestación de sus servicios, la legislación propia de estos colectivos presenta igualmente algunas particularidades en cuanto al cálculo de la base reguladora⁷³⁹.

El artículo 10.2 del RD 2621/1986, de 24 de diciembre por el que se integran en el RGSS éstos colectivos, establece para los artistas lo siguiente: *“A efectos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas de incapacidad laboral transitoria..., se tendrá en cuenta el promedio de las bases de cotización de los doce meses anteriores al hecho causante”*. Ahora bien, para el supuesto de que no haya cotizado durante los 365 días anteriores al hecho causante de la IT, añade la Orden de 30 de noviembre de 1987 por la que desarrolla el RD 2621/1986, que habrá de tenerse en cuenta: *“... el promedio diario del período de cotización que se acredite, si este es inferior a un año”*.

⁷³⁶ Redacción que ha sido incorporada por la Disposición final 1ª.3 del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía (BOE de 26 de junio de 2004). Ver STS de 14 de mayo de 2007 (RJ 2007/6960).

⁷³⁷ PÉREZ ALONSO, M^a A: “La Incapacidad Temporal y los Subsidios por Desempleo tras las recientes reformas en materia de Seguridad Social”... op.cit., página: 231.

⁷³⁸ BARCELÓN COBEDO, S: “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”... op.cit., páginas: 222 y 223. GUALDA ALCALÁ, F.J: “Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001”...op.cit., páginas: 122 a 124.

⁷³⁹ Véase Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los regímenes especiales de la Seguridad Social de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el régimen general, así como se procede a la integración de régimen de escritores de libros en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos. También la Orden de 30 de noviembre de 1987, por la que se desarrolla el RD de 1986.

El artículo 17.2 de esta misma normativa recoge para los regímenes especiales de los toreros, que: *“La base de cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria y que servirá de reguladora para el cálculo de la prestación correspondiente, será la que resulte de dividir por 365 la cotización anual total anterior al hecho causante, o el promedio diario del período de cotización que se acredite si éste es inferior al año”*.

Para ambos colectivos la Orden de 30 de noviembre de 1987, señala que para el cálculo de la base reguladora por período inferior a doce meses habrá de tenerse en cuenta el límite que dice su artículo 5: *“En ningún caso el promedio diario que resulte podrá ser inferior, en cómputo mensual, a la base mínima de cotización que en cada momento corresponda a la categoría profesional del artista o profesional taurino”*.

- Trabajadores contratados para la formación y aprendizaje⁷⁴⁰.

Los trabajadores que disfruten de un contrato para la formación tienen derecho a la protección por incapacidad temporal, al igual que el resto de trabajadores, aunque con algunas particularidades⁷⁴¹. Si bien señala la ley que esta protección será concedida en igual extensión, términos y condiciones que en el Régimen General (art. 15.1 del RD 488/1998, de 27 de marzo por el que desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos).

⁷⁴⁰ Para los trabajadores en formación y aprendizaje dispone la nueva ley 3/2012, de 6 de junio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en cuanto al cómputo de la duración del contrato lo siguiente: *“...en estos contratos las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad no interrumpirán el cómputo de la duración del contrato”* (Disposición final novena de la Ley 3/2012).

⁷⁴¹ Por miedo al fraude en cuanto al cobro de la prestación por incapacidad temporal el artículo 15.2 del RD 488/1998 recoge que: *“El subsidio de incapacidad temporal en caso de enfermedad común o accidente no laboral se abonará mientras el beneficiario se encuentre en esa situación. Si transcurridos treinta días desde la finalización del contrato persistiese la situación de incapacidad y, por ello, la percepción de la prestación económica correspondiente, el beneficiario será objeto de un examen médico para dictaminar sobre la persistencia de la causa incapacitante. Si, como consecuencia de dicho reconocimiento, el trabajador continuara percibiendo la prestación por incapacidad temporal, a los tres meses, contados desde la finalización del contrato se procederá a un nuevo examen médico con el objeto de dictaminar sobre la procedencia de la continuación del proceso de incapacidad temporal.*

Igualmente, se procederá a realizar el correspondiente examen médico en el supuesto de que, da do de alta el trabajador en el proceso de incapacidad temporal, se produjese una recaída.

Estos exámenes médicos serán realizados por médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social”.

Surge la duda de cómo habrá de calcularse el subsidio de la IT, ya que para este tipo de contrato, las cotizaciones se efectúan en una cuota única mensual⁷⁴² independiente de la retribución que perciba el trabajador⁷⁴³. A este respecto el artículo 16 del RD 488/1998, establece que para la determinación de la base reguladora: “... se tomará como base de cotización el 75 por 100 de la base mínima de cotización que corresponda”. Sin embargo, no queda muy claro en este punto a que se refiere la ley con la expresión, “la base mínima de cotización que corresponda”. De ahí que más lógico sea pensar, que se trata de la base mínima de cotización que para categoría profesional fija la Ley de Presupuesto Generales del Estado⁷⁴⁴.

El RD 488/1998 no establece en ningún momento como habrá de calcularse la base reguladora para la IT derivada de contingencias profesionales, sino como se ha visto, lo único que hace es establecer

⁷⁴² Para el año 2012, las cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores que han firmado un contrato en formación y aprendizaje se pueden ver en el artículo 44 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012.

No obstante la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en su artículo 3.1 titulado “Reducciones de cuotas en los contratos para la formación y el aprendizaje”, añade a todo este panorama lo siguiente: “ *Las empresas que, a partir de la entrada en vigor de esta ley celebren contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo, tendrán derecho, durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas, a una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, correspondientes a dichos contratos, del 100 por cien si el contrato se realiza por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por ciento, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra.*”

Asimismo, en los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados o prorrogados según lo dispuesto en el párrafo anterior, se reducirá el 100 por cien de las cuotas de los trabajadores a la Seguridad Social durante toda la vigencia del contrato, incluidas las prórrogas”.

⁷⁴³ GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social Español...* op.cit., página: 207. GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página: 3. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 167 y 168.

⁷⁴⁴ PANIZO ROBLES, J.A: “Los contratos a tiempo parcial y par la formación: su incidencia en la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, número 183, 1998, página: 14. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*op.cit., página: 107. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 167.

una regla general para todas las prestaciones. Por lo que en este sentido caben dos interpretaciones, por una parte, se habrá de tomar el 75% de la base mínima de lo cotizado en el mes previo a la IT sin contabilizar las horas extraordinarias, y por otra parte, se habrá de llevar a cabo esto mismo que acabamos de indicar pero incluyendo el prorrateo de las horas extraordinarias. Entiendo, que la solución correcta sería la segunda de las posibilidades expuestas, ya que se aproxima más a la idea que pretende alcanzar el legislador de otorgar esta prestación en igualdad de condiciones que la de los trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social (artículo 15.1 del RD 488/1998)⁷⁴⁵. No obstante, no se llega a entender porque la ley disminuye la intensidad de la acción protectora hasta un 75% de la base mínima vigente de cotización para estos trabajadores⁷⁴⁶, cuando precisamente, líneas más arriba, el artículo 15.1 del RD de 1998 señalaba que la prestación económica se concederá en igual extensión, términos y condiciones que en el Régimen General. Tal vez el motivo se deba al bajo nivel de ingresos que estos trabajadores reciben, en comparación con el resto de trabajadores, y por consiguiente, al pequeño nivel de cotizaciones sociales que destinan al sistema de Seguridad Social⁷⁴⁷.

- Trabajadores a tiempo parcial con contrato de relevo o con contrato fijo discontinuo.

La normativa que regula los aspectos de Seguridad Social de los trabajadores con un contrato a tiempo parcial, contrato de relevo o contrato fijo discontinuo, resulta ser el RD 1131/2002, de 31 de octubre⁷⁴⁸. Esta regulación goza de ciertas especialidades en cuanto a la determinación de la base reguladora por IT, de ahí que en su artículo 4 distinga tres posibles situaciones: 1. Cuando se realice el pago de la prestación por el empresario a través del sistema de pago delegado; 2.

⁷⁴⁵ En esta misma línea ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 167 y 168.

⁷⁴⁶ BARBA MORA, A: *Incapacidad laborales y Seguridad Social...*op.cit., página: 71.

⁷⁴⁷ Opina la profesora Celia Fernández Prats, que quizás el motivo se deba a que “*en el anterior contrato de aprendizaje, el inmediato directo para el contrato para al formación, no gozaba de protección por incapacidad temporal, excepto cuando derivaba de contingencias profesionales*”, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 168.

⁷⁴⁸ Ver BOE núm.284 de 27 de noviembre de 2002.

Cuando por interrupción de la actividad, asuma en su caso la Entidad gestora o la Entidad colaboradora el pago de la prestación y; 3. Cuando por extinción del contrato de trabajo, el pago de la prestación deba ser asumido directamente por la Entidad gestora o Entidad colaboradora.

En primer lugar, cuando este vigente la relación laboral: *“La base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período”*⁷⁴⁹. Así pues, no se tienen en cuenta aquí los días trabajados con independencia del número de horas de trabajo efectivo, sino los días teóricos por aplicación de la regla contenida en el art. 3.1 de esta misma legislación⁷⁵⁰. Dicho de otra manera, se abonará la prestación económicamente únicamente para aquellos días en los que el beneficiario debiera haber trabajado y no todos los días naturales en que éste se halle de baja por IT⁷⁵¹.

Además de lo expuesto, se observa como a diferencia de lo que ocurre con el contrato a tiempo completo, en el trabajo a tiempo parcial se tiene en cuenta un periodo de tiempo mayor (de tres meses) para la determinación la base reguladora, en vez de el mes previo al de la baja como sucede con la primera de las modalidades contractuales indicadas. Según señala la doctrina, la finalidad de tal previsión no es otra que la de potenciar la jornada efectivamente realizada por el trabajador⁷⁵².

⁷⁴⁹ Artículo 4.1 letra a) del RD 1131/2002, de 31 de octubre.

⁷⁵⁰ En el artículo 3.1 se dice: *“... se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales.*

Cuando para poder causar la prestación de que se trate, excepto las pensiones de jubilación e incapacidad permanente a las cuales será de aplicación lo establecido en el apartado 2 de este artículo, el período mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo”.

⁷⁵¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 170.

⁷⁵² CABEZA PEREIRO, J y LOUSADA AROCHENA, J.F: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, Comares, 1999, página: 172. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página: 320.

En segundo lugar, en el caso de que estando el trabajador de baja por IT se interrumpiera el disfrute de la actividad y asumiese: “...*la Entidad gestora o, en su caso, Entidad colaboradora el pago de la prestación, se calculará de nuevo la base reguladora de ésta. A dicho fin, la base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período*”⁷⁵³. A diferencia del supuesto precedente, en este segundo caso no perdura la relación laboral, sino que como se ha visto se encuentra interrumpida. No obstante, resulta necesario interpretar cuales son los dos conceptos que se tienen en cuenta a la hora de calcular la base reguladora. Así pues y de una parte, dice el RD 1131/2002 que el dividendo estará constituido por “*la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores*”. Sin embargo, no queda muy claro si a lo que se está refiriendo el real decreto es a las cotizaciones que se corresponda como días de trabajo en la empresa o, a todas las cotizaciones efectuadas durante ese periodo, aun cuando éstas se correspondan con las cotizaciones efectuadas durante la percepción de la prestación contributiva de desempleo. La doctrina ya ha resuelto este orden de cuestiones, entendiendo que a lo que se refiere el RD 1131/2002 es a todas las cotizaciones efectuadas en la empresa, tanto las que se refieren al período de trabajo en la empresa, como aquellas en las que tanto el trabajador, como el Servicio Público Estatal de Empleo (SPEE)⁷⁵⁴ hubiese estado cotizando por la prestación de desempleo contributivo⁷⁵⁵. Y es que la intención del legislador no es otra, que la de que la base reguladora se acerque en lo máximo posible a las cotizaciones reales previas del trabajador. Por lo que haciendo una interpretación integradora del artículo 4.1b) del RD 1131/2002, se debe considerar aquí el término empresa como equivalente del SPEE⁷⁵⁶.

⁷⁵³ Artículo 4.1 letra b) del RD 1131/2002, de 31 de octubre.

⁷⁵⁴ En sustitución de la parte empresarial.

⁷⁵⁵ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 172 y 173.

⁷⁵⁶ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 110. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 173.

De otra parte y como divisor para el cálculo de la base reguladora, computarán tan sólo el número de días naturales, no los días efectivamente trabajados y cotizados. Razón por la cual la base reguladora resultará ser en este supuesto inferior⁷⁵⁷, no obstante, para compensar tal disminución, la prestación será abonada todos los días naturales en que el trabajador se encuentre de baja por IT⁷⁵⁸.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la antigüedad del trabajador en la empresa es menor a tres meses?, en ese caso dice la ley que: “... *la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan*” (artículo 4.1 letra b) del RD 1131/2002, de 31 de octubre). Recuérdese que esta previsión se hace para el supuesto en que se haya interrumpido la relación laboral y sea la Entidad gestora o colaborada la que asumiera el pago de la prestación, pero no para cuando se encuentre el trabajador prestando servicios en la empresa. Por lo que por analogía entiendo que debería hacerse igualmente extensible esa regla para esta última posibilidad⁷⁵⁹.

La inclusión o no de las horas extraordinarias, a efecto de la determinación de la base reguladora de la prestación económica por IT de los trabajadores a tiempo parcial, se ha convertido desde la publicación del RD 1131/2002 en uno de los interrogantes más debatidos por la doctrina. La razón se debe a que el RD de 2002 guarda un absoluto silencio al no declinarse ni a favor ni en contra de la inclusión de estas horas extra, por lo que finalmente ha tenido que ser la

⁷⁵⁷ Como bien expone la profesora GARCÍA VALVERDE, M.D: “*Se trata de un trato desigual carente de justificación por beneficiar más a quien con las mismas horas de trabajo las tiene repartidas a lo largo de la semana y no concentradas en uno o dos días. De esta forma, en el primer caso, percibirá las prestaciones casi todos los días; y en cambio, en el segundo supuesto, sólo en aquéllos donde se concentra su trabajo*”. Ver GARCÍA VALVERDE, M.D: *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social Español...* op.cit., página: 208.

⁷⁵⁸ CABEZA PEREIRO, J y LOUSADA AROCHENA, J.F: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial...* op.cit., págin: 174. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página: 320. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*op.cit., página: 109. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 170.

⁷⁵⁹ En esta misma línea ver, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 108 y; FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 172.

doctrina la que se pronuncie a este respecto⁷⁶⁰. Sin embargo y después de varios años de conflictiva polémica, esta disputa se ha visto zanjada con la publicación de la novísima ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁷⁶¹. A día de hoy no cabe duda, de que para la determinación de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales habrá de tomarse el promedio de lo cotizado en los tres meses anteriores al hecho causante, a lo cual habrá de añadirse el prorrateo de las horas extraordinarias cotizadas en el año previo al inicio de la IT⁷⁶².

⁷⁶⁰ Antes de la reforma laboral operada por la ley 3/2012, quedaba expresamente prohibido que el trabajador contratado a tiempo parcial realizase horas extraordinarias (artículo 12. 4 letra c) del ET), salvo en los supuestos del artículo 35.3 del ET (esto es, para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes). No obstante, esta prohibición no se aplicaba para los trabajadores fijos discontinuos regulados por el artículo 15.8 del ET. De acuerdo con tal previsión y ante el silencio que guardaba el RD de 1998, en cuanto a si se incluían o no las horas extraordinarias en el momento de cálculo del subsidio por IT, algunos autores consideraron que lo más justo era aplicar las mismas reglas generales que para el resto de trabajadores, pero con las particularidades específicas recogidas para este colectivo. De acuerdo con esta línea, la base reguladora se tomará del promedio de lo cotizado por contingencias comunes en los tres meses anteriores en el supuesto de que la prestación derive de un accidente no laboral o enfermedad común. Sin embargo, si se tratase de contingencias profesionales se hará un promedio de lo cotizado en los tres meses anteriores al hecho causante a lo que se añadirían el prorrateo de las horas extraordinarias en el año anterior (Ver en este sentido a, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., páginas: 100 y 101. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 171). En contra de esta opinión se ha pronunciado algún autor, concretamente la Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, Remedios Roqueta Buj, quien estima que para el cálculo de la base reguladora resulta indiferente el origen de la contingencia originadora de la IT (común o profesional), ya que la base reguladora será la misma para ambos casos. Ver ROQUETA BUJ, R: *La protección de los trabajadores a tiempo parcial*, Madrid, editorial CES, 2002, página: 131.

⁷⁶¹ La nueva redacción del artículo 12.4 letra c) del ET dice ahora: *“Los trabajadores a tiempo parcial podrán realizar horas extraordinarias. El número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada. Las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones. La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo. En todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado uno de este artículo”*.

⁷⁶² Ver nuevo apartado 3 en la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, redactado de la siguiente forma:

“3. La cotización por las horas extraordinarias realizadas por trabajadores contratados a tiempo parcial estará sujeta a las siguientes reglas:

Esta prestación económica o subsidio sustitutivo del salario, será abonada durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en incapacidad temporal⁷⁶³.

Para el caso de que se reinicie la actividad laboral y continúe el trabajador en IT, tampoco prevé el RD 1131/2002 como habrá de determinarse la base reguladora. Por lo que ante este silencio, la doctrina ha optado por el criterio de recalcular nuevamente la base reguladora atendiendo a la situación vigente⁷⁶⁴.

En tercer lugar, cuando por extinción del contrato de trabajo el pago de la prestación haya de ser asumido directamente por la Entidad gestora o por la Entidad colaboradora, establece el artículo 4.1 del RD 1131/2002 en su letra c) que: “...la cuantía de la prestación será equivalente a la que correspondería por prestación por desempleo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social”. De tal manera que se le descontará de la prestación por desempleo como ya consumido⁷⁶⁵, el tiempo que el trabajador hubiese permanecido en IT a partir de la fecha de extinción de la relación laboral, siendo

-
- a) *Las remuneraciones percibidas por horas extraordinarias en los contratos de trabajo a tiempo parcial, sean motivadas o no por fuerza mayor, se tomarán en cuenta para la determinación de la base de cotización tanto por contingencias comunes como profesionales.*

Los tipos de cotización serán los que establezca cada año la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

b) La cotización por horas extraordinarias de los trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial se computará exclusivamente a efectos de determinar la base reguladora de la pensión de jubilación; de las prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes; así como de las prestaciones por maternidad y por paternidad.

Con respecto a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales se estará a lo establecido con carácter general”.

⁷⁶³ Ver el artículo 4.1 b) último párrafo del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

⁷⁶⁴ MUÑOZ MOLINA, J: La incapacidad temporal como contingencia protegida... op.cit., página: 110. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 173.

⁷⁶⁵ Siempre que el trabajador al finalizar el disfrute de la IT conserve aún el derecho al desempleo.

entonces, la Entidad Gestora –SPEE- la responsable del pago de las cotizaciones a la Seguridad Social por la parte empresarial⁷⁶⁶.

Por último, precisa el RD 1131/2002 que a efectos de cómputo de la duración máxima de la prestación económica por IT, se tendrá en cuenta el número de días naturales de permanencia en la empresa⁷⁶⁷. Por lo que también se incluyen, aquellos días en los que el trabajador no percibe prestación económica⁷⁶⁸.

2.2. Modificación de la base reguladora

Una vez que se ha obtenido la base reguladora de la incapacidad temporal mediante la aplicación de las reglas anteriormente expuestas, no se podrán realizar modificaciones en la misma, permaneciendo la cuantía de este subsidio invariable hasta que finalizase el periodo de disfrute de la prestación. Ni tan siquiera por convenio colectivo⁷⁶⁹ u otro mecanismo, se podrán las realizar modificaciones salariales previstas para los trabajadores en activo⁷⁷⁰. Y ello se debe, a que no se han previsto en nuestro ordenamiento jurídico reglas relativas a su actualización, menos para determinados supuestos que sin duda rompen con los criterios hasta ahora señalados.

⁷⁶⁶ Ver sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2002 (AS 2003/605) y de Andalucía, Sevilla de 14 de enero de 2010 (AS 2010/1253).

⁷⁶⁷ Artículo 4.2 del RD 1131/2002, de 31 de octubre.

⁷⁶⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 173.

⁷⁶⁹ Se refiere a los incrementos salariales anuales.

⁷⁷⁰ En este sentido argumenta en su tesis doctoral el profesor José Luis Tortuero Plaza, que: “... *el efecto suspensivo que ésta –de la IT- produce sobre la relación laboral implica, que el trabajador no pueda beneficiarse de las modificaciones salariales producidas para los trabajadores en activo, tanto por convenio colectivo como por cualquier otro mecanismo, ya que la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar... A ello habrá que añadir, desde la perspectiva de la naturaleza de la prestación, que ésta es reparadora del defecto de rentas efectivamente percibidas, lo que no podría darse respecto de las variaciones salariales producidas con posterioridad a la baja en el trabajo*”. Ver TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social...* op.cit., página: 292. En la misma línea, ver a GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”... op.cit., página: 53. SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente...* op.cit., página: 55. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 34. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 158.

En primer lugar, cuando tras la actualización de la base de cotización, resultase la base reguladora inferior a la base mínima de cotización vigente para categoría profesional. El artículo 2.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967 dice aquí, que deberá recalcularse la base reguladora sobre la nueva base que corresponda⁷⁷¹. A este respecto, el artículo 6.4 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización, a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, establece idéntica previsión para el supuesto de que la base de cotización por contingencias comunes resultase ser inferior a la base mínima vigente en cada momento. Debiéndose pues, actualizar el subsidio por IT a partir de la fecha de entrada en vigor de la modificación de la base mínima de cotización⁷⁷². La doctrina justifica esta excepción en base a un doble razonamiento, por una parte, el de mantenimiento de la obligación de cotizar mientras dure la situación de IT y por otra, el de garantizar una equivalencia entre la base reguladora con la base mínima de cotización, variable según el riesgo y la categoría profesional de cada trabajador⁷⁷³. Se trata así de no desvirtuar la naturaleza básica que tiene por finalidad facilitar el sistema de Seguridad Social, mediante la concesión al trabajador incapacitado de un subsidio sustitutorio del salario real.

Ahora bien, este mecanismo excepcional de cálculo de la base reguladora para cuando se produzcan actualizaciones en la base de cotización tan sólo encuentra cabida para la IT derivada de contingencias comunes, pero no para la derivada de contingencias profesionales⁷⁷⁴. De ser así, se deberá en este

⁷⁷¹ En esta Orden de 1967, por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el régimen general de la Seguridad Social, se hablaba de “bases tarifadas”, término que a día de hoy ha quedado obsoleto en cuanto que ahora se refiere a la base mínima de cotización correspondiente a cada categoría profesional. TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 293 y 294. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva*, Madrid, Editorial Mapfre, 1996, página: 45. DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía, Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 56.

⁷⁷² Ver también el artículo 68.2 del Real Decreto de 22 de diciembre de 1995, Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros Derecho de la Seguridad Social.

⁷⁷³ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social...* op.cit., página: 295. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., páginas: 45 y 46. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 159.

⁷⁷⁴ Ver artículo 6.4 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización, a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el año 2012.

último caso mantener inalterada la base reguladora, menos cuando dicha fórmula resultase inferior al tope mínimo de cotización⁷⁷⁵.

A falta de una previsión legal, entiendo que deberá también aplicarse esta misma fórmula, en sentido opuesto, para el supuesto de que el trabajador percibiese un salario superior a la base máxima de cotización fijada para su categoría profesional y se produjese una actualización mientras se encuentra de baja por IT⁷⁷⁶. De este modo, se evitará el enriquecimiento injusto al tratar de aproximar más la cuantía real que venía percibiendo el trabajador con las modificaciones experimentadas en la base de cotización, resultando esta opción más acorde y ajustada con el principio de solidaridad que tanto inspira a nuestro sistema financiero de Seguridad Social⁷⁷⁷.

En segundo lugar, se producen modificaciones en la base reguladora cuando como consecuencia de una disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, hubiese que abonarse con posterioridad al inicio de la baja médica y con efecto retroactivo, los salarios dejados de percibir a causa de una alteración en la base de cotización. Para cuando esto suceda, se deberá revisar la base reguladora desde el mismo momento de nacimiento del derecho a la prestación económica⁷⁷⁸. Ahora bien, como ya se ha expuesto anteriormente, en el RD 2064/1995, de 22 de diciembre por el que se aprueba

⁷⁷⁵ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social...* op.cit., página: 294. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 117. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 159.

⁷⁷⁶ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 46.

⁷⁷⁷ Ver el artículo 87 de la LGSS que señala que el sistema financiero de Seguridad Social es de reparto, lo cual viene a significar, que los que ganen más se sacrificarán a favor de los que obtengan menos rentas, lográndose así alcanzar un sistema financiero equilibrado de Protección Social. A favor de esta teoría véase, TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 46 y; JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página: 323. En contra, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., páginas: 117 y 118 y, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 160. Esta última línea entiende que, dado que no existe ningún precepto legal que justifique la obligación de ajustar la base reguladora a las modificaciones experimentadas en la base máxima, no se está yendo en contra de la ley. Por lo que, tan sólo resultará aplicable esta regla respecto del aumento de los mínimos.

⁷⁷⁸ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social...* op.cit., página: 293. DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción"... op.cit., página: 56. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 118.

el Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, se fijan las directrices que habrá de seguirse por la empresa⁷⁷⁹. Así pues, para que esta regla funcione, debe dicha actualización salarial afectar a la base de cotización, lo cual supondrá a un mismo tiempo, la alteración de la base reguladora que se ha tomado del mes anterior al inicio de la situación de incapacidad temporal⁷⁸⁰.

En tercer lugar, plantea una enorme conflictividad la determinación de la base reguladora de la IT tras una recaída, esto es, cuando el trabajador cae nuevamente enfermo de la misma dolencia o similar patología y no han transcurrido seis meses desde la última baja⁷⁸¹. Pues bien, el problema que surge aquí radica en concretar, si para el cálculo del subsidio por IT se habrá de tomar la misma base reguladora que sirvió para hallar la primera baja o si por el contrario, se habrá de volver a computar la base reguladora en función de lo cotizado en el mes que precede a esta segunda caída en incapacidad temporal. Máxime teniendo en cuenta que existen diferencias cuantitativas entre ambas bases reguladoras, ya que la primera resulta ser superior respecto de la segunda baja.

En la normativa que regula esta materia no se encuentra referencia alguna a esta problemática, limitándose únicamente a analizar los supuestos de recaída en cuanto a efectos de duración de la IT se refiere. Por esta razón, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de dar respuesta a esta cuestión, encontrándose en estos momentos divididas en dos grandes líneas de pensamiento. Por un lado, se encuentra la opinión de los que piensan que la base reguladora ha de ser la de la inicial baja siempre que ésta resultase ser más beneficiosa para el trabajador⁷⁸², pero otro lado, está la de los que abogan

⁷⁷⁹ Ver artículo 109.1 de la LGSS y art. 27 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012. Dice aquí la ley, que deberá la empresa realizar una liquidación complementaria reflejando las diferencias de cotización relativas a los meses transcurridos y no abonados, a efectos de incrementar la base reguladora en la parte que corresponda e ingresar estas cantidades en el ejercicio económico que corresponda

⁷⁸⁰ Como expresa con gran acierto la profesora Celia Fernández Prats, que: “... *es innegable la relación triangular que existe entre el salario, la determinación de la base reguladora y la prestación económica sustitutiva de la renta del trabajo*”. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 161.

⁷⁸¹ Ver STS de 1 de abril de 2009 (RJ 2009/2879) y concretamente léase su fundamento tercero. En esta sentencia se exponen cuales son las distintas situaciones que pueden darse, diferenciándose en qué casos y en cuales no se entenderá que habrá una recaída.

⁷⁸² En esta línea ver, PÉREZ ALONSO, M.A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 57. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 42. BARBA

por volver a calcular la base reguladora de la prestación atendiendo a lo cotizado en el mes previo al de la segunda baja, aunque resultase ser inferior, por cuanto es precisamente este último período el que más se acerca al salario real del trabajador⁷⁸³.

En definitiva, la segunda de las teorías señaladas constituye en mi opinión la más acertada, pues si la finalidad del subsidio de IT no es otra que la de sustituir el salario dejado de percibir, entiendo que en atención a las nuevas circunstancias, la fecha más próxima sea la que más se acerque a la de la recaída, esto es, la del mes previo al de la IT. De lo contrario, el trabajador estaría percibiendo un subsidio artificial y que no equivale al salario que se está sustituyendo, sino a lo cotizado en otro momento de su vida laboral, por lo que nos alejamos así de la regulación legal prevista.

2.3. Porcentaje aplicable

El artículo 129 de la actual LGSS no regula cual es el porcentaje que ha de aplicarse a la base reguladora para obtener el subsidio de incapacidad temporal, sino que tan sólo hace una remisión a lo previsto por la Ley y los Reglamentos generales de desarrollo en esta materia. Las normativas que contienen concretamente la regulación del porcentaje de la prestación por IT aparecen previstas, en el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las

MORA, A: *Incapacidades laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 95. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida...* op.cit., página: 118.

Ver STS de 18 de febrero de 1999 (Ar. 2016).

⁷⁸³ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 301 y 302. DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 56. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., páginas: 46 y 47. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página: 324. VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Volumen I, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008, páginas: 704 y 705. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 163.

Ver sentencias del TS de 2 de octubre de 2003 (RJ 2003/7375); 6 de julio de 2006 (RJ 2006/8576) y 12 de julio de 2007 (RJ 2007/5490); y de los TSJ las sentencia de Cataluña de 26 de abril de 2004 (AS 2004/1967); de La Rioja de 27 de abril de 2004 (AS 2004/1961); de Cataluña de 11 de abril de 2005 (JUR 2005/123666); del País Vasco de 24 de mayo de 2005 (AS 2005/2265); de Extremadura de 10 de noviembre de 2005 (AS 2005/2289); y de Cataluña de 27 d e julio de 2009 (JUR 2009/464114).

prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas⁷⁸⁴; y en el Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, por el que se modifica el artículo 2º del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, respecto a la prestación de incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal)⁷⁸⁵.

Antes de la publicación de la última de estas normativas reglamentarias señaladas, la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963⁷⁸⁶, recogía para todas las situaciones constitutivas de IT (contingencias comunes y contingencias profesionales, incluidos los períodos de observación por enfermedad profesional y de descanso por maternidad) un mismo porcentaje, fijado en el 75%. Lo cual venía a consagrar el principio de uniformidad de las prestaciones, independientemente de cual fuera la causa merecedora de protección. Principio de unidad que además fue alabado por la doctrina y confirmado por las leyes posteriores como un claro avance⁷⁸⁷. Sin embargo con la publicación del RD 53/1980 de 11 de enero, el panorama cambió de tal manera que se modificó el artículo 2º del Reglamento de 1966, poniéndose así fin al carácter unitario de la cuantía de la prestación económica por IT (antes Incapacidad Laboral Transitoria)⁷⁸⁸.

Esta ruptura con el principio de unidad de las prestaciones (comunes y profesionales), traía su causa en la necesidad de “*corregir las importantes y graves desviaciones originadas por determinadas conductas*”, esto es, los niveles de absentismo en las empresas “*que tanto repercutían en la economía nacional*”⁷⁸⁹. De ahí que sean diferentes los momentos de partida de disfrute de la prestación y los porcentajes a aplicar en función de la contingencia

⁷⁸⁴ BOE núm. 312/1966, de 30 de diciembre de 1966.

⁷⁸⁵ BOE núm. 14, de 16 de enero de 1980.

⁷⁸⁶ Ver Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Seguridad Social.

⁷⁸⁷ Concretamente por el Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social y, el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁷⁸⁸ TORTUERO PLAZA, J.L: *La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social...* op.cit., página: 286. DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 57. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., páginas: 41 y 42.

⁷⁸⁹ Ver preámbulo del Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, por el que se modifica el artículo 2º del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, respecto a la prestación de incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal).

originadora de la incapacidad temporal, además del tiempo de permanencia en dicha situación, como ahora después se expondrá.

El miedo al fraude constituye desde 1980 y más ahora en tiempos de crisis, una problemática que sobrepasa todas las líneas marcadas por el legislador. Tal vez por esta razón, la inmensa mayoría de las reformas normativas que se han sucedido y que aún continúan⁷⁹⁰, caminen siempre por la misma senda de controlar el absentismo laboral que tanto perjudica al sistema financiero de la Seguridad Social. Se ha creado una filosofía en torno al fraude, que llega hasta el punto de permitirse perjudicar, en igualdad de condiciones, a las personas que realmente están incapacitadas para trabajar frente a los que no lo están (presunción *iure et de iure*). Efectivamente entiendo que se debe perseguir el fraude, pero sin perder de vista ese objetivo tan característico de la IT como es el de “*compensar... la pérdida de retribución en las situaciones derivadas de enfermedad o accidente*”. Se trata de un tema de difícil solución, porque siempre se encuentra detrás de todo este tema la sombra de la duda y de la desconfianza. De ahí que incluso se pacten en los Convenios Colectivos medidas de control tan extremas, en algunas ocasiones, para controlar las situaciones incapacitantes que provengan de un accidente no laboral o una enfermedad común. Y todo ello con la excusa de conceder o no una mejora voluntaria de las prestaciones de la Seguridad Social, tal y como luego estudiaremos. Pienso pues, que no sólo basta con aumentar los sistemas de control médico y administrativo⁷⁹¹, sino que además habría de volverse a plantear la formulación del concepto de IT, tratando de analizar cada caso y cada circunstancia en concreto. Así pues, se parte de la idea de que la IT es cuando transitoriamente el trabajador está impedido para “desempeñar su trabajo habitual”, si es así, ¿porque entonces hoy en día, se conceden bajas médicas por lesiones no incapacitantes para la profesión habitual?⁷⁹². Por supuesto, también ha que tenerse presente, que en tiempos de crisis el temor al despido se encuentra a la orden del día, por lo que recurrir a la “estrategia” de la suspensión temporal de la prestación resultaría ser una solución eficaz a

⁷⁹⁰ La última publicada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁷⁹¹ En este sentido ver, MUÑOZ MOLINA, J: La incapacidad temporal como contingencia protegida... op.cit., página: 119.

⁷⁹² Véase el fundamento cuarto de la STS de 8 de abril de 2006 (RJ 2006/2326): “... esta jurisprudencia se ha manifestado, con claridad, que no todos los casos de realización de trabajos durante la situación de incapacidad temporal son incompatibles con la situación suspensiva, sino sólo aquellos que, atendiendo a las circunstancias concurrentes –singularmente la índole de la enfermedad y las características de la ocupación- sea susceptible de perturbar la curación o evidencia la aptitud laboral del trabajador”.

corto plazo. En cualquier caso, opino que no se deberían establecer diferencias entre las distintas causas que ocasionan una IT, ya que con independencia del cual sea la contingencia que la origina, lo que sí está claro es que el resultado es el mismo. Y ahí es en donde debe entrar el sistema de Seguridad Social tratando de proteger a las personas frente a todas las situaciones de necesidad que den lugar a una incapacidad temporal. No obstante, creo que todavía estamos un poco lejos de atajar el problema, pues como se ha comprobado, la norma no se adecua ni al concepto de IT, ni a su finalidad específica y en vez de eso, el legislador opta siempre por reformas los mismos temas, o sea, la gestión y control de la prestación. Por tanto, se observa como la norma está completamente desencajada de la realidad social y acompañada de medidas cada vez más desalentadoras para los derechos de los trabajadores⁷⁹³.

Como se ha visto, en función de si la causa que ha originado la IT es común o profesional, el porcentaje a aplicar será diferente. Si el origen de esa incapacidad temporal se debe a un accidente no laboral o enfermedad común, dice el Real Decreto 53/1980, de 11 de enero en su artículo único que: *“La cuantía de la prestación económica (...) será, durante el período comprendido entre el cuarto día a partir del de la baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente y hasta el vigésimo día⁷⁹⁴, inclusive, de permanencia en tal situación, de un subsidio equivalente al 60 por 100 de la base reguladora correspondiente”*. A partir del vigésimo primer día en adelante, el porcentaje que se habrá de aplicar será de un 75%, mientras que antes de la reforma de 1980, este porcentaje era para todo el periodo de IT un 75% (artículo segundo del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre). Por tanto vemos, que durante los tres primeros días incapacidad el sistema de Seguridad Social no establece ningún tipo de cobertura, ya que se presume la existencia de fraude⁷⁹⁵.

A este respecto, el artículo 68 de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 (en adelante LCT), reconocía para el caso de que la enfermedad fuese justificada y con aviso al empresario, que el trabajador tenía derecho a percibir el: *“...50 por ciento de su salario, sin que éste beneficio pudiese exceder de cuatro días al año”*. Este precepto permaneció vigente tras la aprobación del

⁷⁹³ Ver Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio de 2012).

⁷⁹⁴ De esos 20 días de baja, en lo que respecta al pago de la prestación por los días 4º al 15 (12 días en total) se realizará a cargo del empresario, mientras que por los días 16 al 20 (5 días en total) el pago será delegado del INSS.

⁷⁹⁵ SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente...* op.cit., página: 54.

Estatuto de los Trabajadores de 1980, no obstante, con la publicación de la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social⁷⁹⁶, quedó finalmente este artículo 68 de la LCT derogado.

Para cuando la IT derivase de accidente de trabajo, enfermedad profesional y/o periodo de observación por enfermedad profesional, el porcentaje que se habrá de aplicar a la base reguladora será desde el inicio de la situación de necesidad hasta el final de la misma de un 75%⁷⁹⁷ (artículo 2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre). De esta manera, la ley otorga un trato más privilegiado a la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales frente a la que se origina por contingencias comunes, pues no se sospecha aquí la existencia de un posible fraude. Además para cuando se den estas circunstancias, el artículo 123 de la LGSS prevé el establecimiento de un recargo sobre las prestaciones derivadas accidente de trabajo o enfermedad profesional, que deberá ser abonado exclusivamente por el empresario. Este recargo podrá aumentar de un 30 a un 50 por ciento, según la gravedad de la falta, la cuantía de la prestación por IT derivada de contingencias profesionales que se produzcan como consecuencia de la infracción por parte del empresario de la normativa de seguridad e higiene en el trabajo. Sin embargo, prefiero remitir el estudio de esta figura al apartado 2.5 de este mismo capítulo, titulado “El recargo de prestaciones en los conflictos profesionales”.

Por último, tan sólo queda señalar cual va a ser el porcentaje que se va aplicar a la base reguladora de la prestación por IT cuando se extinga el contrato de trabajo. Aquí recordemos que los porcentajes que se aplican no son los de incapacidad temporal, sino la de desempleo, o sea, el 70% durante los 180 primeros días de extinción del contrato de trabajo, y el 60% a partir del día ciento ochenta a contar desde esa fecha (artículo 211.2 LGSS).

2.4. Protección social complementaria del “externa” al sistema de Seguridad Social: las mejoras voluntarias previstas en la negociación colectiva.

2.4.1. Planteamiento general

El sistema español de protección social se organiza sobre la base de un régimen público de Seguridad Social que tiene como objetivo base, “*garantizar*

⁷⁹⁶ Ver BOE núm. 122/1994, de 23 de mayo de 1994.

⁷⁹⁷ Aquí el pago del subsidio se abonará desde el día siguiente al de la baja, estando a cargo del empresario el pago del salario íntegro correspondiente al día de la baja (artículo 131 de la LGSS).

a todo ciudadano la cobertura frente a cualquier circunstancia o situación de necesidad, asegurando de modo adecuado su subsistencia y de la su familia”⁷⁹⁸. Caracterizándose el sistema de Seguridad Social por ser de titularidad estatal (art. 149.1.7 CE) y obligatorio, dando de este modo cumplimiento al objetivo fundacional señalado⁷⁹⁹.

Por mandato constitucional (art. 41) se distinguen dentro del sistema público de Seguridad Social dos niveles protección: el contributivo y profesional, destinado a la protección específica de los trabajadores⁸⁰⁰ y, el no contributivo y asistencia, reservado “para todos los ciudadanos”⁸⁰¹. Junto a estos dos niveles, en cuanto público también, habrá que añadirse el conjunto de instrumentos “internos” al sistema, los de Asistencia Social⁸⁰² y Servicios Sociales⁸⁰³ que el Estado pone a disposición de los ciudadanos.

⁷⁹⁸ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social...op.cit., páginas: 289-293.

⁷⁹⁹ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social...op.cit., páginas: 314-330.

⁸⁰⁰ Éste dispensa prestaciones sustitutivas en función de lo cotizado.

⁸⁰¹ Hablamos de una protección mínima y suficiente, que se destina a la protección de todos los ciudadanos con independencia de la contribución al sistema.

⁸⁰² Por Asistencia Social se entiende, un “Subsistema de Protección Social” alternativo a la Seguridad Social y caracterizado por conceder “beneficios” que dejan un amplio margen de discrecionalidad a las Administraciones Públicas, como una “tendencia institucional” del propio Sistema de Seguridad Social a raíz del “efecto expulsión” de su campo protector típico –el profesional/contributivo- que provoca sus continuas racionalizaciones. En su sentido prestacional la Asistencia Social es sinónimo de “prestaciones no contributivas”, esto es, prestaciones complementarias de la acción protectora de la Seguridad Social (art. 38.2 LGSS), no concedidas a título de derecho sino de ventaja o beneficio social, como un tipo de prestación económica concedida a título de derecho subjetivo. VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 529 y 530.

⁸⁰³ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas urgentes en materia de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2008, página: 761. AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria*, Madrid, Tecnos, 2005, páginas: 52-63. La expresión “Servicios Sociales” tiene básicamente dos sentidos: uno, institucional u orgánico, que hace referencia a la existencia de un entramado organizativo responsable de la realización de determinadas actuaciones; el otro, prestacional, y hace referencia al conjunto de actuaciones, “prestaciones en especie” que llevan a cabo

Se constituye así un régimen público, mínimo, obligatorio y suficiente de protección social o de Seguridad Social Mixta que participa de los rasgos de las concepciones puras bismarkiana y beveridgeana, y que no agota el contenido entero de ésta pero al cual se atribuye, varios rasgos sustanciales derivados de la garantía constitucional de esta institución jurídica. Dichos elementos son los siguientes:

- 1) Titularidad Pública de la función protectora, lo que significa, que quedan excluidos de este sistema los mecanismos de aseguramiento privados.
- 2) Derivado del anterior, naturaleza pública de los mecanismos de protección, en donde los poderes públicos asumen la responsabilidad última permaneciendo la gestión bajo su control.
- 3) Obligatoriedad, ya que la Seguridad Social protege los riesgos sociales de naturaleza contractual y voluntaria.
- 4) Régimen suficiente de prestaciones ante situaciones de necesidad, en cuanto a la cuantía y calidad de las prestaciones. El criterio utilizado para establecer el nivel y la intensidad de la prestación, no aparece definido como tal en el artículo 41 de la CE, quedando por lo tanto indeterminado, de tal forma que le corresponderá al legislador ordinario concretar su contenido en función de las circunstancias políticas, sociales y económicas que rodean al Sistema de Seguridad Social⁸⁰⁴.

Aparte de estos dos mecanismos, el texto constitucional (art. 41) permite el establecimiento de un tercer nivel de protección de las necesidades sociales de carácter voluntario, al referirse a “*la asistencia y prestaciones complementarias*”, de las que se dice que “*serán libres*”⁸⁰⁵.

los Poderes Públicos de forma directa o, como es cada vez más frecuente, indirecta, mediante concierto con entidades privadas, con ánimo o no de lucro, para atender las diferentes situaciones de necesidad que los ciudadanos tengan en cada momento. VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 530.

⁸⁰⁴ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, y AGUILERA IZQUIERDO, R: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social”, en VV.AA, SEMPERE NAVARRO, A.V (DIRECTOR) y MARTÍN JIMÉNEZ, R (COORDINADOR): *EL modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, páginas: 1076 y 1077.

⁸⁰⁵ MONTOYA MELGAR, A: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1994, página: 639.

Cuando se habla de protección social complementaria⁸⁰⁶, se hace referencia al conjunto plural y heterogéneo de medidas o técnicas de protección social de naturaleza privada, que pretenden asegurar a los sujetos beneficiarios una mejora de la acción protectora que dispensa el sistema de Seguridad Social⁸⁰⁷. Constituyéndose así como una técnica “externa” al sistema básico de Seguridad Social y dotada de una serie de instrumentos privados para la protección de las necesidades sociales de carácter voluntario⁸⁰⁸.

Algunas observaciones son necesarias a este respecto al objeto de identificar correctamente su intención expresiva. Cuando se utiliza el término “complementarias” se está aludiendo: a) a algo que ostenta un lugar secundario respecto de algo principal, que es precisamente aquello que es complementario; b) la acción de complementar, significa hacer íntegra o perfecta otra cosa pero sobre la base de que la complementada es autónoma, bastante y suficiente; y c) lo complementario es por el contrario, adicional y meliorativo, esto es, un plus sobre algo con entidad y sustancia propia en relación a un objeto idéntico⁸⁰⁹.

No se puede sin embargo, colocar en un mismo plano ambas dimensiones. La principal, es en este caso, obviamente el régimen de Seguridad Social que se configura, justamente, como un régimen suficiente para hacer frente a la protección ante situaciones de necesidad. Siendo entonces el complementario, un sobreañadido a tal suficiencia, de tal manera, que quien se acoja a la protección exclusiva del régimen público podrá prescindir de éste último, sin que por ello las prestaciones que reciba pierdan calidad⁸¹⁰. De ahí que dicha

⁸⁰⁶ Podemos también referirnos a la protección social complementaria como: “previsión o protección social voluntaria” o “Seguridad Social complementaria”.

⁸⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “Parte X. Protección social complementaria”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y SERRANO FALCÓN, C (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Comares, 2009, página: 556.

⁸⁰⁸ MONEREO PÉREZ, J.L: *El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria*, Revista Relaciones Laborales nº14, 1991, página: 87.

⁸⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y GONZÁLEZ ORTEGA, S: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma” , en VV.AA, PRADOS DE REYES, F.J (COORD): *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, páginas: 281 y 282.

⁸¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y GONZÁLEZ ORTEGA, S: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”.... op.cit., página: 282.

intervención privada y constitucionalmente legítima⁸¹¹, sea tan sólo posible en el nivel profesional-contributivo del régimen público⁸¹².

Sobre esta materia, el legislador ordinario no ha afrontado la necesaria y ya reivindicada por la doctrina, ordenación sistematizada general de las prestaciones complementarias existentes en el Derecho español a través de una regulación normativa precisa y unitaria, hasta la fecha existente, que permita despejar las dudas interpretativas de todos los operadores jurídicos existentes respecto de su naturaleza, caracteres y efectos.

Esta necesaria ordenación ha sido ya recomendada en el Pacto de Toledo de 6 de abril de 1995 y por el renovado de 2 de octubre de 1993. En ellos se constata el insuficiente grado de desarrollo de la denominada “previsión complementaria” en España y se insta a seguir ahondando en las políticas que permitan avanzar hacia un “sistema” complementario de asistencia y prestaciones; y en fin, recomienda dotar de estabilidad y garantía de neutralidad al actual “sistema de previsión social complementaria”⁸¹³. De lo que se trata es de potenciar los mecanismos de acción social complementaria como elementos importantes en los procesos de inversión y de ahorro a medio y largo plazo, y sobre todo (al menos, en teoría) como piezas fundamentales para la consolidación de un modelo de protección social en el que, el sistema público y obligatorio de Seguridad Social siga desempeñando un papel destacado en la satisfacción de las necesidades sociales de la población⁸¹⁴.

En este mismo sentido, se ha movido la segunda gran revisión del Pacto de Toledo de 1995 llevada a cabo en 2011. Y es que resulta impetuosa la

⁸¹¹ La Constitución no fuerza a privatizar con carácter absoluto los mecanismos de cobertura de necesidades personales a establecer por encima del régimen público, mínimo y obligatorio, permaneciendo, por tanto, dichos mecanismos a extramuros del Sistema de Seguridad Social. PALOMEQUE LÓPEZ, C: “Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución”, VV.AA en el volumen: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, páginas: 330-331.

⁸¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y GONZÁLEZ ORTEGA, S: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”... op.cit., páginas: 285-286.

⁸¹³ AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria*... op.cit., página: 45.

⁸¹⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M y SUÁREZ CORUJO, B: “La protección social complementaria en la negociación colectiva”, en VV.AA, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (COORD): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, página: 489.

necesidad de adoptar medidas “estructurales” o de “larga duración”⁸¹⁵, que permitan una reforma del Sistema de previsión complementaria manteniendo el actual sistema de reparto. De lo que se trata es de perfeccionar el sistema de reparto reforzando su naturaleza contributiva, su eficiencia económica y solidaridad interna. Esta opción asume la existencia de sistemas privados de tipo “complementario” (es una opción típicamente racionalizadora y de contención del gasto)⁸¹⁶.

En la actualidad, el sistema de previsión complementaria se configura como un mecanismo libre, que admite cualquier forma de aseguramiento civil y mercantil. Se consolida así, una interpretación “privatista” del último inciso del art. 41 de la CE como abierto a la creación de medidas y regímenes complementarios de previsión. El modelo es por tanto plural, en cuanto la nota de libertad permite el reconocimiento de distintas instancias de previsión social complementaria, incluida la llevada a cabo a través de la negociación colectiva⁸¹⁷, la cual ha jugado un importante papel en el crecimiento actual de las políticas de seguridad social⁸¹⁸.

En su acepción negativa, ésta no representa una técnica de protección alternativa ni sustitutiva de las prestaciones que de forma suficiente, dispensa (o ha de dispensar) el Sistema público, mínimo, de Seguridad Social⁸¹⁹. De ahí que se afirme, la posible concurrencia de ambos tipos de iniciativa: pública y privada⁸²⁰. No pudiendo, por tanto hablarse de la existencia un modelo único de Seguridad Social, sino que tal y como ha venido afirmando el Tribunal Constitucional⁸²¹, a propósito de la prestación objeto de estudio, el

⁸¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L: “El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo”, *Aranzadi Social*, nº15-10, diciembre 2010, página: 53.

⁸¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L: “El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo”... op.cit., página: 58.

⁸¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L: “El derecho a la Seguridad Social” (art. 41 CE), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª N... op.cit., página: 1489.

⁸¹⁸ CASAS BAAMONDE, M.E: *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, página: 154.

⁸¹⁹ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, y AGUILERA IZQUIERDO, R: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social” ... op.cit., página: 1078.

⁸²⁰ RODRÍQUEZ-PIÑERO, M y GONZÁLEZ ORTEGA, S: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”... op.cit., página: 285.

⁸²¹ Véase las sentencias de Tribunal Constitucional 37 y 129/1994 de 10 de febrero y 5 de mayo (BOE de 17 de marzo y 31 de mayo, respectivamente).

otorgamiento de la protección social es función típica de los poderes públicos pero no exclusiva de éstos. Se puede compartir, a su juicio, con sujetos privados cuando así lo exijan las disponibilidades económicas del sistema y siempre que la intervención de éstos sea de “importancia relativa”, en relación con la estructura y el régimen del sistema, valorado en su conjunto y viceversa, siempre que se mantenga el papel predominante de los poderes públicos⁸²².

Justamente, en su acepción positiva, se comprueba que la función genuina de la protección complementaria de las prestaciones de Seguridad Social es la de completar o perfeccionar voluntariamente aquella protección de base que actúa como un suelo inderogable para la iniciativa particular⁸²³. Todo ello, a efectos de alcanzar una mayor suficiencia protectora⁸²⁴. Por ello ambas, protección social general y complementaria, se combinan y se articulan a menudo como “vasos comunicantes” en el campo de la protección de las personas⁸²⁵.

Se estaría por lo tanto, ante un conjunto heterogéneo de técnicas que participan del objetivo de otorgar protección adicional al régimen público de Seguridad Social⁸²⁶, mejorando en sentido amplio, la protección básica dispensada por el sistema de Seguridad Social. Lo que puede adoptar diversas formas:

- O bien se trata de un protección social estrictamente *complementaria* para la cobertura de los mismos riesgos objeto del sistema obligatorio (ámbito objetivo), y por lo tanto para los mismos sujetos (ámbito subjetivo), de tal forma que su función esencial no sea otra, que la mejorar económicamente la protección mínima, utilizando el mismo esquema de prestaciones⁸²⁷.

⁸²² GARCÍA NINET, J.I: “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes”, *Tribuna Social*, nº40, 1994.

⁸²³ MONEREO PÉREZ, J.L y VIÑAS ARMADA, J.Mª: “Acción protectora” (art. 39 CE), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, MªN (DIRECTORES): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Tomo I. Arts. 1 a 127*, Granada, Comares, 1999, página: 490.

⁸²⁴ ALMANSA PASTOR, J.M: *Derecho de la Seguridad Social...* op.cit., página: 518.

⁸²⁵ MONEREO PÉREZ, J.L: “El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo”... op.cit., página: 58.

⁸²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”... op.cit., página: 762.

⁸²⁷ SALVADOR PÉREZ, F: “Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº43, julio/septiembre, 1990.

- O bien se trata de una protección social *suplementaria-autónoma*, en cuanto que pretende proteger a personas no incluidas en el ámbito del régimen público mínimo (área contributiva y no contributiva); o proteger necesidades sociales distintas a las previstas legalmente como contingencias o riesgos propios de ese régimen público⁸²⁸; u otorgar prestaciones de diversa naturaleza y carácter respecto de las que conforman la acción protectora del régimen público y mínimo⁸²⁹.

Para diferenciar el nivel básico del complementario, resulta necesario atender a la voluntad fundacional, de tal forma que si el sistema de acción protectora ha sido establecido imperativamente por el Estado, se podrá hablar de Seguridad Social básica. Ahora bien, si por el contrario se trata de una protección adicional o marginal implantada por la autonomía privada, dentro de los cauces preparados ex profeso por el Estado, se estará frente a la protección complementaria⁸³⁰. El marco normativo es en ambos casos estatal. Pero la voluntad fundacional procede en un caso del Estado y en otro de los particulares, por ello ésta última queda impregnada de elementos de Derecho privado⁸³¹.

Ahondando más en este ámbito de protección social se observa, por tanto, que la Seguridad Social básica está conformada como un mecanismo obligatorio, gestionado y controlado por los poderes públicos (ya sean por el Estado, por las Comunidades Autónomas o por otros entes territoriales) y la cual, dispensa prestaciones de naturaleza jurídico-pública. Mientras que la protección social complementaria, se trata de un mecanismo de carácter voluntario⁸³² y privado (no sólo en cuanto a su creación sino también su financiación), gestionado o controlado por entes o instituciones privados

⁸²⁸ Por ejemplo la ortodoncia.

⁸²⁹ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, Décimo cuarta edición, 1995, página: 506. AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria...* op.cit., página: 49.

⁸³⁰ PÉREZ PÉREZ, M: "La reforma de la Seguridad Social complementaria", en VV.AA, PRADOS DE REYES, F.J (COORD): *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, página: 327.

⁸³¹ MONEREO PÉREZ, J.L y VIÑAS ARMADA, J.M^a: "Acción protectora" (art. 39 CE)... op.cit., página: 491.

⁸³² Son siempre voluntarias, en el sentido de que su asunción es siempre asumida libremente por los sujetos protegidos para lograr el nivel de protección que quieran así mismos otorgarse.

(ajenos al sistema público)⁸³³, siendo sus prestaciones (complementarias o autónomas) de naturaleza privada; y en donde sus beneficiarios ostentan un derecho de crédito en el marco de las relaciones patrimoniales privadas⁸³⁴.

Por lo demás, son rasgos característicos del modelo de protección social complementaria los siguientes:

1. La pluralidad de instrumentos que conforman este sistema de previsión voluntaria. Ello encuentra su razón de ser en la libertad de complementación de las prestaciones de la Seguridad Social garantizado por el artículo 41 CE, caracterizados por una acusada dispersión normativa e institucional y por su especial heterogeneidad, de ahí que se pueda decir de todos ellos que conforman una auténtico “polisistema”⁸³⁵, de donde resulta altamente complicado identificar una norma conformadora de todos ellos⁸³⁶.
2. Su vinculación funcional al sistema público de Seguridad Social⁸³⁷ como complemento del mismo.
3. Su naturaleza indistinta pública o privada, lo que implica que no se configure como una función exclusiva del Estado y en consecuencia, se admitan para ellas mecanismos de aseguramiento privado, así como de gestión y administración por sujetos privados⁸³⁸.

⁸³³ YANINI BAEZA, J: “La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades. Contrato de Seguro”, en VV.AA, DE LA VILLA GIL, L.E: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch 4ª edición, 2004, página: 957.

⁸³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L y VIÑAS ARMADA, J.Mª: “Acción protectora” (art. 39 CE)... op.cit., página: 491.

⁸³⁵ MONEREO PÉREZ, JL: “Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias”, en VV.AA: *Los Planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, página: 88

⁸³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”... op.cit., página: 762.

⁸³⁷ GARCÍA MURCIA, J: “El espacio de pensiones privadas”, en VV.AA: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, página: 200. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”...op.cit., página: 762.

⁸³⁸ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, y AGUILERA IZQUIERDO, R: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social”...op.cit., página: 1085.

4. Su carácter voluntario, tanto en lo que se refiere a su implantación, como en los distintos modos de acceso a los mismos⁸³⁹. Ello deriva del reconocimiento jurídico de la autonomía privada de modo que, tanto el derecho subjetivo privado como el negocio jurídico, está presidido por el principio de libertad y por la consiguiente autoresponsabilidad privada⁸⁴⁰. Por lo tanto, es la iniciativa particular o privada, la que permite poner en funcionamiento el contrato de previsión predispuesto legalmente para encauzar los intereses legítimos reconocidos por el ordenamiento jurídico, con la finalidad alcanzar una protección complementaria o autónoma del sistema público de pensiones. Se está ante una institución protectora, cuyo origen y extensión de la acción tutelar descansa en la autonomía de la voluntad⁸⁴¹.
5. Flexibilidad en cuanto a la configuración de cada uno de los instrumentos que la integran. Dicha libertad, no ha impedido que el régimen regulador de estas instituciones de previsión de carácter voluntario se vea limitado por la imposición, a saber: de sistemas de capitalización individual como sistema de financiación de estos mecanismos a los que ahora aludiremos⁸⁴².
6. Su ámbito subjetivo puede ser universal y/o profesional, es decir, a estas técnicas de protección pueden acceder los sujetos con independencia de que estén incluidos o no en el ámbito de los niveles que integran el Sistema de Seguridad Social⁸⁴³.
7. Finalmente, cabe destacar, como nota esencial de estos regímenes complementarios, el decisivo intervencionismo estatal. Si bien, el

⁸³⁹ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”...op.cit., página: 764. SANCHEZ-URÁN AZAÑA, y AGUILERA IZQUIERDO, R: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social”...op.cit., página: 1085.

⁸⁴⁰ BETTI, E: *Teoría general del negocio jurídico, Estudio Preliminar El negocio jurídico como categoría problemática a cargo de José Luis Monereo Pérez*, Granada, Comares, 2000, página: 51.

⁸⁴¹ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”... op.cit., página: 764- 765. MONEREO PÉREZ J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “Parte X. Protección social complementaria”...op.cit., página: 559.

⁸⁴² MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”... op.cit., página: 765.

⁸⁴³ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, y AGUILERA IZQUIERDO, R: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social” ... op.cit., página: 1085.

Derecho estatal asume una función esencialmente reguladora, en el ejercicio de la cual, se establece un conjunto de reglas de organización que sirven para institucionalizar y controlar los procedimientos de producción privada de las reglas jurídicas relativas a las medidas y regímenes de previsión voluntaria⁸⁴⁴.

Enumeradas las características básicas de la protección social complementaria, interesa mencionar y concretar ahora cuáles son esos mecanismos de “previsión social” sobre los que se proyectan, en términos generales las características generales expuestas. Desde un punto de vista teórico encontramos las siguientes:

- a) Las mejoras voluntarias.
- b) Los Planes y Fondos de Pensiones.
- c) Los seguros colectivos y otras modalidades de seguros privados.
- d) Las Mutualidades libres de Previsión Social, Fundaciones Laborales.

Todos ellos son instrumentos típicos de previsión constituidos por el impulso de la iniciativa privada, frente al poder público, obligatorio, mínimo y suficiente del sistema de Seguridad Social y por lo tanto que participan de las notas hasta ahora expuestas.

Por su enorme transcendencia, esencialmente en el ámbito de la prestación por Incapacidad Temporal como complemento de la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social, nos interesa muy especialmente el dispositivo de las mejoras voluntarias. A este respecto, la fuente de establecimiento y regulación más común de este instrumento complementario al sistema público-social resulta ser el Convenio Colectivo. De ahí que a continuación, dediquemos el siguiente apartado al examen detallado de este mecanismo.

2.4.2. Régimen Jurídico

Las mejoras voluntarias son prestaciones complementarias que encuentran su acomodo, junto con el resto de formulas complementarias de protección social, en el artículo 41 de la CE⁸⁴⁵, precepto básico en materia de Seguridad

⁸⁴⁴ VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 572.

⁸⁴⁵ GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, J.M Bosch Editor, 1999, página: 15. VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual* (Proyecto de investigación FIPROS/2006/44) (I Parte), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, página: 12.

Social⁸⁴⁶. Constituyen un mecanismo de implantación voluntaria y de gestión privada, que tiene por finalidad incrementar el nivel de cobertura de las prestaciones de la Seguridad Social⁸⁴⁷. Siendo a día de hoy, las mejoras voluntarias, tan sólo un aspecto más de la Seguridad Social complementaria, esto es, una de las formas que ésta puede adoptar, aunque eso sí, la modalidad más extendida en nuestro ordenamiento jurídico. Y no sólo por los rasgos y características que le vienen atribuidas por sus normas reguladoras, sino aún mejor, por su inclusión habitual en los convenios colectivos⁸⁴⁸.

El origen de las mejoras voluntarias se remonta al Decreto de 21 de marzo de 1958 por el que se declararon exentas de cotización a la Seguridad Social las “retribuciones complementarias”, lo que acarreó importantes repercusiones económicas en la financiación del sistema de Seguridad Social. Además de lo expuesto, ello tuvo como consecuencia, el que tras la aprobación de la reciente Ley de Convenios Colectivos de 24 de abril de 1958⁸⁴⁹ se fueran pactando masivamente mejoras voluntarias. Posteriormente con la aprobación del Decreto 56/1963, de 17 de enero, de bases de cotización y cuotas para Seguros sociales, Seguro de desempleo, Mutualismo laboral y Formación profesional, se reconoció de forma expresa en su exposición de motivos lo siguiente: “*el régimen de libertad de fijación de las retribuciones instaurado, tanto por la Ley de 24 de febrero de 1959 sobre convenios colectivos sindicales como por el Decreto de 21 de marzo de 1958 sobre mejoras voluntarias, ha repercutido intensamente en sentido negativo, sobre la Seguridad Social...*”, lo que comportó, de hecho, que la financiación de las mejoras voluntarias fueran incorporadas a la financiación del sistema de Seguridad Social y sometidas a importantes cautelas y condicionamientos⁸⁵⁰.

⁸⁴⁶ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., página: 53.

⁸⁴⁷ De acuerdo con lo dispuesto por el art. 1.3 de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 que regula las mejoras voluntarias, se prevé que éstas tendrán los caracteres atribuidos a las prestaciones de Seguridad Social “*y una vez establecidas de acuerdo con lo que en la presente Orden se dispone, se entenderán que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social*”.

⁸⁴⁸ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., página: 61.

⁸⁴⁹ Ley que reconoce expresamente la posibilidad de negociar un complemento de compensación por enfermedad, accidente o causa análoga. Ver MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “*La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes*”... op.cit., página: 766.

⁸⁵⁰ RIVERO LAMAS, J: “Los regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, nº 61, 1964, página: 327-330. DEL REY GUANTER, S y GALA DURÁN, C: “Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia”, *Revista Española de*

Por este motivo, las formas complementarias de seguridad social procedentes de la iniciativa empresarial o del ejercicio de la autonomía colectiva tuvieron que acomodarse, a partir de ese momento, a los instrumentos jurídicos especialmente acondicionados por el Decreto 56/1963, dado que se suprimían los regímenes complementarios surgidos al amparo de la Ley de 24 de abril de 1958 y Decreto de 21 de marzo de 1958⁸⁵¹. Esta concreta regulación fue la que se recogió, finalmente, en la Ley de Bases de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 y también en la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, desarrollada a posteriori y en este mismo aspecto por la Orden de 28 de diciembre de 1966. Consolidándose de este modo, un sistema de mejoras voluntarias en el que se contemplaban tres modalidades: el aumento de las bases de cotización, el establecimiento de tipos de cotización adicionales y la mejora directa de prestaciones. Modelo que por otra parte, fue asimismo incorporado, en líneas generales al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, con la modificación consistente en no incluir las mejoras voluntarias por aumento de la base de cotización⁸⁵², y después mantenido en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio por el que se aprueba el nuevo Texto Refundido de Seguridad Social⁸⁵³.

Actualmente las mejoras voluntarias aparecen reguladas, esencialmente, en los artículos 39, 191 y 194 de la LGSS y Orden Ministerial de 28 de diciembre de

Derecho del Trabajo nº62, 1993, página: 870. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...op.cit.*, páginas: 67 y 68.

⁸⁵¹ CASAS BAAMONDE, M.E: *Autonomía colectiva y Seguridad Social...op.cit.*, página: 252. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “*La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes*”... op.cit., página: 767.

⁸⁵² MONEREO PÉREZ, J.L y VIÑAS ARMADA, J.M^a: “*Acción protectora*” (art. 39 CE)... op.cit., páginas: 491 y 492. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “*La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes*”... op.cit., página: 767. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...op.cit.*, páginas: 68-75. SALVADOR PÉREZ, F: “*Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social*”... op.cit., página: 517-519. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I: “*Capítulo X. Disposiciones comunes del régimen general. Sección 1^a. Mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General. Artículo 191. Mejoras de la acción protectora*”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECT) y CASTRO ARGÜELLES, M^a.A: *Ley General de Seguridad Social comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009, páginas: 1380 y 1381.

⁸⁵³ GÓNZALEZ RODRÍGUEZ, J: “*Artículo 39. Mejoras voluntarias*”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECT) y CASTRO ARGÜELLES, M^a.A: *Ley General de Seguridad Social comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009, página: 327.

1966 (OM en adelante)⁸⁵⁴, como desarrollo de esa previsión establecida en la Carta Magna⁸⁵⁵ por la cual se imponen a los poderes sociales la obligación de mantener un régimen público, obligatorio y en general, de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, a la vez que se establece que “*la asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”⁸⁵⁶. Es precisamente en éste último inciso donde cabe situar a las mejoras voluntarias, junto con el resto de fórmulas destinadas a completar la acción protectora dispensada por el sistema público de Seguridad Social⁸⁵⁷.

Pues bien, debe en este mismo sentido, tenerse también en cuenta la legislación dispuesta a nivel comunitario⁸⁵⁸, así como la variada normativa que

⁸⁵⁴ Orden ministerial que aunque dictada bajo la vigencia de la Ley de Seguridad Social de 1966, sigue constituyendo el único desarrollo reglamentario existente en esta materia.

⁸⁵⁵ BARREIRO GONZÁLEZ, G y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J: “Las mejoras voluntarias, fundaciones y entidades de previsión social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^ªN: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, página: 1379. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “Parte X. Protección social complementaria”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y SERRANO FALCÓN, C: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía...* op.cit., página: 561.

⁸⁵⁶ DEL REY GUANTER, S y GALA DURÁN, C: “Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia”... op.cit., página: 867. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 15.

⁸⁵⁷ GARCÍA MURCIA, J: “El espacio de las pensiones privadas”, en VV.AA... op.cit., página: 18. SALVADOR PÉREZ, F: “Las modalidad de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”... op.cit., página: 517 y siguientes. VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual* (Proyecto de investigación FIPROS/2006/44) (I Parte)...op.cit., página: 12.

⁸⁵⁸ Se han adoptado diversas Directivas que, de una forma directa o indirecta, influyen y resultan aplicables en el marco de las mejoras voluntarias: artículos 6 y 8 de la Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad; la Directiva 2003/41/CE, de 3 de junio, relativa a las actividades y supervisión de los fondos de pensiones de empleo, el art. 3.4 de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, relativas a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; la Directiva 86/378/CEE, relativa al principio de igualdad de trato en el marco de los regímenes profesionales de Seguridad Social; la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o

de las distintas ramas jurídicas se entrecruzan y que resultan de aplicación a ésta compleja materia⁸⁵⁹.

A pesar de ese encuadramiento constitucional, el intento de delimitar lo que son las “mejoras voluntarias” no es tarea fácil, sino más bien todo lo contrario. La razón de ello se halla en los propios rasgos caracterizadores del tema objeto de estudio frente al general de Seguridad Social. Y es que en contraposición del régimen público, obligatorio, mínimo y de titularidad estatal que ostenta el sistema de Seguridad Social⁸⁶⁰, se encuentra aquel otro de creación voluntaria⁸⁶¹, naturaleza privada⁸⁶² y adicional respecto al primero⁸⁶³, que simboliza a las mejoras voluntarias⁸⁶⁴, tal y como luego se verá.

centros de actividad, y finalmente cabe tener presente la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros y a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

⁸⁵⁹ Como regulación específica vigente en materia de mejoras voluntarias y provenientes de otros campos del derecho llaman la atención: normas laborales y de Seguridad Social (especialmente aquellas relacionadas con la negociación colectiva y con el contrato de trabajo, así como aquellas otras que regulan las prestaciones y las propias mejoras voluntarias. Incluyendo la legislación relativa a planes y fondos de pensiones, la Ley de Procedimiento Laboral y el Real Decreto Legislativo 5/2000, por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social), normas mercantiles (por ejemplo, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, el Real Decreto-Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y el Real Decreto 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados) y normas fiscales (esto es, normativa concerniente al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, Impuesto de Sociedades... etcétera.

⁸⁶⁰ RAMOS QUINTANA, M.I: “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social: La mejora directa de prestaciones”, *Revista Derecho Social*, Vol 2. Enero-Diciembre, 1994, página: 31. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., páginas: 54-58.

⁸⁶¹ No cabe en ningún caso la instauración de las mejoras voluntarias por imposición legal.

⁸⁶² “La posibilidad de que sean objeto de aseguramiento y gestión privados no quiere decir, sin embargo, que las prestaciones complementarias sean necesarias y estrictamente privadas, en cuanto al término “libre” no se contraponen tanto a “público” como a “obligatorio”; o expresado de otra forma, no equivale a “privador”, sino a “voluntario” o no “obligatorio”. Ver TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., página: 58 y 59.

⁸⁶³ “Las mejoras voluntarias establecidas por el art. 139 LGSS son auténticos complementos y en esa medida “se superponen” a las prestaciones básicas”. Ver ALMANSA PASTOR, JL: *Derecho de la Seguridad Social...* op.cit., página: 512.

⁸⁶⁴ ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes y fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, páginas: 25-30.

Así pues, las mejoras voluntarias constituyen una modalidad de Seguridad Social complementaria, externa al sistema público, que aun siendo promovidas y establecidas por la iniciativa privada se encuentran integradas en la acción protectora de la Seguridad Social⁸⁶⁵. Dentro del régimen de previsión voluntaria, aunque situado al margen de la Seguridad Social, se halla el sistema integrado de Planes y Fondos de Pensiones, y a parte, los otros instrumentos de previsión privada⁸⁶⁶.

No existe, a día de hoy, un concepto legal genérico de mejoras voluntarias, resultando necesario recurrir a las diversas fórmulas doctrinales y jurisprudenciales que con distintos criterios han tratado de ofrecer una definición de las mismas⁸⁶⁷. Así por ejemplo, se han definido como: “*aquel conjunto plural de técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que, complementando o suplementando los regímenes públicos de Seguridad Social, tratan de garantizar a sus beneficiarios la más elevada tasa de sustitución de las rentas de activos*”⁸⁶⁸, o como “*aquellas obligaciones empresariales derivadas de la propia voluntad empresarial o fruto del contrato de trabajo o de la negociación colectiva que tiene como objeto completar la acción protectora otorgada por el sistema público de Seguridad Social*”⁸⁶⁹. Quedan excluidos del concepto de mejoras voluntarias aquellos instrumentos que tienen por objeto otorgar prestaciones que tratan de cubrir contingencias

⁸⁶⁵ MONEREO PÉREZ, J.L: “El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria”... op.cit., página: 88. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “Parte X. Protección social complementaria”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y SERRANO FALCÓN, C: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*... op.cit., página: 560.

⁸⁶⁶ MONEREO PÉREZ, J.L: “El derecho a la Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^ªN (DIRECTORES): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*... op.cit., página: 1482. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “Parte X. Protección social complementaria”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y SERRANO FALCÓN, C: *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*... op.cit., página: 560.

⁸⁶⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria*... op.cit., página: 163. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*... op.cit., página: 31. VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual*...op.cit., página: 19.

⁸⁶⁸ GARCÍA BECENAS, G: “La Seguridad Social Complementaria en España”, en VV.AA: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, página: 20.

⁸⁶⁹ MARTÍN VALVERDE, A: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Instituto García Oviedo, 1970, página: 48. GALLARDO MOYA, R: “Las mejoras voluntarias del Sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva”, *Revista Relaciones Laborales* nº 14, 1991, página: 10. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*... op.cit., página: 31. VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual*...op.cit., página: 20.

distintas a las previstas por el sistema de Seguridad Social, así por ejemplo la denominada “acción asistencial” del empresario, consistente en créditos para vivienda, bolsas de estudio, ayudas a la formación, guarderías, anticipos... etcétera⁸⁷⁰. Rechazándose por tanto, una interpretación amplia de este concepto.

Tal y como se desprende de la lectura de las disposiciones legales que regulan las mejoras voluntarias (artículos 39, 191 a 194 LGSS y de la OM de 1966), los rasgos o caracteres específicos que hacen de éstas la modalidad de protección social voluntaria más extendida son:

- a. Por su *extensión personal o ámbito subjetivo*, el artículo 39 de la LGSS señala que serán sujetos beneficiarios de la modalidad contributiva que el sistema de Seguridad Social otorga, las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente Ley, esto es, “*los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional... trabajadores por cuenta propia, socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, estudiantes o funcionarios públicos*”; todo ello conforme a la normativa que resulte de aplicación y por supuesto, siempre que tengan derecho a la prestación económica correspondiente⁸⁷¹. Se trata, por consiguiente, de una

⁸⁷⁰ AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria...* op.cit., página: 163. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 63. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 119. VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*op.cit., página: 30.

⁸⁷¹ En relación a la prestación económica por IT, el Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación de seguros privados (BOE de 3 de febrero de 2012) en su artículo 58, otorga el derecho al abono del 50% de la retribución que le correspondería por IT aun cuando el trabajador no tenga derecho al disfrute de prestación por no haber completado el periodo mínimo exigido de cotización que establece la Ley General de la Seguridad Social. Lo que de manera indirecta se entendería que está otorgando una mejora voluntaria:

“Artículo 58. *Prestaciones complementarias por incapacidad temporal.*

Los empresarios afectados por el presente Convenio abonarán a sus trabajadores, cuando se encuentren en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente, común o laboral, -tendrá derecho a- ... la diferencia entre la prestación económica que reciban del régimen general de la seguridad social y la retribución que percibirían de la empresa al estar prestando sus servicios normalmente, durante un período máximo de dieciocho meses.

Si el trabajador no tuviera derecho a la prestación económica por incapacidad temporal la empresa abonará el 50% de la retribución antes señalada”.

modalidad aplicable exclusivamente a sujetos que ya se encuentran comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social, produciéndose una identificación entre los beneficiarios de las prestaciones públicas y los destinatarios de las mejoras complementarias⁸⁷².

Hasta hace poco, resultaba habitual en la práctica convencional la inclusión de determinados requisitos para el disfrute de la mejora voluntaria, por ejemplo: tener la condición de trabajadores fijos, exigir una determinada antigüedad en la empresa, la superación de un periodo de prueba, la exclusión del personal directivo... etcétera⁸⁷³. Si bien es cierto, que a día de hoy, la existencia de estas cláusulas determinantes o no del derecho al disfrute de la mejora voluntaria por IT en función de la modalidad contractual han desaparecido de la práctica convencional, pues como ha venido señalando el Tribunal Constitucional⁸⁷⁴: *“la autonomía colectiva no puede establecer un régimen diferenciado... en función de la duración del contrato... sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diferenciadora debe poseer”*⁸⁷⁵. No obstante, persisten actualmente algunos claros ejemplos, este es el caso del artículo 6 del Convenio Colectivo “Lufthansa Cargo, AG” (BOE de 29 de septiembre de 2011)⁸⁷⁶.

⁸⁷² SALVADOR PÉREZ, F: “Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”...op.cit., página: 528. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva*... op.cit., página: 62.

⁸⁷³ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: *“La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”*... op.cit., página: 769. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*... op.cit., página: 92 y siguientes.

⁸⁷⁴ Sentencias del TC de 22 de julio (RTC 1987, 136) en su Fundamento Jurídico número 6; de 31 de julio de 1993 (RTC 1993, 177) en su Fundamento Jurídico número 3.

⁸⁷⁵ Ver igualmente la STSJ de Andalucía, Sevilla de 22 de septiembre de 2011 (AS 2011, 2509).

⁸⁷⁶ Resolución de 14 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo de Lufthansa Cargo AG, Sucursal en España, para el año 2011 (BOE de 29 de septiembre de 2011):

“Una vez terminado el tiempo de prueba, la empresa abonará a sus empleados durante el período de enfermedad o accidente, la diferencia entre las prestaciones de la Seguridad Social y la retribución neta total percibida, correspondiente al último mes de trabajo anterior a la enfermedad, de acuerdo con las disposiciones siguientes:

- a) Para el personal con menos de un año de antigüedad: Un mes.*
- b) Para el personal con más de un año de antigüedad y menos de dos: Tres meses.*
- c) Para el personal con más de dos años de antigüedad: Seis meses”.*

Aparte de lo expuesto, puede también encontrarse, aunque no con mucha frecuencia, determinadas cláusulas que limitan el acceso a la mejora voluntaria por IT del trabajador al cumplimiento de determinados requisitos, tales como: la justificación por parte del mismo de los oportunos partes de baja emitidos por el Servicio Público de Salud⁸⁷⁷. Lo que supone en cierta medida, un control de la situación real de baja del trabajador⁸⁷⁸ con la intención de evitar el fraude y el consiguiente absentismo laboral. Así pues, la verificación del estado de salud del trabajador no constituye tal como se desprende del precepto estatutario, una revisión del diagnóstico del facultativo que trata al trabajador, sino la mera comprobación de la inaptitud del mismo para desarrollar la prestación que justifica la suspensión contractual⁸⁷⁹. En otras ocasiones, dicho control se lleva a cabo a través de la acreditación de la hospitalización del trabajador de baja por IT⁸⁸⁰. Y lo que es más

⁸⁷⁷ Véase Resolución de 23 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de trabajo de ámbito estatal del sector de la mediación en seguros privados (BOE de 3 febrero de 2012).

“Artículo 58. Prestaciones complementarias por incapacidad temporal.

Los empresarios afectados por el presente Convenio abonarán a sus trabajadores, cuando se encuentren en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente, común o laboral, justificada mediante los oportunos partes médicos del servicio público de salud, la diferencia entre la prestación económica que reciban del régimen general de la seguridad social y la retribución que percibirían de la empresa al estar prestando sus servicios normalmente, durante un período máximo de dieciocho meses”.

⁸⁷⁸ SAN MARTÍN MAZZUCONI, C: “La protección de la incapacidad temporal en la negociación colectiva”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125, 2005, página: 888 y siguientes.

⁸⁷⁹ VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...op.cit.*, página: 134.

⁸⁸⁰ Ver artículo 63 de la Resolución de 1 de agosto de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se inscribe en el registro y se publica el IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE de 17 de agosto de 2007).

“Artículo 63. Complemento en caso de hospitalización.

Con independencia de las prestaciones a cargo de la entidad gestora por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común y profesional, accidente laboral o no laboral, y sólo para los casos que sea necesaria la hospitalización, las empresas abonarán un complemento que, sumado a las prestaciones reglamentarias, garantice el 100 por cien del salario base y plusas salariales establecidos en el Convenio provincial respectivo durante la aludida hospitalización y los sesenta días siguientes, siempre que continúe la situación de incapacidad laboral transitoria”.

frecuente aun, exigir tales requisitos únicamente en el supuesto de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes⁸⁸¹.

La mayor parte de los convenios colectivos se limitan a recordar, con distintas formulaciones, las facultades empresariales de controlar el estado de salud de sus empleados en situación de baja por IT con diferentes formulaciones, entre otras: requiriendo a los trabajadores a prestarse a los oportunos reconocimientos médicos establecidos por la empresa⁸⁸²; imponiendo de forma incondicional el reconocimiento

En el mismo sentido, el artículo 44 de la Resolución de 9 de agosto de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de jardinería (BOE de 19 de agosto de 2011).

⁸⁸¹ Ver artículo 67 de la Resolución 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 10 de diciembre de 2011):

(...) Durante los procesos de I.T. por enfermedad común o accidente no laboral que supongan hospitalización del que lo sufra, las empresas complementarán las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban de la Seguridad Social hasta alcanzar el 100 por cien de su retribución en jornada ordinaria a partir del primer día de baja hasta un máximo de dieciocho meses”.

En esta misma línea, el artículo 34 de la Resolución de 30 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE de 20 de abril de 2011); artículo 60 de la Resolución de 7 de enero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia (BOE de 24 de enero de 2011) y artículo 63 de la Resolución de 1 de agosto de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se inscribe en el registro y se publica el IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción (BOE de 17 de agosto de 2007).

⁸⁸² Ver Resolución de 18 de marzo de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XVI Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE de 4 de abril de 2009).

“Artículo 26. Prestaciones por enfermedad y accidente de trabajo.

(...) Los empleados están obligados, salvo imposibilidad manifiesta y justificada, a cursar la baja de la Seguridad Social dentro de las cuarenta y ocho horas. Habrán de prestarse también a ser reconocidos por el médico que designe la empresa, al objeto de que este informe sobre la imposibilidad de prestar servicio. La resistencia del empleado a ser reconocido establecerá la presunción de que la enfermedad es simulada. En caso de discrepancia entre el médico de la empresa y el empleado, se someterá la cuestión a la Inspección Médica de la Seguridad Social, cuyo dictamen será decisivo”.

A este respecto el artículo 20.4 de la LET dispone que: *“El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico (Servicios Médicos de Empresa). La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones”.*

médico en el domicilio del trabajador⁸⁸³ o, exigiendo por parte de la empresa la información que certifique la baja laboral, ya sea telefónicamente o por medio de un visitador⁸⁸⁴, acarreado de lo contrario la correspondiente sanción⁸⁸⁵.

La omisión o tergiversación de información para obtener o conservar derechos en relación con la situación de IT es considerado comportamiento fraudulento del trabajador⁸⁸⁶. De ahí que algún convenio colectivo haga referencia al establecimiento de medidas de “control adecuados” con el fin de combatir las situaciones de falseamiento⁸⁸⁷.

⁸⁸³ Resolución de 29 de enero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Nuclenor, S.A. (BOE de 16 de febrero de 2010):

“Artículo 37. Prestaciones por incapacidad temporal.

(...)Los trabajadores enfermos quedan obligados a permitir la visita e inspección en su domicilio del personal del Servicio Médico de la Empresa, que podrá ir acompañado del facultativo que estime oportuno. La negativa a permitir estas visitas domiciliarias podría producir la pérdida de este beneficio”.

⁸⁸⁴ Ver Resolución de 14 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Lufthansa Cargo AG, Sucursal en España, para el año 2011.

“Artículo 6. Retribución durante el periodo de enfermedad.

6.1.3. El empleado que incurriera en incapacidad temporal debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Notificación telefónica inmediata a su inmediato superior.*
- b) Confirmación de la ausencia temporal de su puesto de trabajo, con indicación de la posible fecha de su reincorporación.*
- c) Facilitación de la información requerida por la empresa, telefónicamente o por medio de un visitador.*
- d) Presentación del parte de baja oficial durante la incapacidad y del parte de alta al reincorporarse.*

⁸⁸⁵ Resolución de 29 de enero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de Nuclenor, S.A. (BOE de 16 de febrero de 2010): *“Artículo 37. Prestaciones por incapacidad temporal. (...) 6.1.4 La omisión o incumplimiento de estas normas no sólo tiene como consecuencia la pérdida del sueldo, sino también la calificación como injustificada de la inasistencia al trabajo, con las consecuencias que de ello se deriven”.*

⁸⁸⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C: “La protección de la incapacidad temporal en la negociación colectiva”... op.cit., página: 901 y siguientes.

⁸⁸⁷ Véase la RESOLUCIÓN de 8 de febrero de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que registra y publica el Convenio colectivo de Aceralia Transformados, S.A. –Plantas de Lesaca y Legasa, y Delegaciones Comerciales (BOE de 26 de febrero de 2007).

“Artículo 27. Complemento por Enfermedad o Accidente No Laboral.

La Empresa se compromete a seguir manteniendo el complemento en caso de Baja por Enfermedad o Accidente no Laboral, hasta alcanzar el 100 % de la Base de Cotización del trabajador/a, desde el primer

- b. Por los *tipos de mejoras voluntarias*, se contemplan -una vez derogadas las denominadas “mejoras por aumento de la base de cotización”- dos tipos de mejoras voluntarias (art. 191 LGSS): la mejora directa de las prestaciones y la fijación de tipos de cotización adicionales⁸⁸⁸. Tan sólo la primera de las enumeradas mantiene en la actualidad una implantación real. La negociación colectiva juega en este ámbito un papel muy importante, pues es muy frecuente, como luego se verá, su establecimiento en los convenios colectivos y en especial con referencia a la contingencia concreta de IT⁸⁸⁹. La mejora directa de las prestaciones puede adoptar diversas formas, puesto que se conciben por el legislador con amplitud extraordinaria rigiendo respecto de ellas el principio de libertad de establecimiento. A éste respecto, pueden consistir en mejoras directas de las prestaciones⁸⁹⁰ del régimen general (o regímenes especiales) para los incluidos dentro de su ámbito⁸⁹¹ o, mejoras en la protección de las mismas contingencias cubiertas por el

día de baja. La Empresa establecerá unos medios de control adecuados, con el fin de suprimir dicho complemento en los casos de falseamiento de datos, ocultación de situaciones, incumplimiento de prescripciones facultativas, simulación de enfermedad o prolongación de la misma. Todos los casos de infracción deberán ser comunicados por escrito, tanto al trabajador/a como a la Representación Social, en la misma fecha”.

⁸⁸⁸ Hoy día tan sólo aplicable de forma residual y para el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Ver VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Manual de Seguridad Social...op.cit.*, páginas: 635 y 636.

⁸⁸⁹ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...op.cit.*, página: 62.

⁸⁹⁰ Los artículos 7 y 11.2 de la OM de 28 de diciembre de 1966 prevé la mejora directa de las prestaciones para las contingencias de incapacidad laboral y transitoria (temporal), vejez (jubilación), invalidez (incapacidad) permanente, muerte y supervivencia, desempleo, protección a la familia (prestaciones familiares) y para las derivadas de expedientes de crisis.

⁸⁹¹ Nos llamaríamos ante el mecanismo de las mejoras complementarias de la protección básica u obligatoria. Como ejemplo: un complemento sobre la pensión de jubilación, invalidez permanente, muerte y supervivencia, subsidio de incapacidad temporal, prestaciones de protección a la familia... etcétera. Ver ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social... op.cit.*, páginas: 511 y 512. AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria... op.cit.*, páginas: 163 y 164. GARCÍA BECENAS, G: “La Seguridad Social Complementaria en España”... op.cit., página: 28. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social... op.cit.*, página: 195. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social... op.cit.*, páginas: 27 y 28.

sistema de Seguridad Social, pero a través de prestaciones que difieren en su naturaleza o estructura⁸⁹².

La segunda modalidad vigente, las mejoras por establecimiento de tipos de cotización adicionales (art. 194 LGSS), se prevé que el Ministerio de Trabajo e Inmigración, a instancia de los interesados, podrá adoptar cotizaciones adicionales efectuadas mediante el aumento del tipo de cotización con destino a la revalorización de las pensiones u otras prestaciones periódicas ya causadas o para mejorar las futuras. Este segundo tipo, tiene hoy día una vigencia residual, tan sólo se aplica, si acaso al RETA, encontrándose en vías de extinción por su escasa inoperancia⁸⁹³ desde su creación con la LGSS de 1966 y en la OM de 28 de enero de 1966. Seguramente, su nula puesta en práctica se halla debido a la complejidad de su establecimiento y a su difícil encaje en el actual marco normativo, dado el anacronismo y descontextualización de las reglas contempladas en relación con esta mejora en la citada Orden de 1966

- c. Acto de *creación voluntaria o libre* (art. 39 de la LGSS)⁸⁹⁴ a partir de un centro de poder privado⁸⁹⁵. Es el principio básico de este mecanismo de mejoras voluntarias, que comienza a regirse desde el mismo momento

⁸⁹² Esta sería las denominada mejoras voluntarias suplementarias o autónomas, por ejemplo: entrega de una indemnización a tanto alzado por incapacidad permanente, muerte, jubilación... etcétera. Ver ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 511 y 512. AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria...* op.cit., páginas: 163 y 164. GARCÍA BECENAS, G: "La Seguridad Social Complementaria en España"... op.cit., página: 28. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 195. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: "La protección social complementaria "externa" al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes"... op.cit., páginas: 769 y 770. AGUILERA IZQUIERDO, R: "Mejoras voluntarias de Seguridad Social", en VV.AA: *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, Madrid, Civitas, 2009, página: 883. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 27 y 28.

⁸⁹³ Artículo 15 y siguientes de la OM de 1966. Ver VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Manual de Seguridad Social...*op.cit., páginas: 639.

⁸⁹⁴ Artículo 39 de la LGSS: "La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente ley, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales" (apartado 1).

⁸⁹⁵ MARTÍN VALVERDE, A: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social...* op.cit., página: 14. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., página: 25.

de su concesión o implantación (art. 192 LGSS y art. 13 de la OM de 1966)⁸⁹⁶.

Su constitución se debe a la iniciativa de los particulares, esto es, decisión de la empresa, pacto individual o lo que es más frecuente a través del convenio colectivo estatutario (art. 39.2 LGSS)⁸⁹⁷, tanto si son de ámbito supraempresarial⁸⁹⁸. Produciendo efectos jurídicos distintos en función de la medida de implantación adoptada⁸⁹⁹. Así pues, si la fuente de implantación de las mejoras voluntarias se ha debido a una decisión unilateral del empresario o a un acuerdo colectivo “impropio”, éstas se incorporarán al contrato de trabajo como condición más beneficiosa (art. 3.1 c) del ET)⁹⁰⁰, desde el mismo momento de su

⁸⁹⁶ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., página: 63. AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria...* op.cit., páginas: 164.

⁸⁹⁷ Artículo 39.2 LGSS: “*sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva*”. A este respecto, no cabe duda de la viabilidad del convenio colectivo negociado conforme al Título III de la LET, pero también, con sus matices, de la del convenio colectivo extraestatutario. GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 226. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., página: 64.

⁸⁹⁸ Para aquellos casos en lo que el convenio de empresa guarde silencio sobre materias relativas a las mejoras voluntarias, será el convenio colectivo sectorial al que habrá que remitirse como legislación complementaria. Sin embargo, tal remisión no permite que éste pueda ser aplicado como complementario del convenio de empresa para lo no recogido en él en materia de Seguridad Social complementaria, y más si éste contiene un pacto de vinculación a la totalidad (STSJ de la Rioja de 5 de mayo de 1992 y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de octubre de 2002). ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 63 y 64.

⁸⁹⁹ BARREIRO GONZÁLEZ, G y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J: “Las mejoras voluntarias, fundaciones y entidades de previsión social”, en VV.AA... op.cit., página: 1380.

⁹⁰⁰ En relación a la existencia de condición más beneficiosa, las STS de 28 de abril de 1997 (RJ 1997, 3551); STS de 8 de julio de 1997 (RJ 1997, 6253) establecen que: “... son tres los requisitos imprescindibles para entender que ha nacido una condición más beneficiosa: la voluntad de concesión, la concesión efectiva y la consolidación posterior. En consecuencia, la condición más beneficiosa implica un acto empresarial que, más allá de una situación meramente tolerada o consentida, revela voluntad de crear definitivamente una ventaja a favor de un trabajador o grupo de ellos para incorporarla al nexo laboral. La eficacia jurídica de la misma se funda en la “fuente” del contrato individual de trabajo y puede referirse no sólo a la esfera laboral sino también a la social sin que ello implique necesariamente, un directo contenido económico para le beneficiario. La existencia de condición más beneficiosa ha de provenir del disfrute prolongado por un trabajador o grupo de trabajadores de un régimen laboral que en un concreto aspecto sea más favorable que el que la empresa pudiera exigir al amparo de una norma jurídica o un convenio colectivo o contrato individual, pudiendo tener su origen tanto en un acuerdo o pacto de cualquier naturaleza como en una práctica empresarial observada a lo largo del tiempo; en

constitución, lo que impide, asimismo que pueden ser modificadas o suprimidas por el empresario⁹⁰¹, salvo que se alteren o se “rompa el equilibrio contractual tenido en cuenta al tiempo de su concesión” en virtud de acontecimientos posteriores e imprevisibles⁹⁰². Aplicando el principio *rebus sic standibus* en esta concreta materia. Por el contrario, si la fuente de implantación es el convenio colectivo, en estos casos la mejora se eleva a norma, adquiriendo entonces eficacia normativa y rigiendo en este caso el principio de modernidad, es decir, un convenio colectivo posterior podrá disponer regresivamente sobre los derechos reconocidos en el precedente⁹⁰³. Por tanto, cabe tener presente, que las mejoras voluntarias pueden tener naturaleza individual o colectiva, o sea, pueden establecerse respecto de una sola persona (autonomía individual) o en relación con un colectivo de trabajadores (autonomía

todo caso la condición más beneficiosa adquiere dicha naturaleza no sólo mediante su consolidación a través de la reiteración en el tiempo sino también por la presencia específica de las peculiaridades que la distinguen del régimen general u ordinario al que en otro caso estarán sujetos los trabajadores beneficiarios”. Véase también: STCT de 23 de abril de 1985 (Ar. 2664); STS de 19 de abril del 2001 (Ar. 4104) y STS de 18 de julio de 2001 (RJ 2002, 9340).

⁹⁰¹ Ver STSJ de Cataluña núm. 6897/2009 de 30 de septiembre (AS/2009/2577) en relación a la supresión de la mejora por IT por extinción del contrato de trabajo: “... cuando al amparo de las mismas (mejoras) un trabajador haya causado un derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, sino es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento... el pago de la prestación – y de la mejora por IT- no finaliza con la extinción del contrato de trabajo, sino con la finalización de la situación de incapacidad temporal”.

⁹⁰² Ver a este respecto la STS de 4 de julio de 1994 (A. 6335), (RJ 1994, 6335). MANRIQUE LÓPEZ, F: *La Seguridad Social complementaria en el nuevo diseño de una Seguridad Social en transformación*, Navarra, REDT, núm. 39, 1989, página: 400. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., páginas: 64 y 65. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “*La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes*”... op.cit., página: 768.

⁹⁰³ Resulta importante la diferenciación entre: “expectativas de derecho” y “derechos adquiridos”. Se entiende, que un trabajador durante la vigencia de un convenio colectivo pueda “adquirir” un derecho mejorado, siempre que cumpla la condición que el mismo prevé (por ejemplo: una baja por IT, una prejubilación, una maternidad o paternidad... etcétera). De lo contrario, sino cumple con esa condición no podrá adquirir tal derecho (“expectativa de derecho”). Ahora bien, si ese trabajador ya está disfrutando de la mejora de ese derecho previamente adquirido por convenio colectivo anterior, no puede ahora un convenio colectivo posterior – y actualmente vigente- suprimir el disfrute del mismo para ese trabajador (ya que se trata de un “derecho adquirido”). Del mismo modo, y para aquellos trabajadores que no hayan adquirido dicho derecho durante la vigencia del convenio anterior, no podrán reclamar ahora el disfrute de la mejora del derecho anteriormente recogido en base al principio “*pro operatio*” y/o “*condición más beneficiosa*”. Ver VALDÉS DAL-RÉ, F: “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y negociación colectiva”, Madrid, Relaciones Laborales, núm.4, 2000, página: 4.

colectiva)⁹⁰⁴. Estando afectadas, como no podía ser de otra manera, por el principio de igualdad y no discriminación⁹⁰⁵.

La voluntariedad de las mejoras para el empresario opera en el momento de su concesión, por lo que una vez concedidas devienen en obligatorias⁹⁰⁶, no pudiendo posteriormente suprimirlas o modificadas de forma arbitraria⁹⁰⁷. De tal manera que para que ello suceda, deberán tenerse en cuenta reglas diferentes en función de la naturaleza del acto de creación⁹⁰⁸.

- d. Son *complementarias* de las prestaciones ofrecidas por la Seguridad Social. De hecho, lo más frecuente es que traten de complementar total o parcialmente el subsidio (por ejemplo: de IT, jubilación, maternidad... etcétera), para que alcance el cien por cien de lo dejado de percibir a causa de la suspensión de contrato de trabajo⁹⁰⁹. Por este motivo, desde

⁹⁰⁴ VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...* op.cit., página: 33.

⁹⁰⁵ Ver STSJ de Cataluña de 9 de julio de 1993 (A. 3554). GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 38. ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 510.

⁹⁰⁶ STS de 19 de marzo de 2001, número 1573/2000).

⁹⁰⁷ La arbitrariedad queda prohibida en el actual ordenamiento jurídico español de acuerdo con lo establecido por el art. 9.3 de la CE. Entendiéndose por actuación arbitraria, aquella que sea dictada por la voluntad o el capricho (en éste caso del empresario) y contraria a la justicia. Se emplea esta denominación en contraposición al concepto de discrecionalidad, en el sentido de que ésta será posible siempre que no sobrepase los límites impuestos por el ordenamiento jurídico, dado que en otro caso la actuación llevada a cabo por el empresario sería calificada como arbitraria.

⁹⁰⁸ Si por ejemplo la mejora ha sido concedida unilateralmente por el empresario, la supresión o modificación queda condicionada a su aceptación por el trabajador o a su compensación por vía de neutralización. Ver AGUILERA IZQUIERDO, R: "Mejoras voluntarias de Seguridad Social", en VV.AA: *Enciclopedia Laboral...* op.cit., página: 884.

⁹⁰⁹ GARCÍA NINET, J.I: "Algunas compatibilidades de la incapacidad temporal", *Tribuna Social*, nº54, 1995, página: 37. GARCÍA NINET, J.I: "La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992", en VV.AA: III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, páginas: 95-109.

Véase Resolución de 15 de febrero de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal para las empresas de publicidad (BOE de 24 de febrero de 2010).

"Artículo 31. Incapacidad temporal.

el colectivo empresarial se ha criticado fuertemente la introducción de las mejoras voluntarias convencionales, pues se entiende que se trata sin lugar a dudas de una “práctica desincentivadora” y favorecedora del absentismo laboral⁹¹⁰. De ahí que no sea extraño encontrar, a veces, cláusulas paccionadas con sujeción a limitaciones temporales, esto es, que pretenden que la mejora voluntaria no cubra el periodo máximo establecido por la LGSS para cada una de las prestaciones⁹¹¹ o que no

Durante la situación de incapacidad temporal, y mientras el trabajador esté en dicha situación, cualesquiera que sean las contingencias de la que ésta se derive, la empresa le abonará la diferencia entre lo que percibe en tal situación y el 100 por 100 del salario base”.

Tal y como advierten Desdentado Bonete y García Ninet, con esta finalidad se neutralizan las medidas de antiabsentismo, salvo que se otorguen estas prestaciones con las correspondientes cautelas y precauciones o controles empresariales de la autenticidad y magnitud de la baja. GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 66.

⁹¹⁰ SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para el trabajo derivada de enfermedad o accidente...*op.cit., página: 69.

⁹¹¹ Por ejemplo en materia de IT y como máximo hasta 18 meses la Resolución 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 10 de diciembre de 2011) establece:

“Artículo 67. Complemento por incapacidad temporal.

Durante los procesos de Incapacidad Temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional las empresas complementaran las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban en la Seguridad Social hasta alcanzar el 100 por cien de su retribución en jornada ordinaria. Dicho complemento se abonará a partir del primer día hasta como máximo cumplirse dieciocho meses de haberse iniciado la situación I.T.

Durante los procesos de I.T. por enfermedad común o accidente no laboral que supongan hospitalización del que lo sufra, las empresas complementarán las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban de la Seguridad Social hasta alcanzar el 100 por cien de su retribución en jornada ordinaria a partir del primer día de baja hasta un máximo de dieciocho meses”.

De igual manera, el artículo 35 de la Resolución de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE 14 de octubre de 2011) y, el artículo 34 de la Resolución de 30 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE de 20 de abril de 2011). En otros casos, la duración es menor a 18 meses (por ejemplo: artículo 29 de la Resolución de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XVI Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (BOE de 13 de octubre de 2011), en donde se prevé que se completará hasta el 100% de la prestación por IT pero tan sólo como máximo hasta los 12 meses de duración y; artículo 34 de la Resolución de 9 de marzo de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XI Convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil (BOE de 22 de marzo de 2010): “En los supuestos de incapacidad temporal

determinen la fijación del *dies a quo*⁹¹², lo que provoca la aplicación del régimen legal existente según sea el riesgo originario⁹¹³. Ello cobra especial relevancia en el supuesto de mejoras voluntarias por IT derivadas de contingencias comunes⁹¹⁴, ya que la protección complementaria no nacerá hasta el cuarto día de baja⁹¹⁵. Aunque también pueden encontrarse otros supuestos de inicio diferentes⁹¹⁶. Así

y durante los tres primeros meses, se abonará al trabajador, el complemento necesario para alcanzar el 100% de la retribución salarial mensual de convenio (Salario base, CPP, y Complemento específico, en su caso), que le correspondería de haber podido desarrollar sus actividades laborales”) o incluso aparece condicionada la duración de la mejora por IT a la situación determinante de la contingencia a proteger, produciendo diferencias poco favorables para el supuesto de IT por contingencias comunes (ejemplo: artículo 60.1 letra b) de la Resolución de 7 de enero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XXIII Convenio colectivo marco para oficinas de farmacia (BOE de 24 de enero de 2011): *“Enfermedad común. Desde la fecha de la baja, siempre que exista hospitalización, tenga la duración que tenga la baja derivada de la contingencia que haya requerido dicha hospitalización, durante un período de tiempo que no podrá exceder de seis meses”* y, artículo 91 de la Resolución de 22 de febrero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (BOE de 8 de marzo de 2011): *“En los supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, los trabajadores tendrán derecho a cobrar desde el cuarto al vigésimo primer día de la baja el 75% de la base reguladora del mes anterior a su baja”*.

⁹¹² Ver artículo 40 de la Resolución de 11 de agosto de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías (BOE de 25 de agosto de 2010): *“En el resto de los supuestos de incapacidad temporal –derivada de enfermedad profesional o común y accidente no laboral-, se abonará a partir del decimoquinto día de la situación de incapacidad temporal”*.

⁹¹³ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...op.cit.*, página: 136.

⁹¹⁴ Recuérdese que la derogación de la Ley de Contrato de Trabajo de 1994 es la que ha llevado a la situación en la que nos encontramos hoy.

⁹¹⁵ En esta línea véase la Resolución de 22 de febrero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo marco estatal de ocio educativo y animación sociocultural (BOE de 8 de marzo de 2011): *“Artículo 91. Cobro durante el periodo de IT. En los supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, los trabajadores tendrán derecho a cobrar desde el cuarto al vigésimo primer día de la baja el 75% de la base reguladora del mes anterior a su baja”*.

⁹¹⁶ Inclusive para los periodos de IT derivada de contingencias profesionales. Por ejemplo, la Resolución de 11 de agosto de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías (BOE de 25 de agosto de 2010), se dice en su artículo 40: *“En el resto de los supuestos de incapacidad temporal- accidente no laboral y enfermedad común o profesional-, se abonará a partir del decimoquinto día de la situación de incapacidad temporal”*. Y Resolución de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XVI Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería y oficinas

pues, la preocupación por evitar situaciones de fraude se hace más que patente en la adopción de estas medidas y máxime cuando se considera que el estado de necesidad del trabajador es menor durante esos días⁹¹⁷.

No obstante, en determinadas ocasiones, se encuentran algunos convenios colectivos en lo que si protegen al trabajador durante ese “periodo en blanco”, aunque constituyen actualmente una minoría. De manera excepcional y para el supuesto de contingencias comunes, se prevén en algunos convenios colectivos un tratamiento específico respecto al contenido y duración de la prestación complementaria⁹¹⁸.

de estudios técnicos (BOE de 13 de octubre de 2011): *“Artículo 29. Prestaciones por enfermedad y accidente de trabajo.(...) Las empresas afectadas por este Convenio, desde el quinto día de la correspondiente baja, inclusive, en enfermedades de más de 30 días de duración, complementarán las prestaciones económicas de la Seguridad Social de la incapacidad temporal (IT) por enfermedad o accidente de trabajo hasta el 100 por 100 del salario...”*.

⁹¹⁷ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 135.

⁹¹⁸ Véase el artículo 67 de la Resolución 23 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 10 de diciembre de 2011) y artículo 34 de la Resolución de 30 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo estatal de gestorías administrativas (BOE de 20 de abril de 2011):

“(...) Durante los procesos I.T. por enfermedad común o accidente no laboral no previstos en el párrafo anterior las empresas complementarán las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban de la Seguridad Social según la siguiente escala:

- Desde el primer día al tercero, ambos inclusive, hasta el 60 por ciento de su retribución.*
- Desde el cuarto día al vigésimo, ambos inclusive, hasta el 75 por ciento de su retribución.*
- Desde el vigésimo primer día hasta un máximo de doce meses desde la fecha de inicio de la IT, hasta el 100 por cien de su retribución.*

Para los comerciales el salario que se tendrá en cuenta es el garantizado además del plus de vinculación y, en su caso, el complemento de responsabilidad.

El complemento de los días primero al tercero, ambos inclusive, por IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral que no requieran hospitalización, sólo se percibirán durante un máximo de doce días por cada año natural”.

Resolución de 29 de septiembre de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE 14 de octubre de 2011).

“Artículo 35. Incapacidad temporal.

(...)Durante los procesos de I.T. por enfermedad común o accidente no laboral no previstos en el párrafo anterior las empresas complementarán las prestaciones económicas que los trabajadores afectados reciban de la Seguridad Social según la siguiente escala:

En otras ocasiones, los intentos por controlar el fenómeno del absentismo laboral aparecen reflejados de una manera muy directa y clara, especialmente en la negociación colectiva empresarial. En este sentido, se advierte una tendencia cada vez mayor a vincular el disfrute de los complementos de las prestaciones por IT al nivel de absentismo de la empresa⁹¹⁹.

-
- a) Desde el primer día al tercero, ambos inclusive, hasta el 50 por 100 de su retribución.
 - b) Desde el cuarto día al vigésimo, ambos inclusive, hasta el 75 por 100 de su retribución.
 - c) Desde el vigésimo primer día hasta un máximo de doce meses desde la fecha de inicio de la I.T., hasta el 100 por 100 de su retribución.

El complemento de los días primero al tercero, ambos inclusive, por IT. Derivada de enfermedad común o accidente no laboral que no requieran hospitalización, solo se percibirá durante un máximo de diez días por cada año natural”.

Resolución de 28 de enero de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad (BOE de 16 de febrero de 2011).

“Artículo 62. Compensaciones en los supuestos de incapacidad temporal.

(...)Incapacidad Temporal en caso de enfermedad o accidente no laboral. Las empresas complementarán hasta los porcentajes de la base de cotización por contingencias comunes, que se indican en cada uno de los tramos siguientes:

- b.1) Del día 1 al 3, por una sola vez al año, el 50% de la base de cotización.*
- b.2) Del día 4 al 20, hasta el 80% de la base de cotización.*
- b.3) Del día 21 al 40, hasta el 100% de la base de cotización.*
- b.4) Del 41 al 60, hasta el 90% de la base de cotización.*
- b.5) Del 61 al 90, hasta el 80% de la base de cotización*
- b.6) Del 91 en adelante, si procede, como está legislado.*

Las Empresas complementarán la prestación reglamentaria en el supuesto de hospitalización: Se cobrará el 100% de la base cotizable, desde la fecha de su hospitalización, durante 40 días máximo, aunque parte de dichos días esté hospitalizado y otra parte no, y en período de recuperación ó postoperatorio, pero siempre que siga de baja”.

Resolución de 9 de agosto de 2011, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de jardinería (BOE de 19 de agosto de 2011):

“Artículo 44. Complementos en caso de incapacidad temporal (I.T.):

En los casos de I.T. por enfermedad común y accidente no laboral, las empresas abonarán un complemento que garantice el 75 % de todos los conceptos salariales antes citados durante los ocho primeros días y si supera el octavo día, se abonará el 100% con efectos retroactivos al primer día”.

⁹¹⁹ Por ejemplo la cláusula 16 letra a) de la Resolución de 4 de abril de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el cálculo del precio hora del Convenio colectivo del Grupo de empresas Zena (BOE de 24 de abril de 2008):

Con las aprobación del Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad⁹²⁰, se introduce en nuestro ordenamiento jurídico una de las más importantes y significativas reformas que en los último tiempos ha experimentado el tema de las mejoras voluntarias. Cabe señalar, antes de entrar en materia, que se trata de una normativa muy criticada a nivel social, ya que se entromete de una manera totalmente ilegítima, en un espacio que solamente le corresponde por ley (en este caso, por la Constitución Española) a los negociadores sociales.

Ahondando en ese tratado diferencial entre contingencias comunes y profesionales, y con el fin de evitar el absentismo injustificado dentro del ámbito de la Administración Pública, se modifica temporalmente los complementos retributivos que en concepto de mejora voluntaria le corresponda por IT al personal laboral incluido en el Régimen General de la Seguridad Social⁹²¹, sin perjuicio de que se establezca un mandato dirigido a las Administraciones Públicas para que adopten medidas para reducir el absentismo de su personal⁹²². Todo ello surge, con motivo de

“Los trabajadores en situación de Incapacidad Temporal por accidente de trabajo, a partir del día treinta y uno a contar desde el inicio de dicha situación, percibirán con cargo a RENFE-Operadora el 20 % de la Base Reguladora diaria para accidente de trabajo y enfermedad profesional, siempre y cuando el nivel medio de absentismo del colectivo al que pertenezcan no supere la media que para dicho colectivo se produjo durante el año 2007”.

Y en este mismo sentido, la cláusula 9ª en su penúltimo apartado de la Resolución de 3 de junio de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio Colectivo del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (BOE de 17 de junio de 2008):

“Garantías para situaciones de incapacidad temporal: A partir de la firma del presente Convenio, se establecen las siguientes mejoras: A los trabajadores en situación de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional la empresa complementara la prestación económica de la Seguridad Social con un 20 % de la base reguladora diaria para accidentes de trabajo y enfermedad profesional, a partir del día treinta y uno y hasta el noventa en dicha situación, y desde el día noventa y uno con el 25 % de dicha base reguladora, siempre y cuando el nivel medio de absentismo del colectivo al que pertenezcan no supere la media que para dicho colectivo se produjo durante el año 2007”.

⁹²⁰ BOE núm. 168 de 14 de julio de 2012.

⁹²¹ Es decir, personal laboral y funcionarios públicos encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social (artículo 1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril sobre el Estatuto Básico del Empleado Público). No obstante, también se establecen reglas especiales a aplicar para: a) quienes estuviesen adscritos a los regímenes especiales de la Seguridad Social del mutualismo administrativo; y b) los integrantes de la Carrera Judicial, Fiscal, Cuerpo de Secretarios Judiciales, así como Funcionarios de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia comprendidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁹²² Véase la Exposición de motivo del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

la necesidad de reducir el nivel de gastos que puede realizar el Estado⁹²³.

Concretamente, se prevé que cuando la situación de IT sea por contingencias comunes, durante los tres primeros días de baja, el complemento retributivo podrá alcanzar como máximo el 50 por ciento de las retribuciones que se correspondan con el mes anterior. Desde el día cuarto al vigésimo, ambos inclusive, la mejora voluntaria no podrá superar el 75 por ciento del salario correspondiente por el mes anterior y, de ahí hasta el nonagésimo día, podrá reconocerse la totalidad de las retribuciones básicas⁹²⁴. No obstante, esta regla conoce una excepción, y es que para aquellos supuestos en los que quede debidamente justificada esa baja laboral, es decir, en caso de hospitalización e intervención quirúrgica, entonces ese complemento podrá alcanzar el 100 por cien de las retribuciones que viniera disfrutando en cada momento⁹²⁵.

Si se tratase de riesgos encuadrados dentro del “régimen privilegiado”, esto es, accidente de trabajo, enfermedad profesional o período de observación, dado que aquí no se presume el fraude ni tampoco el absentismo injustificado en la Administración Pública, si podrá reconocérsele al trabajador el derecho a la mejora voluntaria de la Seguridad Social desde el primer día de baja, hasta alcanzar el 100 por cien del salario que le viniera correspondiente en el mes anterior al causante de la incapacidad⁹²⁶.

Previamente a la publicación de la normativa estatal, la Comunidad Autónoma de Andalucía, adelantándose, sacó a la luz el Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el equilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía⁹²⁷, por el que se modificó el complemento por incapacidad temporal para el personal al Servicio de la Administración Pública de Andalucía. Básicamente, las previsiones que

⁹²³ Véase Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE número 315, de 31 de diciembre de 2011) y, Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (BOE núm. 156 de 30 de junio de 2012).

⁹²⁴ Artículo 9.1.1º del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

⁹²⁵ Artículo 9. 5 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

⁹²⁶ Artículo 9.1.2º del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

⁹²⁷ BOJA núm. 122 de 22 de junio de 2012.

se reflejaron en el artículo 14 de la normativa andaluza, caminaban por la misma senda, que las que poco después, se contemplaron por la norma del Estado, a excepción, de cuando por contingencias comunes de produjese una segunda nueva baja por IT que no constituyese recaída en un proceso anterior⁹²⁸. En ese caso, la mejora voluntaria debía ser de un 40 por ciento o inferior porcentaje al establecido en los acuerdos con las normas convencionales pactadas⁹²⁹. Dado que la normativa autonómica guarda un absoluto silencio en torno a si para este específico supuesto existe o no una recidiva. Opino, que de constituir una recaída el trabajador continuará percibiendo el porcentaje que ya veía recibiendo al momento de producirse el alta, pues como bien establece el artículo 128.2 de la LGSS: “A efectos del período máximo de duración de la incapacidad temporal..., y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación”⁹³⁰. Además, si quisiera el legislador referirse a la recaída, no hablaría “del segundo y posteriores períodos de baja” sin especificar el lapsus de tiempo que ha de transcurrir entre uno y otro proceso de IT, por lo que resulta lógico pensar que el sentido de este precepto sea el indicado.

El gobierno andaluz, con la sola intención de adecuarse a lo establecido por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, publica tras la entrada en vigor de esta última normativa, otra legislación más por la que se modifica el Decreto Ley 1/2012, de 19 de junio, ajustándose así a lo predispuesto por el Estado. A este respecto, destaca el Decreto Ley 3/2012, de 24 de julio⁹³¹, texto que posteriormente se confirma y se convierte en Ley 3/2012, de 21 de septiembre, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el equilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía⁹³².

⁹²⁸ Para que constituya una recaída, deberá tratarse de la misma o similar patología, debiendo producirse esta segunda baja antes de que transcurra el período de seis meses desde la primera.

⁹²⁹ Artículo 14.1.2ª letra a) del Decreto-Ley 1/2012, de 19 de junio: “Desde el primer día de la situación de incapacidad temporal hasta el tercer día inclusive, se abonará el 50 por ciento del complemento cuando se trate del primer período de baja del ejercicio y el 40 por ciento en el segundo y posteriores períodos de baja, sin perjuicio de la aplicación de porcentajes inferiores establecidos de acuerdo con las normas convencionales acordadas”.

⁹³⁰ Véase Capítulo IV de esta tesis doctoral, concretamente el apartado correspondiente a las “recaídas”.

⁹³¹ Por el que se modifica el Decreto-ley 1/2012, de 19 de junio, de medidas fiscales, administrativas, laborales y en materia de Hacienda Pública para el equilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía, para adaptarlo al Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE núm 145, de 25 de julio de 2012).

⁹³² BOE número 192, de 1 de octubre de 2012.

En esta reciente y última normativa, se repiten los mismo esquemas ya marcados por el Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio e incluso, por el Decreto Ley 1/2012, de 19 de junio. Sin embargo, deja sin efecto aquella excepción contenida para el caso que se produzca una segunda baja por IT por contingencias comunes y no hubiesen transcurrido seis meses desde el último proceso por esta misma causa. Ya que, al no volverse a insistir en la normativa convertida ya en ley, sobre este aspecto, entiendo pues que ha de suponerse derogado⁹³³.

- e. Como consecuencia de lo anterior - art. 1.3 de la OM de 28 de diciembre de 1966-, puede afirmarse que *las mejoras voluntarias tienen los mismos caracteres atribuidos por la Ley a las prestaciones del sistema de Seguridad Social* (coincidencia entre el ámbito objetivo y subjetivo), hasta el punto de que una vez establecidas adquieren *ope legis* el rango de acción prestacional de la Seguridad Social⁹³⁴. De tal manera que dichos instrumentos pueden operar sobre las contingencias protegidas por la Seguridad Social, pero sin alterar ni directa ni indirectamente la base de cotización, así como los tipos de cotización, periodos de carencia o cualquier otro elemento configurado por la Ley⁹³⁵. Más que “prestación básica” y “prestación correspondiente a la mejora”, cabe hablar aquí, de “prestación mejorada”. Y es que los dos componentes de la misma se funden inescindiblemente, y llevan una vida jurídica indisoluble⁹³⁶. Por lo que una vez establecidas, forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora del sistema de Seguridad Social⁹³⁷.
- f. *Gestión y/o financiación privada*, tal y como se desprende de los artículos 192 y 193.1 de la LGSS: “*Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo. Por excepción, y previa aprobación del Ministerio de*

⁹³³ Artículo 14 de la Ley 3/2012, de 21 de septiembre.

⁹³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: “El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria”... op.cit., página: 105.

⁹³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”... op.cit., página: 769.

⁹³⁶ MARTÍN VALVERDE, A: *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*... op.cit., página: 141. CASAS BAAMONDE, M.E: *Autonomía colectiva y Seguridad Social*... op.cit., página: 271.

⁹³⁷ GALIANA MORENO, J.M y SEMPERE NAVARRO, A.V: “La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública”, *Actualidad Laboral* nº8, 1987, página: 395. VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual*...op.cit., página: 36.

Trabajo y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores⁹³⁸, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición” (art. 192.1 LGSS); “Las empresas, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, podrán realizar la mejora de prestaciones a que se refiere el artículo anterior, por sí mismas o a través de la Administración de la Seguridad Social, Fundaciones Laborales, Montepíos y Mutualidades de Previsión Social o Entidades aseguradoras de cualquier clase” (art. 193.1 LGSS).

A pesar de los términos, un tanto ambiguos empleados por la normativa de Seguridad Social, sucede en la práctica que las mejoras directas no son gestionadas por la Administración de la Seguridad Social ni por las Fundaciones Laborales⁹³⁹, sino propiamente por las mismas empresas, mediante “fondos internos” o bien, concertando con cualquier entidad asegurado o financiera la “gestión indirecta” y, en algún caso puntual, por Montepíos y Mutualidades de Previsión Social⁹⁴⁰ e incluso constituyendo un Plan de Pensiones (desde la aprobación de la Ley 8/1987). Todo ello conforme a una fórmula abierta de formas de gestión

⁹³⁸ Se trata tan sólo de una colaboración, no de sufragar íntegramente la financiación.

⁹³⁹ Son “organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general –pudiendo tener objetivos asistenciales, educativos, culturales, sanitarios y laborales- siempre que beneficien, a colectividades genéricas de personas –entre las que se incluyen- los colectivos de trabajadores de una o varias empresas y sus familiares” (artículo 2.1, 3.1 y 3.2 de la ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

⁹⁴⁰ Fueron antiguas Entidades gestoras en la contingencia de incapacidad laboral transitoria, hasta la aprobación del TRLGSS (excluida esta posibilidad por la disposición adicional 11ª), conforme a la reforma introducida por el art. 35 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre. Se tratan de “entidades aseguradas privadas sin ánimo de lucro que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria (o alternativa, en el caso de los autónomos), mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas fijas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras”, constituyendo un instrumento de previsión social empresarial cuando “todos sus mutualistas sean empleados, sus protectores o promotores sean las empresas, instituciones o empresarios individuales en las cuales presten sus servicios y las prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre éstas y aquellos” (art. 2 del Reglamento sobre Mutualidades Previsión Social, aprobado por RD 1420/2002, de 27 de diciembre y posteriormente modificado por Real Decreto 239/2007, de 16 de febrero).

de protección social complementaria contenida en el artículo 193 de la LGSS⁹⁴¹.

La problemática objeto de debate en este concreto punto, gestión directa de las mejoras voluntarias por la empresa, tiene que ver con lo que sucederá en el supuesto de insolvencia del empresario⁹⁴². Así pues, la disposición adicional 1ª de la Ley 8/1987, de Planes y Fondos de Pensiones impuso, con el objetivo de garantizar los derechos de los trabajadores ante posibles casos de insolvencia empresarial –en línea con lo establecido, a su vez, por la Directiva 80/987/CEE⁹⁴³ y con la Directiva 2008/95/CE⁹⁴⁴- la externalización de ciertos tipos de mejoras voluntarias, de tal manera que su gestión ya no podía ser realizada directamente por la propia empresa sino que éstas estaban obligadas a externalizar su gestión, canalizándolas a través de un contrato de seguro, un plan de pensiones o de ambos a la vez⁹⁴⁵.

En este mismo sentido, se encuentra la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados (LOSSP)⁹⁴⁶, el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre⁹⁴⁷ y el RD Legislativo 6/2004, de

⁹⁴¹ VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª.N: *Manual de Seguridad Social...op.cit.*, páginas: 637. VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...op.cit.*, página: 37.

⁹⁴² Cabría tener en cuenta, asimismo, la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias. Por este motivo, posteriormente se volverá a plantear esta cuestión con más detalle.

⁹⁴³ De 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

⁹⁴⁴ Directiva relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Se trata de una directiva que reitera, en cierto modo, la anterior regulación.

⁹⁴⁵ VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...op.cit.*, página: 45. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: *“La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”... op.cit.*, página: 770.

⁹⁴⁶ La cual en su disposición adicional 11ª, punto 19, modifica la disposición adicional 1ª (relativa a la protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores) de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Planes y Fondos de Pensiones.

⁹⁴⁷ Ver artículo 23.2 f): *“Se consideran mejoras de las prestaciones de Seguridad Social las cantidades dinerarias entregadas directamente por los empresarios a sus trabajadores o asimilados, así como las aportaciones efectuadas por aquéllos a los planes de pensiones y a los sistemas de previsión social complementaria de sus trabajadores, a que se refiere los artículos 192 y 193 del texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que el beneficio obtenido o que pudiera llegar a obtenerse por el interesado suponga una ampliación o complemento de las prestaciones económicas otorgadas por el Régimen General de la Seguridad Social en el que se hallen incluidos dichos trabajadores. Únicamente*

29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁹⁴⁸. De tal manera, que una vez instrumentado dicho plan de pensiones y/o contrato de seguro, la obligación y responsabilidad de la empresa respecto de las mejoras se circunscriben, exclusivamente, a las asumidas en dichos contratos de seguro y/o plan de pensiones⁹⁴⁹. Constituyendo una infracción muy grave su no cumplimiento por parte de la empresa, tal y como recoge el artículo 8.15 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)⁹⁵⁰.

Por tanto, las mejoras voluntarias que las empresas pueden gestionar y financiar directamente –a cargo de sus fondos internos- a los trabajadores, son en estos momentos, las de asistencia sanitaria, incapacidad temporal, permisos de maternidad y paternidad, prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia, así como, prestaciones familiares⁹⁵¹ y prestaciones económicas o indemnizaciones a tanto alzado que tengan por objeto la contingencia por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual o lesiones permanentes no invalidantes de accidente de trabajo⁹⁵².

Sin embargo, cuando se trate de mejoras relacionadas con las prestaciones de invalidez (incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez), jubilación, muerte y supervivencia (viudedad, orfandad y a favor de otros herederos o personas designadas), dependencia (severa y gran dependencia), las empresas no podrán gestionarlas directamente

podrán tener la consideración de mejoras de las prestaciones económicas de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia otorgadas por dicho Régimen General de la Seguridad Social las aportaciones efectuadas por los empresarios a planes de pensiones y a la financiación de las primas de contratos de seguro, destinadas a satisfacer los compromisos por pensiones derivados de las citadas contingencias y asumidas por el personal de la empresa”.

⁹⁴⁸ Que deroga la LOSSP del año 1995.

⁹⁴⁹ GARCÍA BECENAS, G: “La externalización de los compromisos por pensiones en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Análisis de la disposición transitoria decimocuarta de la ley 30/1995)”, *Relaciones Laborales*, nº3, 1997, páginas: 11 y siguientes.

⁹⁵⁰ “El incumplimiento por la empresa de la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones con el personal de la empresa en los términos establecidos en la normativa reguladora de los planes y fondos de pensiones”.

⁹⁵¹ Véase Ley 52/2003, de 10 de diciembre (artículos 181 y siguientes) y Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966 (artículo 11.2).

⁹⁵² YANINI BAEZA, J: “La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades. Contrato de Seguro”, en VV.AA... op.cit., página: 960.

sino que habrán de hacerlo a través de un contrato de seguro⁹⁵³ o plan de pensiones o ambos mecanismos a la vez⁹⁵⁴. Para lo cual disponen los empresarios de un plazo no superior a tres años, desde la entrada en vigor de la LOSSP, para adaptar sus compromisos por pensiones a la nueva regulación⁹⁵⁵.

En consecuencia, las mejoras voluntarias que pueden ser gestionadas por fondos internos se registrarán por lo dispuesto en los pactos o reglas que las hayan creado, y claro está, en su defecto por la LGSS. Mientras que las mejoras voluntarias que obligatoriamente deben ser externalizadas se registrarán por la normativa específica del instrumento privado de gestión utilizado⁹⁵⁶.

Tal situación, ha vuelto a plantear el debate ya existente en torno a si los instrumentos de gestión promovidos por la LOSSP hacía prevalecer la normativa de seguro privado o de planes de pensiones en la que se inscribían las mejoras directas, o por el contrario si había que entender, como lo hacía la jurisprudencia hasta ese momento, que no perdían su carácter de prestaciones de Seguridad Social a causa de la modalidad

⁹⁵³ Éstos deberán revestir la forma de seguros colectivos de vida o de plan de previsión social empresarial (modalidad incorporada como instrumento para canalizar los compromisos por pensiones, tras la modificación de la disposición adicional primera del texto Refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, de Impuesto de la Renta de las Personas Físicas).

⁹⁵⁴ VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...* op.cit., página: 45. MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “*La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes...*” op.cit., páginas: 770- 773. VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 637 y 638. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I: “Capítulo X. Disposiciones comunes del régimen general. Sección 1^a. Mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General. Artículo 191. Mejoras de la acción protectora”, en VV.AA... op.cit., páginas: 1388-1392.

⁹⁵⁵ Tal y como se recoge en la disposición transitoria 14^a de la LOSSP.

⁹⁵⁶ Si se tratase de un plan de pensiones, por el Texto Refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones (RD Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre); si es una mutualidad de previsión social, por el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (RD Legislativo 6/2004, de 29 de octubre); y si es un contrato de seguro colectivo de vida por el RD 1588/1999, de 15 de octubre y la Ley de Contrato de Seguro, 50/1980, de 8 de octubre; y en su defecto por la LGSS. Ver AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria...* op.cit., páginas: 1097 y 1098. AGUILERA IZQUIERDO, R: “Mejoras voluntarias de Seguridad Social”, en VV.AA: *Enciclopedia Laboral...* op.cit., páginas: 886 y 887.

de gestión empleada, aunque ésta fuera a través del establecimiento de un plan de pensiones o seguro⁹⁵⁷.

No obstante y como excepción, cabe señalar que algunas empresas, fundamentalmente aquellas vinculadas con el sector bancario y financiero (entidades de crédito, aseguradoras y sociedades y agencias de valores), están excluidas de la anterior externalización, opción legal que ha planteado importantes litigios, sobre todo en el caso de los denominados “premios de jubilación”⁹⁵⁸.

Dado que las mejoras voluntarias “*forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social*” (artículo 1.3 de la OM de 1966) cabría determinar ahora, cuál es su naturaleza jurídica, a efectos de las posibles consecuencias que puedan derivarse. Si bien, se advierte que no se trata de una cuestión pacíficamente asentada⁹⁵⁹. Principalmente, la discusión se centra en los siguientes puntos: naturaleza extrasalarial, naturaleza indemnizatoria o no resarcitoria y naturaleza prestacional.

En primer lugar, la naturaleza extrasalarial de la mejora voluntaria ha venido reconociéndose ya desde antiguo por la Orden de 22 de noviembre de 1973,

⁹⁵⁷ Ver con más detalle MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A: “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”... op.cit., páginas: 770 y siguientes. Para las mejoras voluntarias que pretendan dar una cobertura adicional a la de los compromisos por pensiones a los que alude el art. 8.6 de la LPFP, siempre y cuando no utilicen como medio de gestión un plan de pensiones o un seguro colectivo, habrá que otorgarles la categoría de prestaciones integradas en la acción protectora de la Seguridad Social. Sin embargo, cuando las mejoras voluntarias se instrumenten mediante alguno de los mecanismos mencionados: contrato de seguro colectivo de vida, plan de previsión empresarial o plan de pensiones, entonces, las mejoras voluntarias tendrán entonces la consideración de prestaciones de naturaleza estrictamente privada.

⁹⁵⁸ VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*op.cit., página: 46.

⁹⁵⁹ Existen por una parte, autores que piensan que las mejoras voluntarias son elementos integrantes de la acción protectora de la Seguridad Social –en línea con lo previsto por la OM de 1966-, aun cuando no posean las características propias del sistema de Seguridad Social, lo cual no impide que una vez establecidas formen parte del ámbito de la acción protectora de la mencionada institución pública. Ver ALMANSA PASTOR, J.M: *Derecho de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 519 y 520. Por el contrario, otros autores entienden que las mejoras voluntarias no son Seguridad Social, puesto que provienen de la iniciativa privada y/o no cumplen con ninguna de las características propias de aquella. En este sentido GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 43 y siguientes. VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*op.cit., página: 47.

dictada en desarrollo del Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, de ordenación del salario, en las que se excluían expresamente de la condición de salario a las mejoras voluntarias y a los “demás servicios asistenciales y de Seguridad Social complementaria” que pudieran establecerse por las empresas⁹⁶⁰. Ambas normas son actualmente derogadas por la disposición derogatoria única de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por lo que su naturaleza extrasalarial deriva ahora de la previsión legal contenida en el art. 26.2 del ET, de acuerdo con la cual “no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de... prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social...”⁹⁶¹.

En efecto y tal como señala la STS de 3 de julio de 1995, las mejoras voluntarias no son salario a tenor de lo prevenido en el citado precepto del TRLET, ya que no existe contraprestación de servicios⁹⁶² –pues el contrato de trabajo se encuentra en suspenso o ya extinguido-, no tratándose tampoco de prestaciones e indemnizaciones de Seguridad Social, sino de meras “mejoras dentro del sistema complementario de la Seguridad Social”⁹⁶³. Y es que “estamos ante una mejora voluntaria de las prestaciones de Seguridad Social que participa de la naturaleza de estas últimas y no de la de los salarios”⁹⁶⁴.

Aún más, los artículos 109.2 f) de la LGSS y 23.2 F) del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RGCL), recogen que no se computarán en la base de cotización a la Seguridad Social “las prestaciones de Seguridad Social, así como sus mejoras

⁹⁶⁰ En contra ver GALLARDO MOYA, R: “Las mejoras complementarias del sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva”... op.cit., página: 475.

⁹⁶¹ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva*...op.cit., página: 69. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 31-40.

⁹⁶² Ver STS de 10 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8824).

⁹⁶³ GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*... op.cit., páginas: 50 y 51. SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para el trabajo derivada de enfermedad o accidente*... op.cit., páginas: 69 y 70. Véase también las STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 1991 (Ar. 1806), de Extremadura, de 22 de febrero de 1991 (Ar. 1278), Madrid de 18 de noviembre de 1996 (AS 1996, 3743) y 16 de abril de 1998 (AS 1998, 1344), Baleares de 21 de junio de 2000 (AS 2000, 3496), Cataluña de 19 de octubre de 1999 (AS 1999, 4543), País Vasco de 19 de octubre de 1999 (AS 1999, 4764), Madrid de 11 de octubre de 2001 (núm.456/2001) y STS de 13 de julio de 1998 (RJ 1998, 713). ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 31-40.

⁹⁶⁴ Ver STSJ de Extremadura de 20 de diciembre de 1994 (R. 4781): “... Si el complemento reclamado es una prestación de Seguridad Social no es, pues, salario...”.

y las asignaciones asistenciales concedidas por las empresas”, considerándose pues, “mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social las cantidades dinerarias entregadas directamente por los empresarios a sus trabajadores y asimilados, así como las aportaciones efectuadas por aquellos a los planes de pensiones y a los sistemas de previsión social complementaria de sus trabajadores, a que se refieren los artículos 192 y 193 del TRLGSS, siempre que el beneficio obtenido o que pudiera llegar a obtenerse por el interesado suponga una ampliación o complemento de las prestaciones económicas otorgadas por el Régimen General de la Seguridad Social en el que se hallen incluidos dichos trabajadores”.

Por consiguiente y de acuerdo con dicha previsión legal, carecen de naturaleza salarial: los complementos de los subsidios de incapacidad temporal y de las prestaciones por desempleo en los supuestos de suspensión o extinción de contrato de trabajo hasta la fecha de jubilación del trabajador –siempre que se haya optado por no externalizarlos-, además de los complementos o premio de jubilación que todavía subsistan⁹⁶⁵.

De la consideración como naturaleza extrasalarial de las mejoras voluntarias se derivan además, una serie de garantías en el supuesto de que se produzca una insolvencia empresarial⁹⁶⁶. En este sentido, las Directivas 80/987/CEE de 20 de octubre de 1980⁹⁶⁷ y 2008/94/CE de 22 de octubre de 2008 relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, exigen que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para *“proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado al empresa o el centro de la actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de este, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de los regímenes complementarios de previsión profesional o interprofesionales*

⁹⁶⁵ ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 32-34.

⁹⁶⁶ Tal y como antes se había apuntado a hablar de la “gestión y financiación privada” de las mejoras voluntarias.

⁹⁶⁷ La Directiva 80/987/CEE es el referente común obligado de los fondos de garantía salarial, e instituciones equivalentes, de los diversos países europeos. Se aprobó con la finalidad primordial de *“reducir las diferencias entre los Estados miembros en cuanto al alcance de la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia empresarial, especialmente para garantizar la percepción de sus créditos impagados”*. GÓNZALO GONZÁLEZ, B: “Garantía pública de las pensiones privadas de Seguridad Social complementaria: la no transposición de la Directiva 80/987/CEE, y las posibilidades para su aplicación judicial inmediata o directa”, *Relaciones Laborales*, Tomo I. 1995, página: 215.

que existan independientemente de los regímenes nacionales de Seguridad Social” (artículo 8 de ambas directivas).

Por tanto, los derechos a los que se refieren ambas normativas tan sólo aparecen referidas a las pensiones de vejez y supervivencia en favor de los familiares del trabajador, quedando fuera el resto de beneficios de previsión voluntaria⁹⁶⁸ (incluido la IT). Siendo la normativa española en este punto insuficiente, puesto que la protección de los trabajadores para los supuestos de insolvencia empresarial a través del Fondo de Garantía Salarial (art. 33 del ET), tan sólo resulta aplicable en el supuesto de créditos por salarios e indemnizaciones reconocidas por la extinción del contrato de trabajo, no en el de mejora voluntarias⁹⁶⁹, ya que quedan fuera de su ámbito de cobertura los conceptos retributivos no salariales⁹⁷⁰.

Así pues, tal como ha señalado el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de 28 de diciembre de 1993, dado que el Fondo de Garantía Salarial español tienen un régimen jurídico específico que no considera para nada las prestaciones de previsión social complementaria, procede entonces reconocer “*el derecho (de los particulares) a solicitar al Estado... la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la directiva*”. Más aún, teniendo en cuenta “*que los Estados disponen de una amplia discrecionalidad en cuanto a la organización, al funcionamiento y a la financiación de esas instituciones*” (TSJ de las Comunidades Europeas en sentencia de 16 de diciembre de 1993, caso Wagner Miret)⁹⁷¹.

Además de lo expuesto, el carácter extrasalarial de las mejoras voluntarias va a determinar otro orden de consecuencias, a saber: que las mismas no computen a efectos de la cuantificación de los salarios de tramitación e indemnizaciones

⁹⁶⁸ GÓNZALO GONZÁLEZ, B: “Garantía pública de las pensiones privadas de Seguridad Social complementaria: la no transposición de la Directiva 80/987/CEE, y las posibilidades para su aplicación judicial inmediata o directa”... op.cit., páginas: 217 y 218.

⁹⁶⁹ Ver STS de 14 de noviembre de 1983 y 23 de junio de 1986, entre otras.

⁹⁷⁰ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva*...op.cit., páginas: 69 y 70.

⁹⁷¹ GÓNZALO GONZÁLEZ, B: “Garantía pública de las pensiones privadas de Seguridad Social complementaria: la no transposición de la Directiva 80/987/CEE, y las posibilidades para su aplicación judicial inmediata o directa”... op.cit., páginas: 222 a 225. FERNÁNDEZ LIESA, C.R y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C: “Altos cargos y FOGASA: la postura del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Relaciones Laborales*, nº2, 1994, página: 84 y siguientes. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva*...op.cit., página: 70.

por extinción del contrato de trabajo⁹⁷², que no se pueda hacer efectivo el régimen de garantías del salario como crédito privilegiado (art. 32 y 33.1 ET)⁹⁷³ y por último, que del incumplimiento del abono de la mejora voluntaria no se derive “justa causa” para proceder a la extinción del contrato de trabajo, así como tampoco, al abono de la acción resarcitoria prevista en el artículo 50.1.b) ET⁹⁷⁴.

En segundo lugar, resulta más discutible la cuestión de la naturaleza indemnizatoria o no resarcitoria de las mejoras voluntarias. La vía del despido del trabajador o la llegada a término del contrato de trabajo, mientras se encontraba el trabajador en situación de IT (antes y después de extinguida la relación laboral por despido y/o finalización del contrato temporal), son los dos supuestos que más controversias han planteado en cuanto a la delimitación de la naturaleza indemnizatoria de las mejoras voluntarias. Y es que en ambos casos, se prevé siempre la misma cuestión litigiosa a determinar: ¿cabe el reconocimiento de la mejora voluntaria por IT no satisfecha por la empresa pero si prevista por Convenio Colectivo?.

⁹⁷² ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., página: 40. STSJ de la Comunidad de Madrid de 17 de septiembre de 1998 (núm. 4072/1998), de las Islas Canarias de 31 de mayo de 2001 (núm. 710/2000) y Comunidad Foral de Navarra de 23 de julio de 2001 (núm. 255/2001).

⁹⁷³ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 70. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., página: 40.

⁹⁷⁴ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., páginas: 70 y 71. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., página: 40. En contra, las STSJ de Navarra de 24 de junio de 1994 (AS 1994, 2418), las Palmas de Canarias de 30 de septiembre de 2008 (AS 2009, 135095), Valladolid de 15 de abril de 2009 (AS 2009, 1641), Murcia de 13 de diciembre de 2010 (AS 2011, 739), Galicia de 14 de enero de 2011 (AS 2011, 2076) y STS de 22 de mayo de 1995 (RJ 1995, 3995), 19 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 1006) y 2 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8187): “También el empresario ha incumplido reiteradamente una norma del convenio colectivo, que le obliga directamente a asumir el pago del complemento pactado sobre mejora de incapacidad temporal. Abstracción hecha de cual sea la naturaleza jurídica de esta mejora –pública de Seguridad Social o laboral-, lo cierto es que la fuente de la obligación asumida, si bien no deriva directamente de la ley, pues tiene su origen en el convenio colectivo –fuente de la relación laboral, según el artículo 3.1.b) del ET-, contrato-ley entre partes, cuya eficacia obligatoria se consagra en el artículo 1278 del Código Civil- o liberalidad del empleador, de donde guarda una conexión más próxima el contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta su finalidad de aproximar la cuantía de la prestación de Seguridad Social al salario, que es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo... En definitiva, pues, el empresario ha incurrido en justa causa de extinción del contrato de trabajo, tipificada en el artículo 50.1 c), del ET, al haber incumplido en forma voluntaria, grave y reiterada, manifestando de este modo, una deliberada voluntad obstructiva al cumplimiento de obligación de anticipar el pago de la prestación de IT y de manifestar, a su cargo, el complemento de mejora pactado en convenio, siendo de resaltar, además, que su comportamiento ha sido contrario a derecho...”.

La STJ de Andalucía de Málaga, de 11 de enero de 2007 (AS 2008, 1621), a propósito del despido de un trabajador durante el periodo que estaba de baja por IT, trata de dilucidar acerca de la correspondiente indemnización que al mismo le correspondería por ese despido declarado en sentencia de instancia como “improcedente”. En primer lugar, aclara éste tribunal que no hay lugar al derecho de los llamados “salarios de tramitación” correspondiente por despido improcedente, por entender que el trabajador se encontraba en situación de IT⁹⁷⁵. En segundo lugar, se centra en determinar cuál es la naturaleza de los salarios de tramitación⁹⁷⁶, así como de la mejora por IT dictaminando de este modo, que la razón última de los salarios de tramitación es efectivamente la “*de compensación por la falta de abono de salarios durante el tiempo de referencia –desde el despido hasta la notificación de la sentencia- para evitar así que un comportamiento inaceptable del empresario llegue a causar un perjuicio económico al trabajador, privándole de rentas de trabajo, que en otro caso hubiera devengado...*”. Y todo ello, para finalmente concluir que “...*dado que no subsiste la obligación de satisfacer salarios tampoco cabría aplicar la medida compensatoria –referida a la mejora voluntaria- para reparar un quebranto económico*”. Por lo tanto, reconoce que la mejora voluntaria tiene naturaleza indemnizatoria pero según expone acto seguido, no puede prosperar la pretensión del actor por la que se pretende su concesión durante el tiempo que ha estado de baja por IT, puesto que la relación laboral se encuentra ya extinguida⁹⁷⁷. En cambio durante el periodo que aún estaba viva

⁹⁷⁵ Ver STJ de Andalucía de Málaga, de 11 de enero de 2007 (AS 2008, 1621): “*si durante el procedimiento resulta acreedor el demandante a los salarios de tramitación, en los términos y con el alcance previsto en el artículo 56.1 c) del ET, a cargo del empresario desaparece esta obligación al percibir el trabajador en ese tiempo la prestación por incapacidad temporal... en el sentido de entender que corresponde a la Entidad Gestora de la Seguridad Social el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal, cuando esta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación por despido nulo o improcedente, solución que es asimismo aplicable, y con idéntica razón, a los supuestos en los que la incapacidad temporal se había iniciado antes de la fecha de despido*”.

⁹⁷⁶ Ver STJ de Andalucía de Málaga, de 11 de enero de 2007 (AS 2008, 1621): “*la clave para la solución del problema radica en la propia naturaleza de los salarios de tramitación*”.

⁹⁷⁷ Ver STJ de Andalucía de Málaga, de 11 de enero de 2007 (AS 2008, 1621): “*Por todo ello no puede prosperar la pretensión ejercitada de mejora voluntaria pues el contrato había sido extinguido por la decisión empresarial de despido impugnada, y la declaración judicial de improcedencia no produce otros efectos que los previstos legalmente de abono opcional de la indemnización y de abono de los salarios de tramitación con tal carácter indemnizatorio y tasado salvo situación de Incapacidad Temporal, pero no puede concederse tal complemento reclamado hasta completar el 100% por parte de la empresa pues dicho abono queda limitado al hecho de que la relación laboral se mantenga abierta y viva pero no si la misma se ha extinguido como ocurre en el presente caso por despido impugnado y declarado judicialmente improcedente, es decir, la eficacia extintiva de la relación laboral se produce por al decisión empresarial y la declaración judicial de improcedencia sólo tiene los efectos establecidos*

la relación laboral y el trabajador en situación de IT, si cabe por supuesto el disfrute de la mejora de ésta prestación.

En contra, la STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009,1836) examina un supuesto muy semejante al de la anterior sentencia mencionada. Entiende en este caso el Tribunal Supremo que si cabe la concesión del derecho a la mejora por IT, ya que por parte del empresario se ha producido un ilícito civil consistente en un incumplimiento doloso y culpable de una obligación ya pactada en convenio colectivo, esto es, la de mejora voluntaria de la prestación por IT. Por lo que en base al artículo 1101 del Código Civil, deberá el empresario proceder a resarcir los daños y perjuicios que su conducta dolosa ha ocasionado al trabajador⁹⁷⁸. Además, desde el periodo en que es despedido hasta que se dicta la sentencia por la que se declara el despido improcedente⁹⁷⁹, el trabajador continuaba en situación de IT, por lo que si durante esa franja temporal existe la obligación de cotización por la prestación de Seguridad Social, por consiguiente el trabajador también tiene derecho a la mejora voluntaria⁹⁸⁰. No obstante, entiende al igual que lo hace la sentencia

legalmente". En este mismo sentido las sentencias de TSJ de Extremadura de 11 de febrero de 2010 (JUR 2010, 124282) y 19 de abril de 2010 (JUR 2010,203398) y sentencias del TS de 17 de mayo de 2000 (RJ 2000,5160) y 11 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3310).

⁹⁷⁸ STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009,1836): "... el objeto de su pretensión -la del trabajador- es la reclamación de una cantidad que, en concepto de mejora voluntaria de la Seguridad Social, fue pactada en convenio colectivo y que no se ha acreditado que haya sido satisfecha durante el periodo litigioso comprendido entre la fecha de despido y la providencia firme por la que el Juzgado de lo Social declaró extinguida la relación laboral. No resulta razonable que un ilícito civil -en el caso acto de despido realizado inaceptablemente por el empleador, en cuanto ha sido declarado improcedente-, prive al trabajador del complemento de renta sustitutoria, acordado en Convenio Colectivo, pues ello supondría liberar al empleador del pago de la mejora convencional, y atribuir las consecuencias del acto ilícito laboral al trabajador, a quien se le obligaría a soportar el quebranto económico consecuente a la pérdida de la mejora voluntaria de la Seguridad Social. De seguirse el criterio de la sentencia recurrida, se violaría el artículo 1.101 del Código Civil que obliga a resarcir daños y perjuicios a "los que en incumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad"; reparación de daños y perjuicios, cuya apreciación objetiva y real derivan, en el caso presente, del incumplimiento por el empleador de la mejora voluntaria acordada en Convenio Colectivo durante el periodo litigioso, coincidente con el periodo durante el que, de no haber mediado la renta sustitutoria, derivada de incapacidad temporal, cuya prestación económica corre a cargo de la Seguridad Social, se hubiera devengado salarios de tramitación". En este mismo sentido las sentencias del TS de 9 de mayo de 2006 (AS 2006, 1774) y 21 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7567); y STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de 28 de febrero de 2011 (AS 2011, 1822).

⁹⁷⁹ Período correspondiente a los salarios de tramitación.

⁹⁸⁰ STS de 10 de febrero de 2009 (RJ 2009,1836): "... en los supuestos a los que se refiere el artículo 56 del ET, el empresario deberá instar el alta y la baja de los trabajadores y cotizar a la Seguridad Social durante el periodo correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de "ocupación

precedente, que no cabe el derecho a los denominados salarios de tramitación mientras el trabajador se encontraba en situación de IT en base a los mismos argumentos arriba mencionados.

En la sentencia del TSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2007 (AS 2008, 274), se analiza un supuesto de baja por IT con motivo de un accidente de trabajo y posterior declaración de Incapacidad Permanente Absoluta (en adelante IPA). Dos cuestiones son necesarias señalar: 1. El trabajador prestaba sus servicios bajo el amparo de un contrato temporal que llega a su fin mientras éste se encontraba disfrutando de la baja por IT y, 2. el Convenio Colectivo preveía una mejora voluntaria para el supuesto de incapacidad permanente pero no para el de IT. La cuestión que resuelve el TSJ es ¿si tiene o no derecho a la mejora voluntaria durante el tiempo en que el trabajador se encontraba en IT?, para lo cual el tribunal toma en consideración el momento en que nace o se produce “el hecho causante” de la IPA⁹⁸¹. Y dado que en el presente caso tanto la norma paccionada, que es el título habilitante de la mejora, como la póliza concertada con la compañía de seguros guardan silencio sobre el momento en que surge el derecho a la cobertura, habrá que acudir entonces a las disposiciones de la Seguridad Social. Finalmente, el TSJ se inclina por reconocerle al trabajador la mejora voluntaria de la prestación por IT, dado que admite que por una parte, la patología que sufre este trabajador ya se encontraba consolidada (esto es, era definitiva, irreversible e invalidante) incluso antes de la calificación de la IPA por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI)⁹⁸² y por otra parte, aunque no lo reconoce de una manera

cotizada a todos los efectos”, y que la obligación de cotizar conforme al artículo 106.3 de la LSS “continuará en situación de incapacidad temporal”. Así, pues, conforme a la normativa descrita, si el periodo correspondiente a los salarios de tramitación se considerará como “ocupación cotizada a todos los efectos”, y si, durante el mismo subsiste la obligación de cotización, hasta la fecha en que se extingue el contrato de trabajo, es clara consecuencia que el actor tiene derecho a la mejora voluntaria de la Seguridad Social durante el periodo correspondiente a los repetidos salarios de tramitación, -que no percibió por encontrarse en situación de incapacidad temporal- que se califican de “ocupación cotizada”, y hasta la fecha en que, jurisdiccionalmente, se declaró extinguido la relación laboral por la opción ejercida por el empresario en la esfera de los efectos de despido improcedente”.

⁹⁸¹ Ver STSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2007 (AS 2008, 274): “...el hecho causante puede ser aplicable para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación a efectos de derecho transitorio o para fijar el nacimiento de una situación protegida en aquellos casos en que los distintos efectos de la lesión se despliegan de forma sucesiva (incapacidad temporal e incapacidad permanente o muerte)...”.

⁹⁸² Ver STSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2007 (AS 2008, 274): “...cuando un mes después del cese, se lleva a cabo la constatación objetiva de las lesiones que padecía el actor y que iban a motivar el grado de incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo, aquella patología ya se encontraba consolidada y era anterior al dictamen del órgano calificador... por lo que se demostraba a través de las actuaciones procesales que los padecimientos y limitaciones que sufre el trabajador habían quedado objetivados y

directa, dicha IPA ha devenido primeramente de una situación de IT que se ha ocasionado con motivo del accidente de trabajo sufrido por el trabajador, por lo que de esta manera “*se compensará lo percibido por IT*”. Siguiendo este criterio excepcional, el TS retrotrae los efectos a la fecha del accidente que ha motivado la IT “*porque ese es el riesgo asegurado, y lo mismo sucede en relación con el reaseguro o de las mejoras de prestaciones instrumentadas a través de contrato de seguro*”, reconociéndose así, la naturaleza indemnizatoria de la mejora voluntaria por IT⁹⁸³.

En tercer lugar, cabe hablar por último de la naturaleza prestacional de las mejoras voluntarias. Como mecanismo que se integra en la acción protectora de la Seguridad Social, las mejoras voluntarias, dependerá desde su incorporación a la propia dinámica de las prestaciones que complementa, formando así parte “*a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social*” (OM de 1966)⁹⁸⁴. Lo que no significa “*que se equiparen totalmente a las prestaciones otorgadas directamente por la Seguridad Social*”, sino que constituyan una prestación integrada en la acción protectora de la Seguridad Social con *alcance relativo*⁹⁸⁵ o a determinados efectos, por ejemplo: en cuanto son los órganos jurisdiccionales de lo social los competentes para conocer de las cuestiones litigiosas que se susciten “*en aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de Seguridad Social incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o Convenio Colectivo*” (art. 2.c) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral –LPL-);⁹⁸⁶ la regulación en materia de prescripción (de

consolidados con carácter irreversible, es decir, sin posibilidad de curación, en fecha anterior al referido dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, pues en estos casos es esa fecha anterior en que quedaron consolidadas y objetivadas las dolencias del interesado la que habrá que tomar como referencia, máxime si como al presente sucede entre el cese y la calificación apenas ha transcurrido un mes, tiempo mínimo necesario del que la Gestora debe disponer para poder tramitar el expediente administrativo”.

⁹⁸³ En este mismo sentido véase las siguientes sentencias: TS de 7 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 2636) y de 10 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8824); y sentencias de los TSJ de Cataluña de 8 de julio de 2008 (JUR 2008, 308128) y de Aragón de 18 de julio de 2011 (JUR 2011, 323548).

⁹⁸⁴ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 71.

⁹⁸⁵ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 75.

⁹⁸⁶ GALIANA MORENO, J.M y SEMPERE NAVARRO, A.V: “La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo” ... op.cit., página: 395.

Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 22 de febrero de 1984 (Rep. 1650).

cinco años, tal y como establece el art. 43 de la LGSS)⁹⁸⁷ y el marco de los sujetos beneficiarios.

Se conforma por tanto, un instrumento perfectamente compatible con las prestaciones de Seguridad Social a las que complementa⁹⁸⁸, salvo que se disponga lo contrario en el momento de su concesión⁹⁸⁹. Ahora bien, en caso de duda, prevalecerá la definición legal de la contingencia objeto de protección (y la de su riesgo original, profesional o común)⁹⁹⁰. Por lo que, en defecto de especificación en el acto de implantación de la mejora, predominará la fecha de declaración de efectos de la contingencia determinante⁹⁹¹ y no la del hecho originario (enfermedad o accidente), y es que una vez declarada la contingencia se conoce con exactitud y en toda su extensión el resultado dañoso⁹⁹².

⁹⁸⁷ STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 1997 (AS 3527).

⁹⁸⁸ GARCÍA NINET, J.A: *Algunas compatibilidad de la incapacidad temporal...* op.cit., página: 37.

⁹⁸⁹ Ver STS de 3 de julio de 1972 (A. 1057).

⁹⁹⁰ Ver STSJ de Cataluña núm. 6897/2009 de 30 de septiembre (AS/2009/2577) y STS de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4618), en un supuesto en que se aplica analógicamente la jurisprudencia recaída en materia de colaboración de las empresas en la prestación por incapacidad temporal por causas comunes, con la pérdida del derecho a la prestación: “... *el pago de la prestación, no finaliza con la extinción de contrato de trabajo, sino con la finalización de la situación de incapacidad temporal del trabajador*”.

TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 71.

⁹⁹¹ Ver sentencias del TS de 19 de enero de 2004 (RJ 2004, 1581) y 28 de abril de 2004 (RJ 2004, 3915): “*Cuando de mejoras voluntarias se trata habrá que estar a su regulación específica en orden a fijar el momento en que se tiene por establecida la cobertura o en el que ha de determinarse el régimen jurídico aplicable, de tal modo que dicha regulación tiene un carácter prevalente en la medida en que no se oponga a una norma de superior rango y, sólo en defecto de tal normación o cuando tal regulación sea oscura, el criterio a seguir en orden a establecer la existencia o no de cobertura, será la aplicación subsidiaria de la normativa legal y reglamentaria que disciplina las prestaciones básicas en materia de Seguridad Social*”.

⁹⁹² STS de 30 de junio de 1994 (A. 5506): “*la fijación temporal del hecho causante en el momento de la declaración de la contingencia... aporta mayor seguridad al tráfico jurídico, permitiendo atribuir con certidumbre las responsabilidades de prestaciones complementarias de Seguridad Social asumidas e identificar también con facilidad a los empresario o entidades aseguradoras culpables*”. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., páginas: 71-75. En contra la STSJ de Cantabria de 26 de octubre de 2007 (AS 2008, 274): “... *habrá que concluir que cuando, un mes después del cese, se lleva a cabo la constatación objetiva de las lesiones que padecía el actor y que iban a motivar el reconocimiento del grado de incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo, aquélla patología ya se encontraba consolidada y era*

En lo relativo a la gestión privada de las mejoras voluntarias frente a la gestión pública de las prestaciones llevada a cabo para la Seguridad Social⁹⁹³, cabe señalar que ello no supone que éstas primeras pierdan su carácter de prestaciones integradas en la Seguridad Social a causa de la modalidad de gestión empleada⁹⁹⁴. La razón es obvia: las mejoras voluntarias nacen con motivo del acto unilateral del empresario o por negociación colectiva, y no en cambio, por el eventual contrato de seguro concertado con la empresa para llevar a cabo la gestión de aquellas. Resultando de este modo, importante la diferenciación entre el acto de creación de la mejora y la modalidad de gestión⁹⁹⁵.

Por todo lo expuesto, las mejoras voluntarias no son equiparables de manera absoluta a las prestaciones de la Seguridad Social. Y ello debido a determinadas reglas o características básicas del sistema de protección social que no resultan aplicables a las mejoras voluntarias, por ejemplo: las reglas generales del sistema de Seguridad Social respecto de la limitación de la cuantía de las pensiones y revalorización de las mismas, salvo que éstas se financien con fondos públicos (art.48 y 49 LGSS); el recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional (art. 123 LGSS); la regla general de incompatibilidad de para las pensiones públicas (art. 122 LGSS)⁹⁹⁶; el principio de responsabilidad subsidiaria en el pago por parte de las

anterior al dictamen del órgano calificador, de modo que procede... estar a la fecha del accidente, sobre todo en aquellos casos en que los distintos efectos de la lesión se despliegan de forma sucesiva (incapacidad temporal e incapacidad permanente o muerte)... no a la del referido dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, pues en estos casos es esa fecha anterior en que quedaron consolidadas y objetivadas las dolencias del interesado la que habrá que tomar como referencia...".

⁹⁹³ GALA DURÁN, C: *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 43 y siguientes. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 53 y 54.

⁹⁹⁴ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 72.

⁹⁹⁵ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 72.

⁹⁹⁶ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal régimen jurídico y negociación colectiva...*op.cit., página: 75 y 76. VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...*op.cit., página: 51. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 54 y 55.

entidades gestoras o, la modalidad procesal prevista en los artículos 139 a 145 de la LPL para las reclamaciones en materia de Seguridad Social⁹⁹⁷.

2.4.3. Valoración final

En definitiva, las mejoras voluntarias de las prestaciones en general y de la incapacidad temporal en particular constituyen una práctica muy habitual en la negociación colectiva. Así pues, la mayor parte de los convenios colectivos analizados contienen mejoras voluntarias de la prestación por IT. Ahora bien, si algo caracteriza a estas formulas convencionales es su gran heterogeneidad, dado que la norma legal no ofrece un marco específico que delimite los contornos del régimen jurídico de las mejoras voluntarias.

En este sentido llaman la atención los siguientes aspectos:

- a. Un evidente continuismo respecto de los años precedentes. En la mayor parte de los convenios colectivos analizados se observa, que la negociación colectiva no ha innovado ni experimentado fórmulas nuevas para la protección de la IT, respecto de lo recogido en años anteriores, es más, ni siquiera ha introducido mejoras técnicas. Lo más común es que las cláusulas se copien de un convenio anterior al posterior sin que los negociadores presten atención a su contenido.
- b. Han desaparecido de la negociación colectiva, salvo alguna excepción puntual, las diferenciaciones subjetivas por antigüedad, modalidad contractual, superación del periodo de prueba... etcétera para el acceso a la mejora voluntaria por IT.
- c. El establecimiento de un régimen diferenciado en función del riesgo determinante de protección y de mejora por IT, según se trata de contingencias comunes o contingencias profesionales.

En este sentido la mayoría de los convenios analizados protegen de una manera mayor la prestación complementaria por IT derivada de una causa profesional que la derivada de una enfermedad y/o accidente común. Tales diferencias traen su causa, fundamentalmente, en la estructura de la prestación. Desde la base a los porcentajes⁹⁹⁸, pasando

⁹⁹⁷ VV.AA, GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual...* op.cit., página: 51. ROQUETA BUJ, R: *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social...* op.cit., página: 55.

⁹⁹⁸ Que no siempre se aproxima al salario que venía percibiendo el trabajador, a diferencia de lo que sucede en el caso de las mejoras voluntarias por IT derivada de contingencias profesionales.

por el número de días protegidos⁹⁹⁹ y demás condicionamientos¹⁰⁰⁰. Pretendiendo con ello luchar y poner freno al denominado “absentismo laboral”, si bien acostaba de quienes realmente y sin actitud fraudulenta alguna se encuentran realmente en tal situación de baja por IT.

En efecto, los convenios colectivo son en esta materia más restrictivos con estas situaciones comunes salvo que se exija la hospitalización del trabajador, tal y como se ha podido comprobar. Olvidando con ello, aquellos estados temporales de imposibilidad para trabajar que no necesiten de la hospitalización (ejemplo: depresiones, lesiones musculares incapacitantes, enfermedades de corta duración... etcétera).

En esta misma línea, tanto la normativa estatal aprobada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, como la autonómica, publicada mediante Ley 3/2012, de 21 de septiembre, reproducen los mismos esquemas que ya se entendían acordados por el ámbito de la negociación colectiva empresarial.

Sobre este último asunto, llama muy especialmente la atención el hecho, de que sea a través de una Ley o mediante un Real Decreto-ley, la vía por la que se modifiquen los parámetros ya acordados en los pactos colectivos del sector público. Claramente, se está produciendo una flagrante violación del derecho que consagra el Capítulo IV de la Ley Estatuto Básico del Empleado Público, pues con estas reformas, se está invadiendo un ámbito que estrictamente aparece reservado para los negociadores colectivos. Por lo que, desde el mismo instante en que se publica ambos textos, ha de entenderse suspendida la normativa convencional¹⁰⁰¹.

Una vez más, se repiten las reglas ya impuestas por nuestro ordenamiento laboral, y que consisten, en establecer un régimen más privilegiado para las contingencias profesionales que para las comunes. Por lo que el fin último de la mejora voluntaria por IT por enfermedad o accidente común no se conseguirá, en tanto que no se supere el número

⁹⁹⁹ No siempre se establece la cobertura complementaria desde el primer día de baja por accidente o enfermedad común e incluso a veces, se establecen determinadas fórmulas escalonadas de nivel protector (por ejemplo: del día 1 al 3, por una sola vez al año, el 50% de la base de cotización; del día 4 al 20, hasta el 80% de la base de cotización; del día 21 al 40, hasta el 100% de la base de cotización).

¹⁰⁰⁰ GARCÍA NINET, J.I: “La prestación complementaria de la I.L.T., invalidez provisional e invalidez permanente en la negociación colectiva”... op.cit., página: 100.

¹⁰⁰¹ Véase el artículo 9.7 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio. Se entiende suspendido este derecho, en tanto descienda el nivel de ingresos que debe realizar el Estado.

de días ya previamente establecidos por el convenio colectivo para alcanzar el 100% del salario real dejado de percibir, a causa de la suspensión del contrato. Y es que mientras tanto, la existencia de un posible fraude se presume, ya que a diferencia del accidente de trabajo y/ o enfermedad profesional, la contingencia común no se ha podido aún comprobar fehacientemente por parte del empresario. Por lo que de esta manera, el trabajador queda desprotegido o lo que es lo mismo, en una situación de absoluta “indefensión”, infringiéndose con ello derechos como: la integridad de toda persona, el derecho a la intimidad y el derecho a la salud. Todos ellos recogidos por la normativa de prevención de riesgos laborales y elevados a máximo rango por la propia Constitución española.

Por estas razones, asistimos cada vez más a un aumento de las medidas de control de la situación de baja por IT llevada a cabo por la empresa para el acceso a la mejora voluntaria y efectuadas, mediante: reconocimientos médicos, acreditación de la situación de hospitalización, presentación de partes de baja emitidos por el Servicio Público de Salud... etcétera. No obstante algunas de estas cláusulas resultan ciertamente abusivas, tal y como es el ejemplo del artículo 37 del II Convenio Colectivo de “Nuclenor S.A.” (BOE de 16 de febrero de 2010) cuando establece que: *“La omisión o incumplimiento de estas normas – se refiere a la no acreditación de la baja laboral por IT mediante visitador o telefónicamente- sólo tiene como consecuencia la pérdida del sueldo, sino también la calificación como injustificada de la inasistencia al trabajo, con las consecuencias que de ello se deriven”*.

Parece entonces evidente que ese sentimiento de preocupación del legislador, en los últimos tiempos, por evitar comportamientos presumiblemente fraudulentos de los beneficiarios del sistema de Seguridad Social y reducir así los niveles de absentismo, se ha trasladado de manera innegable a los negociadores colectivos. Dejando clara la desconfianza que tienen acerca de esta materia, de ahí la presencia de las cláusulas restrictivas y en ocasiones acompañadas de medidas disciplinarias¹⁰⁰².

¹⁰⁰² Ver en este sentido el Convenio Colectivo de Lufthansa Cargo AG, Sucursal en España, para el año 2011 (BOE de 29 de septiembre de 2011) en su artículo 6.1.4.: *“La omisión o incumplimiento de estas normas no sólo tiene como consecuencia la pérdida del sueldo, sino también la calificación como injustificada de la inasistencia al trabajo, con las consecuencias que de ello se deriven”*.

2.5. Recargo de prestaciones en los conflictos profesionales.

En materia de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el recargo de prestaciones (recogido en el artículo 123 de la LGSS) cobra una especial relevancia, en cuanto que la prestación económica derivada de IT puede verse incrementada en virtud de éste, al referirse el precepto normativo a “todas las prestaciones económicas”¹⁰⁰³, lo que no incluye dentro de éste ámbito a las mejoras voluntarias¹⁰⁰⁴. No se trata en este punto de analizar exhaustivamente esta figura pero si hacer una breve referencia a ella, así como a la problemática que alrededor de la misma se suscita.

El recargo por prestaciones es una institución clásica de nuestra legislación laboral de accidente de trabajo y enfermedad profesional, que trae su causa en la infracción o incumplimiento por parte del empresario de las normas de seguridad e higiene en el trabajo¹⁰⁰⁵. Su antecedente más remoto se halla en el artículo 5.5 de la Ley de Seguro de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900¹⁰⁰⁶ y en su Reglamento de 28 de julio de 1900. Si bien, su redacción se mantendrá experimentando una evolución ampliatoria a lo largo del tiempo¹⁰⁰⁷ y

¹⁰⁰³ Ver STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1999 (AS 1999, 5746) y Andalucía (Málaga) de 14 de julio de 2000 (AS 2000, 2507).

¹⁰⁰⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Civitas, 1992, página: 43. MONEREO PÉREZ, J.L: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedad profesional, régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006, página: 755.

¹⁰⁰⁵ MONEREO PÉREZ, J.L: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo...*op.cit., página: 15. MONEREO PÉREZ, J.L: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico” ... op.cit., página: 747.

¹⁰⁰⁶ En el cual se decía que: “ las indemnizaciones determinadas por esta Ley se aumentarán en una mitad más de su cuantía cuando el accidente se produzca en un establecimiento u obra cuyos artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refiere los artículos 6, 7, 8 y 9”.

¹⁰⁰⁷ MUÑOZ MOLINA, J: “El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 59, 2005, página: 144. Con posterioridad, el recargo por prestaciones se proyectará y mantendrá, con variación en su redacción y alcance, en las sucesivas disposiciones que inciden en la regulación de esta materia: Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922; Código de Trabajo de 23 de agosto de 1926; Decreto de 25 de agosto de 1931 (art. 68); OM de 8 de octubre de 1932 (art. 32); Decreto de 31 de enero de 1933; Ley y Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio 1956 (art. 27 y 55); Decreto de 6 de diciembre de 1963; Ley de 21 de abril de 1966 (art. 147); Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social (Ley 24/1972, de 21 de junio, art. 15); Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, en

no será hasta la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972, cuando el recargo se extienda a todas las prestaciones económicas derivadas de un accidente de trabajo y enfermedad profesional, incluidas las situaciones de incapacidad laboral transitoria (Incapacidad Temporal) que hasta entonces no se habían tenido en cuenta¹⁰⁰⁸.

A día de su hoy, su inclusión se produce en el artículo 123 de la LGSS en donde se expone que: *“Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidentes de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, o centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementares de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, y demás condiciones del trabajador”*.

Debido al gran rigor y concisión técnica en la redacción del art. 123 LGSS, se ha sucedido una amplia problemática que fundamentalmente afecta a: la naturaleza jurídica, la compatibilidad con otras responsabilidades y el posible aseguramiento del recargo por prestaciones.

Sin embargo, antes de entrar en cada una de estas cuestiones litigiosas conviene hacer alusión a los elementos constitutivos de esta institución:

- a. Debe existir un accidente de trabajo o enfermedad profesional que de lugar a las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social¹⁰⁰⁹.

su art. 93) y finalmente, en el actual Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su art. 123.

En este mismo sentido, véase MERCADER UGUINA, J.R: *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños...* op.cit., página: 138 a 140.

¹⁰⁰⁸ Así pues, con la Ley de Seguridad Social de 1966 en su artículo 147, se incluyeron nuevas matizaciones, recogiendo por primera vez la cuantificación del recargo de una 30 a un 50%, pero no contemplaba las situaciones de incapacidad laboral transitoria o incapacidad temporal.

¹⁰⁰⁹ STS de 11 de julio de 1997 (Ar. 6258), el recargo alcanza a todas las prestaciones económicas *“de carácter público e imperativo que la Ley reconoce como derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”*. ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 85 y 86. MONEREO PÉREZ, J.L: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo...* op.cit., página: 39. MONEREO PÉREZ, J.L: *“La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”* ... op.cit., página: 750

- b. Falta de adopción de medidas de seguridad, higiene y salud laboral establecidas, de modo general o específico¹⁰¹⁰, en normas jurídico-públicas¹⁰¹¹ y que motiven como resultado la incapacidad del trabajador. En esa conducta infractora del empresario¹⁰¹² debe existir culpa o negligencia, ya sea exclusiva o compartida con otros causantes o responsables¹⁰¹³. Responsabilidad que deriva no sólo del incumplimiento propiamente dicho de sus obligaciones contractuales¹⁰¹⁴, sino también de la falta de cuidado o vigilancia sobre el estado de las máquinas e instalaciones en materia de seguridad, higiene o salubridad (culpa “*in vigilando*”). Lo que impone una serie de deberes de prevención y evitación, respaldados bajo la amenaza de exigencias de

¹⁰¹⁰ Incluso las referidas a seguridad propiamente, de mera salubridad o higiene, así como las referidas a instalaciones y máquinas. En este sentido, la doctrina judicial -STS de 15 de junio del 2005 de Asturias. (AS 2005, 2999)- ha señalado que esta responsabilidad por recargo puede derivar incluso del incumplimiento por parte del empresario de cualquier otra medida de seguridad que racionalmente fuera necesaria a consecuencia de la evaluación de riesgos, aunque no fuera normativamente exigible. Ello se debe a que la obligación general de seguridad que alcanza al empresario, le obliga desarrollar un seguimiento permanente de la actividad preventiva con el fin de perfeccionarla de manera continuada. Así pues, tal y como indica Luque Parra, son dos los tipos de obligaciones cuyo incumplimiento puede generar la imposición del recargo: uno directo, concreto y determinable, como es el “incumplimiento de la normativa reglamentaria o particular aplicable” y, otro indirecto, inconcreto y difícilmente determinable, referido al “incumplimiento de la obligación general de protección eficaz de la seguridad y salud de los trabajadores. Ver LUQUE PARRA, M: “El aseguramiento del recargo por prestaciones”... op.cit., páginas: 549 y 550.

¹⁰¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo...* op.cit., página: 30. MONEREO PÉREZ, J.L: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., página: 750. La STSJ de Cataluña de 30 de octubre de 2000 (Ar. 3468), señala que al empresario le es exigible el cumplimiento de medidas particulares y generales de seguridad: “*por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible a un prudente empleador, con criterios de normalidad para prevenir o evitar una situación de riesgo en la vida o salud de los trabajadores*”.

¹⁰¹² Conducta de acción u omisión.

¹⁰¹³ Referido al problema de responsabilidades en el caso de Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) y Contratas y subcontratas.

¹⁰¹⁴ En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a: la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (artículo 4.2.d) del ET), y derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene (artículo 19.1 ET), la cual impone, el correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (artículo 14.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Ver con más detalle GARCÍA ORTEGA, J: “El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional”, *Tribuna Social*, nº125, mayo de 2001, página: 56 y siguientes.

responsabilidades¹⁰¹⁵. Y es que, al empresario se le atribuyen, los poderes de organización y dirección de la actividad laboral (art. 20 ET), la garantía de la protección de sus trabajadores, aun cuando delegue o atribuya funciones en ese terreno (art. 14.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL-), respondiendo por los actos de sus trabajadores o empleados (art. 1903 Código Civil), y quedando obligado a prever las distracciones o imprudencias no temerarias de sus trabajadores (art. 15.4 de la LPRL).

Cabe extender la aplicación de este precepto (artículo 123 LGSS): a las omisiones de reconocimientos médicos u otras medidas preventivas, incluidas las de facilitar suficiente formación¹⁰¹⁶, medidas de adecuación de personal a cada trabajo... etcétera, en tanto que dichas omisiones hayan influido en los daños sufridos por el trabajador¹⁰¹⁷.

- c. Relación de causalidad. Es requisito necesario para la imposición del recargo, la existencia de un nexo causal entre el daño que sufre el trabajador como consecuencia del accidente y la omisión de medidas de seguridad y prevención que corresponde adoptar al empresario (relación “causa-efecto”). Nexo causal que ha de quedar acreditado¹⁰¹⁸ para que puedan proyectarse las consecuencias jurídicas sancionadoras establecidas en el artículo 123 LGSS¹⁰¹⁹. De tal manera que probado

¹⁰¹⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., página: 751.

¹⁰¹⁶ Ver STSJ de 27 de noviembre de 2003 (AS 2004, 256).

¹⁰¹⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo... op.cit., página: 31. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., páginas: 751 y 752. MUÑOZ MOLINA, J.: “El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”... op.cit., página: 150. Y es que como ha señalado el TS en sentencia de 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 8226), al legislador le es imposible concretar la variadísima gama de mecanismos de seguridad (en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador) para que se asuma responsabilidad.

¹⁰¹⁸ No se puede aplicar el recargo por meras probabilidades o sospechas, el siniestro ha de tener su origen en la infracción empresarial quedando tal situación suficientemente acreditada. Ver STSJ de Andalucía/Málaga de 21 de febrero de 1995; Cataluña de 6 de febrero de 1998; Galicia de 15 de septiembre de 1999 y, STS de 30 de junio de 2003 (Ar. 7694): “*los hechos probados constituyen indicios razonables suficientes para estimar que este cúmulo de irregularidades fue el desencadenante de la explosión litigiosa, siendo presumible, como muy probable, que fue la situación de riesgo creada por la empresa la que contribuyó de modo decisivo a la explosión causante del accidente de trabajo*”.

¹⁰¹⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., páginas: 753 y 754.

que el siniestro aconteció por causa de la falta de adopción de la medida de prevención, se presumirá entonces la existencia de culpa¹⁰²⁰.

En todo caso, el alcance y eventual incumplimiento de las obligaciones empresariales se ha de apreciar a la vista de la diligencia exigible a un prudente empleador, atendiendo a criterios de normalidad y racionalidad y ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso¹⁰²¹ (art. 16 del Convenio nº155 de la OIT)¹⁰²².

No obstante, resultan abundantes los pronunciamientos judiciales en los que se aprecia la ruptura del nexo causal¹⁰²³, atendiendo a la conducta del trabajador en el siniestro¹⁰²⁴. Si se desconocen las circunstancias en

¹⁰²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo...* op.cit., páginas: 39 y 40.

¹⁰²¹ MUÑOZ MOLINA, J: “El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”... op.cit., página: 152.

¹⁰²² Ver STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2000 (PROV 2000, 308368); de 27 de abril de 2010 (AS 2010/1639) y STS de 12 de julio de 2007 (PROV 2007, 275850).

¹⁰²³ No existe éste nexo causal y por lo tanto responsabilidad del empresario cuando: a) la producción del accidente es fortuita – STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2000 (AS 2000, 3468); b) de forma imprevista o imprevisible o; c) sin incumplimiento por parte del empresario ninguna norma de seguridad o prevención (STSJ de 30 de octubre del 2000).

¹⁰²⁴ Por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 17 de junio de 1997 (Ar. 1883), sostiene que no procederá la aplicación del recargo cuando “*ha contribuido, además de la conducta del empleador, la conducta negligente del trabajador*”. Posición que no compartimos, puesto que no se ha tenido en cuenta la idea base del recargo por prestaciones, esto es, que no se hayan adoptado las medidas de seguridad o salud adecuadas y que ello haya sido el desencadenante de la consumación del riesgo, de ahí que un adicional comportamiento negligente del trabajador no puede subsanar la infracción en que incurre el empresario. Ver en este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo...* op.cit., página: 36; CRUZ VILLALÓN, J y JOVER RAMÍREZ, C: “La responsabilidad de Seguridad Social en materia de Seguridad y Salud en el trabajo”, *Temas Laborales*, nº 50, 1999, página: 254; MUÑOZ MOLINA, J: *El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional...* op.cit., página: 153.

La STSJ de La Rioja de 3 de febrero del 2000 (AS 2000, 1046), entiendo que en el caso de intervención de un tercero se debe excluir del recargo por prestaciones, siempre que su actuación –la del tercero- haya sido relevante en el siniestro.

Ahora bien, la imprudencia no temeraria en la que podría incluir el trabajador no es causa para la exoneración de responsabilidad del empresario infractor, ya que entre las obligaciones recogidas en la LPRL se incluye el deber de que prevea las distracciones o imprudencias no temerarias que pueda cometer el trabajador, adoptando las medidas oportunas para evitar el riesgos laboral -STSJ de Castilla y León de 15 de febrero de 2000 (AS 2000, 1458). El actuar imprudente del trabajador, en contra de las instrucciones dadas por escrito por el empresario, no exonera a éste de la responsabilidad del artículo

que se produjo el accidente pero mediando un incumplimiento empresarial, procede entonces la imposición del recargo de prestaciones, al presumirse la relación de causalidad entre el incumplimiento y el accidente¹⁰²⁵.

- d. La conducta de acción u omisión de la normas legales, reglamentarias y medidas sobre salubridad, salud e higiene en el trabajo por el empresario, deberán ir acompañadas de un resultado dañoso. Ello supone una responsabilidad del empresario que necesita de un resultado lesivo¹⁰²⁶ y no sólo, una puesta en peligro para proceder a su imposición¹⁰²⁷.

La naturaleza jurídica del recargo por prestaciones, ha sido tradicionalmente la cuestión que más ha suscitado polémica en los últimos tiempos. La razón principal es, sin lugar a duda, el elevado margen de imprecisión e indeterminación que ha venido acompañando a su redacción normativa en la que no se especifica, propiamente, su dimensión sancionadora o simplemente indemnizatoria del recargo por prestaciones.

A este respecto se barajan distintas posturas:

- 1) Naturaleza sancionadora y punitiva del recargo¹⁰²⁸. Es la postura por la que tradicionalmente se ha inclinado la Jurisprudencia¹⁰²⁹, tal y como se

123 al igual, que no rompe el nexo causal que existe entre la infracción y el daño producido pues la conducta omisiva del empresario es causa eficiente y determinante del daño -STS de 12 de julio del 2007 (RJ 2007, 8226). El comportamiento del trabajador constituye un elemento valorativo para cuantificar el porcentaje del recargo, pero no para negar la aplicación del mismo al no constar la existencia de imprudencia temeraria -STSJ de Castilla- La Mancha de 22 de mayo de 2002 (Rec. 311/2001)-.

¹⁰²⁵ STS de 16 de enero de 2006 (RJ 2006, 816).

¹⁰²⁶ LUQUE PARRA, M: "El aseguramiento del recargo por prestaciones"... op.cit., página: 549.

Resulta lógico que si este daño no se produce, no cabe o mejor dicho es imposible, imponer el recargo del art. 123 LGSS. Por lo tanto, el daño que sufra el trabajador debe constituir una contingencia o situación protegida mediante prestaciones de Seguridad Social, sobre las que se impone el recargo.

¹⁰²⁷ LUQUE PARRA, M: "El aseguramiento del recargo por prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 96, 1999, página: 549. MUÑOZ MOLINA, J: "El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional"... op.cit., página: 149.

¹⁰²⁸ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*... op.cit., página: 86. FERNÁNDEZ MARCOS, L: "La agravación de la responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en la doctrina del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 25, 1986, páginas: 103-106.

desprende de la siguiente afirmación al calificar al recargo: “... como una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora”¹⁰³⁰, “una pena o sanción que se añade a la propia prestación, previamente establecida y cuya imputación sólo es atribuible de forma exclusiva a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene”¹⁰³¹. Siendo una sanción de Derecho Público¹⁰³² que pertenece al ámbito de la responsabilidad administrativa¹⁰³³, ya que se exige por y ante la Administración¹⁰³⁴.

Se utilizan como argumentos: el hecho de que procede de una autoridad administrativa; requiere previamente un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte del empresario; tiene finalidad represiva de los comportamientos ilícitos; no es susceptible de aseguramiento¹⁰³⁵.

Sin embargo, esta posición plantea problemas de aplicabilidad del principio “non bis in ídem”, lo que impide calificar a esta figura como de naturaleza sancionadora¹⁰³⁶.

¹⁰²⁹ MOLINER TAMBORERO, G: “La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”, *Tribuna Social*, nº 125, mayo 2001, página: 42.

¹⁰³⁰ STC 158/1985, de 26 de noviembre (RTC 1985/158).

¹⁰³¹ Entre otras las sentencias del TS de 20 de enero de 1982 (Ar. 219); de 8 de marzo de 1993 (Ar. 1.714); 31 de enero de 1994 (RJ 1994, 398); 7 de febrero de 1994 (Ar. 809); 12 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1030); 20 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4288) y 2 de octubre de 2000 (Rec. 2393/99).

¹⁰³² MONEREO PÉREZ, J.L: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo...* op.cit., página: 28.

¹⁰³³ No al ámbito de las sanciones penales.

¹⁰³⁴ MOLINA NAVARRETE, C: “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo por prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 79, 1996, página: 794.

¹⁰³⁵ DESDENTADO BONETE, A y DE LA PUEBLA PINILLA, A: *La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia*, *Tribuna Social*, nº 125, mayo 2001, página: 22. MUÑOZ MOLINA, J: “El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”... op.cit., página: 145.

¹⁰³⁶ “La perturbación se produce, porque si el recargo se califica como sanción y, a la vez, se predica legalmente su compatibilidad con las sanciones administrativas (art. 42.3 LPRL) o penales (art. 123.3 LGSS), puede resultar afectado el principio “non bis in ídem”... que, como ha afirmado una reiteradísima jurisprudencia constitucional, aparece implícito en el artículo 25 de la CE”. MONEREO PÉREZ, J.L: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo...* op.cit.,

- 2) Naturaleza indemnizatoria¹⁰³⁷. La finalidad reparadora del recargo por prestaciones compensa a quienes no debieron sufrir un accidente o una enfermedad profesional, de haberse aplicado correctamente los medios previstos. Tratando de compensar al trabajador un daño que va más allá de los principios tasados de responsabilidad en el régimen general de prestaciones de accidente de trabajo, y los destinatarios de la misma¹⁰³⁸.

En cualquier caso, esta posición no se ajusta al carácter del recargo por prestaciones, puesto que existen elementos, como su cuantía, que no dependen de la intensidad del daño sino de la entidad de la infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales¹⁰³⁹.

- 3) Naturaleza híbrida. Esta es la posición más acertada, que califica al recargo de prestaciones como una “*sanción compleja unitaria de carácter indemnizatorio*”¹⁰⁴⁰. El recargo es un híbrido en el que confluyen, al mismo tiempo, una mezcla de técnicas retributivas y reparadoras¹⁰⁴¹.

páginas: 82-88. DESDENTADO BONETE, A y DE LA PUEBLA PINILLA, A: “La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad”... op.cit., página: 23. MOLINA NAVARRETE, C: “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo por prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos”... op.cit., página: 795. MUÑOZ MOLINA, J: “El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”... op.cit., página: 146.

¹⁰³⁷ APARICIO TOVAR, J: “Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y seguridad en el trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 49, 1991, página: 734. OJEDA AVILÉS, A: “Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2000, página: 38.

¹⁰³⁸ A propósito del accidente de trabajo que sufre el trabajador y que da origen a una situación de IT, entiende el TSJ de Cataluña, en sentencia de 30 de abril de 2003 (AS 2003/2105): “(...) *con la indemnización por incapacidad temporal... se trata de compensar no sólo la pérdida de salario – parcialmente compensada con el subsidio de incapacidad temporal-, sino principalmente la pérdida de la facultad de dedicarse a las tareas ordinarias de la vida personal, familiar y social...*”.

¹⁰³⁹ CRUZ VILLALÓN, J y JOVER RAMÍREZ, C: “La responsabilidad de Seguridad Social en materia de Seguridad y Salud en el trabajo”... op.cit., página: 262.

¹⁰⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J.L: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*... op.cit., página: 89. MONEREO PÉREZ, J.L: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., página: 749. MONEREO PÉREZ, J.L: “El recargo por omisión de medidas preventivas”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y RIVAS VALLEJO, P (DIRECTORES), GARCÍA VALVERDE, M.D (COORDINADORA): *Tratado de Salud Laboral I. Aspectos Jurídicos de a Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2012, páginas: 1629 a 1634.

¹⁰⁴¹ MONEREO PÉREZ, J.L: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*... op.cit., página: 45. MONEREO PÉREZ, J.L: “La responsabilidad especial del recargo

Sin embargo, en alguna ocasión, se ha calificado al recargo como: “(...) *un monstruo legal de tres cabezas, por ser al propio tiempo sanción, indemnización y prestación social. Sanción porque necesita un requisito ineludible de incumplimiento empresarial, indemnizatorio porque tiene como finalidad reparar un daño causado al trabajador afectado y, prestación de Seguridad Social al no ser sino una prestación de tal índole*”¹⁰⁴². El recargo por falta de medidas de seguridad no es una prestación más del sistema de Seguridad Social, sino que es una pena o sanción que se añade a una prestación social¹⁰⁴³, previamente establecida, y cuya imputación tan sólo es atribuible, en forma exclusiva, a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad y salud laborales¹⁰⁴⁴.

El reconocimiento de la responsabilidad empresarial por el recargo de prestaciones se lleva a cabo por la autoridad administrativa (Dirección provincial del INSS), así como la determinación del porcentaje (de un 30 a un 50%)¹⁰⁴⁵, que en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones

por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., páginas: 749 y 750. MOLINA NAVARRETE, C: “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo por prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos”... op.cit., página: 795. DESDENTADO BONETE, A y DE LA PUEBLA PINILLA, A: “La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad”... op.cit., página: 23. MOLINER TAMBORERO, G: “La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”... op.cit., página: 42. MUÑOZ MOLINA, J: “El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”... op.cit., páginas: 147 y 148.

¹⁰⁴² CRUZ VILLALÓN, J y JOVER RAMÍREZ, C: “La responsabilidad de Seguridad Social en materia de Seguridad y Salud en el trabajo”... op.cit., página: 263.

¹⁰⁴³ A la cual incrementa.

¹⁰⁴⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., página: 758.

¹⁰⁴⁵ La STSJ de Andalucía (Málaga) de 14 de julio de 2000 (AS 2000, 2507) afirma que, la fijación de uno u otro límite a de ser proporcional a la gravedad de las faltas o infracciones en que se ha incurrido por el empresario, al igual que en singulares ocasiones también se tendrá en cuenta la conducta del accidentado. En esta línea STSJ de Cantabria de 1 de diciembre de 2005 (AS 2006, 57).

económicas¹⁰⁴⁶. Debiendo el INSS, ajustarse, al procedimiento regulado en la Orden de 18 de enero de 1996¹⁰⁴⁷.

La resolución final que se dicte por la Dirección Provincial del INSS, podrá ser objeto de revisión judicial. Así pues, en cuanto a la imposición del recargo por prestaciones, será la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la competente para conocer de esta cuestión, ya que se trata de un procedimiento sancionador administrativo. No obstante, la vía Jurisdiccional Social podrá llevar también a efecto la revisión de estos mismos hechos, pero en cuanto a la procedencia y la cuantía (fijada en atención a la gravedad de la infracción) del recargo acordada por el INSS¹⁰⁴⁸. El motivo de esta doble revisión judicial se

¹⁰⁴⁶ El artículo 1.1 e) del RD 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social, reconoce al INSS la competencia para declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de medidas de seguridad o higiene en el trabajo y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas.

¹⁰⁴⁷ La legitimación para iniciar el procedimiento administrativo es triple: a) de oficio, a instancia de la Inspección de Trabajo; b) a través del propio trabajador y; c) por personas distintas del trabajador, presuntas beneficiarias de las prestaciones económicas que puedan ser objeto de recargo. En cualquier caso, se requerirá de la Inspección de Trabajo el informe-propuesta que refleje: los hechos ocurridos, circunstancias concurrentes, disposiciones concretas infringidas y la causa concreta de las enumeradas en el art. 123.1 LSS que motive la propuesta y el porcentaje que considere procedente aplicar. Si se hubiese practicado acta de infracción y hubiese recaído resolución de la Autoridad Laboral sobre la misma, dicha resolución se aportará al expediente de infracción. Además, el Equipo de Valoración de Incapacidades (a título orientativo) deberá emitir y elevar al Director provincial del INSS, dictamen – propuesta, en relación con el *“porcentaje de incremento de prestación que propone y posibilidades de recuperación del trabajador”* (art. 10 OM de 18 de enero de 1996).

La Dirección General de la Inspección de Trabajo, preocupada por la correcta actuación de los Inspectores de Trabajo en esta materia ha elaborado, el Criterio Técnico núm. 51/2007, para la determinación del porcentaje en el recargo de prestaciones económicas por falta de medidas de seguridad e higiene. A título meramente orientativo el CT 51/2007 señala que: un infracción calificada como leve el porcentaje del recargo sería del 30 por ciento; si la infracción es calificada como grave el porcentaje sería del 30 al 40 por ciento, dependiendo de la existencia de criterios de graduación aplicados como agravantes o atenuantes; y si es muy grave el porcentaje sería del 40 al 50 por ciento, según los mismos parámetros.

Cumplimentados todos los pasos que dicta la Orden de 1996, se dictará, por la Dirección Provincial del INSS, resolución motivada con expresión de las circunstancias concurrentes, disposiciones infringidas, causas concretas y porcentaje a aplicar en su caso. Poniéndose de este modo, fin a este procedimiento administrativo.

¹⁰⁴⁸ MONEREO PÉREZ, J.L: *“La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”*... op.cit., páginas: 759 y 760.

debe, precisamente, a esa naturaleza dual y compleja del recargo de prestaciones¹⁰⁴⁹.

La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), en su artículo 42.5, aclara para este supuesto la posible contradicción que pudiera existir. Estableciendo la vinculación del orden jurisdiccional social a la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo¹⁰⁵⁰.

Por supuesto, el reconocimiento del derecho a percibir el recargo sólo procede si la responsabilidad en esta materia no ha prescrito¹⁰⁵¹. En este sentido, dado que el recargo no es meramente un recurso económico anudado a una infracción del deber de seguridad del empresario, sino que también puede representar una cuestión litigiosa en materia de prestaciones de Seguridad Social. Resulta entonces aplicable, el plazo de prescripción de cinco años previsto con carácter general para las prestaciones de la Seguridad Social (art. 43.1 LGSS)¹⁰⁵².

Por último, en cuanto a la posibilidad de aseguramiento de la responsabilidad del pago recargo, el artículo 123.2 de la LGSS establece expresamente su prohibición al señalar: “... *que no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla*”. Previsión que resulta lógica, teniendo en cuenta que la medida recogida en el artículo 123 LGSS se trata de una amenaza, que hace

¹⁰⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo...* op.cit., páginas: 82-88. MONEREO PÉREZ, J.L.: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., páginas: 759.

¹⁰⁵⁰ La LPRL sigue ésta misma solución en su artículo 42.5 al recoger que: “*La declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción, en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del Sistema de Seguridad Social*”. MUÑOZ MOLINA, J: “El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”... op.cit., páginas: 157.

¹⁰⁵¹ Sobre el plazo de prescripción para reclamar el recargo no existe una disposición legal expresa, que indique concretamente cual es el plazo a aplicar. Por lo que caben las siguientes posibilidades: a) aplicar el plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo de un año (en base al art. 4.2 d) y 19.1 ET “*deber de seguridad o deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores*”); b) aplicar el plazo de prescripción de las infracciones a la normativa en materia de Prevención de Riesgos Laborales; o bien, c) aplicar el plazo previsto con carácter general para el reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social, que es de cinco años (art. 43.1 LGSS).

¹⁰⁵² MONEREO PÉREZ, J.L.: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., páginas: 760. STSJ de Cataluña de 4 de marzo de 1999 (AS 1999, 5746).

surgir en el destinatario la obligación de comportarse de una determinada manera y que en caso de realización de comportamiento desalentado puede ser ejecutada coactivamente¹⁰⁵³. Con ello la LGSS garantiza al trabajador, un aseguramiento “ex ante” a la producción del siniestro, de que el empresario va a velar por la protección de sus derechos a la vida e integridad física, recibiendo de lo contrario el castigo que la normativa prevé¹⁰⁵⁴.

Sin embargo, en la redacción establecida por el art. 15.5 LPRL se establecieron algunas dudas en cuanto a lo previsto por la LGSS, al señalar que, las empresas respecto a sus trabajadores podrán concertar operaciones de seguro que tengan como objeto garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo¹⁰⁵⁵. Previsión legal que fue posteriormente resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de octubre de 2000 (RJ. 9673)¹⁰⁵⁶ al interpretar que: “... aunque se admitiera que el art. 15.5 LPRL permite en la actualidad el aseguramiento del recargo, este aseguramiento tendría que realizarse por entidades aseguradoras mercantiles, pues el seguro de la responsabilidad empresarial que se establece a través de la Seguridad Social, por las Entidades Gestoras y Mutuas de Accidentes de Trabajo, únicamente cubre la responsabilidad objetiva del empresario sin incluir la que para éste puede derivarse de culpa”.

Es por tanto, una responsabilidad directa, única y exclusiva del empresario infractor o incumplidor de las medidas de seguridad e higiene, el pago del recargo por prestaciones¹⁰⁵⁷, sin que en ningún caso exista, responsabilidad

¹⁰⁵³ MONEREO PÉREZ, J.L: “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”... op.cit., páginas: 748.

¹⁰⁵⁴ Ver la STC 158/1985, de 26 de noviembre (RTC 1985, 158) y concretamente, las alegaciones que realiza el Abogado de Estado cuando afirma que, no existe identidad entre los supuestos de hechos resueltos por la jurisdicción laboral y contencioso-administrativa. Ya que, la segunda de las jurisdicciones (la laboral) sostiene que si procede la imposición del recargo por prestaciones y por lo tanto de la sanción, ya que no se adoptaron las medidas de seguridad adecuadas por parte de la empresa, en el momento de producirse el accidente que costó la vida a los trabajadores, tal y como entendió en un principio la Dirección Provincial del INSS (aseguramiento “ex ante”). En cambio, la jurisdicción contencioso-administrativa, no se refiere a la responsabilidad de la empresa en el momento del accidente, sino a la observancia de aquellas medidas en días posteriores, concretamente el 9 de junio, en el que se levantó el acta de infracción de la Inspección de Trabajo (aseguramiento “ex post”).

¹⁰⁵⁵ MUÑOZ MOLINA, J: “El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”... op.cit., páginas: 164.

¹⁰⁵⁶ En esta misma línea véase STS de 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 4391).

¹⁰⁵⁷ Los recargos fijados será objeto de capitalización o de liquidación, según proceda, por la Tesorería General de la Seguridad Social, que recaudará el capital coste correspondiente al recargo que recaiga sobre pensiones o la cuantía del relativo a las demás prestaciones mediante reclamación de deuda que

subsidiaria del Instituto Nacional de Seguridad Social como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo¹⁰⁵⁸, al igual que tampoco cabe el anticipo por parte de la entidad gestora en caso de insolvencia de la empresa¹⁰⁵⁹. La finalidad última de esta prohibición de aseguramiento es “... tratar de incitar al empleador a adoptar las medidas preventivas exigidas, al no poder transferir el coste de los incumplimientos a una compañía aseguradora”¹⁰⁶⁰, de tal modo que, “tenga un motivo más que le anime a vigilar el respeto a las medidas de seguridad exigidas por las normas”¹⁰⁶¹.

contendrá los datos señalados en el artículo 39 de la Orden 1562/2005, de 25 de marzo (añadido por Orden 3512/2007, de 6 de noviembre), en el plazo y condiciones que se establecen en el artículo 75 del RD 1415/2004 sin que pueda concederse aplazamiento al respecto. Las resoluciones administrativas que así lo impongan, una vez firmadas serán firmes, debiendo comunicarse a la Tesorería General de la Seguridad Social para la recaudación de su importe.

¹⁰⁵⁸ Ver entre otras, STS 8 de marzo de 1993 y STS de 22 de abril del 2004.

¹⁰⁵⁹ STS de 8 de marzo de 1993.

¹⁰⁶⁰ Ver STSJ de Cantabria de 31 de julio de 2003 (Ar. 853).

¹⁰⁶¹ STS de 16 de noviembre de 1993 (Ar. 9069).

CAPÍTULO IV. DINÁMICA DE LA PROTECCIÓN: NACIMIENTO, DURACIÓN Y EXTINCIÓN

La dinámica de la protección está estrechamente relacionada con la idea de que incapacidad temporal se trata de una prestación amparada por el ordenamiento jurídico español y por tanto, caracterizada por las notas que marca nuestra actual legislación. Por lo que a efectos de facilitar la mejora de dicha situación de necesidad, el sistema de Seguridad Social concede al trabajador un subsidio sustitutivo del salario base el cual se mantiene mientras dure la IT¹⁰⁶². Determinar el momento del nacimiento, duración, denegación, suspensión y extinción de dicha cuantía económica es precisamente lo que se va a estudiar en este cuarto capítulo.

Ahora bien, para que surja ese subsidio no solo basta con que exista una enfermedad o un accidente, sino que además, deben estas circunstancias dar lugar a un estado de tal intensidad incapacitante que le imposibiliten al trabajador para el normal desempeño de su profesión habitual. Precisamente es en este punto, en donde los partes médicos de baja, confirmación y alta emitidos por los facultativos del Servicio Público de Salud y de las Mutuas de Accidentes de Trabajo¹⁰⁶³ cobran una especial relevancia. Pues es mediante ese particular mecanismo de control, como mejor se puede conocer los momentos de inicio, permanencia y fin en el disfrute de la cobertura económica, que a su vez condicionan los límites temporales que fija la ley.

1. NACIMIENTO DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR IT. LA FIJACIÓN DEL “DIES A QUO”

El nacimiento del derecho al subsidio por IT aparece previsto en la Ley General de la Seguridad Social de 1994 en su artículo 131, que se titula “Nacimiento y duración del derecho al subsidio”. Ahora bien, a diferencia de lo sucede con la normativa vigente, en su antecedente más mediato, esto es, la Ley de Seguridad Social de 1966, todo el conjunto de aspectos que tenían ver con la dinámica de dicha prestación aparecían recogidos en un único articulado. Sin

¹⁰⁶² PUNZI, C.N: “Sezione II. Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro”, en VV.AA, SGROI, A (a cura di), *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Italia, Torino, 2010, páginas: 327 a 329.

¹⁰⁶³ OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, número 20, marzo de 2011, páginas: 66 y 67.

embargo, con el presente Texto Refundido éstos se desglosan en dos artículos, el 131 y el 131bis¹⁰⁶⁴. No obstante, en lo que se refiere al nacimiento del derecho a la prestación económica por IT, nos vamos a detener en los siguientes preceptos, el 131 de la LGSS y el 8 de la Orden del Ministerio de trabajo de 13 de octubre de 1967¹⁰⁶⁵, modificado por el artículo 14.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, por el que se aplica la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

Cuando se habla del nacimiento de la cuantía económica por IT, conviene distinguir entre contingencias comunes y profesionales, ya que según establece su normativa reguladora, en el primero de los riesgos el inicio del subsidio y el comienzo de la incapacidad temporal no coinciden¹⁰⁶⁶, a saber:

- En caso de enfermedad común y accidente no laboral, el derecho a la percepción de la prestación pecuniaria no nace hasta el cuarto día de baja, a contar desde el día siguiente al de la baja médica¹⁰⁶⁷.
- Mientras que en el supuesto de accidente de trabajo y enfermedad profesional, el subsidio tiene lugar desde el día siguiente a aquel en que se haya producido o desde el día siguiente al de la baja en el trabajo

¹⁰⁶⁴ MARTÍNEZ MORENO, C: "Artículo 131. Nacimiento y duración del derecho al subsidio", en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECTORES) y CASTRO ARGÜELLES, M^a. A: *Ley General de la Seguridad Social* comentada y con jurisprudencia, Madrid, editorial La Ley, 2009, página: 951.

¹⁰⁶⁵ Orden por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el régimen general de la Seguridad Social.

¹⁰⁶⁶ TORTUERO PLAZA, J.L: "La acción protectora del sistema de Seguridad Social", en VV.AA... op.cit., página: 357. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2012, página: 84.

¹⁰⁶⁷ Esta disposición no parece muy clara, pues no se sabe con certeza si comienza a contarse desde el mismo día en que ocurre la situación incapacitante o a partir del día siguiente al de la baja laboral. A este respecto, la doctrina ha venido a declarar que se comienzan a computar los días de IT al día siguiente al de la expedición del parte medico de baja (interpretación del artículo 131 de la LGSS y del artículo 8, letra a) de la Orden de 1967). Ver BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 84. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 202.

En el caso de la República Italiana, al igual que en España, se establece también ese periodo de espera de tres días. No obstante, subsisten algunas otras diferencias significativas en cuanto a la duración y el porcentaje a recibir por esta prestación para el caso de que se trate de una IT derivada de contingencias comunes. Ver PUNZI, C.N: "Sezione II. Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro"...op.cit., página: 332.

cuando ésta fuese posterior a la fecha del accidente¹⁰⁶⁸. Para los periodos de observación por enfermedad profesional nada establece la normativa reguladora, por lo que la doctrina ha entendido que debe aplicarse aquí la misma regla de cómputo que si para las contingencias profesionales fuese, es decir, nace el derecho a la cuantía económica a partir del siguiente al de la expedición del parte médico de baja laboral¹⁰⁶⁹.

Tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, hoy Ley 28/1992, de 24 de noviembre, las divergencias entre contingencias comunes y profesionales se han visto considerablemente acrecentadas, hasta el punto que ya no sólo se diferencian en cuanto al periodo de espera de tres días que se exige para la incapacidad temporal derivada de accidente no laboral y enfermedad común, tiempo que sin embargo no existe en el caso de la IT proveniente de contingencias profesionales, sino que además, con esta nueva reforma las desigualdades entre ambos riesgos llegan incluso a alcanzar a los sujetos responsables del pago de la prestación. De este modo, cuando se traten de contingencias comunes se transfiere al empresario el coste del pago de la misma durante los días primeros, o sea, desde el cuarto a vigésimo primero y cuando la causa de la IT sea de origen profesional, la cobertura de la cuantía económica le corresponderá desde el inicio de la misma al INSS o en su caso, a la MATEP¹⁰⁷⁰, quedando a cargo del empresario únicamente el abono del salario íntegro correspondiente por el día de baja (artículo 131 LGSS). De acuerdo con la esta normativa, se paga menos, más tarde y por tramos cuando la IT sea ocasionada por contingencias comunes, habiendo días hasta en los que ni siquiera se perciba subsidio sustitutivo alguno¹⁰⁷¹. De manera esquemática, los tramos son los siguientes¹⁰⁷²:

¹⁰⁶⁸ Artículo 131 de la LGSS y 8 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 1967.

¹⁰⁶⁹ Artículo 131 de la LGSS y del artículo 8, letras b) y c) de la Orden de 1967. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página: 362. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 201.

¹⁰⁷⁰ GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio de incapacidad temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página: 5.

¹⁰⁷¹ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 62. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 35.

¹⁰⁷² En el caso por ejemplo de la República Italia, el artículo 6.4 de la Ley 138/1943 por la que se regula el régimen de organización de la enfermedad común, establece que el reconocimiento del derecho al subsidio nace a partir del cuarto día de baja, siendo la duración máxima por esta contingencia de 180 días por año natural (se incluyen tanto las distintas prórrogas como las recaídas, sin embargo, no computan los periodos de maternidad, paternidad, accidente de trabajo y enfermedad profesional). El

- Del 1º al 3º día de baja, no existe el derecho a la cuantía económica (periodo de espera);
- Del 4º al 20º día baja, le corresponde al trabajador incapacitado recibir el 60% del subsidio. Este pago se abonará a cargo del empresario¹⁰⁷³.
- Y del 21º día en adelante, le corresponde pagar a la correspondiente entidad gestora el 75% de la prestación por IT.

La doctrina entiende que la razón que justifica estas importantes divergencias de tratamiento entre los riesgos comunes y profesionales, para ser más concreto, en cuanto a lo que se refiere a la aplicación del periodo de espera y el pago de la cantidad económica por los días iniciales de baja (en ambos casos para la primera de las situaciones), se fundamenta en base a un doble motivo. En primer lugar, se trata de una medida de carácter financiero que pretende ahorrar, por un breve periodo temporal, los costes que le corresponden al sistema de Seguridad Social¹⁰⁷⁴. Siendo a día de hoy, ésta una práctica habitual en la mayoría de los países de la Unión Europea¹⁰⁷⁵.

pago del subsidio en caso de contingencias comunes le corresponde al INSP (Istituto Nazionale della Previdenza Sociale) y para las profesionales al INAIL (Istituto Nazionale per l'assicurazione contra gli infortunio sul lavoro). Cuando la IT sea derivada de accidente no laboral o enfermedad común, el abono de la cuantía de la prestación se distribuye entre el INSP y el empresario siguiendo este esquema: por los días cuarto, quinto y sexto de baja, recibe el trabajador de su empleador el 100% de la normal retribución; del día 7 al 23 de enfermedad, le corresponde al INSP el abono del 50% de la prestación y al empresario el 25% (en total percibe el trabajador el 75%); de ahí en adelante y hasta un máximo de 180 días, recibe el trabajador nuevamente el 100% de la IT (de este porcentaje al INSP le corresponde pagar el 66% y al empresario el 34%). Ver PUNZI, C.N: "Sezione II. Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro"...op.cit., páginas: 332 a 335.

¹⁰⁷³ Sobre este tema, véase el capítulo V de esta tesis doctoral.

¹⁰⁷⁴ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción"... op.cit., página: 61. MARTÍN VALVERDE, A: "Incapacidad Laboral Transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia"... op.cit., página: 605. GARCÍA NINET, J.I: "Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes"... op.cit., página: 59. GARCÍA NINET, J.I: "La incapacidad temporal", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 63. MUÑOZ MOLINA, J: *La Incapacidad Temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 170. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 202 y 203. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 85.

¹⁰⁷⁵ Ver nota al pie número 121 en el capítulo que escribe el profesor GARCÍA NINET, J.I: "La incapacidad temporal", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 63. "Los periodos de espera son: Bélgica, un día; Dinamarca, ninguno; Alemania, un día; Grecia, tres días; España, tres días;

Recuérdese además, que con anterioridad a esta regulación, el artículo 68 de la Ley de Contrato de Trabajo establecía que, “*en caso de enfermedad justificada el trabajador tenía derecho a percibir el 50% de su salario durante cuatro días*”. Sin embargo, tras la publicación de la Ley 1171994, de 19 de mayo ha quedado finalmente derogada esta previsión¹⁰⁷⁶.

A este respecto, el profesor Paul Durand señala “*este procedimiento que exonera a las instituciones de Seguridad Social de cargar inmediatamente con un riesgo... responde a la idea de que toda persona puede disponer de un pequeño ahorro suficiente para asegurarse la cobertura de un riesgo durante un breve plazo. Mientras que este pequeño riesgo se soporta fácilmente por los asegurados, es en cambio muy oneroso para las instituciones de la Seguridad Social...*”¹⁰⁷⁷. En la misma línea, Augusto Venturi afirma que, la introducción de dicho periodo de carencia (como el mismo denomina) “*responde a la doble finalidad de frenar los eventuales abusos que facilitarían la indemnización de breves períodos de incapacidad de ganancia... dejando caer sobre las propias espaldas de los asegurados los daños de menor entidad, que son considerados soportables por parte del trabajador...*”¹⁰⁷⁸.

En segundo lugar, se trata esta medida de un mecanismo de naturaleza anti-absentista que procura corregir la cobertura en los procesos cortos de duración por contingencias comunes, lo que unido a la reducción del porcentaje aplicable para esos primeros días de baja, pretende eliminarse las conductas fraudulentas¹⁰⁷⁹. Resultan así nuevamente privilegiadas las situaciones de IT

Francia, tres días; Irlanda, tres días; Italia, tres días, salvo por tuberculosis; Luxemburgo, ninguno; Países Bajos, dos días; Portugal, tres días, salvo hospitalización; Reino Unido, tres días”.

¹⁰⁷⁶ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 61. TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: La incapacidad temporal... op.cit., página: 35. MUÑOZ MOLINA, J: *La Incapacidad Temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 169. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 85.

¹⁰⁷⁷ DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social...* op.cit., página: 243.

¹⁰⁷⁸ VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social...* op.cit., página: 205.

¹⁰⁷⁹ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 61. TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: La incapacidad temporal... op.cit., página: 34. MUÑOZ MOLINA, J: *La Incapacidad Temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 170. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 203. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 85.

causadas por contingencias profesionales, como ya se ha venido reiterando, y es que a juicio de buena parte de la doctrina esta previsión resulta claramente discriminatoria e injustificada¹⁰⁸⁰.

Sin embargo, por negociación colectiva o contrato individual puede mejorarse todo este panorama, pues el recurso cada vez mayor hacia los instrumentos de protección complementaria, concretamente a las mejoras voluntarias, resulta tremendamente frecuente en la práctica¹⁰⁸¹. De forma, que perdería su eficacia todas las medidas antifraude que establece esta normativa¹⁰⁸². Aunque en la mayoría de las ocasiones, estos instrumentos son concedidos a cambio de que el trabajador se someta a los reconocimientos médicos que le son impuestos por el empresario, lo que implica que en caso de negativa del trabajador podrá serle suspendido el disfrute de estas mejoras voluntarias (artículo 20.4 del ET)¹⁰⁸³, pero no el pago de la IT¹⁰⁸⁴. Y todo ello, por supuesto, sin olvidar la

Hay que presumir *iure et de iure* que todas las bajas por causas comunes son fraudulentas tanto en su origen, como en su desarrollo. Ver GARCÍA NINET, J.I: “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes”... op.cit., página: 62.

¹⁰⁸⁰ A este respecto ver GARCÍA NINET, J.I: “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes”... op.cit., página: 59, quien señala que: “...siendo coherentes con la medida, por qué se limita la imposición a las contingencias derivadas de causas comunes y no se extiende a las derivadas de causas profesionales. Sin duda, las causas no son otras que las de mayor control que se exige a los empresarios (sin darles al propio tiempo las armas convencionales), y la de desplazar parte del coste económico de la ILT, por imperio de la ley (lex dura lex sed lex), de la Seguridad Social al empresario a causa del abuso generalizado que se da con esta prestación, y sin que ésta sea, posiblemente, la más eficaz medida para acabar con este tipo de excesos”. En la misma línea véase también, MUÑOZ MOLINA, J: *La Incapacidad Temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... op.cit., página: 170. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 204.

¹⁰⁸¹ GARCÍA NINET, J.I: “Un problema anunciado: La traslación a los empresarios del pago de los doce días de incapacidad laboral transitoria por contingencias comunes y sus impactos”... op.cit., página: 6. GARCÍA NINET, J.I: “La protección complementaria de la ILT, Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva”... op.cit., página: 95 y siguientes.

¹⁰⁸² DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 61. GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal*... op.cit., páginas: 67 y 68. TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal*... op.cit., página: 34. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 203.

¹⁰⁸³ Ver con detenimiento el estudio que es realizado por GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal*... op.cit., página: 68.

¹⁰⁸⁴ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 62.

posibilidad que tiene el empresario de sancionar posibles conductas fraudulentas mediante el recurso a la figura del despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual (artículo 54.2 d) del ET, al entender que ésta se trata de IT fingida¹⁰⁸⁵.

Ahora pues, lo que no ha previsto la ley es ningún mecanismo de pago subsidiario en el supuesto de que el empresario resulte ser insolvente. A pesar del juego de competencias que se suceden por parte de la Entidad Gestora y el empresario, éstas no alcanzan a trasladar por pago delegado al INSS el abono de esos doce primeros días de subsidio por IT¹⁰⁸⁶. La Entidad Gestora de la prestación, únicamente se limita el reconocer el nacimiento del derecho y extinción, esto es, lleva a cabo la gestión y control de la IT, sin responsabilizarse económicamente por los días iniciales¹⁰⁸⁷. Ello en cierto sentido conduce a una cierta distribución problemática de funciones entre los sujetos públicos y privados, que es causa fundamental de conflictos¹⁰⁸⁸.

Para que nazca este derecho, la doctrina y la jurisprudencia exigen como requisitos básicos, el alta y el cumplimiento de un periodo de mínimo de cotización¹⁰⁸⁹, pues rige aquí el principio de automaticidad de las prestaciones. De tal forma, que dicha prestación se hace efectiva de forma automática *ope*

¹⁰⁸⁵ GARCÍA NINET, J.I: “Un problema anunciado: La traslación a los empresarios del pago de los doce días de incapacidad laboral transitoria por contingencias comunes y sus impactos”...página: 7. en JOVER RAMÍREZ, C: “Incapacidad Temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, número 106, 2010, página: 49.

¹⁰⁸⁶ SALINAS MOLINA, F: “Incapacidad Temporal y Jurisprudencia Unificadora”... op.cit., página: 3236.

Señala a este respecto el profesor José Ignacio García Ninet que: “*En resumidas cuentas: no parecía de recibo asumir por parte del empresario esta carga adicional sin la contrapartida de vigilar o poder vigilar que los trabajadores no incurriesen en situación de necesidad o la prolongasen injustificadamente, pues ello no afectaba sólo al empresario, sino a la Seguridad Social e incluso a los compañeros de trabajo e hipotéticos terceros interinos*”. Ver GARCÍA NINET, J.I: “Un problema anunciado: La traslación a los empresarios del pago de los doce días de incapacidad laboral transitoria por contingencias comunes y sus impactos”...página: 6.

¹⁰⁸⁷ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 62.

¹⁰⁸⁸ OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., página: 66.

¹⁰⁸⁹ PÉREZ ALONSO, M^a. A: *La incapacidad temporal*... op.cit., página: 51. TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal*... op.cit., página: 34. PUNZI, C.N: “Sezione II. Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro”, en VV.AA, SGROI, A (a cura di), *Il sistema di previdenza sociale*... op.cit., página: 325. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 205 a 210.

legis con la simple presentación por parte del trabajador en la empresa de los partes de baja y confirmación¹⁰⁹⁰. En este sentido, si el empresario obligado no efectuase el pago por los días que le corresponde, entiendo que sería el INSS el responsable de anticiparlo, ello sin perjuicio de que posteriormente se dirijan contra el empresario responsable¹⁰⁹¹. Del mismo, admite la jurisprudencia y la doctrina que sea la MATEP la que anticipe este pago, reconociéndole el derecho a dirigirse posteriormente contra el INSS para recuperar lo abonado¹⁰⁹².

De acuerdo con ese principio de oficialidad, el derecho del trabajador al percibo del subsidio no surge hasta que no sean presentados en la empresa los correspondientes partes de baja y confirmación. Planteándose la duda de si en el caso de que el trabajador no diese a conocer dichos partes o lo hiciese de manera extemporánea, si cabría o no el derecho al percibo de la cuantía económica. A mi juicio, entiendo que como ya le ha sido reconocida al trabajador la incapacidad temporal, le corresponde pues automáticamente el abono de la prestación económica, ya que el derecho ha nacido con independencia de que no haya podido ejecutar aún la acción de percibo del

¹⁰⁹⁰ TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: La incapacidad temporal... op.cit., página: 34. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 362. TORTUERO PLAZA, J.L: "La acción protectora del sistema de Seguridad Social", en VV.AA... op.cit., página: 357.

Ver STS de Unificación de Doctrina de 21 de enero de 1994 (R. 358).

Este parte de baja deberá ser presentado por el trabajador en la empresa en el plazo de cinco días. Del mismo modo, los médicos del Servicio Público de Salud deben enviar copia de ese parte de baja al INSS o en su caso, a la MATEP.

¹⁰⁹¹ SALINAS MOLINA, F: "Incapacidad Temporal y Jurisprudencia Unificadora"... op.cit., página: 3236. Véase también las sentencias del TS de 15 de junio de 1998 (RJ 1998, 5796) y de 8 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9873).

¹⁰⁹² Tal expone el profesor Ramón González de la Aleja: "En los supuestos en los cuales las empresas responsables resultaran insolventes, previa declaración administrativa o judicial de insolvencia provisional o definitiva, la Mutua podrá dirigirse contra el INSS para recuperar lo anticipado como pago de la prestación", véase GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 37 a 39; BLASCO LAHOZ, J.F: "La incapacidad temporal por contingencias comunes", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECCIÓN): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio sistemático de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2008, página: 51; y STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2005 (AS 2005, 3677): "En el periodo de incapacidad temporal comprendido entre el cuarto y el decimoquinto día, debe aplicarse el principio de automaticidad en el pago de las prestaciones que es inherente a nuestro sistema de Seguridad Social, da lugar, de no haberse efectuado el pago de la prestación por la empresa obligada, a que la Mutua, como obligada al pago del subsidio de incapacidad temporal, deba anticipar dicho pago, sin perjuicio de su derecho a repercutir contra aquella".

mismo. No obstante, si no le ha sido reconocida la incapacidad, la situación cambia radicalmente, ya que no cabría entonces el abono de la prestación. Ambas situaciones han ocasionado dos líneas doctrinales de pensamiento bien diferenciadas¹⁰⁹³ entorno a las figuras de la prescripción¹⁰⁹⁴ y la caducidad¹⁰⁹⁵.

De una parte, la doctrina defiende que cuando el trabajador no hubiese presentado los partes de baja y confirmación, no cabría la posibilidad de reconocer automáticamente la prestación por IT, porque afirman los seguidores de esta vertiente, que el nacimiento de este derecho queda en todo momento estrechamente ligado a su entrega en la empresa por la parte interesada. Aplicándose en este caso la regla que marca el artículo 43.1 de la LGSS, en virtud de la cual, el trabajador dispondrá de un plazo de prescripción de cinco años para instar el reconocimiento del derecho, retrotrayéndose sus efectos a los tres meses anteriores a la fecha de su solicitud¹⁰⁹⁶.

Otra parte de la doctrina entiende en cambio, que la presentación extemporánea de estos mecanismos de control de la IT no influye en el reconocimiento del derecho, como ya he defendido anteriormente. Así pues, desde el mismo momento en que es declarado el trabajador de baja por incapacidad temporal nace el derecho y por consiguiente, el subsidio sustitutivo del salario, disponiendo el trabajador de un plazo de caducidad de un año para reclamar el abono del mismo (artículo 44.2 LGSS)¹⁰⁹⁷. Si bien, pienso que podría también resultar aplicable la regla de prescripción de cinco años y con

¹⁰⁹³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 206 a 208.

¹⁰⁹⁴ Ver artículo 43.1 de la LGSS: “El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud”.

¹⁰⁹⁵ Artículo 44.2 LGSS: “Cuando se trate de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de respectivo vencimiento”.

¹⁰⁹⁶ MUÑOZ MOLINA, J: *La Incapacidad Temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 174.

¹⁰⁹⁷ Y es que los derechos prescriben y las acciones caducan, y en ese caso, lo que caduca es la acción de solicitud del percibo de dicho derecho. En esta línea, JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 363 y 364. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 207 y 208. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas: 87 y 88. VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J. L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a. N: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2011, página: 283.

efectos desde los tres meses anteriores al de solicitud del artículo 43.1 de la LGSS, en el caso de que no le hubiese sido reconocido al trabajador la IT e insistiese en su concesión. No obstante y por otra parte, debo admitir que resulta un poco absurda esta idea, máxime teniendo en cuenta que se trata de una prestación temporal en la que se establecen unos tiempos máximos de duración, de tal forma que una vez superados resulta completamente imposible su cobro¹⁰⁹⁸.

Otro supuesto que se plantea y que regula el artículo 131.3 de la LGSS¹⁰⁹⁹, es el concerniente a las situaciones de huelga y cierre patronal, tema además que ha sido ya tratado hasta en dos ocasiones en este trabajo¹¹⁰⁰. Si bien se recuerda, durante el transcurso de ambas circunstancias, el trabajador no cotiza a la Seguridad Social, manteniéndose en un estado de “asimilación al alta”. Por lo que, si la IT sobreviniese durante el transcurso de algunas de dichas medidas de conflicto colectivo, el trabajador no podrá percibir la correspondiente cuantía económica en tanto no finalizase la situación suspensiva de la relación la relación laboral, computándose los días que han transcurrido en alta especial en el cálculo del porcentaje a aplicar a la prestación¹¹⁰¹. Mientras que si la incapacidad temporal ha nacido con anterioridad al inicio de la huelga o el cierre patronal, el trabajador permanecerá durante todo ese periodo percibiendo el correspondiente subsidio por IT. Por tanto, se diferencian dos momentos, el de inicio de la IT y el de la prestación monetaria. A este respecto dispone la LGSS: “Durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal”. Dicho de otra manera, el nacimiento de la IT se produce con independencia de la huelga y cierre patronal, sin embargo, el comienzo de percepción pecuniaria no se produce en tanto no finalicen aquellas o el trabajador las abandone¹¹⁰².

¹⁰⁹⁸ En este mismo sentido ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 288.

¹⁰⁹⁹ Apartado tercero del artículo 131 de la LGSS que fue modificado por la disposición 32.7 de la Ley número 42/1994, de 30 de diciembre.

¹¹⁰⁰ Ver del Capítulo II. El Sistema normativo de protección por incapacidad temporal, el apartado 2.1. titulado “Afiliación, alta y situación asimilada al alta” y del Capítulo III. La cobertura de la prestación. Las prestaciones en particular, el punto 2.1. relativo al cálculo de la “base reguladora”.

¹¹⁰¹ BLASCO LAHOZ, J.F: “La incapacidad temporal por contingencias comunes”... op.cit., página: 51. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 205.

¹¹⁰² FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 205.

2. LA DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA:

La duración de la prestación por incapacidad temporal ha sido en los últimos años uno de los puntos más reformados de la Ley General de la Seguridad Social, constituyendo actualmente uno de los temas más conflictivos y problemáticos de esta prestación. El encadenamiento de reformas que le ha sucedido desde la ley 42/1994, no ha hecho más que complicar aún más el panorama existente al recortar, de una parte, el tiempo de disfrute de la IT y al crear, de otra parte, un juego de competencias e intereses contrapuestos entre las distintas entidades que gestionan los servicios sanitarios y que asimismo, garantizan la cobertura económica¹¹⁰³. Todo ello sin olvidar los mecanismos que se han creado para la resolución de las situaciones de disconformidad entre estos órganos para los sujetos afectados en los mismos. Consiguiéndose así crear en nuestro sistema jurídico, un clima de inseguridad e inestabilidad con motivo de la necesidad de reducir el coste y controlar el gasto en los procesos de incapacidad temporal de larga duración¹¹⁰⁴. Y es que de nuevo ronda en la cabeza de nuestro legislador la sombra de una posible utilización indebida y por consiguiente, del fraude en el recurso por parte de los beneficiarios a esta situación¹¹⁰⁵. De ahí, que olvidando en algunos casos ese fin primordial de protección del interés general que tanto se le confiere al sistema social, se opte por una constante e indefinida transformación legislativa en torno a los esquemas ya fijados de control y gestión de la IT de larga duración, complicándose de una manera relevante la panorámica existente.

De manera general y sin perjuicio de su análisis detenido posterior, pueden citarse las siguientes normativas: Ley 42/1994, de 30 de diciembre; RD 575/1997, de 18 de abril; Ley 66/1997, de 30 de diciembre; Ley 24/2001, de 27 de diciembre; Ley 30/2005, de 29; Ley 40/2007, de 4 de diciembre; Ley 26/2009, completada por el RD 1430/2009 y por último, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre. Todas ellas, en un momento o en otro, han modificado el articulado de la LGSS en el que se recoge la duración de la incapacidad temporal.

¹¹⁰³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 210.

¹¹⁰⁴ BEJARANO HERNÁNDEZ, A: "La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2010, página: 55.

¹¹⁰⁵ Léase el interesantísimo ensayo que ha publicado la profesora Carmen Jover Ramírez, en JOVER RAMÍREZ, C: "Incapacidad Temporal y reducción del absentismo injustificado"... op.cit., páginas: 39 a 66.

A continuación se va a pasar a exponer cuál es la duración de la prestación de IT, así como la sus distintas prórrogas, haciéndose referencia al régimen jurídico actual y comparándolo con el existente en otros periodos anteriores.

2.1. Duración inicial.

Prevé el artículo 128.1 letra a) de la LGSS para las situaciones de enfermedad común o profesional y accidente sea o no de trabajo, una duración inicial de 365 días. Antes de la reforma operada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en vez de aludirse a la duración máxima de la IT por días, se hacía mención a la misma por meses, esto es, en donde dice ahora 365 días eran antes 12 meses. Esta transformación a simple vista no ha comportado ningún problema, salvo en lo que respecta a las prórrogas, tema del que se hablará en el siguiente apartado de este estudio¹¹⁰⁶.

Las bajas por IT son concedidas durante este periodo por el personal médico del Servicio Público de Salud (en adelante SPS) o por la MATEP, siempre que en éste último caso la contingencia sea debida a causas profesionales, ya que si se tratasen de contingencias comunes serán competentes los facultativos sanitarios del SPS¹¹⁰⁷. Dicho de otra manera, la MATEP podrá asumir la gestión en su integridad y en colaboración con la Seguridad Social para los riesgos profesionales (partes de baja y alta, confirmación de baja, subsidio, asistencia sanitaria y recuperación), pero no podrá cargar con la cobertura sanitaria para las contingencias comunes, si en cambio con las económicas, siempre que el empresario así lo haya dispuesto (Disposición Adicional 11ª de la LGSS, tras su modificación por el artículo 35 de la Ley 42/1994)¹¹⁰⁸.

Una vez finalizado ese periodo de 365 días, establece a continuación la LGSS en su artículo 128.1 a) que: "...*el Instituto Nacional de la Seguridad Social*¹¹⁰⁹, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la

¹¹⁰⁶ ARADILLA MARQUÉS, Mª. J: "Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)", *Actualidad Laboral*, nº 10, 2010, página: 2.

¹¹⁰⁷ BEJARANO HERNÁNDEZ, A: "La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración"... op.cit., páginas: 59 y 60.

¹¹⁰⁸ VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 712 y 713.

¹¹⁰⁹ O en su caso el Instituto Social de la Marina para los trabajadores del mar.

*incapacidad permanente, será el único competente reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente,*¹¹¹⁰ *o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social*’. Por tanto, en los procesos de larga duración (aquellos que duren más de un año), será el INSS el órgano que se encargue del control y la gestión de la IT¹¹¹¹. De tal manera, que sumadas la duración inicial y esa primera prórroga de 180 días, la IT podrá comprender una duración máxima de 545 días. No obstante, como a continuación veremos, existen también otros tramos o periodos de tiempo de la IT que sumados en su conjunto no podrán superar los 730 días de baja.

El proceso de IT dura lo que dure la situación de necesidad¹¹¹², lo que significa que no siempre tiene el trabajador que alcanzar los 365 días iniciales de duración. Ahora bien, dado que se trata de una prestación sujeta al imprescindible requisito de asistencia sanitaria¹¹¹³, está claro que en el momento en que el trabajador recupere su capacidad para trabajar cesará el disfrute de este mecanismo protector¹¹¹⁴. Por supuesto se debe tener en cuenta cual es el estado de necesidad, ya que su permanencia en el tiempo no es la misma para los procesos de IT derivados de accidente laboral o no, y enfermedad profesional o común, que para las bajas médicas por observación por enfermedad profesional. En este último caso, la duración máxima es de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (artículo 128.1 b) de la LGSS).

Para los trabajadores a tiempo parcial, establece el artículo 4.2 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, que mientras la IT sobrevenga estando viva la relación laboral, a efectos de la duración máxima, se tendrán en cuenta los días

¹¹¹⁰ Párrafo que ha sido introducido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. No obstante tal previsión viene ya recogida en el artículo 131.1 bis de la LGSS (modificado por la Ley 35/2010) como causa de extinción de la prestación. Se da de esta manera fin a la tan compleja “alta médica a los exclusivos efectos económicos por incapacidad temporal”.

¹¹¹¹ Medida introducida tras la aprobación de la Ley 30/2005.

¹¹¹² VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página: 13.

¹¹¹³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 211 y 212.

¹¹¹⁴ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 62.

naturales y aun cuando en el cálculo de la prestación sólo se contabilicen los días contratados como de trabajo efectivo. Lo que así mismo implica, que sean también incluidos los días no trabajados¹¹¹⁵. Ahora bien, si se viese interrumpida la actividad o extinguida la relación laboral y pasara a manos del SPEE la responsabilidad del pago de la prestación, entonces sólo se abonará la IT por los días naturales de permanencia en la empresa¹¹¹⁶.

2.2. Duración máxima de la protección: las distintas prórrogas de la incapacidad temporal.

Haciendo un largo recorrido por las distintas etapas que ha pasado la incapacidad temporal para el trabajo se puede comprobar, como en un inicio (antes de la reforma por ley 42/1994), la duración de esta prestación junto con la de invalidez provisional era de seis años¹¹¹⁷. A juicio de la doctrina, este periodo de duración total (en que ya se incluían las prórrogas), resultaba bastante excesivo, dado que se trata de una prestación temporal y por tanto limitada en el tiempo¹¹¹⁸.

Con la promulgación de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y de Orden Social¹¹¹⁹ finalmente se refunden ambas prestaciones (la antigua incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional) en una sola, la incapacidad temporal, al tiempo que se desliga de la maternidad¹¹²⁰. Y en lo que respecta a la duración máxima de la IT, se

¹¹¹⁵ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 40.

¹¹¹⁶ GARCÍA VALVERDE, M.D: "El subsidio de incapacidad temporal: Cuantía y dinámica"... op.cit., página: 4. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 247.

¹¹¹⁷ GARCÍA VALVERDE, M.D: "El subsidio de incapacidad temporal: Cuantía y dinámica"... op.cit., página: 9.

¹¹¹⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C: "La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página: 259.

¹¹¹⁹ BOE de 31 de diciembre de 1994. Ver estudio del magistrado del Tribunal Supremo, Antonio Martín Valverde, en MARTÍN VALVERDE, A: "Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia"... op.cit., páginas: 601 y siguiente.

¹¹²⁰ Véase exposición de motivos de la Ley 42/1994: "Se introducen, además, modificaciones en la acción protectora de la Seguridad Social, para reunir en las actuales prestaciones por incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional en una única prestación por incapacidad temporal, al tiempo que se

reduce enormemente este periodo de tiempo hasta los 30 meses (2 años y 6 meses) de manera excepcional. Sin embargo, el efecto suspensivo de la relación laboral podía perdurar hasta cuatro años y medio, transcurridos los cuales, el trabajador debía reincorporarse a su puesto de trabajo por alta médica o en otro caso, ser declarado en Incapacidad Permanente en el grado que correspondiese (artículo 36 de la Ley 42/1994)¹¹²¹.

Tras la reforma de 1994, la estructura era básicamente el siguiente: 1) una duración inicial de doce meses, 2) transcurridos los cuales, si el trabajador seguía precisando asistencia médica por no ser definitivas las lesiones, se prorrogaba la situación seis meses más¹¹²², hasta un total de dieciocho meses. Agotado ese periodo al que se denominó de “prórroga de efectos de la situación de incapacidad temporal”¹¹²³, se procedía entonces a evaluar el estado del incapacitado a efectos de su declaración como inválido permanente. Y 3) si el trabajador continuaba necesitando tratamiento médico, se podía prorrogar durante tres meses más la situación de incapacidad hasta su calificación definitiva como inválido permanente, si es que correspondía (con un total de veintiún meses)¹¹²⁴, o en su caso, 4) alargarse la situación hasta doce meses más, con un límite máximo de treinta meses si la situación clínica del interesado hiciese aconsejable esta demora y siempre que, no pudiese el mismo prescindir de la asistencia sanitaria. En cualquier caso, a partir de los dieciocho meses de baja (segundo tramo señalado), el trabajador dejaba de

configura como contingencia específica , desligada de la incapacidad laboral transitoria, la de maternidad”.

¹¹²¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: “La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración”... op.cit., página: 259. GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio de incapacidad temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página: 9.

¹¹²² Era necesario para proceder a esta prórroga de seis meses, que se dictase previo dictamen médico de la Entidad Gestora o MATEP, o en su caso, empresa autorizada para colaborar en la gestión de aquella. Ahora bien, se ha seguido aquí una interpretación flexible más que una formalista en el sentido de entenderse que, bastaba con el mantenimiento de la prestación y con el dato de que siguiesen emitiéndose los correspondientes partes de confirmación de baja para entenderse prorrogada la situación de IT. Ver en este sentido, GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”... op.cit., página: 25 y 26. DUEÑAS HERRERO, L.J: “La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales: revista crítica de derecho y teoría*, nº 1, 1996, página: 388.

¹¹²³ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2006, página: 1347.

¹¹²⁴ La intención aquí no era otra, que la de acortar la situación hasta la declaración de la invalidez permanente, que con la anterior regulación se prolongaba indefinidamente por largos periodos de tiempo hasta su resolución definitiva.

cotizar a la Seguridad Social¹¹²⁵, abriéndose desde ese momento un período de transitorio en el que el trabajador se encontraba en situación de invalidez provisional, pero con los rasgos de la IT. Ahora bien, una vez que se alcanzaban los 30 meses de duración máxima de la IT, debía de concedérsele al trabajador el alta médica por curación o la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados¹¹²⁶.

Por RD 575/1997, de 18 de abril¹¹²⁷, concretamente en su artículo 7.3¹¹²⁸, se vino a incrementar estos requisitos legales desde aquel momento en el que nacía la prórroga excepcional. Así pues, de acuerdo con tal regulación, una vez que se alcanzaban los dieciocho meses máximos de IT¹¹²⁹, para que pudiera prolongarse por más tiempo el disfrute de la misma, resultaba necesario que junto al parte de confirmación de la baja del SPS o de la MATEP le acompañase otro informe médico emitido por los facultativos sanitarios del INSS.

¹¹²⁵ BARRIOS BAUDOR, G: “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”, *Aranzadi Social*, nº 5, 1997, página: 707 a 715.

¹¹²⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 226 y 227.

¹¹²⁷ Aunque también debe observarse la Orden de 19 de junio de 1997, que desarrolla este Real Decreto.

¹¹²⁸ “La prórroga de los efectos de la incapacidad temporal, en los supuestos contenidos en el segundo párrafo del apartado dos del artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, requerirá, como requisito previo el oportuno dictamen de los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el que expresamente se señale la conveniencia de no proceder de inmediato a la calificación de la invalidez permanente, atendida la situación clínica del interesado y la necesidad de continuar con el tratamiento médico”.

¹¹²⁹ Como bien expone Calía Fernández Prats, ha existido gran discusión doctrinal en torno al significado de “prórroga excepcional”. Por un lado, se pensaba que esta prórroga excepcional podía ser la de los doce meses, agotados los dieciocho primeros o podía ser la de seis meses. No obstante la discusión quedó finalmente zanjada posteriormente, con la publicación de la Ley 40/2007, pues al periodo al que se refiere el artículo 7.3 de la Orden 575/1997, es al del 131 bis. 2 de la LGSS: “Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de dieciocho meses fijado en el párrafo primero de la letra a) del apartado 1 del artículo 128...”. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 236.

En este sentido GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 33; TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 36. En contra, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 193 y 194.

Desde la promulgación de esta normativa en adelante, el control por parte del INSS en los procesos de IT de larga duración fue creciendo progresivamente en detrimento de las competencias que le eran atribuidas a los SPS y a las MATEP.

Posteriormente, por Ley 24/2001 de 27 de diciembre sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social¹¹³⁰, se estableció otra modificación del artículo 131 bis. 1 de la LGSS que permanece, a día de hoy, sin alterar en nuestra legislación laboral. Concretamente en ésta se señaló, que la incomparecencia injustificada del beneficiario a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos señalados por los médicos del INSS o de la MATEP, supondrá causa de extinción automática del derecho al subsidio por incapacidad temporal. Posteriormente, en el apartado correspondiente a la extinción del derecho a la incapacidad temporal se examinará con detenimiento esta causa.

Ahora bien, la más drásticas de las reformas constituyó, sin lugar a dudas, la operada por Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006¹¹³¹. Motivada dicha ley en la necesidad de contener el gasto en la prestación de la IT¹¹³², se redujo considerablemente la duración de la prestación de la IT de 30 a 24 meses. De esta forma, se eliminó aquella prórroga especial de doce meses, que en términos generales nos recordaba a la desaparecida invalidez provisional¹¹³³ y que además era de escasa aplicación práctica¹¹³⁴, para en su lugar, sustituirla por otra de seis meses a la

¹¹³⁰ Ver en particular su artículo 34.4 de esta ley.

¹¹³¹ Ver los ensayos de MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., página: 1350 a 1352. DE ALCÁNTARA y COLÓN, J.M: “De la doctrina jurisprudencial relativa a la superación del plazo máximo de duración de la prestación de incapacidad temporal”, *Información Laboral*, nº 3, 2007, páginas: 2 a 7. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”... op.cit., página: 106. BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., páginas: 55 y siguientes.

¹¹³² BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., páginas: 55 y siguientes.

¹¹³³ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*... op.cit., página: 273 en su nota al pie 25. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 228 y 229.

¹¹³⁴ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, página: 814.

que se denominó de “incapacidad permanente no definitiva”¹¹³⁵. Esta reforma no fue para nada bien acogida por la doctrina, ya que entendía que con ello se había creado una especie de estado intermedio entre la IT y la IP, que ni siquiera se encontraba completamente definido¹¹³⁶. El problema principal era que se estaba calificando como de incapacidad permanente, un periodo de tránsito prestacional en el que el trabajador se encontraba todavía recibiendo tratamiento médico por no ser definitivas las lesiones incapacitantes. Por lo que a efectos conceptuales, resultaba bastante absurdo denominar como “incapacidad permanente definitiva” cuando aun se percibía la prestación por IT¹¹³⁷. Además de ello, este nuevo cambio originó una importante consecuencia más, y es que durante el tiempo en el que se prolongaba la IP no definitiva el trabajador no percibiría la prestación por IT sino la de incapacidad permanente. Por lo que a efectos prácticos, ello podía conllevar una notoria disminución de la cuantía de la prestación (dependiendo del grado de IP) en comparación con lo que se percibía durante la IT¹¹³⁸. A parte de que no se podía calificar ese periodo como de IT, sino como de incapacidad permanente, aunque eso sí, con las características propias de la incapacidad temporal¹¹³⁹. No obstante, esta ley mantuvo la prórroga de tres meses durante la cual debía calificarse la situación de IP, una vez agotados los dieciocho meses de duración de la IT¹¹⁴⁰.

¹¹³⁵ Disposición Adicional Cuadragésima Octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, para el año 2006.

¹¹³⁶ VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página: 14. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., página: 1346 a 1348, quien define a este período de tránsito “*como una especie de subcontingencia de naturaleza híbrida, en cuanto que puede finalmente devenir en incapacidad permanente o constituir una nueva prórroga de la situación de incapacidad temporal*”.

¹¹³⁷ Se trata de una “cuasi-contingencia, sin nombre” según expone el profesor José Luis Tortuero Plaza, en TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”... op.cit., página: 358. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 230 y 231.

¹¹³⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 232.

¹¹³⁹ VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página: 14. TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página: 816. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 232 y 233.

¹¹⁴⁰ Ver artículo 131 bis.2 en su redacción por la Ley 30/2005: “*Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo fijado en el párrafo primero del apartado a) del*

Otra de las medidas que se adoptaron, consistía en la intensificación de los controles del INSS tras los doce meses de duración de la prestación (artículo 128.1 letra a) de la LGSS). De esta forma, se acortaba la duración de la prestación al atribuírsele ahora al INSS competencias para decidir: 1) el reconocimiento o no de la prórroga de seis meses cuando se presuma que durante ellos el trabajador pueda ser dado de alta por curación, 2) la incoación del expediente para el otorgamiento de una IP, o 3) la emisión “del alta médica a los efectos de la prestación económica por IT”¹¹⁴¹.

Con la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 7 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, completada por el RD 1430/2009, de 11 de septiembre¹¹⁴², y la Ley 26/2009 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado del 2010, se da un giro atrás con respecto a la ley del 2005, pues tratan de corregir los defectos por ésta cometidos¹¹⁴³. No obstante, se aprovechó el recorte que en la duración máxima de la prestación, fijada ahora en veinticuatro meses, manteniéndose intacta. Otras de las novedades importantes fueron la de supresión del periodo transitorio de “incapacidad permanente no definitiva”, que tanta confusión había generado y la de creación de un procedimiento, en mi opinión complejo, de resolución para los beneficiarios de las decisiones relativas a las altas y bajas entre las distintas entidades implicadas en la gestión y control de la prestación por IT¹¹⁴⁴.

Por último, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, suprimió la referencia al “alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica” de los artículos 128.1 a) y 131 bis de la LGSS, que recordemos, fue incorporada por primera vez mediante la

número 1 del artículo 128, plazo de doce meses o, en su caso, hasta de dieciocho meses, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente”.

¹¹⁴¹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., páginas: 1350 a 1352. DE ALCÁNTARA y COLÓN, J.M: “De la doctrina jurisprudencial relativa a la superación del plazo máximo de duración de la prestación de incapacidad temporal”... op.cit., página: 6.

¹¹⁴² Normativa que desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

¹¹⁴³ BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., página: 57.

¹¹⁴⁴ Ver Capítulo V de esta tesis doctoral.

Ley 66/1997, de 30 de diciembre¹¹⁴⁵. Se trataba de una situación compleja por la cual se dejaba al trabajador en un estado de indefensión, pues aunque seguía en situación de IT, no percibía por este periodo ningún tipo de prestación económica¹¹⁴⁶.

Tras conocer a grandes rasgos las principales modificaciones que ha experimentado la incapacidad temporal desde el momento en que se agotaba esa duración inicial de 365 y comenzaban, si es que el estado del trabajador así lo requería, las diferentes prórrogas. Conviene pues ahora, que se haga alusión al actual régimen jurídico que para esta prestación prevé la normativa vigente en esta materia.

El artículo 128.1 letra a) de la LGSS le reconoce al trabajador de baja por IT, con independencia del riesgo que lo ha originado y a excepción de los periodos de observación por enfermedades profesionales, una primera prórroga ordinaria de 180 días cuando se entienda que durante ellos pueda ser éste dado de alta por curación¹¹⁴⁷. De acuerdo con la LGSS, en un principio, la duración máxima que podría estar disfrutando el trabajador incapacitado temporalmente es de 545 días, si bien, como indica el apartado segundo de ese mismo artículo, se computarán dentro de este tiempo máximo las recaídas y los periodos de observación¹¹⁴⁸.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, como ya se ha indicado, la duración de la IT era de 12 meses prorrogables por otros seis meses más (duración máxima 18 meses). Y aunque aparentemente

¹¹⁴⁵ Ver con detenimiento el análisis pormenorizado y estudio crítico que realiza el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, José Luis Tortuero Plaza, en TORTUERO PLAZA, J.L: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006"... op.cit., páginas: 808 a 810. En este mismo sentido, SIRVENT HERNÁNDEZ, N: "Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la ley 35/2010, de 17 de septiembre", *Actualidad Laboral*, nº 16, 2011, páginas: 1875 y 1876.

¹¹⁴⁶ TORTUERO PLAZA, J.L: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006"... op.cit., página: 810.

¹¹⁴⁷ "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 trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación" (artículo 128.1 a) de la LGSS).

¹¹⁴⁸ Ver artículo 128.2 de la LGSS: "A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación".

la temporalidad es la misma, con la salvedad de que se ha cambiado la palabra “meses” por “días”, en realidad, esta modificación trae más complicaciones de que las que parece. Así pues, seis meses no tienen por qué equivaler a 180 días, podrían ser perfectamente 181, 182, 183 o 184, según los periodos del año que en los que se suceda¹¹⁴⁹.

La doctrina ha acogido bastante bien este cambio de palabras, ya que entiende que dado que se trata de un subsidio diario¹¹⁵⁰, resultará pues más acorde que también su duración sea por días.

Mayores dudas suscita el determinar quien va a ser la entidad gestora competente para declarar esa prórroga de 6 meses, ya que durante los 12 primeros meses de baja los responsables son tanto el Servicios Público de Salud, como la Mutua de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional¹¹⁵¹. Sin embargo, no se olvide que desde la entrada en vigor de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, la única competente para conocer de los procesos de larga duración por incapacidad temporal es del INSS a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI)¹¹⁵². Es decir, desde el inicio hasta los 365 días de duración de la IT serán competentes para emitir los partes de baja,

¹¹⁴⁹ ARADILLA MARQUÉS, M^a. J: “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)”... op.cit., página: 2.

¹¹⁵⁰ ARADILLA MARQUÉS, M^a. J: “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)”... op.cit., página: 2. Por contingencias comunes, a partir del cuarto día de baja hasta el vigésimo día de baja, le corresponde al trabajador el 60%y desde el vigésimo primero en adelante el 75%. Y por contingencias profesionales se percibirá la prestación económica al día siguiente al de la baja médica, correspondiéndole el 75%.

¹¹⁵¹ Para el caso de que el empresario tenga concertado con estas entidades la cobertura de los riesgos que sufran los trabajadores de su empresa.

¹¹⁵² Ver la Disposición Adicional Cuadragésima Octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006. Esta posición se ha mantenido con posterioridad con las sucesivas reformas hasta día de hoy. Así pues, se dice: *“Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta días posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes”*.

confirmación de la baja y alta médica, el SPS y las MATEPs, y de ahí en adelante, el único competente será el INSS.

Como en toda lucha de poder entre órganos públicos y privados, las MATEP aspiran siempre a atribuirse cada vez más competencias en materias que hoy día pertenecen al INSS. No obstante, ese fantasma que constantemente merodea en torno a la idea sospechosa de tal vez éstas se encuentren más preocupadas por reducir el gasto, que por mejorar el proceso de curación de los trabajadores, lleva a la vigente legislación a prever, que junto a los informes médicos que emiten las MATEP les acompañen, a partir de un cierto tiempo de baja, otros del personal sanitario público (RD 575/1997)¹¹⁵³. La razón fundamental es tratar de mantener un mínimo control público en la prestación económica, al mismo tiempo que se busca reducir los comportamientos fraudulentos de terceros “privados” en la gestión¹¹⁵⁴ y la duración ordinaria de la prestación¹¹⁵⁵.

El hecho de que el INSS decidiera desde ese momento la declaración de una IP, el alta médica por curación o la prórroga de la IT, supone atribuirle a este órgano no sólo la gestión económica, sino también la sanitaria, por lo que se están recortando en competencias que inicialmente le correspondían a los SPS y a los médicos de las MATEP¹¹⁵⁶. Además, para el caso de que se manifiesten discrepancia de los beneficiarios en cuando a la resolución adoptadas, señala el artículo 128.1 a) de la LGSS que: “...podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete

¹¹⁵³ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., página: 1350. BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., página: 60.

¹¹⁵⁴ VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J. L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a. N: *Manual de Seguridad Social*... op.cit., página: 277.

¹¹⁵⁵ A partir de los 365 días ya no serán necesarios los partes de confirmación de baja, pues es el INSS a través del EVI el único competente para decidir si se prolonga o no la duración de la prestación 180 días más. Y no sólo eso, sino que además desde ese momento la Entidad Gestora asumirá el pago de la prestación de forma directa. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 220 y 221.

¹¹⁵⁶ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., páginas: 1350 y 1351. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 220.

días naturales, la reconsideración de la decisión de aquella, especificando las razones y fundamento de su discrepancia”.

Llegados a este punto podrían ocurrir dos cosas¹¹⁵⁷: a) que se pronuncie el INSS mediante resolución expresa por la que manifieste su conformidad con la decisión adoptada, o b) que no conteste en los once días que dispone. Con independencia de lo que ocurriese, en ambos casos adquirirá plenos efectos el alta médica¹¹⁵⁸. Y es que durante ese espacio de tiempo que transcurre entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos, se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal (artículo 128.1 a) LGSS).

A mi juicio, pienso que con esta medida lo único que se está produciendo es una invasión de competencias en materia que les corresponden estrictamente a los Servicios Públicos de Salud, tales como las materias sanitarias. Favoreciéndose así el conflicto entre estas entidades, ya que ese recurso a una segunda revisión, que seamos realistas, en la mayoría de los casos no se pronuncian, denegándose finalmente por silencio negativo, lo único que nos conduce es a la colocar al trabajador en una situación de absoluta indefensión, pues pende totalmente desde ese momento de un único órgano, que ni siquiera ha seguido desde el principio su evolución. Además de que durante ese periodo de espera se alarga la incapacidad temporal. Efectivamente, se debe concentrar en un único órgano las distintas prórrogas, pero también deben evitarse situaciones de conflicto entre estas entidades. Por ello entiendo que debería dejarse en manos de quienes deciden el inicio de la IT las competencias sobre su duración y extinción¹¹⁵⁹.

Acto seguido, indica el artículo 131 bis apartado 2 de la LGSS que: *“Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 545*

¹¹⁵⁷ Ver artículo 128.1 a) LGSS: *“Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica”.*

¹¹⁵⁸ A contar desde que dicte la resolución expresa o a partir de los once días naturales que según señala la ley dispone el INSS para responder.

¹¹⁵⁹ En esta línea ver VILLAR CAÑADA, I.M: *“La gestión de la incapacidad temporal a la luz de las últimas reformas: puntos críticos”*, *Actualidad Laboral*, nº 20, 2006, página: 5 a 9. En contra FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 219 y 220, al señalar que *“... la reforma puede valorarse positivamente, pues centraliza en una única Entidad Gestora el reconocimiento de las prórrogas, independientemente de la contingencia que origina la prestación de incapacidad temporal y de la entidad responsable de la misma, evitándose posibles desigualdades en el trato dispensado por los facultativos de la MATEP y los de los Servicios Públicos de Salud”*.

días fijado en el párrafo primero de la letra a) del apartado 1 del artículo 128, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda”. Como ya se ha indicado, este periodo fue introducido por el legislador de 1994 para sustituir a la extinguida invalidez provisional y frenar así, los largos periodos de duración hasta la declaración definitiva de la incapacidad permanente en los que se prorrogaba ésta con la anterior legislación¹¹⁶⁰.

Esta segunda prórroga o como algún autor denomina “fase puente hacia la incapacidad permanente”¹¹⁶¹, solamente puede producirse si la Entidad Gestora de la prestación, es decir, el INSS a través del EVI, entiende que no existe posibilidad de mejoría, pues de lo contrario habría de recurrir a la segunda opción que establece el artículo 131 bis apartado 2 de la LGSS¹¹⁶². Por lo que en total, sumadas la duración inicial, la prórroga ordinaria y esta fase puente, daría una duración máxima de la IT de 635 días¹¹⁶³.

Durante todo ese periodo el trabajador se encuentra en una situación asimilada a la de la invalidez provisional, lo que a efectos de Seguridad Social va a suponer que no cotice, aunque el subsidio económico¹¹⁶⁴ que perciba sea el de

¹¹⁶⁰ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 222.

¹¹⁶¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 222 a 225.

¹¹⁶² En este artículo se dice, que si hubiese posibilidad de mejoría podrá prorrogarse la prestación como límite máximo hasta los 730 días de duración. En esta línea, véase con detenimiento a BARCELÓN COBEDO, S: *El tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2002, página: 103.

¹¹⁶³ Entiendo pues, que como la ley no especifica aquí por días, sino por meses, cada mes cuenta como 30 días, lo cual no se corresponde con el número de días reales que tienen cada uno de los distintos meses (28, 30 y 31). Por lo que en general, los trabajadores no llegan a disfrutar verdaderamente del número de días que están de baja.

¹¹⁶⁴ A este respecto señala la Disposición Adicional quinta de la Ley 1300/1995, de 21 de julio, que desarrolla en materia de incapacidades laborales del Sistema de Seguridad Social, la Ley 42/1994, que en: “los supuestos de agotamiento, por el transcurso de plazo máximo, de la incapacidad temporal, en los términos previstos en el artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, durante la prórroga de efectos de la prestación, ésta correrá a cargo, con efectos desde el día siguiente a aquél en que se haya producido la extinción de dicha situación, de la Entidad gestora competente cuando la incapacidad derive de contingencias comunes, o de la Entidad gestora o de la correspondiente Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, si la incapacidad tiene su origen en contingencias profesionales”.

IT¹¹⁶⁵. Y una vez que sea calificada la situación de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, pasará entonces éste a percibir esta prestación. Produciéndose dichos efectos, desde el momento en que recaiga la correspondiente resolución¹¹⁶⁶, de lo contrario se pospondrá esta calificación hasta un máximo de 24 meses de duración o 730 días¹¹⁶⁷.

A los efectos económicos que aquí interesan, resulta importante indicar que con la entrada en vigor del artículo 45 de la Ley 66/1997 de 30 de diciembre, se modificó en perjuicio del trabajador lo que anteriormente preveía el artículo 131 bis. 3 en esta materia. Y es que, cuando el subsidio por IP fuese superior al de IT, las mismas debían retrotraerse al instante en que se hubiera agotado la prestación por incapacidad temporal. En otras palabras, se descontaba de la incapacidad permanente lo percibido hasta entonces por incapacidad temporal¹¹⁶⁸. Sin embargo con esta nueva regulación, una vez que se inicia la IP, aun que ésta sea superior en cuantía en relación a la IT, no se podrán

¹¹⁶⁵ Ver nota al pie número 49 de ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 256. BARCELÓN COBEDO, S: *El tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social...*op.cit., página: 135.

Como bien expone el Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada, José Vida Soria, “... durante esos plazo (y en casos de alta médica en cualquier momento con declaración de Invalidez permanente), se estará ante una especie de “prórroga” de la situación de Incapacidad Temporal (a efectos por ahora de Seguridad Social)”. Ver VIDA SORIA, J: *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)*... op.cit., página: 14.

¹¹⁶⁶ BARRIOS BAUDOR, G: “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”... op.cit., página: 710.

¹¹⁶⁷ TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 36.

¹¹⁶⁸ Previsión que se recogía en el artículo 6.3 del 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, al señalar:

“A efectos de lo previsto en el apartado 3 del artículo 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la calificación de la invalidez permanente se entenderá producida en la fecha de la resolución del Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

En aquellos supuestos en que, a tenor de lo establecido en el citado apartado 3 del artículo 131 bis, procediera retrotraer los efectos económicos de la prestación de invalidez permanente reconocida, se deducirán, del importe a abonar, las cantidades que se hubieran satisfecho durante el período afectado por dicha retroacción. Las cantidades devengadas por el beneficiario hasta la fecha de resolución no serán objeto de reintegro cuando no se reconozca el derecho a la prestación económica”.

retrotraer sus efectos al momento en se agotó la incapacidad temporal¹¹⁶⁹. Y es que, siguiendo el hilo que hasta ahora se ha venido marcando, nuevamente se introduce en nuestra normativa una medida que trata de “corregir” los gastos del sistema de Seguridad Social en la prestación económica por IT ante el temor de situaciones fraudulentas¹¹⁷⁰.

Ahora bien, ¿qué sucedería en el caso de que no se pronunciara la Entidad Gestora sobre la posible calificación de la IP y se agoten los 635 días?. La doctrina científica ya se ha pronunciado sobre este particular interrogante, entendiendo pues la existencia de una doble posibilidad, una restrictiva y otra extensiva. En la primera de estas opciones, los efectos de la prestación solo podrán ser prorrogados durante los plazos máximos que dispone el EVI para calificar el estado de incapacidad que se trate. Mientras que en la segunda de las líneas, los efectos económicos se entenderán prorrogados más allá de ese plazo de tres meses, hasta su calificación como IP, sin límite temporal alguno¹¹⁷¹. Y es que, en el artículo 131 bis apartado tercero, no se concretan hasta cuando podrá prolongarse el subsidio económico, sino hasta que plazo dispone el INSS, a través del EVI para calificar la situación de IP¹¹⁷².

¹¹⁶⁹ BARRIOS BAUDOR, G: “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”... op.cit., página: 715.

¹¹⁷⁰ En esta línea ver JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo*... op.cit., página: 68.

¹¹⁷¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: “La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración”... op.cit., página: 257. TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal*... op.cit., página: 36. BARRIOS BAUDOR, G: “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”... op.cit., página: 711. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... op.cit., página: 178. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 224 y 225.

¹¹⁷² Ver artículo 1 letra g) de la Ley RD 1300/1995, de 21 de julio por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social: “*Será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: ... g) Declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal, a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación de invalidez*”.

Por todo ello, parece más acorde inclinarse por la segunda y más amplia de estas alternativas¹¹⁷³, ya que un incumplimiento tardío de la Entidad Gestora en cuanto a los plazos que fija la ley para declarar o no una incapacidad permanente, no debe en absoluto comportar consecuencias negativas para el trabajador¹¹⁷⁴. Ya que de lo contrario quedaría éste totalmente desprotegido al no percibir el subsidio correspondiente y tampoco poder incorporarse a trabajar en la empresa, debido a que todavía carece de capacidad para el desempeño de su profesión habitual.

No obstante a lo anterior, en aquellos casos en los que agotados los 545 días (365 días iniciales más los 180 de prórroga) continuasen las necesidades de tratamiento médico, ya sea por la expectativa de la recuperación del trabajador o por la mejora de su estado de salud con vistas a su reincorporación laboral, se podrá demorar la citada calificación. Ahora bien, fija la ley el límite temporal de que en ningún caso podrá rebasarse los 730 días (24 meses) siguientes desde la fecha en que se inició la incapacidad temporal (artículo 131 bis apartado 2 de la LGSS).

La doctrina se ha cuestionado si esta tercera prórroga debe sumarse a la anterior de tres meses (545 días más 180 días entre la fase puente y esta última prórroga) lo que daría un total de seis meses, o si por el contrario, debe ésta sustraerse de la anterior prórroga de tres meses de duración¹¹⁷⁵. Opino, que ambas se tratan de dos periodos de tiempo con distintas finalidades y que por tanto se abren en momentos distintos, de ahí que en principio no deben sumarse¹¹⁷⁶. Así pues mientras que la primera de las prórrogas, como ya se ha expuesto, solamente procede en el caso de que los servicios médicos de la

¹¹⁷³ BARRIOS BAUDOR, G: "Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)"... op.cit., página: 712. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 225.

¹¹⁷⁴ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J: "Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las leyes 24/1997, de 17 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, y 66/97 de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998, página: 386. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 121.

¹¹⁷⁵ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo*... op.cit., página: 239. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 239.

¹¹⁷⁶ A favor, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 239. En contra BEJARANO HERNÁNDEZ, A: "La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración"... op.cit., página: 63.

Entidad Gestora entiendan que el trabajador no va a experimentar una mejoría, debiéndose una vez agotado dicho plazo de tres meses calificar su estado en el grado de IP que corresponda. En la segunda de estas, se presume por el contrario, que si podrá el trabajador, antes de que se agoten los 730 días máximos de duración de la prestación, recuperar su capacidad íntegra para trabajar. Ahora bien, si esta última posibilidad no se produjese habrá igualmente de evaluarse el estado del trabajador a efectos de su declaración en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

Para finalizar con este apartado, me voy a referir ahora a la prórroga de seis meses prevista por la ley para los periodos de observación por enfermedades profesionales (artículo 128.1 b) de la LGSS)¹¹⁷⁷. La competencia para resolver acerca de la procedencia o no de ese alargamiento en la duración de la IT hasta los 545 días, reside en el INSS a propuesta de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVIs)¹¹⁷⁸, pudiéndose únicamente conceder cuando se presuma que durante dicho periodo el trabajador va a superar su estado de incapacidad¹¹⁷⁹, de lo contrario ésta prórroga no podrá ser concedida.

Se trata de una prolongación de la IT que debe instarse en el plazo de los veinte últimos días del periodo de observación por enfermedades profesionales¹¹⁸⁰, y en la cual, han de figurar los datos que se formulan en la disposición adicional segunda del RD 1300/1995, de 21 de julio, esto es, los datos identificativos de la Entidad Colaboradora que haya iniciado el procedimiento, los del trabajador y la empresa o empresas en las que se encuentre dado de alta, haciéndose constar la fecha en que se haya iniciado el período de observación, posible enfermedad profesional y razones que justifican la solicitud de prórroga. Además de que a esta solicitud deberá acompañarla un informe del médico que tenga sujeto al trabajador a observación.

No obstante, indica además el apartado tercero de esta disposición adicional segunda que: *“Cuando la solicitud a que se refieren los números anteriores sea*

¹¹⁷⁷ Señala este artículo que: *“Los periodos de observación por enfermedad profesional 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”.*

¹¹⁷⁸ Ver artículo 1.1 c) y 3.1 g) del RD 1300/1995, de 21 de julio.

¹¹⁷⁹ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas: 61 y 62.

¹¹⁸⁰ Ver procedimiento que señala la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social.

realizada por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, se hará constar, además, la profesión habitual del trabajador, con indicación de su categoría profesional, y función y descripción del trabajo completo que realizase”.

Si bien, cuando finalice la duración máxima del periodo de observación por enfermedades profesionales, doce meses en total¹¹⁸¹, el trabajador pasará entonces a ser calificado en algunas de estas tres posibilidades: 1) como incapaz permanente; 2) en alta siempre que se verifique la inexistencia de una enfermedad profesional, o en último caso, 3) en situación de incapacidad temporal, tal y como se deduce del artículo 128.2 de la LGSS, descontándosele por ese periodo el tiempo de permanencia en observación¹¹⁸².

2.3. La recaída.

En los tiempos que hoy día corren, la recaída viene ocupando un papel especialmente importante, ya que a grandes rasgos, constituye ésta una de las cuestiones más espinosas y conflictivas en torno a la cual sobrevuelan una vez más los problemas relativos al fraude y al absentismo laboral. Tal vez por ello, haya sido esta figura retocada nuevamente mediante la Ley 30/2005 con la intención de reducir aún más las dudas existentes. No obstante, permanecen todavía abiertos algunos interrogantes y surgiendo otros nuevos, debido quizás a la falta de desarrollo reglamentario¹¹⁸³. De ahí que proliferen en nuestro ordenamiento jurídico un sinnúmero de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, algunos de ellos contradictorios, pero que tratan de aclarar cada una de los retos que esta cambiante normativa arroja.

Actualmente, la recaída aparece regulada en los artículos 128.2 de la LGSS¹¹⁸⁴ y 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967¹¹⁸⁵ por la que se establecen las

¹¹⁸¹ Seis meses iniciales prorrogables por otros seis (artículo 128.1 b) de la LGSS).

¹¹⁸² MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 176. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 246.

¹¹⁸³ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página: 811.

¹¹⁸⁴ Tal y como se señala en este artículo: “A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación”.

¹¹⁸⁵ En donde se señala que: “El subsidio por incapacidad temporal se abonará mientras el trabajador

normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social. A parte, habrá de tener también en cuenta la previsión que recoge el número 131 bis apartado 1 de la LGSS¹¹⁸⁶. Y es que, el dilema sobre cuando se entiende que existe una recaída y cuando un nuevo proceso de IT, o dicho con otras palabras, si las diferentes bajas son acumulables a efectos de calcular la duración máxima de la prestación, o por el contrario, cada periodo de incapacidad abre una nueva incapacidad temporal, constituyen precisamente los dos conceptos principales sobre los que debe iniciarse toda esta ardua temática.

Según expresa el Diccionario de la Real Academia Española, recaer consiste en *“caer nuevamente enfermo de la misma dolencia el que estaba convaleciente o había recobrado su salud”*¹¹⁸⁷, sin embargo, esta definición que aquí se ofrece merece algunos matices más precisos. Como se deduce del tenor literal del artículo 128.2 de la LGSS, para que exista una recaída debe tratarse de una enfermedad¹¹⁸⁸, ya que resulta imposible volver a recaer cuando la causa sea un accidente. Por esa razón, se entiende que si el origen de esta segunda IT es un accidente de trabajo o un accidente no laboral, no

reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, estando impedido para el trabajo por un periodo de duración máxima de dieciocho meses, prorrogables por otros seis, si también se hubiese prorrogado dicha asistencia, incluyéndose para el cómputo de estos periodos los de observación y recaída”.

“Si el proceso de incapacidad temporal se viera interrumpido por periodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad”.

¹¹⁸⁶ Tras la nueva redacción que ofrece la Ley 30/2005, se dice ahora que: *“En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a 180 días o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal”*.

¹¹⁸⁷ Ver STS de 1 de abril de 2009 (RJ 2009/2879) en su fundamento tercero.

¹¹⁸⁸ En lo que respecta al periodo de 12 días iniciales a cargo del empresario en el supuesto de que se trate de una enfermedad común, el hecho de que se vuelva a caer nuevamente enfermo no supone que deba abrirse nuevamente ese periodo de 12 días, sino que habrá de verificarse si esa segunda patología se corresponde o no con la que originó la vez primera. GARCÍA NINET, J.I: *“Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones”*... op.cit., páginas: 60 y 61.

hay recibida sino que nace una nueva incapacidad temporal¹¹⁸⁹. Ahora bien, otra cosa es que tras ser dado de alta, ulteriormente y antes de que transcurran seis meses desde la primera baja, se reproduzcan las secuelas del accidente o la enfermedad, entonces si cabría hablarse de una recaída por las mismas dolencias¹¹⁹⁰. Además, añade el artículo 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967 al concepto de recidiva un elemento más, el temporal y es que, se necesita que medie entre la primera y la segunda baja un periodo de actividad laboral no inferior a seis meses, por lo que de lo contrario, es decir, cuando se superen los seis meses, se entenderá que nace una IT autónoma respecto de la anterior¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁹ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página: 70. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 248.

¹¹⁹⁰ Señala a este respecto el profesor José Ignacio García Ninet, que: “...la recaída no es sólo predicable de la enfermedad, sea ésta común o profesional, aunque será lo más frecuente, sino que puede derivar de cualquier proceso patológico, pues tras ser dado de alta es posible que, ulteriormente y dentro de los seis meses inmediatamente siguientes, el proceso o las secuelas del accidente o de la enfermedad, pudieran reproducirse”. Ver GARCÍA NINET, J.I: “Sobre la interpretación extensiva de las recaídas en la incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, nº 53, 1995, página: 5.

¹¹⁹¹ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 34. VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página: 14. GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página: 9. Ver también LÓPEZ INSUA, B. M: “La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿cuál ha sido su finalidad?. Comentario a la STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3536/2008”, *Temas Laborales, revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 108, 2011, página: 239 y siguientes.

En el caso de la República de Italia el elemento temporal resulta ser bastante menor, en comparación con lo que sucede en España. Así pues, para que exista una recaída deben transcurrir 30 días como máximo entre la primera y la recibida por la misma o similar patología, pues de lo contrario, se entiende que nace un nuevo proceso de IT. Como ya se ha señalado anteriormente en otra nota al pie, computan dentro del periodo máximo de IT los tiempos de recaída, por lo que en total, sumadas todas ellas y las distintas prórrogas, no podrán superar los 180 días por año natural. Ahora bien, si la enfermedad por recaída surge al año siguiente al de la primera baja y no han transcurrido 30 días, se debe entonces volver a computar los 180 días máximos en ese nuevo año, de modo que podría ocurrir que un trabajador agotase 179 días en un año y consuma otros 180 más en el siguiente. Del mismo modo, si se trata de una IT no interrumpida y que continúa al año siguiente, computan al comienzo del nuevo año otra vez los 180 días. Ver PUNZI, C.N: “Sezione II. Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro”... op.cit., página: 332.

Si bien, resulta bastante discutible el supuesto de que un trabajador vuelva a enfermar por las mismas o distintas dolencias a las que originaron la vez primera y no hayan transcurrido más de seis meses. A este respecto, existen dos posturas enfrentadas, de una parte está la opinión de los que mantienen que procede la acumulación de procesos de IT y de otra parte, están la de los que postulan que tan sólo es posible aunar ambos procesos cuando la enfermedad sea debida a la misma enfermedad¹¹⁹².

La primera de estas interpretaciones fue la mantenida por los Tribunales con anterioridad a la STS de 8 de mayo de 1995¹¹⁹³, fundamentando esta afirmación en base al propio concepto que ofrece la LGSS. De esta manera, lo que se trata de proteger es precisamente esa imposibilidad de seguir trabajando, pero no el origen de la enfermedad. Por tanto, con independencia de la causa de la IT deben acumularse las diferentes bajas, ya que en virtud del principio de consideración conjunta de las contingencias¹¹⁹⁴ se ha de otorgar una mayor preferencia al elemento causal sobre el temporal¹¹⁹⁵. Mientras que por la segunda de las vías, la mantenida por el INSS y finalmente por el TS en la sentencia mencionada pocas líneas más arriba, cuando la actividad que media entre ese lapsus temporal es superior a seis meses, prima el elemento temporal sobre el causal, abriéndose por consiguiente en este caso una nueva IT, pero por el contrario, si no han transcurrido más de seis meses de actividad laboral y se trata de la misma dolencia, entonces sí procede la acumulación de

¹¹⁹² FERNÁNDEZ PRATS, C: "Incapacidad temporal y recaída (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8 de mayo de 1995)", *Tribuna Social*, nº 62, 1996, páginas: 46 y 47.

¹¹⁹² MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 179 y 180. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página: 71. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 249. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas: 106 y 107.

¹¹⁹³ Ver en este sentido con detenimiento FERNÁNDEZ PRATS, C: "Incapacidad temporal y recaída (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8 de mayo de 1995)"... op.cit., págin: 47. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página: 71.

¹¹⁹⁴ Según afirman Manuel Alonso Olea y su discípulo José Luis Tortuero Plaza: "Lo contrario conduciría al absurdo de que una situación de IT pudiera durar varios años, al enlazarse unos periodos con otros, en contra de la transitoriedad, elemento sustancial de esta situación". Véase ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 250 en su nota al pie número 22.

¹¹⁹⁵ GARCÍA NINET, J.I: "La incapacidad temporal", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., páginas: 34 y 35. TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., página: 38.

procesos¹¹⁹⁶. Después de esta emblemática sentencia se entiende que son dos los elementos que integran el concepto de recaída o recidiva, por un lado, el temporal y por otra lado, el causal. De acuerdo con el primero de los señalados, el tiempo que debe existir entre ambas situaciones debe ser inferior a seis meses, y en virtud del segundo, la contingencia que determine esta segunda IT debe ser la misma que en la inicial¹¹⁹⁷.

Esta solución que ofrece el Tribunal Supremo, ciertamente, acarrea importantes consecuencias tanto para el trabajador como para el empresario, en lo que respecta a la determinación de la cuantía del subsidio y la responsabilidad de su abono¹¹⁹⁸. Y es que no se olvide que a efectos de contabilizar la duración máxima de la IT, 545 días o dieciocho meses, computan los periodos de observación por enfermedades profesionales así como las distintas recaídas (artículo 128.2 de la LGSS).

De acuerdo con esta regla, cuando se trate de una recaída por la misma enfermedad y no han transcurrido más de seis meses deben acumularse las distintas bajas, por lo que sumadas todas ellas no podrá superarse los dieciocho meses. A efectos económicos, a las empresas les interesa más esta continuidad que la constante apertura de un nuevo proceso cada vez que el trabajador reincide por idéntica causa. Ya que sabemos que con el inicio de una nueva IT por contingencias comunes, los tres primeros días carecen de protección y sólo a partir del cuarto hasta el vigésimo día, la cobertura del subsidio (cifrada en un el 60%) corre a cuenta de la empresa, de ahí en adelante, el 75% de la prestación le corresponde abonarla al INSS¹¹⁹⁹. De acuerdo con esta regla, el trabajador ve reducida su cuantía cada vez que

¹¹⁹⁶ En este mismo sentido, ver Sentencia del TS de 1 de abril de 2009 (RJ 2009/2879) y 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686): “... cuando se produce el alta y sobreviene una nueva baja... después de transcurridos seis meses de actividad, supuesto en el que la nueva baja se considera independiente de la primera, en la misma forma que tampoco media recaída propiamente dicha (esto es, nueva baja producida por la misma enfermedad y sin que se haya completado el plazo de seis meses de actividad), si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades sin nexo causal entre ellas, supuesto en el cuál no habrá recaída, sino nuevo período de IT, cualquiera que sea el lapso de temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincida en algún tiempo”.

¹¹⁹⁷ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”... op.cit., página: 62.

¹¹⁹⁸ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal*... op.cit., páginas: 36 a 38. TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*... op.cit., página: 38.

¹¹⁹⁹ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal*... op.cit., página: 37.

recae por idénticas dolencias. Sin embargo y por el contrario, a la Entidad Gestora le beneficia más el cómputo diferenciado, ya que el periodo de espera y la protección reducida se produce con el inicio de una nueva baja¹²⁰⁰, lo cual alcanza también a las mejoras voluntarias de la prestación por IT. Además, de que con ello se descarga al INSS del pago de la cuantía económica y se desplaza hacia el empresario hasta el vigésimo día (artículo 131 bis, apartado primero de la LGSS)¹²⁰¹. Incluso, si esta recaída se produce en otra empresa distinta a la de la primera baja, o si se extingue el contrato de trabajo durante este breve periodo temporal, resultará igualmente responsable de su pago el INSS¹²⁰².

A juicio de la doctrina, esta sentencia es claramente contraria a la eliminación de las conductas absentistas en la empresa, pues permite la acumulación de diferentes periodos de incapacidad temporal con independencia de cual es la causa y siempre que no hayan transcurrido más de seis meses de actividad laboral¹²⁰³. No obstante a lo anterior, otro sector opina¹²⁰⁴, que sería más útil para controlar la falta de asistencia injustificada al trabajo, abrir diferentes periodos de IT (tanto si se tratan de contingencias comunes como profesionales). Ya que el hecho de no acumular las distintas bajas en un solo proceso, ocasiona al trabajador una continúa reducción del subsidio por cada nueva IT al tiempo, que hace partícipes de su pago a las empresas durante los primeros días, lo que sin lugar a dudas, no aviva en ese intento de seguir practicando el absentismo. Sin embargo, también es evidente, que esta segunda posición nos conduce a una sucesión indefinida de procesos de IT que se intercala con cortos periodos de actividad y que podrían llegar a prolongarse eternamente una y otra vez hasta los 24 meses máximos¹²⁰⁵. Por

¹²⁰⁰ TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., página: 38. FERNÁNDEZ PRATS, C: *Incapacidad temporal y recaída (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8 de mayo de 1995)...* op.cit., página: 48.

¹²⁰¹ TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., página: 38.

¹²⁰² GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página: 37.

¹²⁰³ TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., página: 38.

¹²⁰⁴ FERNÁNDEZ PRATS, C: “Incapacidad temporal y recaída (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8 de mayo de 1995)”... op.cit., página: 48.

¹²⁰⁵ En esta misma línea ver TORTUERO PLAZA, J.L Y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva...* op.cit., página: 38. Tal como exponen estos autores: “Tampoco la sentencia tiene en consideración, quizás porque no es su función, que su solución

lo tanto, siguiendo la primera de las líneas, se da una mayor preferencia al carácter temporal de la prestación, mientras que en la segunda de ellas, prevalece el elemento económico. Sin embargo, a mi entender, el problema no está en cuanto a lo temporal o lo monetario, sino en que se ha perdido la razón de ser que dio origen al nacimiento de esta prestación. Otra vez el miedo al fraude y a la desconfianza sobre la veracidad de una situación de necesidad se coloca en un primer plano y lo que es peor, a costa de la protección de la salud de las personas. Insisto, debe perseguirse el fraude, pero también debe protegerse al trabajador cuando se encuentre en situación de incapacidad temporal para el desempeño de su profesión habitual, tratándose de evitar castigar a todos por igual. Tal vez por ello, debería volver a plantearse el concepto de incapacidad temporal y examinarse por separado las diferentes situaciones de necesidad.

Para causar el derecho a la prestación económica de la IT tras una recaída, tal y como se expuso en el Capítulo II de este trabajo, es imprescindible estar dado de alta o situación asimilada al alta y haber cotizado un periodo previo de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores cuando se traten de contingencias comunes, ya que para las profesionales no es exigible este último requisito (artículo 130 letras a) y b) LGSS)¹²⁰⁶. Por esta razón, se plantea ¿qué ocurriría cuando el trabajador no reuniese alguno de estos dos requisitos en el momento de la primera baja, pero si en el de la recidiva?, ¿podría entonces el trabajador generar el derecho a la prestación en esa segunda baja?

Nuestros Tribunales han mantenido, que si no cabe el reconocimiento del derecho cuando sobrevino la IT inicial por falta de periodo de carencia, no se podrá en la recaída subsanar los defectos cometidos en la primera, ya que el percibo del subsidio nace en el momento en que el trabajador cumplan con todos los requisitos que exige la ley¹²⁰⁷.

facilita considerablemente las conductas absentistas, así como la utilización intencionalmente dirigida de los procesos incapacitantes, ya que permite la sucesión indefinida de periodos de incapacidad; razonando a lo absurdo, un trabajador podría estar toda su vida laboral de baja, intercalando cortos periodos de actividad”.

¹²⁰⁶ Por lo que para este último supuesto, contingencias profesionales, el enlace entre una y otra situación de IT es relativamente fácil. Ver en este sentido, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., página: 1353.

¹²⁰⁷ Véase la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2011 (número 12/2012) en su fundamento de derecho único y STS de 24 de noviembre de 1998 en su fundamento de derecho número tres: “... Conceptualmente, la situación de incapacidad temporal viene determinada (artículo 128 L.G.S.S.) por encontrarse el trabajador impedido para trabajar y recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social,

exigiéndose, además, para que el beneficiario tenga derecho a la prestación económica, el requisito general de encontrarse en situación asimilada al alta y, caso de enfermedad común, haber cumplido un período de cotización de 180 días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores (artículo 130 L.G.S.S.) Todos estos requisitos concurren en el hoy actor, y la única razón de la desestimación, es que, como en la primera baja por la misma dolencia ocurrida en 1992, no tenía derecho a la prestación por falta de período de carencia, la posterior baja, acaecida en 1995, cuando sí cumple el período mínimo de cotización, no “subsana” el primer defecto, en cuanto el hecho causante de la última “recaída” es el sobrevenido en 1992.

A juicio de la Sala, la sentencia recurrida confunde dos supuestos diferentes, cuales son el de reconocimiento del derecho y el de duración del mismo. El primero viene sometido a la concurrencia de sus requisitos legitimadores: asistencia sanitaria de la Seguridad Social, impedimento para trabajar existiendo posibilidad de sanación y cumplimiento del periodo de carencia. El segundo, que presupone el reconocimiento del derecho, lo que persigue es que la situación reconocida inicialmente no se prolongue indefinidamente en el tiempo, estableciendo, al efecto, los índices temporales correctores, a los que se refieren los artículos 128.1.a) L.G.S.S. -doce meses, prorrogados por otros seis meses, sin perjuicio de la prórroga especial del artículo 131 bis.2- y 9.º1 de la O.M. de 13 de octubre de 1967- sobre acumulación de períodos o no según se trate de una misma o diferente dolencia, con el límite, en todo caso, de seis meses de actividad laboral posterior a la fecha de alta médica, dado que transcurrido este plazo, incluso idéntica enfermedad abre un nuevo período de incapacidad temporal.

Conforme a lo antes expuesto, cabe reconocer la situación de incapacidad temporal pretendida, a partir de la fecha de baja, que se produjo en 19 de marzo de 1995; momento en que el recurrente reunía todos los requisitos para el acceso a la prestación litigiosa, y, será a partir de esta fecha, en su caso, cuando se plantearían las cuestiones referentes a la duración de la prestación reconocida. Distinción e interpretación que sería más conforme al artículo 41 de la Constitución Española y al principio de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas en orden al reconocimiento de las prestaciones sustitutorias de rentas de la Seguridad Social. Resultaría contrario a este principio y al de proporcionalidad, consagrar una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de incapacidad temporal por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta, tal defecto inicial se prolonga indefinidamente en el tiempo futuro sin posibilidad para el beneficiario de acceso al reconocimiento de la situación y prestación económica una vez cumplido los requisitos habilitantes, máxime cuando tratándose de Seguridad Social Pública, los preceptos que puedan restringir derechos individuales, deben ser interpretados de forma restrictiva (S. T.S. de 9 de junio de 1997), y, en el caso examinado, ninguna norma existe que prohíba acceder al reconocimiento de una situación de incapacidad temporal, a quien en la fecha de la última baja por enfermedad que le origina impedimento para trabajar, cumple con el requisito de carencia que no cubrió en una anterior fecha de baja por la misma dolencia. Debe añadirse, finalmente, que, al margen del hecho causante, la fecha de efectividad de la prestación (S. T.S. de 26 de enero de 1998) opera solamente a partir del acto administrativo de reconocimiento. Acto que, precisamente, debe dictarse cuando se acredite la concurrencia de las condiciones exigidas en forma general por el artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social”.

En esta misma línea véase, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 253.

A *sensu contrario*, si el trabajador cumple con todos los requisitos en el momento de la primera baja, pero no en el de recaída y no han transcurrido más de seis meses de actividad laboral, en este caso, el Tribunal Supremo establece que si cabe reconocer el derecho a la prestación temporal, puesto que como se trata de un mismo proceso deben permanecer intactos los mismo requisitos exigidos en la recidiva¹²⁰⁸. Se trata éste de un criterio difícil de sostener, pues no se puede sustituir unas rentas que ya no existe por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada. De lo contrario, se estaría beneficiando económicamente al trabajador por causa de su enfermedad¹²⁰⁹, salvo que procediera de una incapacidad temporal “técnica” por encontrarse el trabajador en desempleo y por tanto, en situación asimilada al alta¹²¹⁰.

Con la promulgación de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuesto Generales del Estado para el año 2006 se han introducido dos importantes modificaciones en el subsidio económico cuando éste sea debido a una recaída. La primera es la que recoge el artículo 128.1 a) de la LGSS: “...*el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de 180 días posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología...*”¹²¹¹, y la segunda es la del artículo 131 bis, apartado primero de la LGSS: “*En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un periodo de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar*

¹²⁰⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas: 76 y 77. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 254. En contra BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas: 108 y 109, quien declara, que “*en cuanto a la exigencia de reunir nuevamente los requisitos, en principio parecería de lógica jurídica que no se requiriesen de nuevo, ya que se trata de una mera reanudación de una prestación ya concedida y no parece equitativo que un trabajador temporal carezca del subsidio en la recaída si en ese momento ya no tenía contrato en vigor*”.

¹²⁰⁹ Ver nota al pie número 138 en BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 109.

¹²¹⁰ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 254.

¹²¹¹ Redacción que ha sido modificada por la LPG para el año 2010, Ley 26/2009.

y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal”.

Ambos preceptos regulan dos situaciones visiblemente diferenciadas, si bien aunque comparten un nexo causal común, que se trate de una enfermedad producida por “la misma o similar patología”, no puede decirse lo mismo respecto del componente temporal. Así pues, mientras que el primero de los artículos se refiere a que la baja por IT se produzca una vez agotados los 365 días y no hayan transcurrido aún los 180 días posteriores a dicha alta médica. En la segunda de estas disposiciones, por el contrario, si ha llegado a término los 545 días máximos del artículo 128.1 a) de la LGSS y no ha sido todavía el trabajador declarado como incapaz permanente. A continuación, voy a proceder a analizar cada una de estas circunstancias por separado.

El artículo 128.1 a) de la LGSS, tras la reforma de 2005, ha venido a regular una situación muy particular a la que algún autor ha denominado “cláusula de blindaje o de salvaguarda”¹²¹². La razón de esta acepción no es otra, que la de agrupar en un solo órgano, el INSS, la facultad de control de las diferentes procesos de recaída por IT cuando se trata de la misma o similar enfermedad, tratándose así de evitar actuaciones contradictorias entre los sanitario del SPS y la Entidad Gestora a través de las EVIs. Por lo tanto, para no dejar sin efecto el alta médica expedida por el INSS, una vez que transcurran los 365 días iniciales de baja, se dejará entonces en manos de la Entidad Gestora de la prestación la declaración de una nueva baja por recaída en la misma enfermedad¹²¹³.

Se trata ésta de una normativa que adolece del correspondiente desarrollo reglamentario¹²¹⁴, de ahí que surjan algunas cuestiones litigiosas. La primera de ellas, se refiere a si debe o no mediar actividad laboral dentro de ese plazo de 180 días que establece el artículo 128.1 a) de la LGSS. Como se puede ver en ningún momento se hace mención a éste inciso, por lo que cabría deducirse

¹²¹² TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas: 810 y 811.

¹²¹³ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., página: 1354. TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas: 810 y 811. En esta misma línea ver también FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 258.

¹²¹⁴ TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página: 811.

de una interpretación sistemática de los artículos 128.1 a) LGSS y 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967, que no se requiere necesariamente que medie actividad laboral en esos 180 días, sino que perfectamente, el trabajador puede encontrarse en situación asimilada al alta y no trabajar, pero mantener sus cotizaciones a la Seguridad Social. Por lo que si transcurren seis meses desde la primera a la segunda baja y el trabajador reúne 180 días cotizados, comenzará entonces una nueva IT tal y como dispone el artículo 131 bis. 1 de la LGSS.¹²¹⁵

En segundo lugar, aunque ya se ha aclarado en líneas más arriba, se plantea la doctrina¹²¹⁶ si la concesión de esta recaída debe consumir el tiempo que reste hasta los 545 días o si por el contrario, comienza de nuevo el cómputo de los dieciocho meses máximo. A mi juicio, dado que el artículo 128.2 de la LGSS establece que la duración máxima de la IT es de 545 días, lo cual incluye los periodos de observación y las recaídas, entiendo que la interpretación correcta es la primera de las señaladas. Además, ha de tenerse en cuenta que el artículo 128.1 a) de la LGSS se refiere a que el trabajador haya agotado los 365 días iniciales y recaiga por la misma o similar patología, siendo el INSS el competente para declarar esa nueva baja siempre que no hubiesen transcurrido 180 días. Por lo que de la misma manera que reside en el INSS el poder de decidir o no la prórroga ordinaria de seis meses, también le compete a éste mismo declarar la recaída¹²¹⁷.

El último de los interrogantes que se plantean, consiste en determinar a que órgano le corresponde decidir sobre una nueva baja por IT cuando sea debida a distintas afecciones respecto de la inicial. El artículo 128.1 a) de la LGSS precisa en todo momento, que para que haya una recaída la patología debe ser “la misma o idéntica” que ocasionó la vez primera, siendo el INSS el único competente para decidir sobre esta recidiva. De acuerdo con esta idea, cuando el trabajador sufra otras dolencias que no traigan su causa en la primera de las enfermedades y no hayan aún pasado seis meses, el competente para decidir sobre esta segunda baja es el Servicio Público de Salud cuando se traten de

¹²¹⁵ En esta línea ver MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., página: 1356. BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., páginas: 66 a 68. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 259.

¹²¹⁶ Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 259.

¹²¹⁷ Recuérdese que tras la entrada en vigor de la Ley 30/2005, el INSS es el único órgano competente para controlar las situaciones de incapacidad temporal.

contingencias comunes o la MATEP si el origen es profesional. No obstante, el problema mayor está aquí en concretar quien va a ser el órgano que decida si se trata de la misma o distinta dolencia, el INSS, el SPS o la MATEP, ya que es más que evidente que el conflicto entre ellos está servido. Así pues, de acuerdo con la actual regulación, el único competente para aclarar el origen de esta segunda situación de necesidad es el INSS¹²¹⁸. Se rompe con esta novedad de 2005, el procedimiento unitario que hasta entonces se había seguido por parte del SPS¹²¹⁹. Además de que, para el caso de que exista disconformidad por parte del interesado sobre la resolución adoptada, se establece un procedimiento a seguir en la LGSS que ciertamente anima bastante esta disputa¹²²⁰. En mi opinión, debe tratarse de eliminar estas situaciones de controversia entre uno y otro órgano, concediéndosele únicamente a los SPS la competencia para decidir sobre las recaídas y las nuevas bajas, pues lo que debe prevalecer ante todo es el diagnóstico inicial y la situación real del beneficiario, pero no crear situaciones de indefensión para el trabajador. Y es que a fin de cuenta, pensando como es ya habitual en esta prestación en la existencia de un posible fraude, se perjudican nuevamente a los trabajadores y se deja bajo la autoridad exclusiva del INSS la competencia para pronunciarse y resolver (en caso de desacuerdo) sobre una cuestión en la que no ha estado

¹²¹⁸ Siguiendo la redacción dada por la Ley 30/2005.

¹²¹⁹ TORTUERO PLAZA, J.L: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006"... op.cit., página: 811.

¹²²⁰ Ver artículo 128.1 a) de la LGSS: "*En los casos de alta médica a que se refiere el párrafo anterior, frente a la resolución recaída podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquella, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.*

Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.

Si, en el aludido plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, ésta se pronunciará expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquella, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución".

presente desde un inicio¹²²¹. A mi modo de ver, esto es un gran error que debería modificarse y volver al sistema establecido anteriormente a esta ley.

Finalmente, con la nueva redacción que ofrece la ley 30/2005 al artículo 131 bis. 1 de la LGSS, se consigue dar un vuelco a la doctrina que venía proclamando desde el 2002 el Tribunal Supremo ante la falta de claridad de la ley y se asientan, de una manera definitiva, las bases para el régimen jurídico de esta prestación¹²²².

En este artículo se expresan, entre otras cosas, que el derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso de 545 días, pudiéndose únicamente generar un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología cuando medie un periodo de actividad de 180 días o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal.

A diferencia del caso anterior, aquí el trabajador ha superado los dieciocho meses máximo y ha vuelto a caer en las mismas afecciones que la vez primera, sin embargo la pregunta que durante mucho tiempo se estuvo debatiendo es la siguiente, ¿hay o no recaída?. El Alto Tribunal vino reiterando¹²²³, si bien sobre

¹²²¹ En contra, Celia Fernández Prats, quien afirma: *“En todo caso, ya que tras las últimas reformas el INSS se erige en juez y parte en reconocimiento de la incapacidad temporal cuando se produce una recaída, quizás, como propuesta de “lege ferenda”, plantearía menos problemas que fuera el propio INSS el competente para expedir cualquier parte médico de baja dentro de los seis meses siguientes al anterior alta, se trata o no de la misma o similar patología”*. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 260 y 261.

¹²²² Con la anterior regulación a 2005, el artículo 131 bis 1 de la LGSS se encontraba redactado de la siguiente manera: *“El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.*

Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

¹²²³ Ver el comentario que realiza el Magistrado de lo Social y Profesor TEU de la Universidad CLM, Antonio Barba Mora, a las sentencias de 20 de febrero de 2002 y 30 de abril de 2004 en BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas: 109 a 114.

hechos acaecidos con anterioridad a 2006¹²²⁴, que no debe aplicarse para la regulación establecida en la recaída (artículo 9.1 de la Orden de 1967), sino que debe seguirse las reglas previstas en el artículo 130 de la LGSS, esto es, reconocer la prestación por IT siempre que el trabajador cumpla con los requisitos de alta y cotización ordinarios (180 días dentro de los cinco años anteriores). Por lo que de esta manera, deja el TS sin efecto la previsión del artículo 131 bis 1 de la LGSS al razonar que dicho artículo sólo se refiere al periodo máximo establecido para cada proceso, “... *pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella duración*”¹²²⁵, de forma que no distingue si se trata de una nueva IT o una recaída en la misma enfermedad anterior transcurridos los 545 días¹²²⁶. Aunque se trataba ésta de una regulación tendente a encadenar distintas bajas y por tanto limitar su duración, entiendo que el problema aquí no residía en la cuestión de la carencia, que ya sabemos que se iba a exigir siempre que se caía enfermo¹²²⁷, sino en determinar el inicio o no de una nueva IT. El TS no lo reconoce expresamente, pero aplica el régimen previsto para la recaída¹²²⁸, aunque no se trata de una recaída, ya que olvida el elemento temporal que lo diferencia de una nueva baja, es decir, haber superado los 545 días (artículo 128.2 de la LGSS) y en su lugar, crea una especie de proceso único cerrado que posteriormente se vuelve a abrir¹²²⁹. Lo más razonable y beneficioso para el trabajador es que se hubiera abierto una nueva incapacidad temporal que perdurase en el tiempo hasta los dieciocho meses máximo¹²³⁰, siempre que el trabajador reuniese los requisitos de alta y cotización¹²³¹.

¹²²⁴ De hecho la última de la sentencias que se encuentra data en fecha de 15 de enero de 2008.

¹²²⁵ Ver Fundamento de Derecho cuarto de la STS de 20 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4535).

¹²²⁶ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 182. TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página: 817.

¹²²⁷ En este mismo sentido, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 182.

¹²²⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 257.

¹²²⁹ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas: 817 y 818.

¹²³⁰ En esta línea, la profesora Julia Muñoz Molina, critica esta misma doctrina emanada del TS y dice: “*La Sala, con una doctrina confusa, parece entender que las reglas contenidas en los artículos citados, 128.2 TRLGSS y 9.1 OLT, no alcanzan a aquellos procesos de IT que ya han finalizado, por lo que la nueva baja médica es una contingencia autónoma con derecho a prestación. Con esta interpretación, el artículo 128.2 del TRLGSS pierde en parte su razón de ser, ya que el mismo trata de evitar que se perpetúe en el tiempo una prestación transitoria, y viene a hacerse de peor condición a quien recae enfermo de la*

Con la actual redacción ofrecida por el artículo 131 bis.1 de la LGSS, se da finalmente por despejada esa confusa doctrina que había sido impulsada con anterioridad por la doctrina del TS y se afirma, que para estos casos nace una nueva IT en la que resulta competente de la misma el INSS. A diferencia del precepto anterior, aquí si se precisa que debe el trabajador haber realizado una actividad laboral en el periodo de los 180 días posteriores a aquellos previos dieciocho meses. No obstante, ambos comparte la similitud de que en la enfermedad debe ser debida a “la misma o similar” que motivo la primera.

Aparte de lo expuesto, resulta importante precisar que en lo que se refiere al resto de problemas que planteaba el artículo 128.1 a), para este nuevo número 131 bis.1 de la LGSS, básicamente coinciden los mismos. Así por ejemplo, en cuanto a los conflictos que se pueden dar entre el INSS, el SPS y las MATEPs, me inclino por aplicar la solución que ya se expuso con el anterior precepto¹²³². Ahora bien, en lo que respecta al tema de la duración de la recaída, con el artículo 128.1 a) de la LGSS interpretábamos que el trabajador no disponía de un nuevo cómputo, sino que debía de apurar los días que le restasen hasta un total de 545 días (según recoge el artículo 128.2 LGSS). En cambio para el artículo 131 bis.1 LGSS, la explicación debe ser justamente la contraria, es decir, el trabajador comenzará *ex novo* el disfrute de una nueva IT¹²³³.

Aclarado esto, conviene precisar seguidamente el dilema en torno a si la posibilidad que se atribuye a la Entidad Gestora para emitir esta nueva baja (tras agotar el período máximo de IT, incluida en su caso la prórroga) “*constituye una facultad omnímoda de aquélla, que no está sujeta a regla*

misma enfermedad, sin haber agotado el plazo máximo, que al que lo había agotado y recae nuevamente enfermo”. A este respecto opina la profesora Celia Fernández Prats, que tal vez hubiese sido más apropiado que el TS recurriese a la prórroga excepcional del artículo 131 bis.2 de la LGSS, pues se trata de una misma enfermedad. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 256.

¹²³¹ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página: 817.

¹²³² Por esta razón opino, que cuando se trate de una nueva baja que no traiga su origen en la misma o similar enfermedad que la vez primera, será el SPS o la MATEP (para los riesgos profesionales) las competentes para determinar el inicio de la prestación y no el INSS, lo cual puede comportar conflictos de poder. Y es que, es el INSS el único responsable de decretar si se trata o no de la misma dolencia.

¹²³³ De acuerdo con esta opción, ver BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., páginas: 68 y 69. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 263.

*alguna, o sí, por el contrario... el INSS viene obligado a tener en cuenta el estado del trabajador para decidir en función de ello*¹²³⁴.

Como pone de manifiesto el Tribunal Supremo¹²³⁵: *“... la interpretación ha de resolverse en el segundo de los sentidos apuntados, y ello no sólo porque el INSS, como ente público que es, viene constitucionalmente obligado (art. 9 y 103 de la Ley Fundamental (RCL 1978, 2836) a someter a la legalidad, evitando cualquier decisión arbitraria, sino además porque la propia norma que comentamos le impone adoptar, o no, la medida de referencia “a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad...”. O lo que es igual... parece incuestionable que la existencia de “la misma o similar patología” no puede constituir por sí misma el fundamento de que el subsidio se deniegue, sino que ésta decisión –como su antónima de reconocimiento- habrá de depender de otras razones, y muy singularmente de la incidencia de la patología sobre la capacidad de trabajo, de manera que la denegación por simple identidad o similitud de procesos morbosos se presenta –dado el tenor de los preceptos- causa de justificación insuficiente y decisión incurra en arbitrariedad”.*

Con la esta nueva ordenación, no cabe duda de que se tratan de evitar situaciones fraudulentas al dejar en manos el INSS el control en estos supuestos¹²³⁶.

Por último, el artículo 131 bis.1 de la LGSS se refiere a una segunda posibilidad por la que se puede extinguir el subsidio por IT, la primera (ya expuesta), cuando el transcurran seis meses de actividad; y la segunda, cuando el INSS a través de las EVIs, emita “la baja médica a los exclusivos efectos de la prestación económica”. Este concepto para nada es nuevo, sino que se remonta al RD 575/1997, de 18 de diciembre sobre la prestación económica por incapacidad temporal. Si bien es cierto, que se trata una figura muy criticada y problemática, y la cual, fue con la Ley 26/2009 de PGE para el año 2010, eliminada del artículo 128.1 a) de la LGSS en lo que se refería al

¹²³⁴ Ver Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia STS 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686).

¹²³⁵ Ver comentario a la STS 8 de julio de 2009, en LÓPEZ INSUA, B.M: “La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿cuál ha sido su finalidad?. Comentario a la STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3536/2008”... op.cit., páginas: 243 a 249.

¹²³⁶ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas: 818 y 819.

“alta a los exclusivos efectos económicos de la prestación por IT”¹²³⁷. Sin embargo, esta misma suerte no ha corrido todavía para el artículo 131 bis.1 de la LGSS en el que se sigue aludiendo a la “baja médica a los exclusivos efectos de la prestación económica”. Según esta previsión reside en el INSS aclarar si la nueva baja médica obtenida por el trabajador produce o no efectos económicos¹²³⁸. Esta previsión, sin lugar a dudas, resulta absurda, pues entiendo que se tiene o no se tiene derecho al subsidio¹²³⁹, por no hablar de la completa situación de indefensión en la que está colocando al trabajador. Por supuesto, el TS afirma que el INSS debe pronunciarse sobre el estado del trabajador fundamentando este razonamiento de manera objetiva (STS de 8 de julio de 2009 antes mencionada), tratándose de evitar la discrecionalidad¹²⁴⁰. No obstante, creo que en vez de ir en pro a una mejor y mayor protección del trabajador ante situaciones de necesidad, que de hecho es precisamente la finalidad primordial de esta prestación, se ha otorgado al INSS el absoluto control en esta materia con la única intención de endurecer y recortar la duración de la IT ante la posible existencia de un fraude.

3. DENEGACIÓN, ANULACIÓN, PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DEL DERECHO

Establece el artículo 132 de la LGSS que el derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido siempre que concurren algunas de las siguientes circunstancias: a) que el trabajador estuviese actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación o, b) cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. Además, añade el apartado segundo de este mismo artículo que “*también podrá ser*

¹²³⁷ Tal y como el artículo 1 en su apartado cuarto del RD 575/1997, de 18 de diciembre, ello venía a significar que: “*El alta médica expedida por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a los exclusivos efectos económicos, determinará la extinción de la prestación económica por incapacidad temporal y el consiguiente derecho del trabajador de incorporarse a la empresa, sin perjuicio de que el Servicio Público de Salud continúe prestando al trabajador la asistencia sanitaria que, sin requerir una nueva baja médica, aconseje su estado*”.

¹²³⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 263.

¹²³⁹ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página: 819.

¹²⁴⁰ A favor, ver TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas: 819 a 821.

*suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado*¹²⁴¹.

Desde la reforma de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre son precisamente estas tres causas indicadas las únicas que pueden acarrear algunos de los supuestos suspensivos, anulatorios o denegatorios del artículo 132 de la LGSS. Y es que, tras la entrada en vigor de esta normativa de 1994, se entiende eliminada del actual precepto regulador la cuarta de las razones de suspensión de la IT, que se refiere a cuando la incapacidad sea debida o prolongada a consecuencia de la imprudencia temeraria del beneficiario (artículo 11.1 b) de la Orden de 13 de octubre de 1967)¹²⁴².

El vigente artículo 132 de la LGSS se caracteriza, fundamentalmente, por ser un texto tremendamente confuso y necesitado de la intervención de nuestros tribunales, en orden no sólo para determinar cuando se producen las razones de denegación, anulación y suspensión, sino incluso para concretar los efectos que cada uno de estos motivos producen en los beneficiarios. A lo cual, como resulta habitual en esta materia, se unen los constantes y controvertidos problemas de competencias de los que son protagonistas las mutuas de accidentes de trabajo en su intento por ejercer los mismos poderes que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS)¹²⁴³. Conflictos que como seguidamente se verán, no clarifican la panorámica existente, sino todo lo contrario, la complican de manera relevante llegando hasta el punto que dividir a la jurisprudencia en diferentes corrientes de pensamiento¹²⁴⁴.

¹²⁴¹ Ver artículo 132 de la LGSS.

¹²⁴² BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1967; corrección de errores en BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1967.

Señala la profesora Celia Fernández Prats, que en un principio, aunque continúe todavía vigente en la Orden de 1967 ésta cuarta causa, podría la misma ser englobada dentro de la actuación fraudulenta para obtener o conservar un derecho que regula la letra a) del apartado 1 del artículo 132 de la LGSS. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 304. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 92.

¹²⁴³ PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: "Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena", *Actualidad Laboral*, nº 08-2ª quincenal de abril de 2007, página: 3.

¹²⁴⁴ Ver la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467), concretamente en sus fundamentos de derecho cuarto y quinto. En esta sentencia se exponen de una manera exhaustiva y perfectamente ordenada, las tres líneas de pensamiento así como el razonamiento sobre cada una de ellas.

En primer lugar, llama la atención que el título con el que se presenta esta disposición de la LGSS sea el de “pérdida o suspensión del derecho al subsidio”, en vez del de anulación, denegación y suspensión. La doctrina opina, que con dicha falta flagrante de concreción se están confundiendo dos conceptos, el de extinción o pérdida de la prestación que regula el artículo 131 bis de la LGSS y el de suspensión del artículo 132 del mismo conjunto normativo¹²⁴⁵. Efectivamente, si el término pérdida equivale al de extinción, a efectos prácticos, los supuestos de suspensión podrían encubrirse como de extinción, ya que al no precisarse un plazo de duración de la interrupción del disfrute del subsidio se está produciendo automáticamente la finalización de la prestación¹²⁴⁶.

En segundo lugar, destaca el hecho de que se hable de denegación, anulación y suspensión, sin especificar en que circunstancias se producen cada una de ellas, pues es evidente, que en unos casos el derecho ya ha sido reconocido (suspensión y anulación), mientras que en otros no (denegación)¹²⁴⁷. Las distintas consecuencias jurídicas que producen las conductas de los beneficiarios, deben diferenciarse por tanto en cuanto al momento de producirse cada una de ellas: al inicio o con posterioridad¹²⁴⁸. Así pues, la

¹²⁴⁵ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 373. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”... op.cit., página: 3.

¹²⁴⁶ Véase STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2005 (AS 2005/1880) y el comentario a la STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2006 que realiza la profesora María del Junco Cachero en, DEL JUNCO CACHERO, M: *Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del Comité de Empresa*, Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 92, 2007, página: 222.

¹²⁴⁷ GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*” ... op.cit., páginas: 76 y 77. GARCÍA NINET, J.I: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”, *Tribuna Social*, nº 61, 1996, página: 82. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 304.

¹²⁴⁸ A este respecto la profesora Julia Muñoz Molina señala, que “*procederá la denegación cuando el solicitante hubiese actuado fraudulentamente para obtener la prestación, o cuando rechace a priori, sin iniciar el mismo el tratamiento indicado por el facultativo competente; mientras que la anulación de la prestación tendrá lugar cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para conservar la prestación que ya venía disfrutando o, una vez iniciado el tratamiento prescrito, lo abandona sin causa razonable, y, finalmente, originará la suspensión la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, si se cesa en la realización de los mismos y se siguen reuniendo los requisitos para la prestación, pues en otro caso, procederá la anulación*”. Ver MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 217.

denegación se refiere al reconocimiento previo y la ausencia de los requisitos para motivar el comienzo de la prestación; la anulación supone en cambio, que dicho presupuestos constitutivos desaparecen una vez iniciada la IT; y por último, la suspensión se concede de manera temporal cuando se efectúen trabajos incompatibles con la percepción del subsidio¹²⁴⁹, de tal manera que una vez que cese dicha causa interruptora de la relación laboral, se reanudará el normal pago de la prestación por el tiempo que reste¹²⁵⁰. En cualquier caso y aunque aparentemente parezca que se trata de un listado cerrado, lo que si obvio, es que estas tres medidas sancionan las conductas contrarias a la buena fe contractual por parte del trabajador¹²⁵¹, de ahí que entren en juego la normativa reguladora de las infracciones y sanciones en el orden social, esto es, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba la LISOS.

A continuación, vamos a exponer separadamente las tres causas que enumera el artículo 132 de la LGSS y a analizar cada uno de los conflictos interpretativos que con ellas se plantean.

“Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación” (artículo 132.1 letra a) de la LGSS).

A simple vista, no especifica la ley en que deben consistir esas actuaciones encubiertas del beneficiario, por lo que la doctrina considera que podrían agruparse dentro de estas las siguientes situaciones: la falta de alta, asimilación al alta, cotización y afiliación, la simulación de una enfermedad o un accidente, suplantación de personalidad, así como la alegación de un

¹²⁴⁹ BURGOS GINER, M^a. A: “La facultad de las Mutuas sobre la suspensión o pérdida del subsidio por incapacidad temporal. Comentario a la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2005 (AS 2006, 1115)”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2006, página: 2906. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”... op.cit., página: 3.

¹²⁵⁰ OLARTE ENCABO, S: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Madrid, CES, 1997, página: 241.

¹²⁵¹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: “Incapacidad temporal y maternidad”, *Tribuna Social*, nº 53, 1995, página: 11. GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*”... op.cit., página: 77. GARCÍA NINET, J.I: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”... op.cit., páginas: 83 a 90. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... op.cit., página: 218. BURGOS GINER, M^a. A: “La facultad de las Mutuas sobre la suspensión o pérdida del subsidio por incapacidad temporal. Comentario a la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2005 (AS 2006, 1115)”... op.cit., páginas: 2906 a 2908. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 304.

padecimiento anterior que no resulta ahora protegido¹²⁵². Se tratan todas ellas de conductas intencionadas¹²⁵³ y por las que un sujeto pretende iniciar o mantener una IT cuando no tiene derecho a ella¹²⁵⁴.

En cuanto al primero de los requisitos exigidos, alta, asimilación al alta, cotización y afiliación, resultará necesario para que se produzca la simulación, la colaboración de la parte empresarial. Se pretende con ello, crear una ficticia o aparente subsistencia de una relación laboral previa con la única finalidad, que la persona cumpla con los requisitos necesarios para el acceso a esta prestación. De este modo, el empleador procede a dar de alta al interesado y a cotizar por él, sin que en la realidad éste se encuentre desempeñando actividad profesional alguna. Se trata, como bien indican algunos autores, de “una compra de prestaciones” que aunque es más frecuente en casos de desempleo y jubilación, no imposibilita que pueda igualmente producirse en situaciones de incapacidad temporal¹²⁵⁵. La intención aquí es evidente, defraudar al sistema de Seguridad Social a través de la incorporación de un sujeto que hasta ahora se encontraba desprotegido por el mismo, o que no reunía el periodo de

¹²⁵² ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: “Incapacidad temporal y maternidad”... op.cit., página: 11. GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”... op.cit., página: 77. GARCÍA NINET, J.I: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”... op.cit., página: 82. SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*... op.cit., página: 62. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... op.cit., página: 218. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*... op.cit., páginas: 374 y 375. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 305. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 93.

¹²⁵³ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... op.cit., página: 218.

¹²⁵⁴ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*... op.cit., página: 374.

Expone el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona, José Ignacio García Ninet: “En resumen: se exige la concurrencia de la legalidad y de la realidad. Legalidad en la afiliación y en el alta. Realidad en la prestación efectiva del trabajo y en que la causa de la incapacidad temporal sea posterior al momento de afiliación y/o alta, salvo que tuviera lugar dentro del plazo legal en que puede producirse la afiliación y/o el alta de cinco días desde el inicio de la prestación efectiva del trabajo”. Ver GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”... op.cit., página: 78 y, GARCÍA NINET, J.I: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”... op.cit., página: 83

¹²⁵⁵ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*... op.cit., página: 375. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 305.

carencia necesario para el acceso a este derecho¹²⁵⁶. A este respecto apunta el profesor JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET, que si ya de por sí resulta bastante difícil controlar a los trabajadores no afiliados pero que desempeñan una actividad profesional¹²⁵⁷, más complicado es aún, verificar a los falsos afiliados y que no trabajan o que lo hacen por razones de amistad (artículo 1.3 d) del ET)¹²⁵⁸ o parentesco (artículo 1.3 e) del ET)¹²⁵⁹, y se hacen pasar por verdaderos trabajadores afiliados y cotizantes a la Seguridad Social¹²⁶⁰.

Otro supuesto que también puede plantearse es el relativo a aparentar una enfermedad o accidente, o incluso exagerar unas dolencias para prolongar el disfrute de la IT así como retrasar su proceso curativo, para lo que el sujeto realiza una serie de actividades que pretenden alargar la duración de esta situación¹²⁶¹. La tarea de detectar cuando concurren estas circunstancias le corresponde determinarla a los facultativos sanitarios, lo cual no es nada fácil cuando se está ante hipocondríacos y depresivos. Y es que, distinguir entre un padecimiento real experimentado por el sujeto y otro imaginado, o en el peor de los casos inventado, resulta a veces extremadamente complejo¹²⁶², más aún cuando la persona se encuentra sufriendo una auténtica patología (de carácter psíquico) que la incapacita¹²⁶³. Si en relación a ese trastorno mental el

¹²⁵⁶ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 375. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 305.

¹²⁵⁷ Para lo cual resulta bastante importante la actuación de la Inspección de Trabajo.

¹²⁵⁸ Se tratan de trabajos realizados por cuenta ajena y dependencia, pero sin contraprestación. Ver VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M^a. N: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada, Comares, 2011, página: 340.

¹²⁵⁹ Aquí en principio existe una presunción “iuris tantum” de no laboralidad por razones tanto subjetivas como objetivas. Las subjetivas son que se entiende la existencia de un vínculo familiar próximo (descendiente, ascendiente, cónyuge y demás parientes hasta el segundo grado inclusive). Y en las objetivas se presupone la convivencia del familiar con el empresario. . Ver VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M^a. N: *Manual de Derecho del Trabajo...* op.cit., página: 341.

¹²⁶⁰ GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*”... op.cit., página: 78 y, GARCÍA NINET, J.I: *Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal...* op.cit., página: 83.

¹²⁶¹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 219 y 220. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 305 y 306.

¹²⁶² GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*”... op.cit., página: 79 y, GARCÍA NINET, J.I: “*Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal...*” op.cit., página: 83.

¹²⁶³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: “*Incapacidad temporal y maternidad*”... op.cit., página: 11.

trabajador incurre en conductas autolesivas, se suicida o cae en problemas de toxicomanía y drogadicción, no cabría en ningún caso la consideración de dichas acciones como fraudulentas, ya que el individuo no es aquí consciente de su actuación por encontrarse afectado psicológicamente y en un estado de enajenación tal que le imposibilita operar de una forma normal¹²⁶⁴. En cualquier caso, la intencionalidad o no del sujeto debe ser siempre apreciada en última

Entiendo que tendría que examinarse cada caso concreto, ya que no todas las enfermedades psíquicas son causa de una incapacidad temporal, sino sólo aquellas que puedan superarse dentro del periodo máximo que fija la ley (24 meses). Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, un individuo teóricamente sano puede desarrollar determinadas enfermedades mentales, como por ejemplo: la esquizofrenia, cuyo padecimiento viene influido por factores hereditarios, esto es genéticos, y por factores ambientales tales como el modo de vida. Algunos de los eventos desencadenantes de una esquizofrenia pueden ser sucesos fácilmente identificables y puntuales como: la vivencia de experiencias traumáticas por la persona, consumo de psicotrópicos sin control médico y no necesariamente de forma regular, la exposición a ciertos compuestos químicos de manera habitual...etc. Pero por otro lado la enfermedad puede manifestarse sin que se pueda identificar una causa o suceso en particular, de manera que individuos con una alta propensión a padecerla sencillamente la sufran con el devenir natural de su desarrollo ontológico. Por lo que, puede haber tanto personas que enfermen teniendo antecedentes familiares, y en consecuencia con predisposición genética a sufrir la esquizofrenia, como otras sin tenerlos, pero cuyo modo de vida o experiencias personales han contribuido enormemente a ello. Llegados a este punto tal vez sería apropiado definir la responsabilidad de la carga genética y la de los factores ambientales, esto se determina mediante el concepto de la heredabilidad. Con este término se hace referencia a qué porcentaje de la enfermedad se debe exclusivamente a la herencia genética y no a elementos externos como los hábitos alimenticios, lúdicos... etc. De este modo un trabajador puede desarrollar la enfermedad en mayor o menor medida por su comportamiento social y por ende se le podría atribuir, o no, más o menos responsabilidad de su estado convaleciente. En cualquier caso esta situación podría llegar a incapacitar definitivamente a ese sujeto para el desempeño del trabajo y precisamente por esta razón este tipo de enfermedades no podrían ser causa de IT. Por supuesto, los responsables directos de calificar esta situación y su grado de afectación para la realización del empleo habitual le corresponde al personal médico. Actualmente, existen técnicas para valorar el nivel de culpabilidad del paciente en el surgimiento de esta enfermedad, a saber: en el supuesto de consumo de estupefacientes permanecen en sangre hasta seis meses después de la última dosis, trazas que demuestran su consumo, por lo que fácilmente si se comprueba el historial clínico del paciente y su evolución con el de sus antecedentes familiares, podría averiguarse las causas que la han originado. Lo normal, es que estos sujetos acaben abandonando la profesión que hasta entonces venían ocupando para dedicar sus esfuerzos a otras actividades profesionales más sencillas, como pudiera ser la jardinería. A título personal considero que los facultativos sanitarios deberían valorar en la medida de lo posible el grado de responsabilidad del sujeto. No es lo mismo un individuo que por causas naturales y ajenas a su obligación desarrolle una esquizofrenia, frente a quien lo haga a causa de su imprudencia, digamos por ejemplo por consumir estupefacientes. No obstante, esta sugerencia únicamente nos serviría para incorporarla al historial clínico del paciente, pero no para abandonarlo a su suerte y sin otorgarle una cobertura económica para el resto de su vida por el hecho de haber actuado negligentemente.

¹²⁶⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: "Incapacidad temporal y maternidad"... op.cit., página: 11.

instancia por el Juez, quien decidirá su veredicto atendiendo a los informes emitidos por el personal médico (psiquiatras y médicos forenses)¹²⁶⁵.

Distinto es cuando el trabajador falsifica la documentación a presentar¹²⁶⁶ o se le suplanta a la hora de los controles médicos por otra persona que si está realmente enferma. En ambos casos, ya sea para prolongar una incapacidad temporal, conseguir el comienzo de la misma u obtenerla en cuantía superior a la que hasta ahora venía percibiendo, aquí se considera que el individuo actúa conscientemente y de mala fe, con el objetivo de defraudar al sistema de Seguridad Social¹²⁶⁷, pero también a la empresa que debe seguir cotizando por ésta persona y abonando las mejoras voluntarias, sustituyendo en algunos casos al ausente o incrementando las tareas del resto de compañeros de trabajo¹²⁶⁸.

Los efectos de actuaciones fraudulentas, no sólo se sancionan con las consecuencias que prevé el artículo 132 de la LGSS (esto es, la suspensión, anulación o denegación del derecho), sino también con las que recoge la LISOS en sus artículos 26.1 y 47.1 c) y 47.3. Así pues, el artículo 26.1 tipifica como infracción muy grave: "*Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas*". Son todas ellas conductas que producen la suspensión del disfrute de la prestación por un período de seis meses o incluso, se puede llegar a la extinción de la prestación (artículo 47.1 c)

¹²⁶⁵ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 219.

¹²⁶⁶ No resulta tan extraño encontrar a pacientes que presentan radiografías, ecografías, pruebas de sangre... etcétera, que pertenecen a parientes o amigos realmente incapacitados físicamente. En algunos casos, aunque insisto no es tarea sencilla, los facultativos sanitarios llegan a percatarse de esa simulación al comprobar que los resultados no se corresponden con los del sujeto al que asisten, por ejemplo en el caso de las radiografías al detectar que las estructuras óseas examinada no se identifican con la de las características del paciente ya sea por edad, sexo... etcétera.

También la falsificación puede darse en los supuestos en los que el paciente modifica los datos de identidad de un enfermo real por los suyos para conseguir el pago de la prestación por IT.

¹²⁶⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: "Incapacidad temporal y maternidad"... op.cit., página: 11. GARCÍA NINET, J.I: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., página: 79 y, GARCÍA NINET, J.I: "Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal"... op.cit., página: 83.

¹²⁶⁸ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 219.

LISOS)¹²⁶⁹, sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (artículo 47.3 de la LISOS)¹²⁷⁰. Siendo además, el único competente para la declaración de la suspensión y extinción de la IT el INSS (artículo 48. 1 LISOS)¹²⁷¹.

Pienso que cuando el beneficiario lleve a cabo algunas de las actividad fraudulenta que se han visto, no debería operar el mecanismo de suspensión de la prestación de seis meses, sino el de extinción, ya que entiendo que si esta persona no cumple los requisitos necesarios para el acceso a la prestación desde el inicio, dudo mucho que los fuese a reunir con posterioridad, salvo que sufriese un accidente o una enfermedad a causa de otro riesgo distintos al enjuiciado. Se trata de una transgresión de la buena fe contractual que el INSS debe verificar a través de los informes médicos y sancionar, conforme a lo establecido en la ley desde el mismo momento en que se tenga conocimiento del uso ilícito de los mismos¹²⁷².

“*Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena*” (artículo 132.1 b) de la LGSS).

La situación suspensiva de la relación laboral que se produce a causa de riesgos comunes y profesionales, comporta una imposibilidad transitoria para trabajar que precisa de la concesión de un subsidio para compensar la pérdida de rentas que ocasiona dicho estado de necesidad. Y es que, si el individuo no puede trabajar porque carece de la capacidad necesaria para el desempeño de una actividad profesional, tampoco puede, por consiguiente, recibir el salario

¹²⁶⁹ Aunque se trata de un artículo que más bien se dedica a regular las sanciones a imponer a los beneficiarios de pensiones y prestaciones por desempleo, también puede hacerse extensible estas consecuencias para los casos de IT. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 307.

¹²⁷⁰ El INSS tramita como dos procedimientos distintos, la suspensión de la prestación (primer procedimiento) y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (segundo procedimiento).

¹²⁷¹ Indica el artículo 47.1 d): “*No obstante las sanciones anteriores, en el supuesto de que la transgresión de las obligaciones afecte al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a la prestación, podrá la entidad gestora suspender cautelarmente la misma hasta que la resolución administrativa sea definitiva*”.

¹²⁷² JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 378. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 307 y 308.

compensatorio del mismo¹²⁷³, ya que no se admiten en nuestro sistema normativo compatibilidad alguna entre subsidio y salario¹²⁷⁴.

Las consecuencias que se derivan del desempeño de una actividad profesional mientras se encuentra el trabajador de baja por IT, no sólo alcanzan a abarcar la esfera de la Seguridad Social, sino que también, despliega sus efectos dentro del campo de la relación laboral, pues a parte de la suspensión o extinción de la prestación económica, que según cada caso pudiese adoptarse, el individuo en la inmensa mayoría de las ocasiones suele ser despedido por transgresión de la buena fe contractual (artículo 54.2 d) del ET)¹²⁷⁵. De todo este entramado jurídico, se generan una serie de cuestiones conflictivas a las que tanto la doctrina, como la jurisprudencia han tratado de dar una solución uniforme. No obstante, el juego de intereses contrapuestos que se presentan dificulta enormemente la respuesta a muchos de estos interrogantes, de ahí que se hallen pronunciamientos muy divergentes.

De lo anterior expuesto, resultan problemáticas las situaciones de pluriempleo y pluriactividad. El objeto de la discusión radica aquí, no sólo en la determinación sobre si procede o no la denegación de la prestación por incapacidad temporal cuando el trabajador se encuentre dado de alta en más de una empresa pero dentro del mismo régimen de la Seguridad Social (pluriactividad), sino además, cuando se encuentre éste desempeñando distintas actividades y por tanto, dado de alta en más de un régimen (pluriempleo).

Existen a este respecto dos opiniones doctrinales contrapuestas, de una parte, la que defiende que no cabe la realización de ninguna actividad durante el ejercicio de la IT, en base, a que si se está incapacitado para un régimen también se está para el otro, siendo asimismo, aplicable esta misma solución

¹²⁷³ BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 95.

¹²⁷⁴ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...*op.cit., página: 255. GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*”... op.cit., página: 80. GARCÍA NINET, J.I: *Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal...* op.cit., página: 84. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 308.

¹²⁷⁵ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: “*Incapacidad temporal y maternidad*”... op.cit., página: 11. GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*”... op.cit., página: 80. GARCÍA NINET, J.I: “*Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal*”... op.cit., página: 84. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2005, página: 220.

cuando se trate de ejecutar distintas actividades¹²⁷⁶. Y de otro lado, se encuentra el sector que entiende que sí resulta perfectamente compatible el disfrute de la prestación temporal con el desempeño de un trabajo para el que se está capacitado¹²⁷⁷.

El TS en su sentencia de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/4364) se ha pronunciado finalmente sobre este asunto, afirmando, que el percibo del salario y el cobro del subsidio por IT son perfectamente compatibles¹²⁷⁸. Mientras la realización de un trabajo no perjudique la salud del empleado con tal intensidad que retrase su proceso curativo, no entrará en juego la regla que se establece el artículo 132 de la LGSS sobre la suspensión del pago de la IT¹²⁷⁹. Corriendo asimismo, idéntica suerte los supuestos de pluriempleo tal y como nos recuerda el TS en su sentencia de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/3651). Así pues,

¹²⁷⁶ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 254 y 255, nota al pie 43. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 221: “... consideramos que no cabe actividad laboral alguna durante la situación de IT, con independencia de que perjudique o no el proceso curativo, ya que la normativa vigente no permite que el trabajador en situación de baja pueda continuar o reanudar otro trabajo para el que no esté incapacitado o que pueda permitirle una eventual capacidad residual, siendo así que en los casos de pluriempleo el trabajador debe cesar en todos ellos para acceder al subsidio, e igual en los supuestos de pluriactividad. Conforme a lo dispuesto en el artículo 132.1 b) de la TRLGSS, no parece que pueda existir la correspondiente baja incapacitando para el desarrollo de un trabajo pero no para el de otros”.

¹²⁷⁷ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 380. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 310. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 96.

¹²⁷⁸ “Aplicar estrictamente el artículo 132 LGSS pudiera conducir a la picaresca de que el trabajador en activo aproveche la situación de baja en una actividad que no puede realizar por la dolencia que le aqueja de carácter temporal, y que le impide por ejemplo realizar un trabajo de esfuerzo, para igualmente, provocar la baja en otra actividad que le permite su capacidad residual” (STS de 19 de febrero de 2002, RJ 2002/4364).

¹²⁷⁹ Expone el TS: “Ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes –una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria-, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de IT (artículo 128.1 LGSS), que unas dolencias incapaciten para el ejercicio de un trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro. Bajo esta perspectiva, negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador, que ejerce una pluriactividad, por la que se está de alta y cotiza, en estado de clara desprotección. Y además, semejante conclusión sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al efecto útil de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social”.

lo realmente incompatible con la enfermedad es el trabajo efectivo, no el figurar en alta en el RETA mientras se está de baja laboral en el RGSS¹²⁸⁰, pero además de esto¹²⁸¹, habrá de examinarse hasta que punto las carencias o impedimentos físicos imposibilitan para realizar otra actividad diferente en el mismo o en distinto régimen de encuadramiento, con independencia de que ello tenga lugar de forma simultánea o sucesiva.

De la literalidad del artículo 132 de la LGSS, conjuntamente examinado con el 128 de esa misma norma, se desprende la preocupación del legislador por evitar el fraude de quien esté trabajando y a la vez cobrando el subsidio por IT¹²⁸². Sin embargo, a mi juicio, el que un trabajador esté dado de baja por IT, no impide que por esa causa vea mermadas sus capacidades para la realización de otras actividades profesionales¹²⁸³. Por supuesto, tal compatibilidad sólo es posible siempre que no perjudique su normal curación¹²⁸⁴ y se inicien estas situaciones (es decir, la de pluriempleo y pluriactividad) con anterioridad a la IT¹²⁸⁵, para lo cual habrá de estarse al caso concreto¹²⁸⁶.

¹²⁸⁰ Véase el fundamento de derecho segundo en su punto tercero de la sentencia mencionada.

¹²⁸¹ Ver STSJ de las Islas Baleares de 16 de febrero de 2012 (AS 2012/214) en su fundamento de derecho tercero.

¹²⁸² Ver STS de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/3651) en su fundamento de derecho segundo.

¹²⁸³ SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, páginas: 62 y 63: "... con base en una interpretación teleológica del precepto, el trabajo prohibido ha de ser el coincidente con el habitual presumiéndose de tal hecho que el trabajador no está impedido para el trabajo, o bien de un trabajo que perjudique el proceso de recuperación alargando la baja. En este sentido, es cada vez más frecuente que la jurisprudencia analice las circunstancias de cada caso para determinar la gravedad del comportamiento a estos efectos".

¹²⁸⁴ GARCÍA NINET, J.I: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., página: 80. GARCÍA NINET, J.I: "Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal"... op.cit., página: 84. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 381. TOSCANI GIMÉNEZ, D: "La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos", *Revista Capital Humano*, nº 235, 2009, página: 235.

¹²⁸⁵ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 381. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 310.

¹²⁸⁶ Ver STS de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/3651). En este sentido, GOÑI SEIN, J.L: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, Civitas, 1988, páginas: 239 y 240.

"Lo contrario resultaría opuesto al espíritu y finalidad de la acción protectora del sistema de Seguridad Social y al efecto útil de las cotizaciones...". TOSCANI GIMÉNEZ, D: "La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos"... op.cit., página: 121.

Relacionado con todo este debate, se ha pronunciado el TS en su sentencia de 8 de abril de 2006 (RJ 2006/2326), sobre la procedencia o no de la suspensión de la IT cuando sea el trabajador miembro del comité de empresa y decidiese ejercitar su derecho a la negociación de un convenio colectivo en curso. La interpretación que aquí debe seguirse es la misma que hasta ahora se ha dicho, por lo que queda claro que el incapacitado podrá seguir desempeñando su actividad representativa de carácter institucional, siempre que los trabajos que realice sean compatibles con la IT. Y además de esto, cabe señalar también que de suspenderle al trabajador del ejercicio de estas funciones, podrían incurrirse en una violación del derecho a la libertad sindical que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 28¹²⁸⁷.

Para el supuesto que el trabajador esté realizando actividades lúdicas durante el disfrute de la IT, a diferencia de lo anteriormente expuesto, aquí sí que ha mostrado unánimemente su conformidad la doctrina científica y la jurisprudencia, al admitir la compatibilidad entre subsidio y la realización de esa actividad cuando exista recomendación médica¹²⁸⁸. Concretamente, se tratan de casos en lo que a causa de una depresión¹²⁸⁹, estrés, estados de ansiedad... etcétera, el médico recomienda al paciente que: participe en otras actividades de entretenimiento¹²⁹⁰, realice trabajos, haga ejercicio físico o se

¹²⁸⁷ Ver STS en sentencia de 8 de abril de 2006 (RJ 2006/2326). DEL JUNCO CACHERO, M: "Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del Comité de Empresa"... op.cit., páginas: 222 y 223. En contra, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 224.

¹²⁸⁸ LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J: "La prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal como causa de despido. Comentario a la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002", *Actualidad Laboral*, nº 31, 2003, páginas: 2697 y siguientes. TOSCANI GIMÉNEZ, D: "La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos"... op.cit., página: 120.

¹²⁸⁹ Ver las sentencias de los TSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006 (LA LEY 1666225/2006); Comunidad de Valencia de 22 de julio de 2008 (AS 2008/3004) y de Cataluña de 29 de septiembre de 2009 (AS 2009/2527).

¹²⁹⁰ Por ejemplo, en la STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006 (LA LEY 1666225/2006), en la que tras padecer el trabajador un trastorno adaptativo mixto (ansioso depresivo) a causa de contingencias comunes, se le aconseja participar en actividades que le hiciesen sentir bien.

En la STSJ de Valencia de 22 de julio de 2008 (AS 2008/3004), se analiza el caso de un trabajador de la comercial Carrefour S.L que sufre una depresión debido al consumo de drogas y a las malas relaciones familiares que mantiene (se encontraba en fase de separación matrimonial), siéndole recomendado por el facultativo sanitario público como parte de su terapia para evitar el aislamiento y mejorar su autoestima, que realice aficiones y tareas de entretenimiento que le permitan fomentar su intercomunicación social y humana.

relacione con los demás para superar su enfermedad. Sin embargo, precisamente es en este campo en donde más se produce la intervención de la esfera laboral, pues en la mayoría de estos casos, haciendo uso el empresario del poder que se le confiere para verificar el estado de la enfermedad de sus trabajadores (artículo 20.4 ET), pone en marcha distintos mecanismos para controlar el absentismo y la posible existencia de fraude¹²⁹¹. De este modo, si el empleador comprueba la existencia de una flagrante deslealtad o transgresión de la buena fe contractual (*bona fides*)¹²⁹², podrá proceder al despido disciplinario por la vía del artículo 54. 2 d) del ET¹²⁹³. Y es que, no se trata este artículo 20.4 del ET de una norma garantista con los derechos de los trabajadores, sino que inspirada en el artículo 5 del *Statuto dei lavoratori* crea un sistema de control que pretende evitar las conductas fraudulentas y antiabsentistas en las empresas, facultando para ello la utilización de una serie

Y finalmente, la STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2009 (AS 2009/2527). Aquí el trabajador de la empresa Mercadona S.A es dado de baja médica por presentar una sintomatología ansiosa-depresiva, que se produce con motivo del mal ambiente de trabajo (*mobbing*) que viene sufriendo por su condición de homosexual. Al comprobarse que durante el transcurso de su IT realizaba actividades por cuenta ajena (en el bar del que era propietario su compañero sentimental) fue despedido por la empresa. No obstante, los informes médicos confirmaban que desde que realizaba otras actividades y se relacionaba con otras personas, su evolución había mejorado notablemente, siendo finalmente dado de alta a los tres meses siguientes de la fecha del despido. Por esta razón el TSJ entiende, que como la actividad que realizaba no revestía el carácter de laboral, sino que era realizada en régimen de amistad o familiar (artículo 1.3 d) del ET) y no ponía en peligro, ni dilatava en el tiempo su mejoría, era perfectamente compatible con la percepción del subsidio por IT.

¹²⁹¹ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...* op.cit., páginas: 213 a 223: “El control de las ausencias por enfermedad es un tema enmarañado en el que confluyen diversos elementos de análisis: desde las causas sociológicas sobre el absentismo, hasta las económicas directamente ligadas a aquéllas, pasando por las de restablecimiento de la salud y las normas deontológicas elaboradas para el conjunto de profesionales médicos”.

¹²⁹² GARCÍA NINET, J.I.: “La incapacidad temporal”... op.cit., página: 81. GARCÍA NINET, J.I.: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”... op.cit., página: 84.

Véase también, el examen exhaustivo que sobre esta materia realiza la profesora Marta Puig Sánchez, en PUIG SÁNCHEZ, M: “La transgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, páginas: 372 a 390.

¹²⁹³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: “Incapacidad temporal y maternidad”... op.cit., página: 11. GARCÍA NINET, J.I.: “La incapacidad temporal”... op.cit., página: 81. GARCÍA NINET, J.I.: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”... op.cit., página: 84.

de mecanismos que no se paran en analizar si interfieren o no en los derechos de las personas¹²⁹⁴.

Normalmente, ese control por parte del empresario se lleva a cabo a través de la vía de los detectives privados¹²⁹⁵ y el sometiendo del enfermo o accidentado a controles médicos adicionales a los de Seguridad Social¹²⁹⁶, los cuales resultan en ocasiones abusivos¹²⁹⁷.

En lo que respecta a los detectives privados, la simple verificación por el empresario¹²⁹⁸ de la realización por el beneficiario de otras actividades por cuenta propia o ajena, supone el despido inmediato del mismo. Ahora bien, la valoración de los efectos que esa carta de despido produce (procedente, improcedente o nulo) se debe dejar en manos del Juez¹²⁹⁹. Del mismo modo,

¹²⁹⁴ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...* op.cit., páginas: 215 a 217. GARCÍA NINET, J.I.: "Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal"... op.cit., página: 85.

¹²⁹⁵ VIDA, SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, séptima edición, 2011, páginas: 294 y 295.

Lo más frecuente es que sean las empresas que colaboren en la gestión de la prestación por IT y las MATEPs, las que utilicen esta vía de control privado de los estados de enfermedad, siendo menos habitual cuando es el INSS el que se responsabiliza del abono de este subsidio. Evidentemente, cuando la IT sea originada por contingencias comunes el uso de detectives privados es más solicitado que cuando se trate de riesgos profesionales, ya que es ahí en donde más se presume el fraude.

¹²⁹⁶ GARCÍA NINET, J.I.: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., páginas: 82 y 83. GARCÍA NINET, J.I.: "Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal"... op.cit., página: 85.

¹²⁹⁷ Por ejemplo, se suele dar mucho esta práctica a la hora de negociar en los convenios colectivos la protección social complementaria "externa" a la del sistema público de Seguridad Social. Me refiere en particular, dentro de los diferentes instrumentos existentes, a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

Para un análisis más completo, ver GARCÍA NINET, J.I.: "La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINACIÓN): *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

¹²⁹⁸ Los detectives privados aportan como prueba a la empresa, videos y fotografías en las que se ve al trabajador enfermo realizando otras actividades o desempeñando otros empleos en lo que no se evidencia signo algún de sufrir una incapacidad. Por ejemplo: levantando peso al tiempo que padece una lesión de espalda (Ver STSJ de Las Palmas de Gran Canarias de 23 de febrero de 2006, LA LEY 30522/2006); pintando mientras se encontraba de baja por justificar un dolor en los dedos (STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005, LA LEY 165627/2005)... etcétera

¹²⁹⁹ GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...* op.cit., página: 249: "... el informe del agente investigador será ilegítimo y, por tanto, inatendible siempre que concierna a hechos de la

se legitima al empresario para supervisar (por sorpresa o no) las calificaciones realizadas por los facultativos de la Seguridad Social¹³⁰⁰ y en el caso, de que el trabajador se negase a someterse a dicho los controles privados, la empresa estará facultada para proceder a la imposición de una sanción que normalmente supone la retirada de la mejora voluntaria por incapacidad

personalidad privada del trabajador; y será válida y admisible cuando tenga por objeto bien hechos extraños a la esfera de la privacy o bien hechos pertenecientes a esta esfera, pero conscientemente expuestos al conocimiento general del público o cognoscibles por cualquiera, es decir, vicisitudes personales que son de dominio público (por ejemplo: la participación en un partido de fútbol, la asistencia a bares o similares, la realización de trabajos en comercios abiertos al público... etcétera)". Como dice el TSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005 (LA LEY 165627/2005), para que no se produzca una violación del derecho a la intimidad ni a la propia imagen, el seguimiento debe hacerse en lugares públicos, entradas y salidas de establecimientos, siendo ilegítimo si las grabaciones o fotografías se toman estando el trabajador en su casa.

El valor de la prueba de los detectives privados no es documental, sino simplemente testifical. Véanse las STSJ de 13 de Cataluña de 13 de mayo de 2005 (LA LEY 107574/2005) y de 27 de julio de 2005 (LA LEY 165627/2005) y del TS de 5 de febrero de 1987 (RJ 1987/781).

En algunas ocasiones, los jueces han estimado favorablemente los informes y el documental audiovisual que realizan estos detectives privados sobre el trabajador incapacitado para declarar el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual (véase STSJ de Las Palmas de Gran Canarias de 23 de febrero de 2006 (LA LEY 30522/2006). Sin embargo, en otros casos se ha desestimado esta prueba porque o bien no se acredita la falta imputada al sujeto (Ver STS de 5 de febrero de 1987, RJ 1987/781); o se detecta que la conducta del individuo ha sido inducida por el detective privado (STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006, LA LEY 1666225/2006); o incluso, se considera que la actividad puntualmente realizada por el enfermo no reviste la suficiente gravedad y proporción como para acarrear su despido (STSJ de Cataluña de 29 de septiembre, AS 2009/2527).

¹³⁰⁰ Señala a este respecto el TSJ del País Vasco, de 24 de enero de 1994: "... no impide el ejercicio por parte de la empresa del derecho de controlar la realidad y evolución de una situación que, si bien es personal del trabajador en cuanto afecta a su salud, también incide en los intereses de la empresa en cuanto contratante del trabajador temporalmente incapacitado...".

Como indica José Luis Goñi Sein: "... nuestro ordenamiento jurídico conoce dos modelos de control médico: el público, instituido en el marco de las normas de seguridad social que regulan la prestación de incapacidad laboral transitoria, y el privado, previsto en el ET, que puede ser dispuesto por el empresario a cargo de personal médico de su confianza". Ver GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...* op.cit., página: 234.

En esta línea, VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 294. Afirman estos autores, que los únicos derechos económicos que puede suspender el empresario son los derivados de la mejora voluntarias de la Seguridad Social, pero no los de la prestación básica.

temporal¹³⁰¹. Con referencia al valor probatorio de esas pruebas en sede judicial, los resultados no producen valor vinculante alguno o superior a la certificación médica del sanitario del trabajador, por lo que no pueden ser alegados como causa que justifique el despido o la suspensión de la prestación económica¹³⁰².

Al margen de lo anterior, cabe destacarse también otras particularidades más que se producen dentro de esta prismática laboral, así por ejemplo, una primera cuestión que surge es la relativa, a ¿qué ocurre con el devengo de los correspondientes salarios de tramitación? y en segundo lugar, si ¿se genera o no derecho al percibo de las mejoras voluntarias hasta la declaración firme de la sentencia?.

Sobre el primero de los temas, el TS viene ya reiterando¹³⁰³ la improcedencia del devengo de los salarios generados desde que el trabajador es despedido hasta que la sentencia resulte firme¹³⁰⁴. Ahora bien, en lo que respecta al abono del subsidio por IT, el TS ha afirmado que será la entidad gestora de la Seguridad Social la responsable de su pago cuando se hubiese producido ésta durante el periodo en el que trabajador debiese haber recabado los salarios de tramitación por despido improcedente o nulo, liberándose por consiguiente al empresario de dicha obligación¹³⁰⁵.

¹³⁰¹ GARCÍA NINET, J.I: *"La incapacidad temporal"*... op.cit., página: 83. GARCÍA NINET, J.I: *Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal*... op.cit., páginas: 85 y 86.

¹³⁰² GOÑI SEIN, J.L: *El respeto a la esfera privada del trabajador*... op.cit., páginas: 243 y 244.

¹³⁰³ Ver STS de 28 de mayo de 1999 (RJ 1999, 5002); 11de febrero de 2003 (RJ 2003, 3310); 10 de febrero de 2009 (RJ 2009/1836) y 21 de septiembre de 2010 (RJ 2010/7567).

¹³⁰⁴ Puesto que no hay remuneración dejada de percibir durante la tramitación de la acción contra el despido, no surte el derecho al abono de los salarios de tramitación por parte del empresario. Ver en este sentido, MORENO CÁLIZ, S: *"Incapacidad temporal y despido disciplinario"*, *Aranzadi Social*, nº21, 2009, página: 57.

¹³⁰⁵ *"Como afirma el Tribunal Supremo, la obligación de la entidad gestora de abonar el subsidio de ILT, no puede resolverse en el sentido de que es la entidad gestora la liberada de su obligación y no el empresario y ello por las siguientes decisivas razones: a) la indemnización por ILT es una prestación contributiva que sólo está condicionada a la imposibilidad de trabajar y a la necesidad de recibir asistencia médica... b) esta prestación no se pierde por no tener otros ingresos y sí por trabajar... c) es una situación que suspende el contrato de trabajo, artículo 45.c) TRET, que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo; d) por último, no puede desconocerse que la única previsión legal que contemple la percepción por parte del trabajador de una cantidad que cubra lo adeudado por salarios de tramitación libera al empresario deudor de estos salarios, y no al que satisface la cantidad, artículo 56.1b) TRET"*. Ver BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 98.

En cuanto al segundo de los asuntos mencionado, el TS ha afirmado¹³⁰⁶ que “*dado que el periodo correspondiente a los salarios de tramitación se considera como «ocupación cotizada a todos los efectos»¹³⁰⁷, y si, durante el mismo subsiste la obligación de cotización¹³⁰⁸, hasta la fecha en que se extingue el contrato de trabajo, es clara consecuencia que el trabajador tiene derecho a la mejora voluntaria de la Seguridad Social durante le periodo correspondiente a los repetidos salarios de tramitación, -que no percibió por encontrarse en situación de incapacidad temporal- y que se califican de ocupación cotizada”.*

Desde la vertiente de la Seguridad Social los efectos que produce el trabajar por cuenta propia o ajena mientras se está de baja por IT, no son otros que la suspensión de la prestación económica por un período de tres meses como máximo¹³⁰⁹ o la extinción del subsidio (artículo 47.1 c) de la LISOS)¹³¹⁰, así

¹³⁰⁶ Ver STS 10 de febrero de 2009 (RJ 2009/1836).

¹³⁰⁷ Merece la pena leer con detenimiento la STS de 19 de enero de 2011 (RJ 2011/918), en la que se debate sobre el reintegro o no al empresario de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los periodos de IT concurrentes con la tramitación demorada del despido. Entiende el Magistrado Aurelio Desdentado Bonete, que el empresario podrá solicitar al Estado el reintegro de las cuotas abonadas durante el periodo que corresponde al devengo de los salarios de tramitación, cuando ello se deba al anormal funcionamiento de la justicia, es decir, que se hayan superado los sesenta días desde la presentación de la demanda, hasta la notificación de la sentencia por al que se declara improcedente el despido, o cuando la Administración de Justicia tenga el propósito de aliviar a las empresas de determinados costes por el mero hecho del transcurso del tiempo en la resolución de los procesos de despido (artículo 57.1 y 2 del ET). Por el contrario, el voto particular formulado por los Magistrados, Fernando Salinas Molina y Jordi Agusti Julia, opinan que no cabe extender la responsabilidad del abono a supuestos no previstos legalmente, en concreto a las cotizaciones no vinculadas a salarios de tramitación (interpretando el artículo 57.1 y 2 del ET).

¹³⁰⁸ GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*” ... op.cit., página: 87.

¹³⁰⁹ Comienzan a contar esos tres meses desde el mismo día en que se hubiese efectuado la comprobación, por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de la realización de trabajos durante el percibo de la prestación. El INSS es la única entidad competente para declarar interrumpido o suspendido el percibo de la IT. Concluido el procedimiento sancionador conforme a lo previsto en el artículo 51 y 52 de la LISOS (en el que impone la necesidad de la previa tramitación de un expediente contradictorio, para el que resulta esencial la previa audiencia del interesado), la Entidad Gestora deberá comunicar al beneficiario su decisión de suspender temporalmente la prestación mediante resolución expresa. En este sentido la Inspección de Trabajo tiene firmados varios convenios de colaboración con el INSS, en los cuales se compromete fielmente con esta Entidad Gestora, en la tarea de verificación y comprobación de todas aquellas situaciones que pudiesen resultar fraudulentas para la Seguridad Social. Ahora bien, no todas las situaciones abusivas que se produzcan en la realidad llegan a ser detectadas por la inspección, pues en la práctica éste órgano soporta una excesiva carga de trabajo que dificulta bastante la realización de esta misión. Por lo que, si se trata de una baja de corta duración

como el posible reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas (artículo 47.3 de la LISOS)¹³¹¹.

Uno de los problemas más conflictivos que se plantean es principalmente determinar quien es el órgano o la entidad competente para declarar esta suspensión de la IT, pues como ya sabemos, los encargados de hacerse cargo del pago de la prestación pueden ser: el INSS, la MATEP o incluso la empresa. El artículo 132 de la LGSS no precisa ni aclara esta cuestión, sino que es el artículo 11.2 de la Orden de 13 de octubre de 1967 por el que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la IT, el que se pronuncia a este respecto indicando, que la suspensión del derecho al subsidio¹³¹² podrá

y la investigación se produce con posterioridad, está claro que dicha actuación carece completamente de sentido y no podrá ser sancionada.

¹³¹⁰ Procede la extinción automática de la prestación, cuando se compruebe que la incapacidad ha desaparecido y por tanto, ha sido recuperada la aptitud laboral para el trabajo. Lo normal es que una vez que transcurran los tres meses de suspensión cautelar de la prestación, el INSS no reanude el disfrute de la prestación, sino que por el contrario lo extinga. Ver en este sentido, BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 97 y 125.

¹³¹¹ En la práctica el INSS tramita de manera diferenciada, el procedimiento de sanción por el desempeño de otra actividad incompatible con el trabajo habitual y el de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Es decir, se tratan de dos procedimientos distintos aunque consecutivos a un mismo tiempo. De un lado, se encuentra la suspensión del subsidio por tres meses como máximo. Y de otro lado, una vez que finalice el procedimiento sancionador por el que se suspenden la prestación, entonces es cuando el INSS podrá solicitarle al sujeto el reintegro de las prestaciones indebidas desde el mismo día en que se efectuó la visita por parte de la Inspección de Trabajo, hasta el día en que esta Entidad Gestora hubiese decidido suspenderle “cautelamente” el subsidio por IT. Solo en algunos supuestos muy particulares, como por ejemplo cuando se tratan de trabajadores autónomos, se podrá solicitar el reintegro de la IT desde el inicio del disfrute del derecho. Por ejemplo, se ha dado el caso de que a través de facturas de luz, agua, ingresos bancarios, pago de otros recibos, firma de correspondencia... etcétera, el INSS ha tenido conocimiento de que un trabajador de baja por enfermedad seguía desempeñando su actividad. Siempre que un autónomo caiga en IT deberá acudir al INSS para comunicar cuál es la decisión que ha adoptado respecto al porvenir de su negocio, es decir, si decide cerrarlo temporalmente o si por el contrario, continuar con la actividad colocando en su lugar a otra persona para que se ocupe del mismo durante su ausencia.

En la práctica, la persona que es sorprendida trabajando durante el disfrute de la incapacidad temporal suele solicitar, a los pocos días de la actuación inspectora, el alta médica con la única intención de “amortiguar los efectos del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas”. Ahora bien, si a los pocos días de la visita efectuada por la inspección, el trabajador fuese dado de alta médica por curación, aquí solamente el INSS podrá solicitar el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas desde el día en que se efectuó la visita hasta el día del alta, pero no podrá suspenderle la prestación porque ya el trabajador no disfruta de esa baja por incapacidad temporal.

¹³¹² En cualquiera de las cuatro circunstancias que enumera la Orden de 13 de octubre de 1967 en su artículo 11.1:

llevarse a cabo por la Entidad Gestora, Mutua de Accidentes de trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social¹³¹³ o Empresa a la que corresponda el reconocimiento del derecho¹³¹⁴. No obstante, en la actualidad, se ha discutido mucho en sede judicial, esta previsión para el concreto supuesto de que el beneficiario trabaje estando de baja por IT, encontrándose en este último sentido dividida la jurisprudencia en tres grandes posturas¹³¹⁵.

La primera de las líneas, reconoce a las MATEPs el poder de suspender la IT cuando el beneficiario lleve a cabo una actividad laboral, en base a que se trata de un acto de gestión, no de sanción, y que por tanto, le viene conferida a la Mutua como entidad colaboradora en la gestión del Sistema de Seguridad Social por el artículo 80 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre sobre colaboración de las mutuas¹³¹⁶.

-
- a) *Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.*
 - b) *Cuando la incapacidad sea debida o se prolongue a consecuencia de imprudencia temeraria del beneficiario.*
 - c) *Cuando el beneficiario sin causa razonable rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.*
 - d) *Cuando el beneficiario trabaje durante la situación de incapacidad temporal por cuenta propia o ajena.*

¹³¹³ De acuerdo con los artículos 80 y 81 del Reglamento de Colaboración de las Mutuas (RD 1993/1995, de 7 de diciembre (RCL 1995/3321), se le reconoce a las MATEPs en relación con la prestación por IT, las facultades de suspensión, anulación o extinción de una IT concedida. Este artículo, cabe señalar que ha sido por reformado en el año 2004, por el Real Decreto 428/2004, de 12 de marzo, por el que se modifica el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

¹³¹⁴ Ver artículo 11.2 de la Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1967; corrección de errores en BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1967).

¹³¹⁵ PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: "Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena", *Actualidad Laboral*, nº 08-2ª quincenal de abril de 2007, página: 4 y 5.

Así como, véase también la STSJ de Andalucía, Sevilla de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467).

¹³¹⁶ En esta línea, véase las STSJ de Madrid de 26 de abril de 2001 (PROV 2001, 223545); 3 de septiembre de 2002 (AS 2002, 3420); 25 de abril de 2003 (PROV 2003, 239174); de 7 de mayo de 2003 (AS 2003, 2438); 22 de octubre de 2003 (AS 2004, 1) y 26 de noviembre de 2003 (AS 2004, 30).

La segunda de las líneas, admite no sólo la competencia de las Mutuas para suspender la prestación por IT, sino también para sancionar. La MATEP deberá comunicar su decisión al final al beneficiario de forma escrita y motivada siguiendo el procedimiento sancionador previsto en los artículos 51 y 52 de la LISOS¹³¹⁷.

En la tercera de las líneas se afirma, que no cabe atribuir a las Mutuas la facultad de suspender el subsidio por IT, pues únicamente atribuye la LISOS competencia en materia sancionadora al INSS¹³¹⁸.

GIL PLANA, J: “El alcance de la colaboración de las mutuas en la gestión de la prestación económica de la incapacidad temporal por contingencias comunes. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003”, *Aranzadi Social*, nº1, 2004, página: 3030 a 3035. Este autor señala que no existe una contradicción entre la normativa de Seguridad Social y la normativa sancionadora, pues las MATEPs no imponen sanciones, sino que colaboran en la gestión de la prestación por IT de acuerdo con lo que se establece en nuestro ordenamiento jurídico.

¹³¹⁷ Ver STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2005 (AS 2005/1880) a propósito de un supuesto en el que la Mutua suspende del derecho a la prestación económica sin especificar la duración total de la misma. Aclara este tribunal, que dada la confusión que produce el artículo 132 de la LGSS al no especificar el plazo máximo de este acto interruptorio, ello podría conllevar a suspender *sine die* la IT o lo que es lo mismo, a extinguir la prestación. Así pues al no determinarse un plazo de duración se entiende que la IT se ha extinguido. El plazo de suspensión que debe aplicar la Mutua es el de tres meses (tal y como se deduce de la puesta en conexión del artículo 132.1 de la LGSS con la LISOS), “*sin que haya razón alguna para que este régimen jurídico no sea de aplicación en los casos en los que corresponda a las Mutuas la gestión de la prestación de incapacidad temporal, cuando la normativa legal que regula esta materia no contiene disposición alguna que permita excluir a las Mutuas del régimen jurídico aplicable, y ningún sentido tendría que el Instituto Nacional de la Seguridad Social se vea obligada a respetarla y en cambio queden exentas las Mutuas cuando a ellas les corresponda gestionar la prestación*”. Además añade este tribunal que si bien, “*es verdad que el artículo 80 -1-2 del RD 1993/95 (RCL 1995, 3321), modificado por el RD 575/97 de 18 de abril (RCL 1997, 995), establece entre las facultades de las Mutuas de Accidente de Trabajo y enfermedad profesional en su colaboración con la gestión de incapacidad temporal por contingencias comunes la posibilidad de suspender el derecho al subsidio de incapacidad temporal, pero no es cierto que lo dispuesto en este precepto sea suficiente para entender que las Mutuas no hayan de atenerse a lo que establece la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social*”.

¹³¹⁸ Véase las Sentencias del TSJ de Cataluña de 28 de abril de 2004 (LA LEY 99445/2004) y de 22 de septiembre de 2006 (rec. 3299/2005). Añade en este sentido la STSJ de Andalucía, Sevilla de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467) que en esta línea: “*... no ha reconocido la competencia de la Mutua para ejercitar tales facultades de gestión, al menos de manera definitiva, bien por considerarlo una sanción, bien por entender que únicamente cabría instar propuesta de alta médica o por entender que la Mutua no tendría facultades para resolver de manera definitiva en vía administrativa la cuestión sino que tendría que ser el INSS en caso de reclamación del trabajador... Luego aunque la Mutua pudiera resolver como gestión o extinción del derecho, nunca podrían resolver definitivamente la cuestión, pues según el artículo 71 de la LPL cabe impugnar ante el órgano correspondiente de la entidad gestora o servicio común la resolución expresa dictada por una entidad colaboradora, por una Mutua o empresa colaboradora. Así pues en definitiva siempre quedará la competencia omnicompreensiva del INSS, por lo*

Finalmente, este dilema ha sido resuelto por el TS¹³¹⁹ quien de hecho ha señalado, que esa facultad que le viene atribuidas a las Mutuas por el artículo 80.1 del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social, para declarar el derecho al subsidio, así como para la denegación, suspensión, anulación y extinción de los procesos de IT, tan sólo se corresponden respecto de los trabajadores dependientes de empresa de trabajo asociado y de los trabajadores por cuenta ajena adheridos¹³²⁰. Además, añade el TS, que: *“de entre las facultades de extinción, denegación, anulación o suspensión del subsidio de IT que se contempla en los artículos 131 bis y 132, únicamente carece la MATEP de toda posibilidad de extinguir el subsidio o suspender su percepción por tiempo superior al del trabajo, en el concreto supuesto de actividad laboral por cuenta propia o ajena realizada por el beneficiario; medida que únicamente puede adoptar la Entidad Gestora (artículo 48.4 LISOS), que ha de ejercitarla en el oportuno procedimiento sancionador (artículo 51 y siguientes de la LISOS). Como tampoco se extiende –la competencia de la Mutua- a decidir la causa extintiva cuya apreciación comporta valorar clínicamente la situación existente (alta médica), y que en la actualidad está atribuida a los facultativos del Servicio Público de Salud (artículo 1.4 RD 575/97), al no haber tenido desarrollo reglamentario la previsión de atribuírselo también a las Mutuas de Accidente (artículo 44 del RD-Ley 5/2000, RCL 2000, 1804, 2136)”*¹³²¹.

Por tanto, de una parte el TS reconoce la potestad de suspender la prestación y sancionar únicamente al INSS por un período máximo de tres meses¹³²²,

que las decisiones de las Mutuas en relación con la gestión de prestaciones deben ser refrendadas por al entidad gestora...”.

¹³¹⁹ Ver STS de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6620) y de 9 de octubre de 2006 (RJ 2007/204); también las STSJ de Andalucía, Sevilla de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467), de Cataluña de 14 de noviembre de 2006 (AS 2007/1157) y 29 de noviembre de 2007 (JUR 2008/73972) y de Galicia de 17 de marzo de 2009 (AS 2009/2741).

¹³²⁰ Tal y como establece en su redacción actual el párrafo 2º del apartado 1 del artículo 80 del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social, modificado por el RD 428/2004 de 12 de marzo (RCL 2004, 840).

¹³²¹ Véase STS de 9 de octubre de 2006 (RJ 2007, 204) y STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2009 (AS 2009/2741).

¹³²² *“La sanción que al ser legalmente una suspensión, según establece el artículo 132.1b) de la Ley General de la Seguridad Social y no una extinción, no puede tener “per se”, una duración indefinida en el tiempo, ya que entonces se confundirían ambas en sus efectos”* (STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2005 (JUR 2005/117353).

siguiendo el procedimiento que viene establecido en la LISOS¹³²³. Debe comprobar la Entidad Gestora, antes de proceder a suspender e iniciar el procedimiento sancionador, la efectividad de ese trabajo por cuenta propia o ajena¹³²⁴ mediante la actuación de la Inspección de Trabajo (artículo 48 de la LISOS)¹³²⁵. Sin embargo, el TS sí le reconoce a la MATEP la posibilidad de interrumpir el disfrute de la prestación, únicamente por el tiempo de acreditación efectiva de desempeño real del trabajo por el beneficiario que resulte verificado a través de un detective privado u otro medio probatorio¹³²⁶. En ningún caso, puede la Mutua sancionar al trabajador, aunque si puede instar al INSS a que inicie el correspondiente procedimiento sancionador de acuerdo con la LISOS¹³²⁷. No obstante a lo expuesto y siguiendo lo previsto en

¹³²³ “No cabe justificar las facultades de las Mutuas atendiendo a la diferenciación –artificial- de dos planos en la regulación de la materia: la normativa de Seguridad Social (artículos 131 bis y 132 LGSS) y la sancionadora (LISOS). Y ello, porque las consecuencias jurídicas que por una y otra vía se pueden derivar para el beneficiario y por un mismo hecho resultan ser las mismas (pérdida o suspensión del derecho)”, ver STS de 5 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6620).

¹³²⁴ “No se pone de manifiesto en modo alguno la realización por parte del demandante de una actividad laboral por cuenta propia incompatible con la situación de incapacidad temporal en que se encontraba, ya que lo único que consta en su presencia en el centro de trabajo manteniendo una reunión privada, pero sin que ello implique necesariamente la constatación de una actividad laboral, pues no puede equipararse la presencia esporádica en el lugar de trabajo con la realización de una actividad laboral que deba calificarse como trabajo por cuenta propia o ajena” (STSJ de Málaga de 16 de junio de 2005 (AS 2005/3468).

¹³²⁵ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 221. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”... op.cit., página: 6.

Puede también el empresario denunciar ante el INSS la posible realización de trabajos por cuenta ajena o propia por parte del trabajador de baja por IT. Sin embargo, no toda denuncia del empresario conlleva que el INSS traslade hasta la Inspección de Trabajo la petición de verificación de tal situación posiblemente fraudulenta, sino solamente llegan a surtir efectos, aquellas denuncias que el INSS “considere suficientemente relevantes”.

¹³²⁶ PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”... op.cit., página: 5. En esta línea, las STSJ de Sevilla de 15 de febrero de 2007 (AS 2007/1467) y de Galicia de 17 de marzo de 2009 (AS 2009/2741).

¹³²⁷ Para lo cual, la Entidad Gestora habrá de seguir el Criterio Interno nº 2001/51 emitido el 31/12/2001 por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, el cual prevé la actuación a seguir en los casos en los que la Mutua aseguradora solicite el inicio del expediente sancionador. Ver PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”... op.cit., página: 8, en su nota al pie número 21.

el artículo 5 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, puede la Mutua a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de baja, seguir considerando que el trabajador no está impedido para el trabajo y efectuar una propuesta motivada de alta médica en la que se aporten todos los elementos de prueba que justifiquen dicho juicio. Dicha propuesta de alta médica, “se harán llegar, a través de las Unidades de Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, a los facultativos o servicios médicos correspondientes, los cuales deberán pronunciarse en el plazo de diez días, bien confirmando la baja médica, señalando las atenciones o controles médicos que consideren necesarios, o admitiendo la propuesta de alta, a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica”. De no recibirse alguna de dichas contestaciones de los facultativos o de los servicios médicos, en el plazo señalado, o en caso de discrepar con las mismas, la Inspección Médica del correspondiente Servicio Público de Salud podrá acordar el alta médica, efectiva e inmediata, y comunicará, en todo caso y dentro del plazo de los cinco días siguientes, la actuación realizada a la Entidad Gestora de la Seguridad Social o a la Mutua, según corresponda” (apartado 2 del artículo 5 del RD 575/1997, de 18 de abril).

De otra parte, siguiendo con lo expuesto por el TS en cuanto al segundo de los temas debatidos, esto es, la extinción por alta médica. Considera este tribunal que cuando se traten de contingencias comunes las Mutuas no podrán extender altas médicas por curación o mejoría, en cambio, si se tratan de contingencias profesionales éstas si estarían habilitadas para ello¹³²⁸.

Cabe destacar, que en ningún caso el INSS valora como comprueba fehaciente los informes elaborados por detectives privados, ya que siguiendo la exposición que hace el TS en su sentencia de lo Contencioso- Administrativo de 12 de mayo de 1998 (RJ 1998/4912), entiende esta entidad gestora, que con ello se vulnera la intimidad del trabajador por cuanto “se le ha sometido de modo arbitrario e injustificado a un seguimiento indiscriminado y una vigilancia abusiva por parte de la agencia de detectives privados, más allá de su horario laboral; para después utilizar el informe elaborado por los empleados de dicha agencia como prueba incriminatoria en un expediente administrativo sancionador...”. Y además, como precisa el TS (Sala de lo Social) en su sentencia de 5 de febrero de 1987 (RJ 1987/781): “... el valor del informe del detective no tiene valor documental, sino puramente testimonial...”.

¹³²⁸ La doctrina considera sobre esto último, es decir, la prohibición de que la Mutua no puede extender altas médicas por curación o mejoría cuando se trate de una IT originada por contingencias comunes, que el TS está confundiendo dos planos completamente independiente en la gestión, por una parte la de conceder altas médicas y por otra parte la de suspender el procedimiento, máxime cuando ambas, puede llevarlas a cabo la MATEP cuando se trate de una IT por contingencias profesionales. Ver PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena” ... op.cit., página: 5.

“También podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado” (Artículo 132.2 de la LGSS).

A diferencia de los otros supuestos enumerados, aquí el legislador tan sólo alude a la posibilidad de suspensión del derecho al subsidio cuando se produzca un rechazo o abandono por parte del beneficiario del tratamiento médico prescrito¹³²⁹. Lo que supone, que en cuanto el trabajador decida obedecer a someterse al tratamiento indicado, se reanude entonces nuevamente el disfrute de la prestación¹³³⁰.

Como ya se ha visto, la IT consiste en una contingencia protegida por nuestro ordenamiento jurídico que precisa para el percibo del correspondiente subsidio que la persona reciba asistencia sanitaria, de tal manera, que si no concurre este requisito no será posible el disfrute de ese derecho¹³³¹. Por tanto, se pretende de una parte, restablecer la salud del sujeto con el fin de que pueda reanudar su actividad laboral y de otra parte, se persigue controlar la normal evolución de esas dolencias incapacitantes, para lo cual, resultará imprescindible la expedición de los partes de baja y confirmación de la baja por parte del personal médico, pues precisamente van a ser éstos los que marquen el inicio y el final de la incapacidad temporal¹³³².

En todo este entramado se entrecruzan una triplicidad de intereses, de un lado están los del empleador, quien trata de suplir temporalmente esa ausencia en la empresa mediante el recurso a otros compañeros de trabajo, incremento de tareas o incluso contrataciones temporal, ya que de lo que se trata es de evitar el menor daño posible a su nivel de ingresos. De otro lado, el trabajador lucha entre su deber por recuperarse y su libertad para decidir sobre el sometimiento

¹³²⁹ GARCÍA NINET, J.I: *“La incapacidad temporal”*... op.cit., página: 88. GARCÍA NINET, J.I: *“Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”*... op.cit., página: 88. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 48. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 314.

¹³³⁰ GARCÍA NINET, J.I: *“La incapacidad temporal”*... op.cit., página: 88. GARCÍA NINET, J.I: *“Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”*... op.cit., página: 88. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 314.

¹³³¹ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 381.

¹³³² FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 314 y 315.

a determinadas intervenciones cuando éstas resulten ser demasiado peligrosas o contrarias a sus principios. Y por último, el sistema de Seguridad Social busca que el empleado mejore lo más rápidamente posible de sus dolencias no sólo para que pueda volver a reincorporarse a su puesto de trabajo, sino también para descargarse de los gastos que esta situación le origina¹³³³.

Históricamente, nuestro ordenamiento jurídico ha partido de la idea clave de que el beneficiario está obligado a “*observar las prescripciones de los facultativos que le asistan conforme dispone el número uno del artículo ciento dos de la Ley de la Seguridad Social*” (artículo 17 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, en adelante RAS)¹³³⁴. De lo contrario, es decir, cuando rechace o abandone sin causa razonable el tratamiento indicado, el trabajador será sancionado con la suspensión de los derechos económicos que pudiera corresponderle (artículo 132.2 LGSS)¹³³⁵.

No obstante, el punto más conflictivo entorno al que gira toda esta controversia es el relativo al derecho del enfermo a disponer de su propio cuerpo¹³³⁶. Y es que, el paciente no sólo tiene que ser siempre informado por el médico que le

¹³³³ GARCÍA NINET, J.I.: “*La incapacidad temporal*”... op.cit., página: 88. GARCÍA NINET, J.I.: “*Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal*”... op.cit., página: 88.

¹³³⁴ Publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 284 de 28 de noviembre de 1967 y véase también el artículo 102.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BOE de 20 y 22 de julio de 1974).

¹³³⁵ El artículo 102.1 de la LGSS de 1974, vigente aún en la actualidad, regula una previsión más o menos similar: “*El beneficiario deberá observar las prescripciones de los facultativos que le asisten. Cuando sin causa razonable rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado, podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle o, en su día, con la pérdida o suspensión de las prestaciones por incapacidad permanente*”.

También en este mismo sentido, el artículo 11.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Seguridad Social (BOE 101/1986, del 29 de abril de 1986, recoge que: “*Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario: 1. Cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios Sanitarios*”.

¹³³⁶ TORTUERO PLAZA, J.L.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*... op.cit., página: 349. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “*Incapacidad temporal y maternidad*”... op.cit., página: 11.

asista¹³³⁷ de las distintas opciones clínicas posibles, sino que además, deberá éste decidir libremente, cual de todas aquellas técnicas recomendadas desea que le sea aplicada. Ahora bien, para que el facultativo sanitario pueda llevar a cabo dicho tratamiento, necesitará previamente recabar el consentimiento del sujeto¹³³⁸, salvo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: a)

¹³³⁷ Se trata de un derecho que le corresponde a toda personal tal y como prevé el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica:

“1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

¹³³⁸ Ver artículo 2 en su apartado segundo y tercero de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: *“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley”* (apartado segundo). *“El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles”* (apartado tercero). Del mismo modo el artículo 8.1 y 2 de ese mismo texto normativo: *“Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.*

Además, el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales proclamada por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo (Acuerdo de 7 de diciembre de 2000 (LCEur 2000, 3480), recoge el derecho de las personas a que se exija el necesario consentimiento, libre e informado, para ser objeto de prácticas médicas.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

Esta idea también queda expresada en el artículo 10.6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: *“A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención...”.*

cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública¹³³⁹; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas y; c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento (Artículo 10.6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

Cuando el trabajador se niegue a recibir el tratamiento señalado¹³⁴⁰, deberá instar el alta voluntaria, pues de lo contrario, la Dirección del correspondiente centro sanitario, con el consentimiento del facultativo encargado del caso, podrá expedir el alta forzosa¹³⁴¹. Sin embargo, en el caso de que existan tratamientos alternativos, aunque estos fuesen de carácter paliativo, no procederá el alta forzosa, debiendo ser informado el paciente sobre cada uno de ellos y en caso de que se opusiese a recibirlos, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente, y si persistiese en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión¹³⁴².

Si el rechazo del trabajador a recibir el tratamiento prescrito se refiere en particular a aquellos de tipo quirúrgico o especialmente penoso, entonces el procedimiento que habrá de seguirse será el que describe el artículo 17.2 de la RAS. Únicamente resultará exigible este mecanismo para el supuesto de que sea beneficiario de la asistencia sanitaria quien haya solicitado de la Entidad Gestora o colaboradora autorización, bien para no someterse al tratamiento que le haya sido prescrito, o bien para abandonarlo ulteriormente. Junto a esta petición de desistimiento, el paciente deberá adjuntar cuantos documentos médicos considere pertinentes y justifiquen su pretensión¹³⁴³. La Entidad

¹³³⁹ En ese caso se llevarán a cabo las medidas previstas en la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE núm. 102 de 29 de abril de 1986, páginas 15207 a 15207). Ver TORTUERO PLAZA, J.L.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*... op.cit., página: 350.

¹³⁴⁰ A excepción de los casos que señala el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad.

¹³⁴¹ Ver artículo 10.9 y 11. 4 de la Ley General de Sanidad. En esta línea, el artículo 21.1 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: *"En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley..."*.

¹³⁴² Ver artículo 21.1 (últimos párrafos), así como el apartado 2 de ese mismo artículo en la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹³⁴³ Ver artículo 17.2 de la RAS. En este mismo sentido, ver STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2002/7794).

Gestora, Mutua Patronal o Empresa colaboradora, previos los informes técnicos que considere preciso solicitar de los facultativos, adoptará la decisión que estime procedente¹³⁴⁴. El sujeto podrá recurrir esta decisión ante las Comisiones Técnicas Calificadoras provinciales constituidas al efecto en Tribunales Médicos¹³⁴⁵. Sin embargo, cuando el individuo simplemente se haya limitado a acudir por vía de hecho al abandono del tratamiento, sin solicitar autorización de la deudora de la prestación, no podrá requerirse la tramitación de procedimiento alguno, pudiendo en este caso el INSS proceder a sancionar al trabajador mediante la suspensión de la IT (artículo 132 de la actual LGSS y 102 de la LGSS de 1974). Si el trabajador entiende que la sanción impuesta no se ajustada a derecho, podrá acudir a la jurisdicción competente en ejercicio de su derecho a impugnar la decisión de la Gestora¹³⁴⁶, pues late aquí el derecho del enfermo a disponer de su propio cuerpo¹³⁴⁷. De ahí que resulte tan difícil, compaginar el respeto a determinados derechos constitucionales¹³⁴⁸, con la obligación del individuo de acelerar el proceso curativo para su más pronta reincorporación al puesto de trabajo¹³⁴⁹. Quizás por ello, aunque también por la redacción tan ambigua que ofrece el artículo 17 de la RAS y que claramente

¹³⁴⁴ Ver artículo 17.3 de la RAS.

¹³⁴⁵ Ver artículo 17.4 de la RAS. Tras desaparecer las Comisiones Técnicas Calificadoras provinciales, es ahora el INSS el único competente para resolver sobre este procedimiento tal y como dispone el artículo 3.4 del Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de incapacidad permanente en la Seguridad Social (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 1982. Corrección de errores en BOE núm. 283, de 25 de noviembre): “*Será competencia del Instituto Nacional de la Salud, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: 4. Resolver las reclamaciones que se promuevan por los beneficiarios de la asistencia sanitaria contra las decisiones en las que se haya calificado de no razonable la negativa de aquéllos a seguir los tratamientos que les hubieran indicado los facultativos que les asisten, en los supuestos previstos en el artículo 17 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre*”.

¹³⁴⁶ Ver el fundamento de derecho tercero de la STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2002/7794) y el fundamento de derecho primero de la STSJ de Castilla y León, Burgos de 23 de noviembre de 2006 (JUR 2007/14165).

¹³⁴⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: “Incapacidad temporal y maternidad”... op.cit., página: 11. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 97.

¹³⁴⁸ No sólo el derecho al propio cuerpo, sino también a la libertad religiosa, ideológica... etcétera.

¹³⁴⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 317.

Véase STSJ de Castilla y León, Valladolid de 8 de junio de 2005 (AS 2006/2885). Considera este tribunal, que los derechos a la integridad física, psíquica, así como a la dignidad, prevalecen incluso por encima de la obligación de recibir un determinado tratamiento quirúrgico, y todo ello con independencia de si dicha intervención se llegase a efectuar o no con éxito.

contradice lo que dispone la LGSS, se haya discutido en sede doctrinal y judicial la determinación de sobre a quien le corresponde la probanza de la irracionalidad de la decisión adoptada por el trabajador. Inclínándose la opinión mayoritaria por la inversión de la carga de la prueba, esto es, porque sea la Entidad Gestora o colaboradora (según en caso), la responsable de demostrar el sinsentido que supone el comportamiento abusivo del sujeto respecto al tratamiento prescrito¹³⁵⁰.

Determinar cuando una conducta es racional y cuando constituye abandono, no es para nada tarea sencilla, pues no aparecen delimitados en la ley unos criterios concretos a seguir, sino que por el contrario, se evalúa esa actitud en función de las circunstancias precisas¹³⁵¹. Durante años, lleva ya la jurisprudencia tratando de colmar esa laguna existente en nuestro sistema jurídico. No obstante, la enorme litigiosidad que ofrece ese juego de intereses contrapuestos entre las partes, conducen a que en ocasiones, para un mismo supuesto, existan pronunciamientos muy contradictorios. Así pues, entienden los tribunales que no existe causa de abandono cuando: sufriendo simultáneamente una patología de tipo traumático y otra de carácter psíquico, el médico recomiende al trabajador como terapia, regresar por un tiempo a su país de origen y continuar allí el tratamiento rehabilitador aprovechando su estancia¹³⁵²; o habiendo agotado otras posibilidades terapéuticas sin conseguir mejora alguna y siempre que, no entrañe peligro inminente para el enfermo la

¹³⁵⁰ En esta línea ver, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: "Incapacidad temporal y maternidad"... op.cit., página: 11. GARCÍA NINET, J.I: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., página: 91. SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*... op.cit., página: 63. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... o.cit., página: 225. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 317. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 96. En contra, ver STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2000 (JUR 2001/30473).

¹³⁵¹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... o.cit., páginas: 226 y 227.

¹³⁵² Ver STSJ de Cataluña de 16 de julio de 1999 (AS 1999/3155): "*Sin embargo, la actuación de la recurrente no puede ser calificada como irrazonable, por lo siguiente: 1) Sufriendo simultáneamente una patología de tipo traumático y otra de tipo psiquiátrico, el médico que le atendía por esta última le aconsejó como terapia que regresara una temporada a su país de origen; 2) La recurrente puso en conocimiento del médico que le había operado la mano derecha su intención de ir a Marruecos, manifestándole éste que por su parte no existía ningún inconveniente en que la actora realizara allí tratamiento, de modo que ésta dejó el tratamiento prescrito en una situación de legítima confianza de que su actuación era correcta, y tenía la aprobación de quien correspondía; y 3) La recurrente en Marruecos siguió efectivamente tratamiento médico rehabilitador de su mano derecha durante 39 sesiones desde el 21-7-1997 al 11-9-1997, abonando 150 DH por sesión, de modo que tampoco hubo abandono del mismo, sino continuación por otros medios*".

intervención quirúrgica, solicite el alta médica¹³⁵³; o por no acudir a las sesiones de rehabilitación prescritas, a consecuencia de un suceso accidental ocurrido durante el transcurso de una intervención quirúrgica de cirugía estética¹³⁵⁴; o cuando el paciente se oponga a recibir una intervención quirúrgica arriesgada que no garantice ningún éxito¹³⁵⁵; o en el supuesto de que el trabajador decida ser intervenido en un centro de la Seguridad Social en el que ya se encontraba en lista de espera, en vez del concertado por la Mutua¹³⁵⁶; o si a causa de su hepatopatía alcohólica, el acreedor de la prestación no cumpliera con las prescripciones médicas aconsejadas, llevando a cabo hábitos incompatibles con el tratamiento previsto¹³⁵⁷; o cuando no se le requiera de manera formal al sujeto para ser intervenido quirúrgicamente¹³⁵⁸ y finalmente, en caso de que el paciente se niegue a someterse a una intervención quirúrgica que trae su causa en unas secuelas que son

¹³⁵³ Ver STSJ de Andalucía, Málaga de 22 de junio de 2001 (JUR 2001/286192).

¹³⁵⁴ STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2001 (AS 2001/4096): *“En el caso de autos, el abandono se ha producido en efecto, lo cual obliga a examinar si el mismo fue por causa razonable, en otras palabras, si el sometimiento a la intervención quirúrgica de cirugía estética constituye una causa razonable de abandono. Y a tal efecto debe decirse que dicha intervención, en cuanto tenía carácter ambulatorio, no determina en sí necesidad alguna de abandonar el tratamiento rehabilitador prescrito a la actora, habiendo tenido lugar el mismo de forma totalmente ajena a la voluntad de ésta, como consecuencia de un suceso accidental acaecido durante el trascurso de la citada intervención, que determinó finalmente un resultado inesperado constituido por la necesaria hospitalización para atender a las secuelas de dicho accidente. Y es precisamente éste el que provoca la imposibilidad de la actora de acudir a las correspondientes sesiones de rehabilitación que le habían sido prescritas”*.

¹³⁵⁵ STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 1996 (AS 1996/624); de Andalucía, Granada de 6 de mayo de 1998 (AS 1998/6037) y de Castilla-La Mancha de 16 de octubre de 2002 (JUR 2003/90193). En contra, STSJ de Galicia, de 7 de marzo de 1995 (AS 1995/962).

¹³⁵⁶ Ver STSJ de Castilla y León, Valladolid de 7 de abril de 2004 (JUR 2004/153380): *“... partiendo del relato de los hechos probados..., no es absolutamente exacto que el actor rechazara sin causa razonable el tratamiento que le fue indicado, en este caso una intervención quirúrgica, sino que a propuesta por la Mutua Fremap la intervención quirúrgica en un centro concertado para septiembre de 2002, el actor prefirió ser operado en un centro de la Seguridad Social en el que se encontraba ya en lista de espera, operación que tuvo lugar el 6 de noviembre de 2002, por lo que no demoró sustancialmente su curación para lucrar las prestaciones económicas por Incapacidad Temporal más allá de unos días para el supuesto de que la operación propuesta por la Mutua hubiera podido llevarse a cabo en Septiembre; reputamos pues razonable y no injustificada la decisión del actor de ser intervenido en un centro de la Seguridad Social máxime cuando ya se encontraba en lista de espera y sólo faltaban unos escasos días para ser operado...”*.

¹³⁵⁷ STSJ de Asturias de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005/201427).

¹³⁵⁸ STSJ de Andalucía, Granada de 6 de mayo de 1998 (AS 1998/6037) y de las Islas Canarias, Las Palmas de 27 de enero de 2006 (JUR 2006/100264).

ocasionadas durante el transcurso de una prueba practicada con la misma aseguradora, aportando éste como prueba al juicio, otros informes médicos que así lo corroboran¹³⁵⁹.

Por el contrario, la doctrina judicial considera que la causa de rechazo al tratamiento es injustificada cuando: la operación quirúrgica que se le ofrece al demandante constituye la única solución a sus dolencias¹³⁶⁰ y no se ofrece tratamiento alternativo¹³⁶¹; desista el trabajador de una intervención quirúrgica por miedo¹³⁶² o no acuda a los llamamientos para suministrarle un tratamiento, sin mediar causa alguna y alargando por consiguiente la duración de la enfermedad¹³⁶³; se oponga el enfermo por motivos religiosos a ser intervenido quirúrgicamente debido al alto riesgo de ejecutar una transfusión sanguínea¹³⁶⁴; o se compruebe que posee el sujeto en sangre unos niveles de medicación inferiores a los indicados¹³⁶⁵.

¹³⁵⁹ STSJ de Andalucía, Granada de 2 de abril de 2008 (JUR 2008/269255).

¹³⁶⁰ Ver la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de noviembre de 1988 (RTCT 1988/7564): *“Frente a la antigua doctrina conforme a la cual la negativa a seguir un tratamiento quirúrgico era siempre razonable, en base a que por sencilla que sea siempre implica una serie de riesgos, en el estado actual de la medicina deben tenerse en cuenta los avances de la cirugía, con los consiguientes aumentos de eficacia y disminución de riesgos, de tal modo que la negativa injustificada del trabajador no debe permitir la continuidad en el disfrute de los beneficios de la Seguridad Social, máxime cuando se trata de un supuesto de Incapacidad Laboral Transitoria, cuya finalidad es la de conseguir la plena recuperación del productor...”*.

¹³⁶¹ STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2007 (JUR 2008/35179): *“... los facultativos del servicio público de salud advierten de la mejoría experimentada por la recurrente en su vida al margen de lo laboral, pero no se comprometen a diagnosticar una más o menos próxima recuperación de las facultades exigidas por su ocupación laboral de seguir con el tratamiento rehabilitador (gimnasia). Ello lleva necesariamente a considerar que la única alternativa viable para la vuelta al trabajo de la trabajadora pasa por la intervención pautada por los servicios de la entidad colaboradora, lo que determina, en aplicación del artículo 132.2 LGSS, la suspensión del derecho al subsidio por no aceptar el tratamiento establecido para superar la patología incapacitante”*.

¹³⁶² STSJ de Andalucía, Granada de 17 de julio de 1998 (AS 1998/3745).

¹³⁶³ STSJ de Galicia de 19 de julio de 2000 (AS 2000/2120) y de Madrid de 12 de diciembre de 2005 (JUR 2007/35766). En este mismo sentido, véase MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* o.cit., página: 228.

¹³⁶⁴ STSJ de Castilla y León, Valladolid de 6 de abril de 2001 (AS 2001/2891): *“... el actor se niega a ser tratado quirúrgicamente por el INSALUD, por temor de que en el curso de la operación hubiera de ser objeto de una transfusión de sangre, lo que constituye una negativa injustificada a ser objeto del oportuno tratamiento médico, en un caso además que por la sencillez de la operación de que se trataba, existía un mínimo riesgo para su vida y salud, y que por ello no puede ser respaldada por unas creencias religiosas que además no tienen el menor respaldo de la comunidad científica, y si el actor decidió acudir a la medicina particular para ser intervenido sin ningún tipo de trasfusión (técnica médica que por cierto*

A este respecto, la doctrina científica ha negado que exista una suspensión del subsidio de IT, cuando lo que se produce es una incomparecencia del sujeto a la recogida de los partes de confirmación de la baja¹³⁶⁶. Del mismo modo, tampoco cabe justificar como de irracional la negativa del trabajador a ser atendido por un concreto facultativo, ya que en virtud del artículo 13 de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente¹³⁶⁷, podrá éste decidir escoger de manera libre a otro especialista¹³⁶⁸. Sin embargo, negarse a practicar una determinada prueba médica sí constituirá una causa poco defendible¹³⁶⁹, siempre que no exista otro mecanismo alternativo.

En definitiva, el concepto de lo que se ha de interpretarse como razonable y lo que no, resulta ser tan sumamente subjetivo que podría conducirnos a incurrir en contradicción ante unos mismos hechos, pues dependiendo de los valores por los que nos inclinemos la resolución al caso podrá ser distinta. Por esta razón, entiendo que resulta estrictamente necesario el examen de todas las piezas que confluyen en un mismo puzzle y por supuesto, resulta clave la

es cuestionada por los Médicos de la Seguridad Social), ello constituye un acto voluntario que se realiza «extramuros» del Sistema de Seguridad Social, no sólo en lo que respecta a la asistencia sanitaria que no tiene obligación de prestar de la forma que el actor pretende, sino también con referencia a los aspectos económicos que se derivan de la posición del actor, por lo que tampoco la Seguridad Social tiene obligación de asumir unas prestaciones de las que voluntariamente ha renunciado al negarse a ser sometido al correspondiente tratamiento médico para obtener el restablecimiento de su estado sanitario, lo que evidentemente puede hacer y disponer libremente de su salud, pero no puede por ello disponer de los fondos públicos...”.

¹³⁶⁵ STSJ de Galicia de 29 de abril de 2009 (JUR 2009/256654) y 30 de marzo de 2012 (AS 2012/1510).

¹³⁶⁶ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 384. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* o.cit., página: 228. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 319.

¹³⁶⁷ Artículo 13. Derecho a la información para la elección de médico y centro: “*Los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrán derecho a la información previa correspondiente para elegir médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes*”.

¹³⁶⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 385 y 386. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 319.

¹³⁶⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 318.

apreciación si existe o no mala fe del sujeto protegido, con la clara intención de para prolongar más allá de lo permitido el disfrute de la prestación¹³⁷⁰.

4. EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR IT:

El artículo 131 bis de la LGSS¹³⁷¹ prevé cinco causas por las cuales se extinguirá el derecho al subsidio por IT:

- a) cuando transcurra el tiempo máximo establecido de duración del derecho al subsidio de IT;
- b) por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente;
- c) por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación;
- d) por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social¹³⁷²;
- e) o por fallecimiento.

Cuando se habla de la extinción de la incapacidad temporal, cabe diferenciarse dos momentos, de un lado, el fáctico y de otro, el jurídico. El primero de ellos es el que se produce por causas naturales, esto es, por que o bien el trabajador

¹³⁷⁰ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 386 y 387. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 319.

¹³⁷¹ Antes de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre la enumeración de las distintas causas se encontraba recogía en el artículo 131.3 de la LGSS. De entre estos supuestos, solamente los que se refieren: a la extinción por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de invalidez, por el transcurso del plazo máximo establecido y por el fallecimiento del beneficiario, eran los únicos que ya venía establecidos en el artículo 8 de la Orden Ministerial 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. Ver GARCÍA NINET, J.I: *“La incapacidad temporal”* ... op.cit., página: 92 y nota al pie número 211.

¹³⁷² Esta cuarta causa fue incorporada por la reforma operada por Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001).

hubiese recuperado su capacidad para trabajar, o sus lesiones debiesen de calificarse como definitivas, o incluso, por fallecimiento del mismo. Mientras que son jurídicas, aquellas causas que responden al carácter temporal de la prestación, o dicho de otra manera, a la duración máxima que fija la ley sin importar si persistiera la situación de imposibilidad laboral, a saber: cuando la IT se extinga por el transcurso del plazo máximo¹³⁷³. Y a parte de estas, aparecen también en la ley, otras causas que no se identifican para nada con ninguna de las anteriores modalidades (ejemplo: por jubilación¹³⁷⁴ e incomparecencia injustificada a las convocatorias para exámenes y reconocimientos médicos).

La extinción del subsidio por IT, no sólo produce efectos en el campo de la Seguridad Social, sino también en el laboral. Así pues, en este último sentido, cabe recordar que desde el mismo instante en que se declare finalizada la prestación temporal, la relación laboral que se encontraba suspendida deberá volver a reanudarse, salvo cuando la misma se hubiese extinguido durante el transcurso de la situación de necesidad¹³⁷⁵.

Seguidamente, se van a examinar de una forma diferenciada, cada una de las circunstancias de extinción de la incapacidad temporal señaladas.

4.1. Por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate

Lo primero que debemos preguntarnos es a qué se refiere la ley con la expresión “duración máxima”. Existen a este respecto dos posiciones doctrinales encontradas, de un lado, está la vertiente que afirma que con esa expresión el legislador se está refiriendo exclusivamente a los 365 días que fija el artículo 128.1 de la LGSS para los procesos de IT derivada de accidente, sea o no de trabajo y/o enfermedad común o profesional, y a los seis meses o 180 días que se prevén para los períodos de observación por enfermedad profesional. Con independencia de cual fuese la causa motivadora de la IT, no se contabilizan dentro de la duración máxima de la IT el tiempo de prórroga

¹³⁷³ TORTUERO PLAZA, J.L.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*... op.cit., páginas: 329 a 342. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 99.

¹³⁷⁴ TORTUERO PLAZA, J.L.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*... op.cit., páginas: 337 a 342.

¹³⁷⁵ GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página: 10.

ordinaria de seis meses, al entender que durante la misma el trabajador no será dado de alta por curación por ser definitivas sus reducciones funcionales¹³⁷⁶. Sin embargo, de otro lado, el sector mayoritario opina que la extinción por cumplimiento de la duración máxima exige también haber agotado el tiempo de prórroga ordinaria de seis meses previstos para cada una de estas situaciones, por lo que sumado todo ello, dará un total de 18 meses para las situaciones derivadas de un accidente y enfermedad común o profesional y 12 meses para los periodos de observación¹³⁷⁷.

Como bien expone el profesor JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET, la vigente LGSS prevé hasta cuatro plazos máximos: el primero de 365 días¹³⁷⁸, transcurridos los cuales será el trabajador declarado en alta con propuesta de incapacidad permanente cuando no proceda la prórroga por otros 180 más; el segundo de 545 días (doce meses iniciales más otros seis meses de prórroga) que tendrá lugar cuando se presuma que durante ellos el trabajador pueda ser dado de alta por curación; el tercero de seis meses para los periodos de observación por enfermedad profesional; y el cuarto de doce meses (seis meses más otros seis adicionales de prórroga) cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad¹³⁷⁹.

De acuerdo con el reformado artículo 131 bis de la LGSS, el plazo máximo al que se refiere la ley para que extinga el derecho al subsidio por IT es el prorrogado de 545 días para los casos de accidente sea o no de trabajo y enfermedad común o profesional, y doce meses para los periodos de observación por enfermedad profesional¹³⁸⁰. Y de hecho es precisamente ésta la interpretación que se ha impuesto con la reforma operada por Ley 40/2007, de medidas en materia de seguridad social¹³⁸¹.

¹³⁷⁶ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: "Incapacidad temporal y maternidad"... op.cit., página: 15. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*op.cit., página: 191 y 192.

¹³⁷⁷ GARCÍA NINET, J.I: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., página: 92. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 265.

¹³⁷⁸ Previsto para los supuestos de accidente sea o no de trabajo y enfermedad común o profesional.

¹³⁷⁹ GARCÍA NINET, J.I: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., página: 92.

¹³⁸⁰ GARCÍA NINET, J.I: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., página: 92. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 265.

¹³⁸¹ "*Además esta tesis ha sido corroborada por la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, pues tras la redacción dada al artículo 131 bis de la LGSS queda claro que el plazo al que se está*

Hay que tener también presente, que una vez que finalice este periodo máximo de duración, como ya se ha descrito anteriormente¹³⁸², se examinará necesariamente, en el plazo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda. Ahora bien, para aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorarla, a efectos de su calificación como incapaz permanente, podrá ésta retrasarse por el período que fuese preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 730 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal. Durante estos periodos no existirá la obligación de cotizar a la Seguridad Social (artículo 131 bis apartado segundo de la LGSS)¹³⁸³.

Los efectos de la IT se prorrogarán hasta el momento en que sea el trabajador declarado en incapacidad permanente, iniciándose a partir de ese momento, las prestaciones económicas correspondientes a esta nueva contingencia, salvo que las mismas sean superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso se retrotraerán aquéllas al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal¹³⁸⁴. En aquellos supuestos en que, a tenor de

aludiendo es el de dieciocho meses, o, en su caso, de doce, pues el legislador expresamente alude al transcurso del plazo de dieciocho meses fijado en el párrafo primero de la letra a) del apartado 1 del artículo 128 de la LGSS". Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social... op.cit., páginas: 236 y 266.

¹³⁸² Ver apartado 2.2 de este mismo capítulo, que se titula "Duración máxima de la protección: las distintas prórrogas de la incapacidad temporal".

¹³⁸³ Téngase en cuenta la disposición adicional quinta del RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social:

"1. En los supuestos de agotamiento, por el transcurso de plazo máximo, de la incapacidad temporal, en los términos previstos en el artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, durante la prórroga de efectos de la prestación, ésta correrá a cargo, con efectos desde el día siguiente a aquél en que se haya producido la extinción de dicha situación, de la Entidad gestora competente cuando la incapacidad derive de contingencias comunes, o de la Entidad gestora o de la correspondiente Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, si la incapacidad tiene su origen en contingencias profesionales.

2. La obligación de cotizar, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 del artículo 106 de la Ley General de la Seguridad Social, continuará en la situación de incapacidad temporal. Sin embargo, dicha obligación no subsistirá durante la prórroga de los efectos de la situación de incapacidad temporal a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis de la citada Ley".

¹³⁸⁴ Ver artículo 131.3 bis de la LGSS.

lo establecido en el citado apartado 3 del artículo 131 bis, procediera retrotraer los efectos económicos de la prestación de IP, se deducirán, del importe a abonar, las cantidades que se hubieran satisfecho durante el período afectado por dicha retroacción¹³⁸⁵. Además, las cantidades devengadas por el beneficiario hasta la fecha de resolución no serán objeto de reintegro cuando no se reconozca el derecho a la prestación económica¹³⁸⁶.

Cabe precisar pues, que esta retroactividad a la que se refiere el artículo 131 bis 3, resultará tan sólo extensible para los procesos de IT que finalizasen con el alta con declaración de IP dentro del plazo de los tres meses que prevé el párrafo primero del artículo 131 bis 2 de la LGSS. No obstante, para aquellos otros supuestos en los que continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciese aconsejable demorar la calificación de la IP hasta un plazo máximo de 730 días (párrafo segundo del artículo 131 bis 2 de la LGSS), la ley no precisa si subsiste o no dicha posibilidad de retrotraer los efectos económicos de la IP por ese tiempo de demora¹³⁸⁷. Encontrándose la doctrina científica dividida en este punto en dos tesis: la mayoritaria y la minoritaria. De un lado, la mayoritaria opina, que no existe razón alguna para no retrotraer la prestación económica de la IP cuando fuese esta superior a la de IT, ya que de operar lo contrario, se estaría castigando al trabajador con el

¹³⁸⁵ “Esto significa que el trabajador, mientras se produce la calificación de la incapacidad permanente, una vez superados los 18 meses de la incapacidad temporal, tendrá derecho a mantener el subsidio hasta que pase a cobrar las prestaciones económicas por incapacidad permanente. Y, si éstas últimas fueran superiores al subsidio, la Entidad Gestora o Colaboradora deberá abonar las diferencias con carácter retroactivo desde el momento en que finalizaron los 18 meses”. Véase a SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente...* op.cit., página: 58.

¹³⁸⁶ Ver artículo 6.3 del RD 1300/1995, de 21 de julio.

¹³⁸⁷ Ver párrafo tercero del artículo 131 bis 3: “En los supuestos a que se refiere el segundo párrafo del apartado precedente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta”.

percibo de un subsidio menor a causa del mal funcionamiento del INSS¹³⁸⁸. De otro lado, la línea minoritaria entiende, que como durante ese intervalo de tiempo no están aún objetivadas las dolencias como para poder calificarlas de IP, no cabrá por consiguiente, retrotraer sus efectos económicos por el tiempo de atraso¹³⁸⁹.

A mi juicio y coincidiendo plenamente con la postura que defiende la doctrina más apoyada, pienso que lo más justo sería retrotraer los efectos económicos de la IP siempre que la nueva situación resultase ser más beneficiosa para el trabajador. Efectivamente, no cabe imputar al trabajador la culpa por el retraso de la Entidad Gestora en la calificación de un estado, que si bien, depende de su evolución clínica. Por lo que si la prestación económica resulta ser inferior a la de IT, lo cual dependerá del grado en que sea calificada la IP, no operará esta retroactividad. Del mismo modo, cabe tener en cuenta, que cuando entren en juego las mejoras voluntarias de la seguridad social también podrá llevarse a cabo esta retroacción, sin que en ningún caso, deba el trabajador restituir al empresario por la mejora del subsidio de IT percibido a su cargo¹³⁹⁰.

Se ha discutido en sede jurisprudencial la determinación de cuando produce sus efectos la extinción del subsidio de incapacidad temporal, si desde el momento en que se pronuncia la dirección provincial del INSS sobre la pretendida incapacidad permanente del trabajador (tanto si se deniega como si se declara su existencia) o si por el contrario, hay que esperar a que le sea notificada al interesado su decisión. Nuestros tribunales se decantan al respecto por la primera de las soluciones descritas, razonando esta decisión en

¹³⁸⁸ MARTÍNEZ BARROS, M.P: “Una reforma inacabada: la incapacidad permanente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 184, 1998, página: 54. MERCADER UGUINA, J.R: “Racionalidad del derecho, técnica legislativa y leyes de acompañamiento. Modificaciones en materia de procedimientos y acción protectora de la Seguridad Social en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Relaciones Laborales*, número 5, 1998, página: 80. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J: “Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las leyes 24/1997, de 17 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, y 66/97 de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998”... op.cit., página: 38. VALLE MUÑOZ, F.A: “La retroactividad de la pensión de incapacidad permanente agotada la incapacidad temporal”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1999, páginas: 417 y siguientes. SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente...* op.cit., página: 59.

¹³⁸⁹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 193.

¹³⁹⁰ De no ser así, se estaría perjudicando económicamente al beneficiario. Véase VALLE MUÑOZ, F.A: “La retroactividad de la pensión de incapacidad permanente agotada la incapacidad temporal”... op.cit., páginas: 408 y siguientes. SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente...* op.cit., página: 60.

base al estudio conjunto de los artículos 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común¹³⁹¹ y 1.1 g) del RD 1300/1995, de 21 de julio¹³⁹². Asimismo ha de tenerse en cuenta la específica situación de incapacidad temporal que se recoge en el párrafo segundo del número 2 del artículo 131 bis de la LGSS, pues se trata de un caso que producirá sus efectos una vez superado el plazo máximo de dieciocho meses a que se extiende la duración propia de la IT. Y al tratarse de un lapso de tiempo que se añade o suma al tiempo máximo de duración de esa prestación, resulta totalmente lógico y razonable que el mismo concluya en el mismo instante en que se efectúa la calificación de la incapacidad permanente, sin necesidad de esperar a que le sea ésta notificada al interesado¹³⁹³.

4.2. Por alta médica el trabajador, sin declaración de incapacidad permanente

En cualquier momento del disfrute de la prestación temporal podrá extinguirse el subsidio económico cuando acontezcan alguna de estas circunstancias: que el trabajador sea dado de alta por curación o sean calificadas sus lesiones

¹³⁹¹ En donde se dice: “Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo... producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.

¹³⁹² “Será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate:

g. Declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal, a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación de invalidez”.

En este mismo sentido el artículo 6.3 del RD 1300/1995, de 21 de julio: “A efectos de lo previsto en el apartado 3 del artículo 131 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, la calificación de la invalidez permanente se entenderá producida en la fecha de la resolución del Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social”.

¹³⁹³ STS de 20 de enero de 2000 (RJ 2000/983), 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8355) y 12 de enero de 2001 (RJ 2001/766); STSJ de Andalucía/Granada de 10 de febrero de 2004 (AS 2004/892) y las Islas Baleares de 31 de octubre de 2006 (AS 2007/805).

como definitivas¹³⁹⁴. Ambas constituyen dos situaciones diferenciadas y como tales, conviene que sean analizadas de una forma separada.

Primeramente pasaremos a estudiar la que constituye la más frecuente y conflictiva de las problemáticas arriba indicadas, concretamente, me refiero al alta médica por curación o sin declaración de IP. Así pues, cuando desaparezca la causa motivadora de la IT, por restablecimiento del estado físico-psíquico o superación de la aptitud para el desempeño del trabajo habitual¹³⁹⁵, se entenderá finalizada la situación de necesidad aun cuando el trabajador siga precisando de la asistencia sanitaria¹³⁹⁶. Es decir, porque se conceda el alta médica, no significa que el beneficiario ya hubiese recuperado totalmente su capacidad para trabajar, pues podría ocurrir que el sujeto continuase precisando de un tratamiento médico rehabilitador o incluso una intervención quirúrgica, al fin de que se restablezca completamente esa alteración de la salud que lo ha incapacitado temporalmente para trabajar, asegurándose a un mismo tiempo el sistema social, que no se producirá una agravación de dichas afecciones¹³⁹⁷.

La concesión del alta se produce desde el mismo momento en que los facultativos habilitados para ello (esto es, el Servicio Público de Salud, la Mutua de accidente de trabajo o el INSS), emiten el correspondiente parte médico justificando la superación de sus dolencias. No obstante, cabe aclarar que el mismo no produce sus efectos hasta el día siguiente al de su concesión. Por lo que, en caso de alta médica por curación, el trabajador tendrá derecho al subsidio económico hasta el mismo día del alta, extinguiéndose por consiguiente la prestación por incapacidad temporal, al día siguiente de su

¹³⁹⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A: "El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo", *Actualidad Laboral*, nº 11, 2008, página: 1308.

¹³⁹⁵ TORTUERO PLAZA, J.L: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*... op.cit., página: 330. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 100.

¹³⁹⁶ GARCÍA NINET, J.I: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., página: 95. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 268 y 269. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 45.

¹³⁹⁷ GARCÍA NINET, J.I: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., página: 95. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 269. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 100.

expedición¹³⁹⁸. Ahora bien, si ésta se produjese en día festivo o víspera de festivo, deberán los obligados al pago de la prestación abonar el subsidio también por tales días¹³⁹⁹. Sin embargo, cuando el alta se produzca un viernes y se pacte, mediante convenio colectivo u otro pacto de empresa, no trabajar el sábado, se entenderá entonces extinguido el subsidio el mismo día del alta, debiendo el empresario retribuir al trabajador en concepto de descanso semanal el fin de semana¹⁴⁰⁰. Y es que, solamente pueden considerarse festivos los días que expresamente señale el Ministerio de Trabajo para cada año laboral¹⁴⁰¹.

Desde el mismo instante en que se produce la extinción del subsidio incapacitante por la concesión al trabajador del alta médica por curación, la relación laboral pasa de estar suspendida, a reanudarse nuevamente en idénticas condiciones a las disfrutadas con anterioridad al hecho causante¹⁴⁰². De modo que, el regreso efectivo al puesto de trabajo producirá no sólo efectos desde la prisma de la Seguridad Social (extinción del contrato de trabajo), sino también desde el punto de vista del contrato de trabajo, ya que a partir de ese momento, el empresario estará obligado a reintegrar al trabajador en su

¹³⁹⁸ SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente...* op.cit., página: 56. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 197. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 269. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 100.

¹³⁹⁹ Ver artículo 5 del Decreto 3158/1996, de 23 de diciembre por el que se aprueba el reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a la misma: "... Si el día del alta fuera víspera de festivo, o festivos, el trabajador tendrá derecho a percibir subsidio por tales días no laborales, con cargo a las expresadas Entidades o Empresas".

¹⁴⁰⁰ Resolución de 19 de junio de 1978 de la Dirección general de Prestaciones sobre la aplicación en determinados casos del artículo 9.2 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967. Ver SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente...* op.cit., página: 57. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 197 y 198. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 269. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 100.

¹⁴⁰¹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 197 y 198.

¹⁴⁰² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente", *Aranzadi Social*, Volumen I, 1999, páginas: 2679 a 2680.

antiguo puesto de trabajo y por consiguiente, este último deberá ocuparlo¹⁴⁰³. En caso de negativa, podrá ser sancionado por su empleador como medida disciplinaria, pudiendo incluso llegar a constituir el ejercicio continuado de esta acción, causa de despido por repetidas faltas de asistencia al trabajo injustificadas (artículo 54.2 a) del ET)¹⁴⁰⁴. La impugnación del alta médica, según reitera la doctrina, no será razón impeditiva para no cumplimentar con su deber de reincorporación al puesto de trabajo¹⁴⁰⁵, salvo cuando el trabajador acredite diligentemente a su empleador que todavía subsiste la imposibilidad de prestar servicios y asimismo, le comunique fehacientemente que ha iniciado el correspondiente procedimiento contra dicha resolución administrativa¹⁴⁰⁶.

Concretar el momento de reincorporación del trabajador al puesto de trabajo, no resulta una cuestión clara de dilucidar, ya que nos encontramos que la ley

¹⁴⁰³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente"... op.cit., página: 2680.

¹⁴⁰⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente"... op.cit., página: 2681. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: "El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 59, 2005, página: 116. TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGRE NUENO, M: "Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos"... op.cit., página: 76.

¹⁴⁰⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente"... op.cit., página: 2680. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: "El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica"... op.cit., página: 116. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 202.

¹⁴⁰⁶ Señala la profesora Yolanda Sánchez-Urán Azaña, que no constituye para nuestra jurisprudencia impedimento alguno para no reincorporarse al puesto de trabajo, la impugnación del alta médica, "porque se dice que se trata de una resolución «externa» a la relación laboral; por el contrario, se admiten como tales, siempre que se acrediten y justifiquen suficientemente, lo que los Tribunales denominan, a nuestro juicio incorrectamente «presupuestos fácticos de los que se colige una real situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación»". SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente"... op.cit., página: 2680.

En este mismo sentido, expone el profesor Francisco Javier Torrollo González, que además de lo expuesto, puede ofrecer el trabajador al empresario los medios para que él mismo verifique la enfermedad o incluso, puede llegar a ponerse a su disposición para que revise su estado de salud. Todo ello para evitar el trabajador ser sancionado ante la imposibilidad de reincorporarse al puesto de trabajo reservado. Ver TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: "El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica"... op.cit., página: 116.

En la misma línea, GARCÍA VALVERDE, M.D: "El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica"... op.cit., página: 10 y MOLINA GONZÁLEZ-PRUMARIEGA, R: "Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal"... op.cit., página: 100.

guarda aquí un absoluto silencio. Por este motivo, ha sido la doctrina durante años la responsable de solventar esta discusión, nada pacífica, de la interpretación de distintos preceptos. Aunque si bien opino, que la respuesta más lógica sea la de reincorporarse al día siguiente al de la expedición del alta médica, pues precisamente es desde ese momento, cuando produce sus efectos la reanudación de la relación laboral y por tanto, la finalización de la prestación por IT. De no ser así, entiendo que el trabajador debe ponerse a disposición de su empresario¹⁴⁰⁷ y concretar el día de incorporación efectiva, por supuesto, habrá que tener en cuenta que el trabajador dispone de un plazo de veinticuatro horas para presentar el parte médico de alta a la empresa¹⁴⁰⁸.

Durante todo el tiempo que dure la impugnación, el contrato de trabajo no podrá ser extinguido, debiendo esperarse el empleador a la resolución definitiva confirmatoria del alta médica. En ese caso, una vez firme el alta, si todavía persisten las lesiones que le incapacitan al individuo para trabajar, podrá entonces el empresario dar por finalizada la relación laboral a causa de las circunstancias que se describen en el artículo 52 a) del ET, es decir, por razones objetivas de ineptitud sobrevenida del trabajador¹⁴⁰⁹.

Estas mismas particularidades se dan por reproducidas para el caso de que califique al trabajador en grado de incapacidad permanente parcial o lesiones permanente no invalidantes, ya que como bien apunta la doctrina científica, ambas constituyen situaciones compatibles con la realización de las tareas propias de su profesión habitual. Debiendo por tanto, el sujeto reincorporarse a su puesto de trabajo y de no hacerlo, podrá ser extinguido su contrato de trabajo¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁷ En la misma línea, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 270.

¹⁴⁰⁸ Ver con más detenimiento el estudio que realiza, ESTEBAN LEGARRETA, R: "Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo", en VV.AA OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, páginas: 245 y 246. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 203.

¹⁴⁰⁹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: "Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente" ... op.cit., página: 2681.

¹⁴¹⁰ SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente...* op.cit., página: 57. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 45. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 269 y 270.

Los órganos competentes para emitir los correspondientes partes de alta pueden variar dependiendo de la contingencia a proteger, la entidad que tenga asegurado ese riesgo y asimismo, la duración de la prestación. Como regla general, compete expedir los partes de alta a los médicos del Servicio Público de Salud¹⁴¹¹, quienes tras reconocer al trabajador, harán constar por escrito las causas por la que estiman el reconocimiento del alta en IT¹⁴¹². Cuando no se consignen las razones del alta¹⁴¹³ o no se entregue, o comunique al trabajador el alta médica, se entenderá prorrogado el subsidio de IT en tanto se subsanen dichos defectos formales¹⁴¹⁴. Del mismo modo, cuando se trate de un accidente de trabajo o enfermedad profesional podrán los médicos de la Mutua extender el alta médica, siempre que el empresario haya concertado la cobertura de tales contingencias con esta entidad¹⁴¹⁵. Cuando se supere el período de

¹⁴¹¹ Bien directamente o a propuesta de la entidad gestora o Mutua que cubre esta contingencia (artículo 5 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal y artículo 14.2 de la Orden de 19 de junio de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que modifica determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal).

¹⁴¹² Ver artículo 4.1 y 8.1 de la Orden de 19 de junio de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que modifica determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal:

“El parte médico de alta en la situación de incapacidad temporal será expedido por el facultativo del Servicio Público de Salud respectivo, tras el reconocimiento del trabajador, extendiéndose por cuadruplicado ejemplar...”.

En este mismo sentido, el artículo 1.4 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal:

“4. Los partes de alta médica se extenderán, tras el reconocimiento del trabajador, por el correspondiente facultativo del Servicio Público de Salud. En todo caso, deberán contener el resultado de dicho reconocimiento y la causa del alta médica”.

¹⁴¹³ *“Constituye la omisión de tal exigencia una evidente indefensión para el interesado que determina la nulidad del alta médica por carecer de uno de los requisitos esenciales”.* MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 196.

¹⁴¹⁴ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 196 y 197.

¹⁴¹⁵ En el supuesto de que la IT derive de contingencias comunes, el médico de la Mutua sólo puede proponer el alta a los Servicios Públicos de Salud o al INSS. Éste alta médica que es provisional, se convertirá en definitiva si no se oponen expresamente los servicios de la inspección médica, previo informe. Y es que, a través del artículo 44 del RDL 6/2000, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, ha pretendido extender las competencias que hoy día corresponden al INSS para conceder el alta en el ámbito de la IT por contingencias comunes. Ahora bien, la efectividad de esta medida está pendiente de desarrollo reglamentario que hasta la fecha no se ha producido, por esta razón, actualmente esta medida carece de efectividad. Ver TOROLLO GONZÁLEZ,

duración de 365 días, será entonces el INSS a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar, el único competente para emitir el alta médica por curación (artículo 128.1 a) párrafo segundo de la LGSS).

Con la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, se produjo en este contexto un aumento de las competencias que le correspondían al INSS, al habilitar a los médicos de esta entidad gestora para expedir “el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica”¹⁴¹⁶ en los términos que reglamentariamente se establezcan¹⁴¹⁷. Con la introducción de este nuevo párrafo al catálogo de causas de extinción del artículo 131 bis de la LGSS, se pretendió reordenar los mecanismos de control de las situaciones derivadas de IT al tiempo que se ahorraba en costes al sistema de Seguridad Social¹⁴¹⁸. No obstante, con la llegada de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, se dio finalmente por acabada esa tan criticada previsión legislativa y en su lugar, se sustituyó por la referencia “al alta médica a todos los efectos”. Ahora bien, permaneció inalterada la alusión a una figura muy similar a la anterior, como es la de “la baja médica los exclusivos efectos de la

F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., página: 111. DE LA PUEBLA PINILLA, A: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”... op.cit., página: 1310. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 270 a 273.

¹⁴¹⁶ Esto venía a significar, que podría el INSS dar por finalizado el subsidio por IT aun cuando el trabajador siguiese precisando asistencia sanitaria.

Esta previsión arrojaba importantes consecuencias sobre la esfera de la relación laboral existente entre trabajador y empresario, a causa de la falta de coordinación existente entre el SPS y el INSS. Y es que, no estaba aclarado si el “alta médica a los exclusivos efectos económicos” tenía o no efectos inmediatos sobre la relación laboral. Así pues, si se estima que produce efectos sobre la relación laboral, el trabajador estará obligado a reincorporarse inmediatamente al puesto de trabajo, de lo contrario, podrá prorrogarse la IT, pero el trabajador no recibirá subsidio económico. Ver DE LA PUEBLA PINILLA, A: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”... op.cit., página: 1312.

¹⁴¹⁷ La remisión a la norma reglamentaria ha de entenderse hecha al Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 575/1997, en desarrollo del apartado 1, párrafo segundo, del artículo 131 bis) de la Ley General de la Seguridad Social, y la Orden de 18 de septiembre de 1998 que reformó la Orden de 19 de junio de 1997.

¹⁴¹⁸ Esta referencia al “alta médica a los exclusivos efectos económicos” ya había sido utilizada con anterioridad por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, Administrativas y del Orden Social en su artículo 39. Ver TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página: 808 a 810.

prestación económica”, que se recoge en el párrafo segundo del artículo 131 bis 1 de la LGSS¹⁴¹⁹.

Aunque se ha eliminado la alusión al “alta médica a los solo efectos económicos”, la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo¹⁴²⁰, ha complicado aún más el panorama existente, pues hasta el cumplimiento de los 365 días de duración de la IT, el INSS¹⁴²¹ 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. Por lo que de esta manera, la Entidad Gestora no sólo tiene atribuidas la posibilidad de emitir el alta médica hasta los primeros doce meses, sino también posteriormente, a través del procedimiento que prevé el artículo 128.1 a) de la LGSS. Parece intuirse de la redacción de este articulado, que quedan excluidos de este ámbito, los procesos de IT que sean objeto de protección por una Mutua¹⁴²², ya que en todo momento se refiere a la Inspección Médica del Servicio Público de Salud. De ahí que el INSS asuma el control y la gestión de la IT en los procesos que deriven de contingencias comunes y profesionales cuando sea competente el Servicio Público de Salud¹⁴²³. Y además de lo anterior, cabe precisar además, que cuando el alta haya sido expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, éstos 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 patología¹⁴²⁴.

¹⁴¹⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 271.

¹⁴²⁰ BOE de 18 de septiembre de 2010 (núm. 227).

¹⁴²¹ Pero también, el Instituto Social de la Marina para los trabajadores del mar.

¹⁴²² Lo cual resulta lógico pues son éstas las encargadas de abonar el pago de la prestación de sus trabajadores durante los 12 primeros meses.

¹⁴²³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 273 y 274.

¹⁴²⁴ La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y mediante resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado, determinará la fecha a partir de la cual se asumirán las funciones atribuidas en este párrafo.

Es muy frecuente, que en el momento de expedirse el alta médica por curación, el beneficiario reaccione ante el mismo y tramite el correspondiente procedimiento de disconformidad¹⁴²⁵, el cual no imposibilitará para que posteriormente se impugne también por vía judicial¹⁴²⁶.

Dependiendo de quien sea la entidad competente que haya emitido el parte médico de alta sin propuesta de IP, se podrá seguir dos vías diferentes. De un lado, se encuentra el procedimiento de disconformidad que regula el artículo 128.1 a) de la LGSS para cuando haya sido el INSS quien hubiese emitido el alta, y de otro lado, se presente el trámite administrativo de revisión de las altas médicas emitidas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional. No obstante, estos procedimientos se verán con más detalle en el Capítulo V de esta Tesis Doctoral.

4.3. Por alta médica el trabajador, con declaración de incapacidad permanente

La IT y la IP, constituyen ambas dos situaciones de necesidad que comporten el nexo causal común de que el trabajador sufre una alteración de salud que le impide trabajar¹⁴²⁷. La declaración del alta médica con propuesta de incapacidad permanente es causa automática de extinción de la incapacidad temporal. Así pues, a partir del momento en que aquellas dolencias incapacitante pasan de ser transitorias y se convierten en definitivas, desaparecen los presupuestos fácticos que dieron lugar al nacimiento de la IT y en su lugar, comienzan a generarse las prestaciones correspondientes a la incapacidad permanente¹⁴²⁸.

Desde un punto de vista económico, esta situación de transito prestacional comportará que el trabajador deje de percibir el subsidio por IT para pasar a

¹⁴²⁵ BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 123.

¹⁴²⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A: "El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo"... op.cit., página: 1314.

¹⁴²⁷ BARCELÓN COBEDO, S: *El tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social...*op.cit., página: 99.

¹⁴²⁸ TORTUERO PLAZA, J.L: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*... op.cit., páginas: 232 a 234. BARCELÓN COBEDO, S: *El tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social...*op.cit., páginas: 99 a 101. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 204 y 205. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 292. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 119.

recibir el de IP. Ahora bien, como ya se ha dicho anteriormente, en el caso de que las partidas monetarias de esta última fuesen superiores a las de la IT, se habrá de retrotraer los efectos de la incapacidad permanente al momento que en que se extinguió la temporal¹⁴²⁹. No obstante, si se tratase de una incapacidad permanente parcial o de unas lesiones permanentes no invalidantes, no entrará en funcionamiento la regla mencionada, sino que por el contrario, se extinguirá la prestación al presumirse la capacidad del trabajador para desempeñar su profesión habitual, debiéndose por consiguiente reincorporar a su puesto de trabajo¹⁴³⁰. Por tanto, sólo podrá retrotraerse los efectos de esta nueva situación cuando se trate de una IP reconocida en alguno de estos grados: total, absoluta o gran invalidez.

El reconocimiento de la incapacidad permanente puede llevarse a cabo en cualquier momento, por lo que no se necesita haber agotado el tiempo de disfrute de la IT para poder recibir la prestación permanente.

La resolución del Director Provincial del INSS por la que se declara el alta médica con propuesta de incapacidad permanente puede finalizar de tres formas:

1. Estimando la incapacidad permanente del trabajador en los grados de: total, absoluta o gran invalidez.
2. Declarando la inexistencia de una incapacidad permanente.
3. Denegando la incapacidad permanente por falta de carencia.

En el primer supuesto, resulta evidente que la situación de incapacidad temporal se prorrogará hasta el momento de la declaración de la permanente,

¹⁴²⁹ “No se trata de una incapacidad temporal, ya que según se ha descrito, la situación en la que se encuentra el beneficiario durante dicho periodo parte de una presunción médica o jurídica de que se encuentra incapacitado permanentemente. Por lo tanto, es un presunto inválido permanente a la espera de que se califique su situación y se otorgue la pensión correspondiente. Esta idea la ratifica la propia norma al retrotraer los efectos de la pensión al momento en que se agotó la Incapacidad Temporal”, véase BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas: 119 y 120.

¹⁴³⁰ Ver STSJ del País Vasco de 9 de julio de 2002 (AS 2003/2186) y STS de 2 de abril de 1996 (Ar 2978), 5 de marzo de 1999 (Ar 2065), 26 de octubre de 1999 (Ar 7555) y 24 de abril de 2000 (AS 2000/2587).

También la doctrina se ha pronunciado en este mismo sentido, véase MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 205. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 292.

salvo cuando el subsidio por esta última fuese superior, en cuyo caso se retrotraerán los efectos de la IP al momento en que se extinguió la IT¹⁴³¹. Y además, se deducirán del importe a abonar las cantidades que ya se hubieran satisfecho durante el periodo afectado por dicha retroacción¹⁴³².

En cambio, si la resolución finalizase denegando la incapacidad permanente del trabajador por entenderse que las lesiones son incapacitantes pero no de una manera definitiva, debiendo aún el trabajador precisar de asistencia sanitaria, en ese caso, se prorrogará la incapacidad temporal hasta el momento en que recaiga resolución firme por parte del Director Provincial del INSS¹⁴³³. De modo que, la extinción del derecho a la IT se producirá desde el mismo momento en que se adopte esta decisión por parte del INSS, pero no desde su notificación al interesado¹⁴³⁴.

Esta segunda situación es similar a la del alta médica por curación, debiendo el trabajador una vez declarada el alta médica, reincorporarse a su puesto de trabajo con absoluta normalidad.

Ahora bien, cuando el beneficiario de la prestación estuviese disconforme con la concesión del alta médica y solicitase a instancia de parte la declaración de incapacidad permanente, no cabrá en principio la concesión del subsidio, salvo excepciones. Esto es, cuando el INSS (o posteriormente los Tribunales) otorgasen posteriormente la pensión, en ese caso, podrá el interesado percibir el subsidio desde el parte de alta hasta el comienzo de la pensión, ya que se

¹⁴³¹ Artículo 131 bis 3 de la LGSS.

¹⁴³² Véase el artículo 6.3 del Real Decreto 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.

¹⁴³³ Ver STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/766) y sentencias de los TSJ de Cantabria de 27 de junio de 2001 (AS 2001/4327) y 4 de junio de 2002 (AS 2002/1882), de Valencia de 30 de mayo de 2003 (AS 2004/1036) y de Cataluña de 17 de mayo de 2002 (AS 2002/2319) y de 20 de julio de 2007 (AS 2007/2461).

¹⁴³⁴ Véase las sentencias del TS de 20 de enero de 2000 (RJ 2000/983), 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8355) y de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/766), entre otras. En esta misma línea, las STSJ de Cantabria de 27 de junio de 2001 (AS 2001/4327), de Madrid de 16 de octubre de 2001 (AS 2001/3821), de Galicia de 23 de octubre de 2001 (AS 2001/4234), de Andalucía/Granada de 10 de febrero de 2004 (AS 2004/892), de 31 de octubre de 2006 (AS 2007/805), de Valencia de 11 de diciembre de 2008 (JUR 2009/131568), de Cataluña de 15 de enero de 2009 (JUR 2009/129700), de Andalucía/Sevilla de 17 de marzo de 2011 (JUR 2011/190410) y de Galicia de 16 de diciembre de 2011 (JUR 2012/5666).

ha evidenciado *a posteriori* que aquel parte de alta por curación debió serlo con propuesta de incapacidad permanente¹⁴³⁵.

No obstante a lo anterior, se plantea el supuesto de si una vez declarada el alta médica el trabajador y no habiendo aun agotado el plazo máximo legal establecido para la IT, ¿podrá el trabajador continuar percibiendo el subsidio temporal?, o por el contrario, ¿se extinguirá esta prestación?. Según aclara la doctrina mayoritaria, siempre que el trabajador lo solicite, podrá continuar en situación de IT mientras siga precisando asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo hasta que agote la duración máxima prevista para ésta¹⁴³⁶. De lo contrario, se estaría produciendo una situación de indefensión y desprotección en comparación con las enfermedades de previsible curación¹⁴³⁷.

¹⁴³⁵ BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 123.

¹⁴³⁶ *“Por ello, la solución más conforme a las finalidades de la norma es la de entender que también el supuesto de superación del plazo máximo de la prórroga extraordinaria se aplica la regla del párrafo tercero del número 3 del artículo 131 bis de la LGSS, que prevé que «en los supuestos a que se refiere el segundo párrafo del apartado precedente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de esta». Es cierto que el párrafo segundo del número 2 del artículo 131 bis fija un plazo máximo de treinta meses. Pero, como ya se ha dicho, ese plazo se concede para que en él se proceda a la calificación de la incapacidad permanente. Por otra parte, es importante poner de relieve que la regla del artículo 131 bis 3.º sobre el plazo máximo no va dirigida al interesado, que ningún poder tiene en el procedimiento de calificación, sino a la entidad gestora, que es la que tiene que realizar la calificación, que «podrá retrasarse por el periodo preciso», pero sin “rebasar en ningún caso” los treinta meses mencionados. No es el trabajador el que ha incumplido la norma y no debe, por ello, sufrir las consecuencias de la demora en la calificación.*

(...) A la vista de la actual regulación –se refiere al artículo 131 bis 2 de la LGSS- y de la doctrina contenida en la sentencia de esta Sala, parcialmente transcrita con anterioridad, forzoso el concluir que tras el agotamiento del periodo máximo de 545 días en situación de IT, si el trabajador continua necesitando asistencia sanitaria e impedido para el trabajo, se ha de examinar su estado, a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda, abonándosele las prestaciones de IT hasta su calificación, aun cuando se declare que su estado no es constitutivo de incapacidad permanente...” (STS de 7 de diciembre de 2011, RJ 2012/1764 y de 6 de febrero de 2012, RJ 2012/3750).

En este sentido, ver también a MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 209. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 294. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas: 125 y 126.

¹⁴³⁷ BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas: 126 y 127.

Véanse las sentencias del TS de 23 de noviembre de 2011 (RJ 2012/150), de 7 de diciembre de 2011 (RJ 2012/1764), de 6 de febrero de 2012 (RJ 2012/3750), de 21 de febrero de 2012 (RJ 2012/3899) y 30 de abril de 2012 (JUR 2012/1911945).

En cambio, si no se iniciasen a instancia del trabajador la situación de incapacidad permanente y se hubiese dictado resolución INSS denegando el alta, la solución parece ser distinta¹⁴³⁸. De un lado, está la línea de los que defienden que quedará extinguida la incapacidad temporal. Y de otro lado, se encuentra la opinión de los que defienden que sí se podrá continuar percibiéndose la IT.

Efectivamente pienso, que con independencia de si el trabajador ha solicitado o no el reconocimiento de la IP, debería de prorrogarse la situación de IT. Y la razón no es otra, que como todavía el individuo no ha recobrado sus plenas capacidades para poder trabajar y lo que es peor, no han podido aun precisarse la duración e intensidad de sus dolencias, debiendo por consiguiente seguir recibiendo asistencia sanitaria, resulta entonces lógico, que dado que continúa con la situación de necesidad se prorrogue también la IT¹⁴³⁹.

Por último, también podrá el Director Provincial del INSS denegar la incapacidad permanente por no reunir el beneficiario el periodo de carencia necesario para el disfrute de este derecho. En este caso, también se prorrogará la situación de IT hasta que recaiga resolución en la que se deniegue la IP, momento en que se extenderá extinguida la IT.

A diferencia del caso anterior, aquí la prestación por IP se deniega no porque el trabajador no esté incapacitado (de manera definitiva), sino porque el mismo no reúne uno de los requisitos esenciales para generarse el derecho a la prestación económica, como es el período de carencia. Así pues, ¿podría en este supuesto el trabajador continuar de baja hasta que alcanzase el período máximo de duración de la IT?, la respuesta a esta pregunta ha sido ya resulta por el Criterio Técnico del INSS número 54/1995-96¹⁴⁴⁰, así como por la doctrina emanada del TS. Pero para ello previamente han de diferenciarse, por un lado, si el trabajador no ha superado los 12 meses de duración, y por otro, si ha sobrepasado los 18 meses máximos de duración que se establece para esta prestación.

En el primer caso, cuando se trate de beneficiarios que no hayan agotado la duración inicial de 12 meses prevista para la situación de incapacidad temporal

¹⁴³⁸ Véase con más detenimiento, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 294 y 295.

¹⁴³⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 295.

¹⁴⁴⁰ Este Criterio, cabe decir que ha sido modificado ya en dos ocasiones, una en 2006 y la última, en 2009.

y ven denegado su derecho a prestación de incapacidad permanente, a pesar de haberse objetivado las lesiones como definitivas, por no acreditar los restantes requisitos para causar derecho a la prestación, lo que procede, de acuerdo con las previsiones contenidas en la Resolución de 25 de marzo de 1992, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, modificada por la de 29 de junio de 1994, es continuar en el abono de la prestación de incapacidad temporal, si los interesados precisan de asistencia sanitaria continuada por razón de la enfermedad que ha originado el expediente de invalidez permanente, y se ven imposibilitados para reincorporarse al trabajo, debiendo constatarse ambos extremos por la Inspección de servicios sanitarios y la expedición de los correspondientes partes de confirmación¹⁴⁴¹.

Alcanzado el mes 12 en la situación de IT, como ya se ha explicado, pasará el INSS a ejercitar las competencias previstas en el artículo 128 LGSS. En ese caso, evaluada la situación del trabajador y visto que no reúne el período mínimo de carencia para el acceso a la IP, podrá continuar el beneficiario recibiendo el subsidio por IT, si es que sigue precisando asistencia sanitaria, sin que en ningún caso, pueda éste rebasar el plazo de dieciocho meses desde la baja médica.

Una vez alcanzado el plazo de 18 meses -y sin que quepa la demora establecida en el párrafo segundo del artículo 131 bis.2 LGSS-, se declarará extinguida la situación de IT por agotamiento de su duración máxima de 18 meses, y la improcedencia de la declaración de IP, por falta de requisitos. Y es que, entiende el INSS, que no cabrá aquí la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal, prevista en el párrafo segundo del nº 2 del artículo 131bis de la Ley General de la Seguridad Social, por cuanto que no concurren las circunstancias de hecho que en el mencionado artículo se determinan.

En efecto, a juicio del INSS, se considera totalmente absurdo el iniciar un nuevo expediente de incapacidad permanente para comprobar lo que resultó ya verificado en el procedimiento anterior, esto es, que no se acreditan los requisitos exigidos para acceder al derecho, con independencia de que haya o no habido modificación en la situación médica del trabajador¹⁴⁴².

¹⁴⁴¹ Según recoge el Criterio Técnico del INSS número 54/1995-96.

¹⁴⁴² Véase el Criterio Técnico del INSS número 54/1995-96 y la modificación que realiza la interpretación de 2006, en la que se mantiene inalterado lo dispuesto por el criterio nombrado.

En segundo lugar, cuando se rebase el plazo máximo de la IT fijado en 18 meses, se deberá mantener el pago del subsidio por IT hasta que se rebasen los 24 meses de duración total de la IT¹⁴⁴³.

Así pues, como bien expone la profesora FERNÁNDEZ PRATS, lo que se produce es una prórroga de los efectos de la IT, pero no de la situación¹⁴⁴⁴. Sin embargo, una vez que llegue a término el plazo de 24 meses de IT, el trabajador aun cuando sea dado de alta médica, seguirá a efectos médicos incapacitado permanentemente, no pudiendo acceder a la prestación económica por no cumplir el tiempo de carencia. Aun cuando impugne por vía administrativa la resolución del alta, como bien expone la doctrina, no podrá seguir manteniéndose la suspensión del contrato de trabajo, así como tampoco procederá la extinción de la relación laboral por motivos disciplinarios. Puesto que el trabajador continúa aún incapacitado, podrá demostrar a la empresa su negativa a reincorporarse a través de otros parte médicos¹⁴⁴⁵.

Claramente, para este caso cabrían dos opciones: 1) que el trabajador se reincorporase a la empresa, eso sí, en un puesto de trabajo para el que sí estuviese capacitado, por lo que cotizaría y podría llegar a completar el período de carencia necesario para el acceso a la IP o; 2) que el empresario, ante la ineptitud permanente del trabajador, extinga su relación laboral por la vía del artículo 52 a) del ET. En este último caso, el trabajador afectado podría intentar acceder al nivel no contributivo de la protección¹⁴⁴⁶.

4.4. Por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación

También establece el artículo 131 bis 1 de la LGSS, que se extinguirá la prestación por incapacidad temporal cuando le haya sido reconocido al

¹⁴⁴³ A favor, el Criterio Técnico del INSS número 54/1995-96 modificado en 2009. En contra, las STS de 3 de febrero de 1993 (Ar. 734); 20 de febrero de 1995 (Ar.1166), 20 de julio de 1995 (Ar. 6320) y 6 de febrero de 1998 (Ar. 1641).

¹⁴⁴⁴ Recordemos que se trata de un período de “incapacidad permanente no definitiva”. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 295.

¹⁴⁴⁵ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social ...* op.cit., página: 210. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 296.

¹⁴⁴⁶ ¹⁴⁴⁶ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social ...* op.cit., página: 210.

beneficiario el derecho a la pensión por jubilación. Más que una causa de extinción, debe entenderse lo previsto en este apartado como un supuesto de incompatibilidad entre prestaciones. Ahora bien, cuando un trabajador se encuentre de baja médica, no podrá recibir la pensión de jubilación, pues tendrá que esperar a que finalice la situación suspensiva para poder percibir la pensión de jubilación¹⁴⁴⁷. Terminada la incapacidad temporal, entonces si podrá el sujeto instar al INSS el reconocimiento de la pensión¹⁴⁴⁸, ya que según prevé nuestro ordenamiento jurídico el acceso a esta prestación es de carácter voluntario¹⁴⁴⁹.

No obstante a lo anterior, reconoce la doctrina que cuando se trate de una jubilación parcial no habrá lugar a que extinga la prestación por incapacidad temporal¹⁴⁵⁰. En efecto, así como se permite compatibilizar el tiempo de trabajo con la jubilación, también se consiente recibir el subsidio sustitutivo del salario con la parte que corresponda a la jubilación parcial. Aunque téngase en cuenta, que como la pensión que recibe el interesado se encuentra disminuida, de igual manera, la prestación temporánea no podrá superar a la que con anterioridad a esa incapacidad recibía el trabajador por el desempeño de su profesión¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁷ A este respecto, si el beneficiario hubiese solicitado la prestación y durante la tramitación de la misma, el titular causara derecho a una prestación por incapacidad temporal, se agotará primero esta última prestación, y luego se accederá a la prestación por jubilación. En este sentido, MEDIAVILLA CRUZ, M.L: "En torno a las causas de extinción de la incapacidad temporal", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página: 336.

¹⁴⁴⁸ Desde la tramitación de la jubilación hasta el reconocimiento, el trabajador si podrá percibir la IT. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 297.

¹⁴⁴⁹ TORTUERO PLAZA, J.L: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*... op.cit., página: 338. GARCÍA NINET, J.I: "*La incapacidad temporal*"... op.cit., páginas: 105 y 106. MEDIAVILLA CRUZ, M.L: "En torno a las causas de extinción de la incapacidad temporal"... op.cit., página: 336. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 47. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 212. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 395. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 297 y 298. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 103.

¹⁴⁵⁰ Véase FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 298.

¹⁴⁵¹ DESDENTADO BONETE, A y MURILLO GARCÍA, C: *Los Problemas Generales de la Acción Protectora de la Seguridad Social en la Unificación de Doctrina*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2009, página: 116.

Si se tratase de una jubilación forzosa, en ese caso, el trabajador continuará percibiendo la prestación de IT hasta que cumpla la edad prevista para su jubilación forzosa¹⁴⁵².

Finalmente, en cuanto lo que se refiere al tema del cálculo de la prestación por jubilación, téngase en cuenta, que para aquellos periodos “muertos” o de prórroga de la IT en los no existe obligación de cotizar, es decir, durante la incapacidad temporal técnica, deberá aplicarse “la teoría del paréntesis”. De tal manera, que se integrará ese vacío con las bases mínimas de cotización vigentes en dicho momento¹⁴⁵³.

- 4.5. Por incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional

Con la publicación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, administrativas y del Orden Social, se introdujo al catálogo de causas extintivas de la IT un nuevo supuesto, la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la MATEP. Esta nueva circunstancia extintiva no supuso para nada una innovación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque sí consiguió, tras su entrada en vigor, reforzar y aclarar algunos de los problemas que se sucedían en la práctica.

¹⁴⁵² Véase la STSJ de Andalucía, Sevilla de 7 de septiembre de 2000 (AS 2001/467). En este caso, el trabajador había cumplido la edad a partir de la cual, según el Estatuto del Personal Médico de la Seguridad Social, debía de acceder el trabajador a la jubilación forzosa (70 años). No obstante, aquí el actor no solicita la jubilación de manera voluntaria hasta varios meses después, procediendo entonces el INSS al abono de la pensión de jubilación tres meses después de haber cumplido los 70 años. Durante el tiempo que media entre que el sujeto cumple la edad forzosa de jubilación hasta que el INSS procede a abonarle el pago de la nueva prestación, no se considera prorrogada la IT, extinguiéndose la misma desde el mismo momento en que el beneficiario cumple los 70 años.

¹⁴⁵³ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 212. DESDENTADO BONETE, A y MURILLO GARCÍA, C: *Los Problemas Generales de la Acción Protectora de la Seguridad Social en la Unificación de Doctrina...* op.cit., páginas: 113 y 114. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 299.

Ya con anterioridad a esta ley, en el RD 575/97, de 18 de abril¹⁴⁵⁴ y en la Orden Ministerial de 19 de junio de 1997¹⁴⁵⁵, normativas todavía vigentes a día de hoy, se regulaba una situación parecida. A este respecto, en el artículo 39 de la Orden 66/1997, con la finalidad de establecer un sistema de control de las incapacidades temporales, incluyó un párrafo 2º al artículo 131 bis con el siguiente tenor literal: *“sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan”*. En desarrollo de este precepto el artículo 6 del RD 575/97, disponía en su apartado 1: *“las Entidades Gestoras de la Seguridad Social podrán disponer que los trabajadores que se encuentran en situación de incapacidad temporal sean reconocidos por los médicos adscritos a las mismas. Igual facultad corresponderá a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, respecto de los trabajadores perceptores de la prestación económica, derivada de contingencias comunes, e incluidos en el ámbito de la colaboración de aquellas”*. Según el número 3 de ese mismo artículo *“la negativa infundada a someterse a tales reconocimientos dará lugar a la expedición de la propuesta de alta, en los términos señalados en el artículo 5”*. Por su parte el artículo 13 de la OM de 1997 reproducía en lo sustancial este precepto.

Por tanto, en virtud de estas normativas, el INSS y las MATEPs podía expedir propuestas motivadas de altas médicas, que podían ser o no admitidas por los médicos adscritos al SPS, cuando los trabajadores de baja en incapacidad temporal se negasen de manera infundada a someterse a los oportunos reconocimientos médicos.

Con motivo del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social suscrito entre el Gobierno y los Sindicatos el 9 de abril de 2001, se dictó la ya nombrada Ley 24/2001, de 27 de diciembre, dándose así una mejor cobertura al sistema de gestión de la IT¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵⁴ Por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

¹⁴⁵⁵ Por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que modifica determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

¹⁴⁵⁶ Bajo el apartado de “Lucha contra el fraude”, se disponía en este Acuerdo para las situaciones de incapacidad temporal lo siguientes: *“En el marco de la Recomendación 13ª del Pacto de Toledo, resulta preciso continuar con las medidas de mejora de gestión de la incapacidad temporal (IT) de modo que,*

Con la Ley de 2001 se da un paso adelante en ese propósito por controlar las situaciones fraudulentas y se otorgan competencias a las MATEPs para extinguir directamente la IT en el supuesto concreto de que los trabajadores no compareciesen a los requerimientos de revisión que se le efectúen. Con esta medida, se trataron de evitar los largos períodos de espera que se producían desde que se producía la negativa injustificada del trabajador a comparecer a los reconocimientos solicitados por los médicos del INSS o de la Mutua, hasta que finalmente se expedía el alta por el SPS. Períodos además, en los que el trabajador percibía indebidamente la prestación temporal¹⁴⁵⁷.

Además, junto a esta previsión, se modificó también el artículo 47.1 b) de la LISOS y se tipificó como infracción grave el supuesto previsto en el artículo 25.2 de la LISOS, el cual se sancionará con la pérdida o extinción del derecho a la prestación.

No obstante, a pesar del intento de esta ley por otorgar una mayor eficacia a los mecanismos de gestión y control de la prestación, deja de lado algunos problemas interpretativos, aún sin resolver, que podrían acarrear consecuencias negativas para los trabajadores afectados. Así pues, en primer lugar, plantea la doctrina que el hecho de que no se fijen unos límites temporales a los requerimientos médicos efectuados por las Mutuas y el INSS, claramente, podría conducir a que los beneficiarios se viesan atosigados ante el continuo reconocimiento. Ya que, a parte de los controles que se efectúan por los facultativos del SPS, se añaden los de estas entidades (la gestora y la colaboradora), por lo que de no establecerse unos prudentes márgenes

dando cobertura a las situaciones reales de imposibilidad de acceder al trabajo en caso de enfermedad o accidentados, se evite la utilización indebida de esta prestación. En este objetivo:

- *Se establecerán las medidas necesarias que impidan la concatenación abusiva de la IT con la prestación de desempleo.*
- *Se articularán las medidas que eviten la prolongación indebida de la prestación, en los casos en que el trabajador es llamado a reconocimiento médico por los servicios médicos de la Entidad responsable del pago de la prestación, no acuda a los mismos sin causa justificada.*
- *Se incrementarán las medidas de coordinación necesaria entre Entidades responsables del pago de la prestación de IT y el INSALUD y los Servicios de Salud, que permitan un mejor control de la situaciones de incapacidad temporal”.*

¹⁴⁵⁷ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 213. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 300.

En esta línea, también la STSJ de Cataluña de 26 de octubre de 2004 (AS 2004/3404).

temporales entre unos y otros, llevaría a que el trabajador estuviese continuamente siendo examinado¹⁴⁵⁸.

Opino, que dejar al arbitrio del INSS y de las MATEPs el establecimiento de los reconocimientos médicos, sin determinarse que se determinen unos parámetros temporal y una correcta coordinación con respecto a los efectuados por el SPS, solamente podrá producir indefensión para el trabajador. Especialmente en el caso de que ese control lo efectúen las Mutuas, ya que está comprobado que para estas entidades colaboradoras les resulta más preocupante contener las partidas económicas, que amparar situaciones necesidad. Por esta razón, entiendo que dejar en manos de las MATEPs la competencia de efectuar continuos reconocimientos médicos, sin que medie coordinación alguna con el sistema público, supone un grave error¹⁴⁵⁹.

En segundo lugar, cabe preguntarse ¿cuando se entiende que una ausencia es injustificada y cuando no?, pues podría suceder que el interesado no tuviese conocimiento del requerimiento efectuado para una fecha concreta o que incluso, teniendo conocimiento de ello no pudiese acudir por razones médicas. Ante la ausencia de un desarrollo reglamentario en el que se precisen los criterios concretos a aplicar, se establece en la Resolución de la Dirección General del INSS de 2 de enero de 2002¹⁴⁶⁰, que cuando un trabajador fue citado para reconocimiento médico y no acudiese, dispondrá de un plazo de 10 días para justificar su incomparecencia, transcurrido ese período sin obtener una respuesta que fundamente su ausencia, se procederá entonces a extinguir el derecho.

Sobre este punto se ha pronunciado ya la jurisprudencia, entendiendo que cabe apreciarse para cada caso las concretas circunstancias concurrentes que imposibilitan para su presentación al control médico requerido¹⁴⁶¹. Así por ejemplo, se ha considerado que no procede la extinción del derecho por

¹⁴⁵⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 393 y 394. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 300 y 301.

¹⁴⁵⁹ En esta misma línea, ver JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 394.

¹⁴⁶⁰ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 394. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 213 y 214. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 47. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 301 y 302.

¹⁴⁶¹ En este sentido, BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 104.

concurrir causa justificada: cuando el trabajador avisase por vía telefónica que por una reagudización de su enfermedad no podía personarse el día requerido¹⁴⁶²; o cuando en la fecha señalada por la Mutua para su reconocimiento coincidiese con el de una intervención quirúrgica¹⁴⁶³; o incluso que por prescripción médica le fuese imposible acudir a su cita de reconocimiento¹⁴⁶⁴; o que no constase haber recibido el aviso de la citación efectuada por la entidad colaboradora (ya sea, mediante burofax¹⁴⁶⁵, correo certificado¹⁴⁶⁶ o por vía telefónica¹⁴⁶⁷).

Por último, cabe cuestionarse cual es la naturaleza jurídica de esa facultad que le otorga la ley a las MATEPs para extinguir el derecho a la prestación por incapacidad temporal, cuando se deba a la no comparecencia del beneficiario a las citaciones requeridas por los médicos adscritos a estas entidades. Esta duda interpretativa ya fue resuelta por el Tribunal Supremo¹⁴⁶⁸, razonando a este respecto, que aun cuando esta facultad se aproxima a la de naturaleza sancionatoria, en cuyo caso no podría haber sido adoptada por la Mutua sino en el oportuno procedimiento, se trata de acto que se integra más bien en la gestión de la prestación que en la represión de una concreta conducta sancionable, por lo que puede adoptarse por la Mutua “por expresa imposición legal”¹⁴⁶⁹ aun cuando la incomparecencia no implique necesariamente que hayan dejado de concurrir los requisitos de la contingencia¹⁴⁷⁰.

¹⁴⁶² Ver STSJ de Murcia, de 17 de octubre de 2005 (JUR 2005/273394).

¹⁴⁶³ STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2004 (JUR 2005/119033).

¹⁴⁶⁴ La trabajadora probó ante los tribunales, que para el día en que ésta fue citada por los médicos de la Mutua se encontraba en reposo absoluto por prescripción facultativa debido a lumbalgia aguda, véase STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de 18 de diciembre de 2008 (JUR 2008/115197).

¹⁴⁶⁵ STSJ de Castilla y León, Valladolid de 30 de noviembre de 2005 (AS 2005/3559).

¹⁴⁶⁶ STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2006 (JUR 2006/213456).

¹⁴⁶⁷ STSJ de Andalucía/Granada de 17 de enero de 2007 (JUR 2008/19034).

¹⁴⁶⁸ Ver STS de 17 de marzo de 2007 (ED 21172). También la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de 18 de diciembre de 2008 (JUR 2009/115197).

¹⁴⁶⁹ Se refiere a los artículos 6.3 del RD 575/97 y el artículo 13.4 de la Orden que la desarrolla de 19 de junio de ese mismo año.

¹⁴⁷⁰ En este mismo sentido, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 302 y 303.

4.6. Por muerte

Resulta evidente que con la muerte del trabajador se produce automáticamente la extinción de la IT, pues al desaparecer el beneficiario y las causas que motivaron el nacimiento de la misma, decae también el vínculo jurídico que resultaba protegido por el sistema de Seguridad Social. Por lo que a partir de ese momento, ya no podrán seguir generándose aquellas percepciones económicas que procuraban solventar las necesidades derivadas del estado de incapacidad. En todo caso, los herederos del fallecido sí podrán recabar los atrasos de ese subsidio devengado y aún no percibido. Y además, se generarán, si es que procede, las prestaciones por muerte y supervivencia a favor de los familiares que le sobrevivan¹⁴⁷¹. Así pues, a efectos de calcular la pensión que corresponda por las prestaciones de orfandad y viudedad, habrá de tenerse en cuenta, nuevamente, la teoría del paréntesis para aquellos tiempos de incapacidad temporal técnica en los que no subsistiese la obligación de cotizar¹⁴⁷².

¹⁴⁷¹ GARCÍA NINET, J.I: “*La incapacidad temporal*”... op.cit., página: 106. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 395. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 214. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 47. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 303.

¹⁴⁷² MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 214. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 303.

CAPÍTULO V. LA GESTIÓN Y EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La gestión y control de la incapacidad temporal constituye actualmente uno de los temas más complicados de abordar, no sólo por la multitud de reformas legislativas que le han acontecido en los últimos años, sino también por la diversidad de sujetos que participan en todo este entramado. La necesidad de reducir, de un lado, los gastos que conlleva esta situación de necesidad y de frenar, de otro lado, los altos niveles de fraude y absentismo injustificado que se producen en las empresas con ocasión de un uso abusivo en esta prestación, han representado los principales ejes de todas y cada una de las modificaciones que ha experimentado la IT¹⁴⁷³.

Desde siempre el legislador ha estado obsesionado con esa idea de controlar los procesos de incapacidad temporal, hasta tal punto, que ha olvidado la garantía última que se pretende conseguir con la cobertura de esta contingencia, esto es, amparar los estados temporales que imposibilitan a las personas para poder trabajar¹⁴⁷⁴. Para ello, nuestro sistema de Seguridad Social encomienda al Instituto Nacional de la Seguridad Social la gestión y administración de las prestaciones económicas¹⁴⁷⁵. No obstante, la ley también permite que colaboren en esta tarea otros organismos, como son las Mutuas de accidentes de trabajo y las empresas¹⁴⁷⁶. Por tanto vemos que en este ámbito, las facultades de gestión de la incapacidad temporal se encuentran diseminadas en distintas entidades públicas y privadas, lo cual complica enormemente delimitar el juego de responsabilidades que le corresponde a cada una de ellas.

Una vez que el trabajador cumpla los requisitos para el acceso a la prestación (artículo 124 de la LGSS), entonces será cuando se ejecuten las obligaciones de pago por parte de las entidades gestoras, MATEPs y empresas que voluntariamente decidan colaborar en la gestión¹⁴⁷⁷. Todo ello, sin obviar el deber que tiene la empresa de abonar el subsidio por pago delegado, de

¹⁴⁷³ MERCADER UGUINA, J.R: “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004, páginas: 403 y 404.

¹⁴⁷⁴ OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., página: 63.

¹⁴⁷⁵ Véase el artículo 57.1 a) de la LGSS.

¹⁴⁷⁶ Artículo 67.1 de la LGSS.

¹⁴⁷⁷ Artículo 126.1 LGSS.

acuerdo con las normas que regulan la colaboración obligatoria de las mismas¹⁴⁷⁸. Además, cabe decir también, que se establecen diferencias en orden al pago dependiendo de si el origen de la incapacidad se debe a causas comunes o profesionales. Así pues, como señala la ley¹⁴⁷⁹, durante los primeros días (del cuarto al decimoquinto) de baja el empresario estará obligado a soportar el coste de la cuantía económica, siempre que se trate de un accidente no laboral o una enfermedad común. Sin embargo, cuando la incapacidad sea debida a un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, incluidos los períodos de observación por enfermedad profesional, en estos supuestos, la cobertura económica se efectuará desde el primer día por los sujetos públicos y privados mencionados¹⁴⁸⁰.

Tal vez por la sencillez del reconocimiento de este derecho o quizás, por la falta de una correcta regulación en esta materia, el caso es que, la frecuencia con la que se comenten situaciones fraudulentas en los procesos de incapacidad temporal, favorece el incremento de las medidas de control que se prevén para esta prestación. De una manera constante y cada vez más agresiva, nuestro legislador ha alterado las reglas que regulan los sistemas de verificaciones de las enfermedades. Sin embargo, a pesar de su empeño, no ha logrado instaurar aún el equilibrio justo que garantice una eficaz protección de los estados de necesidad y un control adecuado de los abusos que se suceden en la práctica.

El juego de intereses contrapuestos entre las distintas entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social y la ansiedad de todas ellas por adquirir un mayor número de competencias en este campo, no solventan para nada las deficiencias que presenta esta compleja y parcheada normativa, requiriéndose en la mayoría de los casos de pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales para precisar muchos de sus extremos.

1. LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y LOS SUJETOS RESPONSABLES DEL PAGO DE LA PRESTACIÓN:

Como ya se ha visto, los sujetos que deberán abonar el subsidio económico al trabajador pueden ser variar, dependiendo de con quién haya concertado su cobertura el empresario, a saber: el INSS, la Mutua de Accidentes de trabajo o

¹⁴⁷⁸ Artículo 6 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

¹⁴⁷⁹ Ver artículo 131 de la LGSS.

¹⁴⁸⁰ Dependerá de con quién haya concertado su cobertura el empresario. Así pues podrá sufragar el coste de la prestación: el INSS, la MATEP o la empresa que colabore en la gestión.

las empresas. Así mismo, durante los primeros días de baja por causas comunes le corresponderá al empresario a abonar la prestación. No obstante el panorama se complica más en determinados supuestos, de ahí que resulte imprescindible delimitar las facultades que le corresponden a cada uno de estos organismos, para así evitar situaciones de desamparo.

1.1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social

El INSS se configura en nuestro ordenamiento jurídico, como una entidad gestora de la Seguridad Social dotada de personalidad jurídica y creada para llevar a cabo la gestión y administración de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. De acuerdo con esta idea, le corresponde por tanto al INSS, el reconocimiento del derecho a la incapacidad temporal tanto si la causa deviene por contingencias comunes, como por riesgos profesionales¹⁴⁸¹. Esta facultad que le atribuye la ley a este organismo, admite también la “privatización” de parte de su actividad financiera en régimen de colaboración con otros sujetos, concretamente con las MATEPs y las empresas que voluntariamente que decidan participar en esa gestión (artículo 67.1 LGSS)¹⁴⁸².

Como bien se recuerda, la competencia de las Mutuas para conocer de los supuestos de IT derivados por contingencias comunes se introdujo con la reforma operada por la Ley 42/1994, de 30 diciembre. Ya que con anterioridad, estas entidades colaboradoras de la gestión de la Seguridad Social, tan sólo podía conocer de las incapacidades que procedían de causas profesionales¹⁴⁸³. Así pues, el hecho de que recaiga sobre las MATEPs esta responsabilidad, no exime al INSS del pago subsidiario de este subsidio¹⁴⁸⁴, cuando sea la colaboradora la que incumpla las funciones que le vienen encomendadas¹⁴⁸⁵. Ahora bien, si es el empresario el que es declarado

¹⁴⁸¹ Artículo 5 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967.

¹⁴⁸² VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social...* op.cit., página: 694. OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., página: 67. VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J. L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a. N: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 290.

¹⁴⁸³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 323 y 324.

¹⁴⁸⁴ Se entiende que es por accidente no laboral y enfermedad común.

¹⁴⁸⁵ De lo contrario, “los objetivos de la colaboración en la gestión quedarían incumplidos y desdibujada la imagen del asesoramiento público de la contingencia si ante la insolvencia de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social asegurada, la entidad gestora,

insolvente y en su lugar responde la mutua, entonces la gestora no estará obligada subrogarse en el pago de las prestaciones de IT por causas comunes¹⁴⁸⁶. No obstante, cuando se traten de riesgo profesionales, la cuestión está más clara, pues en ese caso, el INSS responderá de manera subsidiaria como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo¹⁴⁸⁷.

A parte de las competencias económico-administrativas que asume el INSS, además tiene atribuidas las sanitarias, por lo que no sólo le corresponde gestionar las prestaciones por IT, sino también decidir, a través de las EVIs el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria¹⁴⁸⁸.

En particular, en lo que se refiere a la incapacidad laboral temporal, ejerce el INSS las funciones que se describen a continuación¹⁴⁸⁹: a) evaluar, calificar y revisar la incapacidad; b) determinar la contingencia causante de la misma¹⁴⁹⁰;

ignorando los principios rectores del sistema público de prestaciones y su condición de garante última de todas ellas, se desentendiera y dejara desprotegidos a los trabajadores afiliados y en alta –respecto de los que siempre opera el principio de automaticidad-, precisamente en relación con una prestación, como es la incapacidad temporal, donde el trabajador se muestra más necesitado de una protección sin fisuras”, ver BLASCO LAHOZ, J.F: “La incapacidad temporal por contingencia comunes”... op.cit., páginas: 62 y 63.

¹⁴⁸⁶ BLASCO LAHOZ, J.F: “La incapacidad temporal por contingencia comunes”... op.cit., página: 63.

¹⁴⁸⁷ BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 152.

¹⁴⁸⁸ “No cabe deducir... que para que tal reconocimiento se produzca resulte necesaria, previa y formal petición del trabajador, pues como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 12 de febrero de 1993... el devengo de la prestación no se condiciona legalmente a la previa solicitud de la parte, sino que se genera de modo directo y automático, una vez producidos y presentados los partes de baja y de confirmación. Esto significa que dicha presentación hace innecesaria solicitud expresa para el reconocimiento del derecho...”, véase GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”... op.cit., páginas: 109 y 110. En la misma línea, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... op.cit., página: 230.

¹⁴⁸⁹ Véase el artículo 1 del 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.

¹⁴⁹⁰ Con independencia de cual fuere la entidad encargada de la cobertura de esta situación, tras la modificación operada en los artículos 61.2 y 80.1 del RD 1300/1995, de 7 de diciembre a través del RD 1041/2005, de 5 de septiembre por el que se modifican los Reglamentos generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social; de recaudación de la Seguridad Social, y sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como el Real Decreto sobre el patrimonio de la Seguridad Social (BOE núm.222 de 16 de septiembre de 2005); se entiende que la competencia para calificar la competencia corresponde al INSS y no a las MATEPs.

c) resolver sobre la prórroga del período de observación médica en enfermedades profesionales y reconocer el derecho al subsidio correspondiente; d) determinar, en su caso, la Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o empresa colaboradora responsable de las prestaciones que resulten procedentes en esta materia; e) declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad e higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas; f) declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal, a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis de la LGSS, en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación por incapacidad permanente.

1.2. Colaboración en la gestión de la prestación por IT:

Las empresas, individualmente consideradas, podrán colaborar en la gestión y pago de la prestación por incapacidad temporal siempre que así lo decidan de manera voluntaria. No obstante a lo anterior, cuando se trate de contingencias comunes, el empleador se verá obligado a abonar la prestación durante los doce primeros días de baja (o sea, desde el 4º al día 15º de baja). Asimismo, en virtud del artículo 77.1 c) de la LGSS, las empresas estarán obligadas a pagar a los trabajadores la prestación económica por IT, a cargo de la entidad gestora obligada en concepto de pago delegado.

1.2.1. Colaboración de las empresas:

1.2.1.1 La responsabilidad directa: prestación a cargo del empresario

Actualmente, prevé el artículo 131.1 de la LGSS en su párrafo segundo, que: *“En caso de enfermedad común o de accidente no laboral, el subsidio se abonará, respectivamente, a partir del decimosexto día de baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente, estando a cargo del empresario*

En este sentido véase BLASCO LAHOZ, J.F: “La incapacidad temporal por contingencia comunes”... op.cit., página: 62. Y también la STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8366), en donde expresa este tribunal lo que sigue: *“Negar al INSS la facultad de calificar unas dolencias constitutivas de accidente, reservando estas facultades a las Mutuas Patronales, implica otorgar a la Entidad Gestora, Mutuas Patronales y empresas colaboradoras una posición de total igualdad, susceptible de producir situaciones de desprotección total del beneficiario, cuando todas ellas se negaran a asumir –aunque sea de manera no definitiva- la responsabilidad por una contingencia”*.

el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive”.

Se trata de una obligación que se introdujo en el antiguo texto de la Ley General de la Seguridad Social de 1974¹⁴⁹¹, a través de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre sobre Medidas Presupuestarias Urgentes del Estado en materia económica¹⁴⁹². Mediante esta Ley se modificó el artículo 129.1 de la LGSS de 1974, por entonces relativo al “nacimiento, duración y extinción del derecho al subsidio por incapacidad laboral transitoria”¹⁴⁹³, y se estableció la redacción que hoy día se recoge en la disposición antes mencionada (el artículo 131.1 de la vigente LGSS)¹⁴⁹⁴.

Con la introducción de esta medida, se trasladó al empresario el coste de la prestación por IT durante los días cuarto al decimoquinto de baja, en total 12 días, exonerando por consiguiente de responsabilidad al INSS para breve período¹⁴⁹⁵. De este modo, se reducían los costes que esta prestación ocasionaba al sistema de Seguridad Social, sin que en ningún caso, ello supusiera modificar el nivel de protección de los trabajadores¹⁴⁹⁶. Y es que,

¹⁴⁹¹ Aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

¹⁴⁹² Tramitado y aprobado el RD Ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes (BOE de 23 de julio), se dio paso a la Ley mencionada.

¹⁴⁹³ A día de hoy este artículo se recoge bajo el título de “Prestación económica”.

¹⁴⁹⁴ GARCÍA NINET, J.I: “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones”... op.cit., página: 57. GARCÍA NINET, J.I: “Un problema anunciado: La traslación a los empresarios del pago de los doce días de incapacidad laboral transitoria por contingencias comunes y sus impactos. Algunas reflexiones”... op.cit., página: 5. OLARTE ENCABO, S: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*... op.cit., página: 54. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*... op.cit., página: 108. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 331.

¹⁴⁹⁵ Como exponen los profesores Manuel Alonso Olea y José Luis Tortuero Plaza: “*En el Derecho comparado existe una tendencia clara a que las primeras semanas de prestación sean a cargo del empresario. Así en Alemania, desde 1969, las seis primeras semanas... También el Reino Unido... hasta ocho semanas a partir del cuarto día...*”. Véase ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*...op.cit., página: 249 en su nota al pie número 18.

En el caso de Italia, durante los días cuarto, quinto y sexto de baja, se establece la obligación del abono de la prestación (el 100% de la normal retribución) a cargo del empresario. Ver PUNZI, C.N: “Sezione II. Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro”...op.cit., páginas: 332 a 335.

¹⁴⁹⁶ Véase la exposición de motivos de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre.

desde los últimos tiempos, el gasto público que se había dedicado para el pago de esta contingencia resultaba exagerado, tanto que el propio sistema social era incapaz de soportarlo, por lo que se vio en la necesidad de operar esta novedosa reforma¹⁴⁹⁷.

Este nuevo cambio de rumbo provocó que se plantearan varias cuestiones, la primera de ellas, la de su posible constitucionalidad¹⁴⁹⁸. El Tribunal Constitucional en sus sentencias de 37/1994 de 10 de febrero (RTC 1994, 37) y 129/1994, de 5 de mayo (RTC 1994, 129), tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto, ya que si bien es cierto, a primera vista resultaba dudoso calificar como prestación el pago realizado a cuenta del empleador durante esos doce días de baja (es decir, los que van desde el cuarto al vigésimo día de incapacidad o segundo tramo)¹⁴⁹⁹. A este respecto, el TC dejó claro en su

Algunos autores opinan, además de lo expuesto, que con esta medida se pretende evitar situaciones fraudulentas para la seguridad social. Así pues, es precisamente en los procesos de corta duración por contingencias comunes en donde más se produce estas bajas fingidas que tanto coste generan para el sistema social. Y es que, nos encontramos en la era de la sospecha, en donde *“bajo cada trabajador enfermo hay un simulador o defraudador”*. En este sentido, OLARTE ENCABO, S: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social...* op.cit., página: 54. También, MERCADER UGUINA, J.R: *“El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”...* op.cit., páginas: 403 a 410.

¹⁴⁹⁷ ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P: *“La prestación de ILT: Novedades del RDL 5/1992 de Medidas Presupuestarias Urgentes”*, *Aranzadi Social*, Tomo IV, 1992, página: 3131. PEÑA OBIOL, S: *“La empresa y la incapacidad temporal”*, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página; 523.

¹⁴⁹⁸ Para un estudio más detallado véase, GARCÍA NINET, J.I: *“Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones”...* op.cit., páginas: 57 a 61. MUÑOZ MOLTÓ, F.M: *“Consideraciones económicas y técnicas sobre la reforma de la incapacidad”*, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, páginas: 351 y siguientes. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 122 a 129.

¹⁴⁹⁹ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: *“El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”...* op.cit., página: 61. GARCÍA NINET, J.I: *“Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes”...* op.cit., páginas: 57 a 62. GARCÍA NINET, J.I: *“La incapacidad temporal”*, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., páginas: 65 y 66. GARCÍA VALVERDE, M.D: *“El subsidio de incapacidad temporal: Cuantía y dinámica”...* op.cit., página: 5.

A este respecto el Magistrado el Tribunal Supremo, Antonio Martín Valverde, afirma que el pago de estos doce días de baja no puede revestir la naturaleza jurídica de salario, ni tampoco de mejora voluntaria de las prestaciones, pues del tenor literal del artículo 131.1 de la LGSS cabe deducirse el carácter de prestación de la Seguridad Social que tiene el abono de la IT a cargo del empresario. Ver MARTÍN VALVERDE, A: *“Incapacidad Laboral Transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia”*, *Revista Actualidad Laboral*, nº39, Tomo III, 1994, páginas: 605 y 606.

fundamento cuarto, que el desplazamiento de esta responsabilidad sobre el empresario no resulta para nada incongruente con los derechos que ya aparecen reconocidos en los artículos 41 y 96 de la Constitución Española, puesto que éstos “*afectan a un aspecto parcial de la protección de la incapacidad temporal para el trabajo y no alteran el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a esa contingencia, descartándose toda prevalencia de la autonomía privada en el diseño de la acción protectora dispensada*”. De acuerdo con esta idea, el TC desestimó, entre otros puntos, aquel en el que se le cuestionaba si con el establecimiento de esta medida se le estaba imputando al empresario el pago de unas cantidades económicas, que en cierta medida, recordaba a los antiguos esquemas de aseguramiento privado, ya derogados por la legislación contemporánea, y por tanto, contrarios al nuevo sistema públicos instaurado de Seguridad Social¹⁵⁰⁰. Además, este mismo tribunal recordó también en sus sentencias, que dado que el empresario ya cooperaba económicamente con la Seguridad Social, no cabía descontarse del pago de las cotizaciones el abono de la prestación por esos doce primeros días de baja¹⁵⁰¹.

Al hilo de esta última idea, esto es, la de que el empresario por el pago de esos doce primeros días de baja por IT no podía reducirse las cuotas que pagaba a la Seguridad Social, conlleva a que se plantee una segunda cuestión relacionada con la tema de las mejoras voluntarias. Así pues, como bien se recuerda por el capítulo III de este trabajo, por convenio colectivo el empresario podía completar hasta un 100% el pago de la prestación que recibiría el trabajador por los días de baja. Si bien, como durante los primeros días el empresario soporta el coste de la baja y además, contribuye a la Seguridad Social con el pago de las cotizaciones, se cuestiona ahora ¿si estaría también obligado a abonar el pago de las mejoras voluntarias?. Sobre este tema, la jurisprudencia ha venido apoyando la posición empresarial, al entender aplicable, de una manera excepcional, la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁵⁰². De

¹⁵⁰⁰ Ver con detenimiento el estudio que realiza el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona, José Ignacio García Ninet, en GARCÍA NINET, J.I: “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes”... op.cit., páginas: 57 a 62 y, GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal*... op.cit., página: 66.

¹⁵⁰¹ GARCÍA NINET, J.I: “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes”... op.cit., página: 60. GARCÍA NINET, J.I: “Un problema anunciado: La traslación a los empresarios del pago de los doce días de incapacidad laboral transitoria por contingencias comunes y sus impactos. Algunas reflexiones”, *Tribuna Social*, nº 47, noviembre de 1994, página: 5.

¹⁵⁰² BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C: “Incapacidad temporal y mejoras voluntarias: supresión o mantenimiento tras el Real Decreto-Ley 571992”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página: 184.

este modo, se justifica que dado que el empresario ya soporta una carga excesiva durante los primeros días de IT, se podría dejar de satisfacer las mejoras voluntarias solamente para ese período. La razón no es otra, que con este cambio normativo se han alterado las bases del negocio jurídico, al sobrevenir nuevas circunstancias no previsibles en momento en que se pactaron estas figuras de protección complementaria a la de Seguridad Social¹⁵⁰³.

En este punto, cabe recordar además¹⁵⁰⁴, la facultad de la que dispone el empresario para comprobar la veracidad de las enfermedades alegadas por sus trabajadores (artículo 20.4 del ET). Así pues, si se constatase que se trata de una enfermedad fingida, podrá el empresario retirarle al trabajador la mejora voluntaria que había sido pactada por convenio colectivo¹⁵⁰⁵. Del mismo modo, cuando se hubiese condicionado el percibo de este complemento al sometimiento de la hospitalización del trabajador, controles médicos adicionales... etcétera. En esos casos, si el beneficiario dejase de cumplir con lo acordado, el empleador estará en su derecho de rescindirle el percibo de la mejora voluntaria¹⁵⁰⁶.

En tercer lugar, se ha planteado en sede doctrinal la determinación de la naturaleza jurídica de esta obligación. Concretamente, se ha cuestionado su carácter: salarial, tributario, de protección social complementaria y de prestación pública. Resulta evidente descartar que el pago de la IT por los primeros días de baja del trabajador revista naturaleza salarial. Así pues, con ello no se pretende compensar al trabajador por la prestación de los servicios

¹⁵⁰³ ARADILLA MARQUÉS, M.J: “La incapacidad temporal: complementos de empresa y cláusula *rebus sic stantibus*”, VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, páginas: 176 y 177. BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C: “Incapacidad temporal y mejoras voluntarias: supresión o mantenimiento tras el Real Decreto-Ley 571992”... op.cit., páginas: 184 y 185.

¹⁵⁰⁴ Véase con más detenimiento el Capítulo IV de este trabajo, concretamente el apartado correspondiente a la “suspensión de la IT por la realización de trabajos por cuenta propia y ajena”.

¹⁵⁰⁵ GARCÍA NINET, J.I: “La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992”... op.cit., página: 95 y siguientes. GARCÍA NINET, J.I: “Un problema anunciado: La traslación a los empresarios del pago de los doce días de incapacidad laboral transitoria por contingencias comunes y sus impactos. Algunas reflexiones”... op.cit., página: 6. MARTÍN VALVERDE, A: “Incapacidad Laboral Transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia”... op.cit., páginas: 605 y 606. VIVENTE PALACIO, M^a. A: “Algunas consideraciones sobre el control empresarial de la incapacidad temporal: el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página: 495.

¹⁵⁰⁶ Véase el Capítulo III de esta investigación.

laborales por cuenta ajena¹⁵⁰⁷, puesto que el contrato de trabajo se encuentra suspendido, sino que con ese subsidio, el sistema de Seguridad Social busca amparar los estados de necesidad para poder trabajar. De esta manera, el empresario tan sólo cumple aquí con unas estrictas normas que marca el ordenamiento jurídico, para no dejar sin protección al sujeto incapacitado temporal¹⁵⁰⁸. Del mismo modo, tampoco cabe pensar que este mecanismo revista la condición de salarios de tramitación. Y es que no se trata de indemnizar al trabajador por el salario dejado de percibir desde que es despedido hasta que se declara el despido como improcedente o nulo, sino como ya se ha apuntado, lo que se pretende es hacer frente a la pérdida de rentas que origina una situación de necesidad¹⁵⁰⁹.

Se rechaza también su consideración como tributo, ya que ni el sujeto ni la finalidad coinciden con estas circunstancias. Mientras que con el tributo lo que pretende el ente receptor, en este caso, el Estado, es recaudar para el sostenimiento de las arcas que alimentan al sistema público, con la responsabilidad directa del empresario, sin embargo, lo que se busca es suplir la falta de salario que provoca una IT. Además, en este último supuesto, el sujeto beneficiario no el Estado, sino el trabajador incapacitado¹⁵¹⁰.

A primera vista, podría llegar a plantear más dudas el encuadramiento de esta figura como la de un mecanismo que forma parte de la protección social complementaria¹⁵¹¹. No obstante, semejante afirmación cae por su propio peso, pues para ostentar el carácter de técnica “externa” al sistema de Seguridad Social, debería en primer lugar ser voluntario. En cambio, el abono del subsidio

¹⁵⁰⁷ Artículo 26.1 del ET: “Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como el trabajo”.

¹⁵⁰⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 111 a 113.

¹⁵⁰⁹ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 113 y 114.

¹⁵¹⁰ MARTÍN VALVERDE, A: “Incapacidad Laboral Transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia”... op.cit., páginas: 605 y 606. HURTADO GONZÁLEZ, L: “La obligación de pago de prestaciones por IT a cargo del empresario”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995, página: 465. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 114.

¹⁵¹¹ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 115.

desde el 4º hasta el día 15 de baja, le viene impuesto al empresario por razones legales.

Por todas las razones que hasta ahora se han expuesto, la doctrina ha aceptado unánimemente la consideración de esta obligación a cargo del empresario como de prestación pública¹⁵¹². Por lo que si el empresario dejase de abonar el pago de la prestación durante esos doce días de baja que le corresponden, el trabajador no perdería su derecho, pues de admitirse lo contrario se estaría produciendo una grave quiebra y una desprotección del trabajador¹⁵¹³. Todo ello, sin perjuicio de que posteriormente el INSS se dirija contra el empresario incumplidor¹⁵¹⁴.

En cuarto lugar, si una vez iniciado el pago de la prestación por IT se extinguiese la relación laboral, se cuestiona en sede doctrinal si estará o no obligado el empresario a seguir abonándole el subsidio económico hasta que finalice el decimoquinto día de baja¹⁵¹⁵. Debido al carácter de prestación pública que tiene la incapacidad temporal, cuando finalice el contrato de trabajo, sea cual fuere la causa, deberá seguir manteniendo el pago del subsidio. Sin embargo, no parece que sea muy razonable mantener que sea el empresario el sujeto obligado a sufragar este gasto, debiéndose aplicar en este

¹⁵¹² MARTÍN VALVERDE, A: "Incapacidad Laboral Transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia"... op.cit., página: 606. DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción"... op.cit., página: 61. ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*...op.cit., página: 249. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: "Incapacidad temporal y maternidad"... op.cit., página: 13. PÉREZ ALONSO, M.A: "La responsabilidad empresarial en la incapacidad temporal", en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página: 368. OLARTE ENCABO, S: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*... op.cit., página: 54. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*... op.cit., páginas: 115 y siguientes. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 334. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 166.

¹⁵¹³ BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., páginas: 154 y 166.

¹⁵¹⁴ PÉREZ ALONSO, M.A: "La responsabilidad empresarial en la incapacidad temporal"... op.cit., página: 368. PEÑA OBIOL, S: "La empresa y la incapacidad temporal"... op.cit., páginas: 527 y 528. SALINAS MOLINA, F: "Incapacidad Temporal y Jurisprudencia Unificadora"... op.cit., página: 3236.

Véase también las sentencias del TS de 15 de junio de 1998 (RJ 1998, 5796) y de 8 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9873).

¹⁵¹⁵ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*... op.cit., páginas: 131. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 335. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., páginas: 165 y 166.

supuesto, las mismas reglas vistas para cuando el sujeto caiga en desempleo mientras se esté de baja. Es decir, será la entidad gestora o colaboradora la que deba asumir el pago de IT una vez terminada la relación contractual¹⁵¹⁶.

El último de los problemas que se plantean, gira en torno a la problemática de las recaídas. En este sentido, el artículo 131.1 de la LGSS al establecer la obligación directa del empresario, no distingue si ese pago se refiere a cada proceso de incapacidad temporal o si se acumulan en caso de que no hubiesen transcurrido aun seis meses y se trate de la misma patología que originó la vez primera. La doctrina científica mayoritaria opina, que en caso de recaída no se debe reiniciar el mecanismo de los doce días de baja, por lo que solamente se volverán a aplicar cuando se traten de hechos nuevos¹⁵¹⁷.

1.2.1.2. Colaboración voluntaria

El artículo 77 de la LGSS establece, que las empresas individualmente consideradas y en relación con su propio personal, podrán colaborar de forma voluntaria en la gestión de la incapacidad temporal, asumiendo exclusivamente alguna o algunas de las formas siguientes: a) pagando la prestación por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, así como las prestaciones de asistencia y recuperación profesional, incluido el subsidio que corresponda durante al indicada situación y; b) abonando directamente las prestaciones por incapacidad temporal derivadas de enfermedad común o accidente no laboral.

Antes de la reforma operada por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, por la que modificada el artículo 77 de la LGSS y su normativa de desarrollo, constituida al efecto, por la Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la

¹⁵¹⁶ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 131. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 294 y 295. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 336. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 165. En contra, ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P: "La prestación de ILT: Novedades del RDL 5/1992 de Medidas Presupuestarias Urgentes"... op.cit., páginas: 7 y 8.

¹⁵¹⁷ GARCÍA NINET, J.I: "Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones"... op.cit., página: 60. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 266. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 336 y 337.

gestión del Régimen General de la Seguridad Social¹⁵¹⁸, las empresas podía colaborar en la gestión de la incapacidad temporal derivada por riesgo comunes, asumiendo tanto la asistencia sanitaria¹⁵¹⁹, como el pago de la prestación¹⁵²⁰. Sin embargo, tras esta modificación normativa, desaparece de la vigente LGSS el apartado b) del artículo 77, de tal forma, que solamente pueden asumir ahora las empresas la prestación económica por contingencias comunes¹⁵²¹. Y en lo que se refiere a los procesos que sobrevengan por causas profesionales, se equipara la colaboración voluntarias de las empresas con la de las MATEPs.

Para que las empresas puedan proceder a acogerse a esta forma de colaboración voluntaria por riesgos profesionales¹⁵²², previamente, habrán de cumplir una serie de requisitos específicos que se recogen en la Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social, a saber¹⁵²³:

- Tener más de 250 trabajadores fijos afiliados y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social¹⁵²⁴. No obstante, aquellas empresas que

¹⁵¹⁸ BOE núm. 292, de 7 de diciembre de 1966.

¹⁵¹⁹ No sólo de sus propios trabajadores, sino también los familiares (artículo 8 letra a) de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵²⁰ Establecía el artículo 8 b) de la Orden de 25 de noviembre de 1966: *“Pagar directamente y a su cargo la prestación económica debida a sus trabajadores por incapacidad temporal derivada de las aludidas contingencias, sin que puedan ceder, transmitir o asegurar la gestión de cobertura de la prestación con otra persona o entidad, cualesquiera que sean la naturaleza de éstas y la modalidad o título utilizado”*.

¹⁵²¹ Según prevé la disposición transitoria cuarta de la Ley 2/2008 de Presupuestos Generales del Estado: *“Las empresas que, a 31 de diciembre de 2008 estuvieran acogidas a la modalidad de colaboración regulada en el apartado 1.b) del artículo 77 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, podrán, en su caso y en lo que respecta a la prestación económica de incapacidad temporal, acogerse a la modalidad de colaboración prevista en la letra d) del apartado 1 del artículo 77 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en los términos y condiciones establecidos en la Sección 4.a del Capítulo II de la Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en el Régimen General de la Seguridad Social”*.

¹⁵²² Téngase en cuenta que tras la reforma operada por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, se entiende derogado el artículo 7, entre otros, por el que se establecían las condiciones que debían reunir las empresas que desearan colaborar en los procesos de IT derivados de riesgos comunes.

¹⁵²³ Véase artículo 4.1 letras a), b) y c) y apartado 2 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵²⁴ A partir de la entrada en vigor de la Orden de 16 de enero de 1992, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, fondo de garantía salarial y formación

teniendo a su servicio más de 100 trabajadores fijos y en alta posean instalaciones sanitarias propias, no necesariamente exclusivas de su actividad, podrán solicitar también esta autorización.

- Poseer instalaciones sanitarias propias que sean suficientemente eficaces por reunir la amplitud y nivel adecuados para prestar la asistencia sanitaria que corresponda a la incapacidad temporal derivada de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, exceptuada en su caso la hospitalización quirúrgica.
- Observar un correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación social.

Además, deberán las empresas solicitar una autorización para colaborar voluntariamente en riesgos profesionales¹⁵²⁵. En ella se acreditará el cumplimiento de los requisitos mencionados, debiendo ser acompañada la misma, de un informe elaborado por la representación de los trabajadores. Sobre esta solicitud resolverá la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social¹⁵²⁶, previo informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social y de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social y de las

profesional, contenidas en la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992 (BOE núm. 18 de 21 de enero de 1992), la cifra de 500 trabajadores quedó sustituida por la de 250 (véase Disposición adicional decimosexta.1 de dicha Orden).

¹⁵²⁵ El ejercicio de la colaboración sin la correspondiente autorización o la continuidad en las mismas tras la pérdida de los requisitos legales mínimos exigidos constituirá infracción muy grave (artículo 32.1 y 2 de la LISOS).

¹⁵²⁶ Artículo 14.1 de la Orden de 25 de noviembre de 1966 y 3 del RD 1129/2008, de 4 de julio por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración y se modifica el Real Decreto 438/2008, de 14 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 165, de 9 de julio de 2008).

Entidades Gestoras¹⁵²⁷. Las autorizaciones concedidas serán objeto de registro y comunicación administrativa¹⁵²⁸.

El empresario que se acojan a esta forma de colaboración voluntaria gozará además de una serie de derechos y obligaciones¹⁵²⁹. Así pues, cuando se trate de riesgos profesionales deberán las empresas prestar a su cargo la asistencia sanitaria y pagar las prestaciones económicas por tales contingencias¹⁵³⁰. Cuando las causas de la incapacidad sean debidas a un accidente no laboral o enfermedad común, en esos casos, tan sólo la empresa estará en la obligación de abonar el subsidio a los trabajadores¹⁵³¹.

En lo que se refiere a los derechos¹⁵³², deberán las empresas retener, al efectuar la cotización, la parte de cuota correspondiente a las prestaciones

¹⁵²⁷ Artículo 14.1 y 2 de la Orden de 25 de noviembre de 1966. Además, como bien señala el apartado cuarto de este artículo 14: *“La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de oficio o a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social o las Entidades Gestoras, podrá acordar la suspensión temporal o retirada definitiva de la autorización concedida cuando considere acreditado que han dejado de concurrir las condiciones exigidas para la concesión de la autorización o que no se lleva a cabo correctamente la modalidad de colaboración de que se trate. Los representantes legales de los trabajadores podrán promover a tal efecto la actuación de la Inspección Trabajo y Seguridad social o de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social siempre que la consideren necesaria”*.

¹⁵²⁸ Artículo 15 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵²⁹ Que se detallan en los artículos 5 y 6 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵³⁰ Artículo 5 letras a) y b) de la Orden de 1966.

¹⁵³¹ Con la reforma operada por la Orden de 20 de abril de 1998, por la que se modifica la Orden de 25 de noviembre de 1966 de colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social (BOE núm. 110, de 8 de mayo de 1998), se incorporan al antiguo artículo 5 de la Orden de 1966 las letras c), d) y e), en las que se precisan las siguientes obligaciones:

“c) Destinar los posibles excedentes económicos resultantes de la colaboración a la constitución de una reserva denominada “de estabilización”, que se dotará hasta alcanzar la cuantía equivalente al 15 por 100 de las cotizaciones afectadas a la colaboración obtenidas durante el ejercicio, cuya finalidad exclusiva será atender los posibles resultados negativos futuros que pudieran derivarse del ejercicio de la colaboración.

d) Dar cuenta a los representantes legales de los trabajadores, semestralmente al menos, de la aplicación de las cantidades deducidas de la cuota de Seguridad Social para el ejercicio de la colaboración conforme a lo previsto en el artículo siguiente.

e) Llevar en su contabilidad una cuenta que recoja todas las operaciones relativas a la colaboración”.

¹⁵³² Artículo 6 y 15 ter 2 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

sanitarias y económicas, mediante la aplicación del coeficiente que anualmente se fije por el Ministerio de Trabajo e Inmigración¹⁵³³.

Se han planteado por la doctrina y la jurisprudencia algunos problemas interpretativos derivados de la colaboración voluntaria de las empresas, que podemos resumir en diferentes puntos.

En primer lugar, se discute en torno a quién será el sujeto responsable del pago de la prestación cuando se hubiese extinguido el contrato de trabajo. Se encuentran a este respecto, dos posiciones encontradas. De un lado, la opinión mayoritaria¹⁵³⁴, apoyándose en la doctrina recaída por el TS en unificación de doctrina¹⁵³⁵, defienden, que aun cuando se haya dado por finalizado la relación laboral, la empresa debe seguir abonando la prestación económica en tanto continúe la situación de necesidad. No por el hecho de que se produzca esa llegada a término contractual, la empresa quedará liberada de responsabilidad, pues es la empresa desde el primer instante que asumió la gestión de la IT la responsable de su cobertura hasta el final de la misma. No obstante, la cuantía del subsidio será la equivalente a la de la prestación por desempleo que correspondiera, según el caso, asumiendo la obligación de cotizar el Servicio

¹⁵³³ Establecen los artículos 20 y 21 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012 (BOE núm. 32 de 7 de febrero de 2012), que el coeficiente aplicable a las empresas autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social “... será el 0,055 sobre la cuota que les correspondería satisfacer de no existir la colaboración” (artículo 20). El importe final “... se determinará multiplicando por los coeficientes señalados o la suma de los mismos, en su caso, la cuota íntegra resultante de aplicar el tipo único vigente a las correspondientes bases de cotización” (artículo 21).

¹⁵³⁴ BLASCO LAHOZ, J.F: “La incapacidad temporal por contingencia comunes”... op.cit., página: 68. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 268. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 340 y 341. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 159.

¹⁵³⁵ Véanse, entre otras, las STS de 18 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 9155), 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9556), 19 de enero de 2000 (RJ 2000, 980), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4618), 30 de abril de 2001 (RJ 2001, 4619), 17 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8444), 8 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9873), 14 de junio de 2002 (RJ 2002, 7205). Y las sentencias del TSJ de Cataluña de 27 de julio de 2000 (AS 2000, 4036), 18 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 316059), 12 de julio de 2002 (AS 2002, 2878) y 10 de octubre de 2003 (AS 2003, 3976); Islas Baleares de 21 de noviembre de 2000 (AS 2001, 909) y 7 de febrero de 2001 (JUR 2001, 135038); Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2002 (AS 2002, 3341) y Andalucía/Málaga de 6 de julio de 2006 (AS 2006, 3495).

Público de Salud¹⁵³⁶. De otro lado, la tesis minoritaria¹⁵³⁷, se inclina por hacer una interpretación literal de lo predispuesto en el artículo 77 de la LGSS, considerando que debe ser el INSS el responsable del pago de la IT a partir del momento en que se extinga el contrato de trabajo. Y es que, claramente, esta disposición se refiere a “su propio personal”, es decir, a aquellos trabajadores vinculados a una empresa en el momento en que sobreviene la incapacidad temporal, por lo que no cabe extender de una manera forzada la letra de la ley a supuesto no previstos en ella¹⁵³⁸.

A mi juicio, ambos argumentos resultan bastante convincentes. No obstante, entiendo que debido a las delicadas circunstancias socio-económicas por las que actualmente estamos atravesando, resultará más acorde con la realidad la primera de las opciones señaladas. Cuando las empresas se comprometen a gestionar el pago de la prestación, lo hacen asumiendo todas las consecuencias que ello conlleva, de ahí que deba mantenerse viva dicha obligación hasta que el trabajador recupere sus plenas capacidades. Es más, cabe recordar también, que para estos supuestos se mantienen intactas las formulas de control del artículo 20.4 del ET. Por lo que de admitirse que la entidad gestora prestara su cobertura cuando sobreviniera la extinción de la relación laboral, incitaría, máxime cuando se está en tiempos de crisis, a que las empresas se centrarán más en estas vías de control privado, con la sola intención de extinguir los contratos de trabajo y liberarse así de responsabilidad, lo cual colocaría al trabajador en una situación de desprotección. Además, si la empresa decide revocar en un momento dado aquella colaboración voluntaria, lo normal es que recurra a la vía ya habilitada para ello en la Orden de 25 de noviembre de 1966¹⁵³⁹.

¹⁵³⁶ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I: “Artículo 77. Colaboración de las empresas”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECTORES), CASTRO ARGÜELLES, M^a. A (COORDINADORA): *Ley General de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2009, página: 563.

¹⁵³⁷ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 346 y 347.

¹⁵³⁸ Véase JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 346 a 348. Para esta autora la solución que ofrece el TS en unificación de doctrina resulta controvertida y encauzada a originar conflictos, que podían ser evitados de asumir la entidad estora el pago de la prestación.

En esta misma línea, BALLESTER PASTOR, I: “La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social”, *Tribuna Social*, nº 114, 2000, página: 30.

¹⁵³⁹ En su artículo 14.5: “*Aquellas empresas que, conforme a lo previsto en los números anteriores de este artículo, hubiesen sido autorizadas para colaborar en la gestión de la Seguridad Social en las formas reguladas en las dos secciones anteriores, podrán renunciar, de forma temporal o definitiva, al ejercicio de la misma. El cese voluntario en la colaboración a que se refiere el párrafo anterior, cuya*

Esta misma solución deberá también aplicarse cuando se trate de un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología y se hubiese extinguido el contrato de trabajo, no habiendo transcurrido aun seis meses desde la última baja¹⁵⁴⁰. Y es que, como la recaída constituye una continuación del proceso anterior, resulta lógico que sea la misma empresa que gestionó la primera baja la que asuma el pago por esta recidiva¹⁵⁴¹.

Ahora bien, en caso de insolvencia empresarial, establece el Tribunal Supremo que deberá ser el INSS el que asuma subsidiariamente el pago de la prestación¹⁵⁴². Ya que el hecho, de que la empresa incumpla esa obligación de colaboración con la Seguridad Social, no deberá privar al beneficiario del pago y disfrute de la IT¹⁵⁴³. Y es que, estamos ante un supuesto de colaboración voluntaria en la gestión, no de asunción de competencias exclusivas por parte de la entidad gestora, de ahí que para no que resulte perjudicado el trabajador, deba anticipar el INSS el subsidio, y todo ello sin perjuicio, de que posteriormente, esta entidad repita contra el empresario incumplidor¹⁵⁴⁴.

fecha de efectos deberá coincidir necesariamente con el inicio del año natural siguiente, se instará por la propia empresa mediante solicitud motivada ante la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, acompañada de informe al respecto de los representantes legales de los trabajadores, debiendo ser presentada antes del 30 de septiembre del ejercicio anterior a aquél en que deba tener efectividad”.

¹⁵⁴⁰ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 269. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 341 y 342.

¹⁵⁴¹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 269. Aunque expone esta autora: “resultará más dudoso esta atribución, cuando ésta se produzca habiendo desaparecido la vinculación del trabajador a la empresa, sobre todo si el mismo se encontrara vinculado a otra empresa...”.

¹⁵⁴² Con anterioridad a la STS de 14 de junio del 2000 (RJ 2000, 5115), el TS no preveía que el INSS asumiera ni subsidiariamente, ni directamente el pago de la prestación en caso de insolvencia empresarial. Esta doctrina, sin embargo, ha ido cambiando y matizándose con el paso del tiempo. De hecho tras la misma, todas las sentencias que le han ido sucediendo han venido a admitir la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora. Ver STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2001 (AS 2001, 2010) y 25 de julio de 2010 (JUR 2001, 275509).

En este mismo sentido, BLASCO LAHOZ, J.F: “La incapacidad temporal por contingencia comunes”... op.cit., página: 70.

¹⁵⁴³ STS de 14 de junio de 2000 (Rec. 2358/1999) y 27 de julio de 2003 (Rec. 3499/2002).

¹⁵⁴⁴ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., páginas: 349 y 350. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 343 y 344.

Otra cuestión que se plantea, consiste en la de determinación del sujeto responsable cuando hubiese transcurrido la duración máxima prevista (18 meses). Aquí la doctrina científica argumenta, que debe ser el INSS el que asuma el pago de esta prestación, pues una vez alcanzados los 18 meses se extingue la IT, prorrogándose únicamente sus efectos pero no la situación¹⁵⁴⁵. Basan este razonamiento, principalmente, en la disposición adicional quinta del RD 1300/1995, de 21 de julio, en donde se expresa, que una vez terminados los 18 meses de duración a que se refiere al artículo 131 bis de la LGSS, el INSS se hará cargo de su pago.

Por el contrario, la jurisprudencia se apoya en la disposición adicional tercera, párrafo segundo de la orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social¹⁵⁴⁶. Y entienden, que cuando se extinga la situación de incapacidad temporal por el transcurso de la prórroga de seis meses a la que se refiere el apartado a) del artículo 128.1 de la LGSS, cesará la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, debiendo por consiguiente, la empresa continuar con el pago voluntario de la prestación, hasta su calificación como incapacidad permanente¹⁵⁴⁷.

En efecto, como viene establece la profesora FERNÁNDEZ PRATS, ambas disposiciones se refieren a dos situaciones diferentes. Así pues, mientras que la primera hace referencia a cuando se haya superado los dieciocho meses de duración, en la segunda por el contrario, todavía no se ha alcanzado el plazo máximo de duración que prevé la ley. Por lo que, el pago de la prestación corresponderá a la empresa en tanto dure la IT¹⁵⁴⁸, a partir de ese momento pasará al INSS, ya que se trata de un período de prórroga de efectos (de la IT) hasta su calificación como incapacidad permanente¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁵ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 343 a 345.

¹⁵⁴⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 345.

¹⁵⁴⁷ Aplica analógicamente la jurisprudencia, el mismo criterio anteriormente visto para las situaciones de extinción del contrato de trabajo y pago de la IT por la empresa colaboradora.

¹⁵⁴⁸ O sea, hasta el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal (18 meses).

¹⁵⁴⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 346 y 347. Esta misma interpretación la realiza, BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas: 161 y 162. Este último autor precisa, que

1.2.1.3. La responsabilidad obligatoria: el pago delegado

Con independencia de cual fuese el riesgo a cubrir y la entidad encargada del pago de la prestación, las empresas estarán obligadas a anticipar, a través del mecanismo de pago delegado, las situaciones provenientes de una incapacidad temporal¹⁵⁵⁰. Se trata de un mecanismo de colaboración con el sistema de Seguridad Social que pretende agilizar el efectivo abono o dispensación inmediata del subsidio, al tiempo que hace partícipes a las empresas del control en todos estos procesos¹⁵⁵¹. Por tanto, mediante esta fórmula, se descentraliza de una manera imperativa en las empresas, cualquiera que sea el número de trabajadores¹⁵⁵², el pago de la contingencia para posteriormente serle reintegrado en la misma cuantía económica¹⁵⁵³. De manera, que en ningún momento, la entidad gestora pierde su condición de sujeto obligado y responsable del pago de las prestaciones a las que se refiere el artículo 41.1 de la LGSS¹⁵⁵⁴.

Esta colaboración obligatoria comprenderá, tanto el pago de las incapacidades temporales provenientes de accidente no laboral y enfermedad común, como las provenientes por causas profesionales¹⁵⁵⁵. Así pues, comenzará el pago de

para el supuesto de que se trate de una IT por contingencias profesionales, cuando transcurra el período máximo previsto para la misma, deberá abonar el pago de la prestación la entidad con quién tuviera asegurado ese riesgo (último párrafo del apartado primero de la disposición adicional quinta del RD 1300/1995).

¹⁵⁵⁰ Artículo 77.1 letra c) de la LGSS.

¹⁵⁵¹ STS de lo Contencioso-Administrativo, de 30 de enero de 1995 (Rec. 2141/1992).

¹⁵⁵² Artículo 3 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵⁵³ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I: "Artículo 77. Colaboración de las empresas" ... op.cit., página: 559.

¹⁵⁵⁴ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I: "Artículo 77. Colaboración de las empresas" ... op.cit., página: 559.

¹⁵⁵⁵ Artículo 16.1 b) y c) de la Orden de 25 de noviembre de 1966. A parte de estas situaciones, se prevén también en este mismo artículo, el pago de otras prestaciones:

- Las asignaciones familiares periódicas correspondientes al régimen de protección a la familia (éste debe entenderse sin efecto a día de hoy. Así pues, las empresas cesaron en esta colaboración obligatoria el 1º de julio de 1991, gracias a la disposición adicional 4ª del Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo, que fue derogada por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre-).

esta prestación cuando se trate de riesgos comunes a partir del decimosexto día de baja¹⁵⁵⁶, y en caso de contingencias profesionales (incluido el período de observación por enfermedades profesionales) al día siguiente al de la concesión del parte médico de baja. Abonándose el respectivo subsidio por períodos vencidos, debiendo coincidir estas fechas con las mismas en las que se hacía efectivo el pago del salario¹⁵⁵⁷. Al igual que sucedía antes de que fuese suspendida la relación laboral, el empresario tendrá que liquidar estas cantidades “*en moneda de curso legal o mediante tablón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe al comité de empresa o delegados de personal*” (artículo 29.4 del ET).

En caso de pluriempleo, cada una de las Empresas afectadas abonará al trabajador en régimen de pago delegado la parte de subsidio que corresponda a la base por la que se haya cotizado en la Empresa¹⁵⁵⁸.

En todos estos casos, el pago de la prestación no afectará para nada a la dinámica de la prestación (nacimiento, duración y extinción), ni a las competencias de los sujetos responsables del reconocimiento, pago, gestión y control de la prestación¹⁵⁵⁹.

Los empresarios podrán descontarse del pago de las cuotas a las Seguridad Social las cantidades abonadas en concepto de pago delegado. Para ello, las Empresas reflejarán en los impresos correspondientes a la liquidación de cuotas el importe de las prestaciones abonadas, de forma detallada y con determinación nominal de los trabajadores a quienes se hayan satisfecho aquéllas¹⁵⁶⁰. Así pues, dentro de estas cantidades compensadas, no se podrán

-
- Subsidio de desempleo parcial, como consecuencia de la reducción de la jornada laboral o de los días de trabajo, debidamente autorizada por la autoridad laboral competente.

¹⁵⁵⁶ Recordemos que desde el día cuarto hasta el decimoquinto de baja, la empresa deberá abonar de manera directa el pago de la prestación.

¹⁵⁵⁷ Artículo 6.4 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 (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social. En cambio, cuando el pago es realizado por la entidad gestora o la MATEP, el subsidio debía de ser abonado por períodos semanales.

¹⁵⁵⁸ Artículo 7.4 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 (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁵⁵⁹ STS de 12 de febrero de 1993 (Rec. 1335/1992).

¹⁵⁶⁰ Artículo 20.1 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

incluir los periodos a cargo exclusivo de la empresa ni las eventuales mejoras reconocidas¹⁵⁶¹. Cuando las empresas no hubiesen ingresado las cuotas de la Seguridad Social dentro del plazo reglamentario, no procederá la compensación de tales cantidades, debiendo solicitar el pago de sus respectivos créditos frente a la Tesorería General de la Seguridad Social o entidad gestora correspondiente¹⁵⁶².

Se iniciará el pago de esta prestación, cuando el trabajador demuestre su falta de capacidad para trabajar mediante la presentación del parte de baja¹⁵⁶³ y además, cumpla con los requisitos que se establecen por la LGSS¹⁵⁶⁴. Si el trabajador no hubiera cubierto en la Empresa el periodo de cotización reglamentariamente exigido para tener derecho a esta prestación, podrá acreditarlo bajo su responsabilidad, mediante una declaración en la que se haga constar el tiempo trabajado en otras empresas para así completar el referido periodo¹⁵⁶⁵.

Ahora bien, si el empresario efectuara el pago cuando no le hubiese sido reconocido el disfrute de este derecho al trabajador, entonces estará éste facultado para exigirle la devolución de aquellas cantidades al trabajador¹⁵⁶⁶. Previsión que fue en un principio reconocida por el Tribunal Supremo, razonando que se trataba de un error debido a la falta de diligencia del empresario, por lo que aun cuando se descontara de las cuotas debidas a la Seguridad Social la parte correspondiente al subsidio indebidamente pagado, recaería bajo su responsabilidad la solicitud de su reembolso¹⁵⁶⁷. Por tanto,

¹⁵⁶¹ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I: "Artículo 77. Colaboración de las empresas"... op.cit., página: 561.

¹⁵⁶² Artículo 26.2 párrafo segundo de la LGSS. En cambio, el artículo 20.2 de la Orden de 25 de noviembre de 1966 establece: "*Las Empresas que no habiendo ingresado las cuotas de la Seguridad Social dentro del plazo reglamentario dejen transcurrir el mes natural inmediatamente siguiente a la expiración de dicho plazo, no podrán reintegrarse del importe de las prestaciones satisfechas a sus trabajadores que correspondan al mismo periodo que las cuotas*".

¹⁵⁶³ Artículo 17.1 b) de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵⁶⁴ En caso de enfermedad común, deberá tener el trabajador cubierto un periodo de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional no se exigirá ningún período de previo de cotización (artículo 130 letras a) y b) de la LGSS).

¹⁵⁶⁵ Artículo 17.1 c) de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵⁶⁶ Artículo 18 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵⁶⁷ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 362.

debía en estos casos, el empleador dirigirse directamente contra el beneficiario de dicha prestación. Sin embargo, con el paso del tiempo, esta doctrina fue modificada por el TS, de tal modo que ahora, el único sujeto facultado para reclamar las prestaciones indebidamente satisfechas es la entidad gestora, y no en cambio, la empresa que colabora obligatoriamente¹⁵⁶⁸.

No obstante a lo anterior, cabe señalar, que no será de aplicación esta regla, cuando el no reconocimiento del derecho a la prestación se deba a la inexactitud de la declaración formulada por el trabajador para acreditar que tiene cubierto el periodo de cotización exigido, en cuyo supuesto el empresario podrá efectuar el correspondiente reintegro, sin perjuicio de que la entidad gestora exija al trabajador las responsabilidades que procedan¹⁵⁶⁹.

Esta obligación de pago delegado durará mientras permanezca el estado de necesidad del trabajador, o sea, mientras se encuentre percibiendo la prestación por incapacidad temporal y se mantenga vigente la relación laboral¹⁵⁷⁰. Llegado a término el plazo máximo de duración que prevé el artículo 128.1 a) de la LGSS, el INSS o la Mutua en su caso, procederán al pago directo de la prestación. Ahora bien, cuando no se hubiese alcanzado el plazo máximo de 18 meses, y fuese propuesto el trabajador como incapaz permanente, entiendo que también deberá cesar la empresa en esa obligación, debiendo el INSS o la entidad colaboradora hacerse responsable del pago de la prestación, sin perjuicio de la obligación de cotizar¹⁵⁷¹.

Por tanto, en principio, según lo expuesto, las empresas deberán abonar en concepto de pago delegado el subsidio por IT hasta alcanzar la duración máxima fijada por la ley en 18 meses. No obstante, tras las modificaciones operadas por las leyes 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado y 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, se han introducido importantes alteraciones en cuanto a la

¹⁵⁶⁸ STS de 2 de abril de 2003 (Rec. 2723/2002) y 11 de diciembre de 2003 (Rec. 582/2003).

¹⁵⁶⁹ Artículo 18 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵⁷⁰ Cuando finalice la relación laboral cesará también la empresa en su obligación de pago delegado, debiendo en ese caso, la entidad gestora competente asumir esa obligación de pago, sin perjuicio del cese de la obligación de cotizar (STS de 20 de diciembre de 1991, recurso 962/1991; y de 29 de febrero de 1992, recurso 1150/1991). En este mismo sentido, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 261.

¹⁵⁷¹ Recordemos que durante esta situación no se prorroga la situación de IT, sino únicamente sus efectos. Disposición adicional tercera de la Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social.

determinación de la entidad responsable de la gestión y control de la prestación¹⁵⁷². De ahí que se prevea, que durante la prórroga de seis meses de la IT, la prestación económica sea abonada en régimen de pago directo por la entidad gestora o colaboradora responsable. Debiendo este pago efectuarse a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de Resolución del Director Provincial en que se haya reconocido la prórroga expresa de la IT¹⁵⁷³.

A parte de los supuestos que hemos mencionado de finalización de la obligación de pago delegado, se establecen también en la ley otros supuestos excepcionales¹⁵⁷⁴:

- Las Empresas que empleen menos de 10 trabajadores y lleven más de seis meses consecutivos pagando a alguno de ellos una prestación económica por incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, podrán trasladar en cualquier momento la obligación del pago directo de la misma al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en su caso, Mutua de Accidentes de Trabajo, por cuya delegación lo viniesen efectuando. El traslado de la indicada obligación deberá tener efecto coincidiendo con el comienzo de un mes natural y comunicarse a la Entidad correspondiente con una antelación mínima de quince días¹⁵⁷⁵.
- Cuando la autoridad laboral hubiese concedido a la empresa el aplazamiento o fraccionamiento para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social. En ese caso, podrá la empresa dejar de abonar el pago delegado a sus trabajadores incapacitados, por el periodo que

¹⁵⁷² A partir de los 12 meses de duración, el INSS será la única entidad responsable de la gestión y control de la prestación.

¹⁵⁷³ Véanse las Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social.

En este mismo sentido, se pronuncia el artículo 2.1 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre, en donde se prevé: *“La colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación económica por incapacidad temporal cesará el último día del mes en que la entidad gestora competente haya dictado la resolución en la que se declare expresamente la prórroga de dicha situación o la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, de conformidad con lo previsto en el artículo 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social”*.

¹⁵⁷⁴ BALLESTER PASTOR, I: *“La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social”*... página: 17. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... op.cit., página: 261. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 368 y 369.

¹⁵⁷⁵ Artículo 16.2 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

alcance dicho aplazamiento¹⁵⁷⁶. Del mismo modo, podrá seguirse esta regla cuando la Administración Laboral que autorice las medidas reductoras de la jornada laboral determine su abono por la entidad gestora, en atención a las dificultades económicas de la empresa¹⁵⁷⁷.

- Cuando el pago delegado se haga por cuenta de una Mutua, la colaboración empresarial podrá suspenderse por la Administración, a instancia de la Mutua, cuando se considere necesario para el mejor control de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes¹⁵⁷⁸.

Por último, cabe hablar de qué sucede cuando el empresario incumple el deber de pago delegado. En ese caso, el trabajador deberá poner en conocimiento del INSS o Mutua colaboradora el incumplimiento de dicha obligación, debiendo éstas pasar a hacerse cargo del abono de la prestación de una manera subsidiaria¹⁵⁷⁹, ya que como se ha dicho, la empresa no es la responsable directa del pago de la incapacidad temporal, sino la entidad gestora o colaboradora¹⁵⁸⁰. Por tanto, de conformidad con el principio de automaticidad de las prestaciones, se deberá anticipar al acreedor de la prestación el subsidio dejado de pagar, y ello sin perjuicio, de la repetición contra la empresa incumplidora y las responsabilidades administrativas en las que haya incurrido como consecuencia de tal incumplimiento (artículo 22.4 de la LISOS)¹⁵⁸¹. La Inspección de Trabajo, de oficio, a propuesta de las Entidades Gestoras o, en su caso, de las Mutuas Patronales, por cuya delegación se abonan las prestaciones o a instancia de los trabajadores interesados, podrá

¹⁵⁷⁶ Artículo 16.3 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵⁷⁷ Artículo 16.4 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵⁷⁸ Artículo 80.4 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre que aprueba el Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional de la Seguridad Social.

¹⁵⁷⁹ Menciona el artículo 19 de la Orden de 25 de noviembre de 1966, que ante la reclamación del trabajador acreedor del subsidio no percibido, el INSS o la Mutua en su caso, adoptarán con toda urgencia las medidas necesarias, para que se corrija esta falta o deficiencia, entre las cuales se encuentran la de anticipar el pago de la prestación.

¹⁵⁸⁰ Véase las sentencias del TJ de Cataluña de 27 de abril de 1998 (AS 1998, 2071) y de 15 de diciembre de 1999 (AS 2000, 1130). En ambas, se examina un supuesto en el que el empresario incumple con ese deber de pago delegado, debiendo asumir la Mutua de Accidentes de Trabajo el abono de la prestación de una manera subsidiaria.

¹⁵⁸¹ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I: "Artículo 77. Colaboración de las empresas" ... op.cit., página: 561.

comprobar el cumplimiento por las empresas de esta obligación de colaboración¹⁵⁸².

La doctrina se ha cuestionado en este punto, determinar cual es el plazo del que dispone el trabajador para solicitar de la entidad gestora o colaboradora competente el pago de la prestación. Así pues, surge la duda de si se debe aplicar el plazo de prescripción de cinco años (artículo 43.1 de la LGSS) o el de caducidad de un año (artículo 44.2 de la LGSS)¹⁵⁸³.

Como ya se ha visto en otros capítulos¹⁵⁸⁴, el disfrute de este derecho queda condicionado a la simple presentación por parte del trabajador de los correspondientes partes médicos de baja y confirmación de la baja. Y es que, rige aquí el principio de oficialidad, por lo que una vez que haya nacido este derecho, deberá serle abonado al trabajador el pago de la prestación, de lo contrario, tendrá éste que poner en conocimiento de las entidades responsables (INSS o Mutua), dicho incumplimiento. Es decir, una vez que el derecho se ha reconocido, tan sólo le queda al sujeto efectuar la acción o ejercicio de solicitud de atribución de reconocimiento del pago del mismo¹⁵⁸⁵. Por lo que en ese caso, rige de manera inmediata el plazo de caducidad de un año¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸² Ver artículo 21 de la Orden de 25 de noviembre de 1966.

¹⁵⁸³ BALLESTER PASTOR, I: "La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social"... página: 27. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 254. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 364.

¹⁵⁸⁴ Véase Capítulo IV, concretamente el apartado relativo al nacimiento del derecho a la prestación económica por incapacidad temporal.

¹⁵⁸⁵ Señala a este respecto la profesora Julia Muñoz Molina, que "... la petición del trabajador no condiciona el nacimiento del derecho ni implica la aplicación del plazo de prescripción de cinco años...".

¹⁵⁸⁶ Y es que, los derechos prescriben y las acciones caducan. En este caso el derecho a la incapacidad temporal ya le ha sido reconocida al trabajador, por lo que no entra en juego la regla de prescripción que establece el artículo 43.1 de la LGSS. Sin embargo, para que el trabajador pueda disfrutar del ejercicio de ese derecho debe solicitar la "acción de reconocimiento" (caducidad).

1.2.1.4. Responsabilidad empresarial por falta de cumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización con respecto a sus trabajadores¹⁵⁸⁷.

El trabajador podrá acceder a la prestación por incapacidad temporal siempre que cumpla con los requisitos que se establecen en el artículo 124.1 de la LGSS, esto es, afiliación y alta, pero además, deberá el mismo acreditar que reúne el periodo de cotización específico que se prevé para esta prestación¹⁵⁸⁸. Cuando el trabajador no reúna alguno de estos elementos, con motivo de un incumplimiento irresponsable del empresario de sus obligaciones, entonces entrarán en funcionamiento las reglas que se prevén en el artículo 126 de la LGSS. Y es que por medio de este mecanismo, se pretende no solo sancionar al trabajador, sino también obligarle a que cumpla con los deberes que le vienen impuestos por vía legal¹⁵⁸⁹.

En caso de que se produzca un supuesto de falta de cumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones de afiliación, alta y/o cotización, entrarán en escena, de una manera automática, una serie de sujetos que procurarán solventar todas estas deficiencias, evitando así situaciones de indefensión para el trabajador. No obstante, debido a esa falta de equiparación entre los distintos riesgos que se presentan, esto es, los derivados por accidente no laboral y enfermedad común, y los provenientes de contingencias profesionales (accidente de trabajo, enfermedad profesional y período de observación por enfermedad profesional), observamos como en la práctica, esa protección que trata de dispensarse al trabajador difiere notablemente y de una manera, discriminada.

A lo anterior, se le suma el hecho de la insuficiente regulación existente al respecto. Así pues, hoy por hoy, la normativa que existe en esta materia se encuentra conformada por los artículos 126 y 41 de la LGSS. Y claro está, a falta de un desarrollo reglamentario, la jurisprudencia solventa semejante defecto, afirmando la vigencia transitoria de los artículos 94, 95 y 96 del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966 (LSS)¹⁵⁹⁰. Quizás por todas

¹⁵⁸⁷ Debe relacionarse este apartado con el Capítulo II de esta investigación, en particular, el punto 2. "Requisitos de acceso a la prestación".

¹⁵⁸⁸ Artículo 124.2 de la LGSS, que remite al artículo 130 de la LGSS.

¹⁵⁸⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 348.

¹⁵⁹⁰ La jurisprudencia realiza esta interpretación de conformidad con lo que establece la Disposición Transitoria 2ª del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, dictado en desarrollo de la Ley 24/1972, de 21 de junio.

estas razones, debamos de recurrir a la interpretación que realiza la jurisprudencia, en donde de una manera u otra, se tratan de solventar estas lagunas y ambigüedades¹⁵⁹¹.

A continuación voy a pasar a analizar de una manera separada ambos supuesto de incumplimiento empresarial.

- Falta de afiliación y alta del trabajador¹⁵⁹².

El empresario, respecto a los trabajadores a su servicio incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, deberá responder por la falta de afiliación y alta, sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta o de pleno derecho¹⁵⁹³.

El incumplimiento de las obligaciones que le corresponden al empresario va a determinar una serie de responsabilidad, en orden al pago de las prestaciones. Así pues, el punto de partida lo constituye el artículo 126.2 de la LGSS en donde se imputa al empresario la responsabilidad directa por el pago de las prestaciones derivadas de una incapacidad temporal por causas comunes. Por tanto, cuando no se produzca el alta o la afiliación del trabajador, el empleador quedará como único responsable del abono de la prestación, sin que el INSS tenga siquiera la obligación de anticipo¹⁵⁹⁴.

En cambio, cuando la razón que da origen al nacimiento de una incapacidad temporal se deba a un accidente de trabajo, enfermedad profesional o período de observación por enfermedades profesionales, en ese caso, regirá el “principio de automaticidad de las prestaciones” (artículo 126.3 de la LGSS). De acuerdo con este principio, la entidad gestora de la Seguridad Social o la Mutua de Accidentes de Trabajo, estará en la obligación de anticipar el pago de las prestaciones, cuando el empresario hubiese incumplido sus obligaciones de

¹⁵⁹¹ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J: “Responsabilidad en orden a las prestaciones”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECTORES), CASTRO ARGÜELLES, M^a.A (COORDINADORA): *Ley General de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2009, página: 903.

¹⁵⁹² Véase el apartado 2.1. “Afiliación, alta y situación asimilada al alta”, ubicado en el Capítulo II de esta tesis doctoral.

¹⁵⁹³ Véase artículo 126.2 de la actual LGSS y artículo 94.2 a) de la LSS de 1966.

¹⁵⁹⁴ Véase la STS 9 de abril de 2001 (RJ 2001, 4895).

afiliación y alta¹⁵⁹⁵. Aquí, el empresario será responsable directo de la prestación, no obstante, el INSS o la Mutua se subrogarán en el pago del subsidio por IT¹⁵⁹⁶, pudiendo repetir contra el empresario en un momento posterior exigiéndole el abono de la misma. Se trata así de no dejar desamparado al trabajador por la falta de incumplimiento del empleador de sus obligaciones de afiliación y alta.

Cuando el empresario tenga concertado con una Mutua de Accidentes de Trabajo la cobertura de las situaciones derivadas de una incapacidad temporal y no se encuentren dados de alta los trabajadores de esa empresa, deberá la Mutua anticipar el pago de las prestaciones¹⁵⁹⁷. En efecto, como bien señala la doctrina, al existir un convenio de colaboración que vincula a la MATEP con la empresa, deberá ésta subrogarse en la posición empresarial y asumir la protección de la totalidad de los trabajadores de las empresas con las que tenga asegurada los riesgos¹⁵⁹⁸.

Tal y como señala la jurisprudencia emana del TS¹⁵⁹⁹, la Mutua que anticipe el pago de las prestaciones, podrá repetir contra el empresario y subsidiariamente contra el INSS y la TGSS, ya que son éstos continuadores del antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo¹⁶⁰⁰. Ahora bien, para que pueda la

¹⁵⁹⁵ “No existe obligación subsidiaria ni obligación de anticipo por parte del INSS, que sólo son exigibles para las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, en las que se entiende producida el alta de pleno derecho del trabajador” (STS de 14 de junio de 2000, RJ 2000, 5116).

¹⁵⁹⁶ Como bien expone el artículo 126.3 de la LGSS, este pago también se producirá cuando se trate de empresas desaparecidas o que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de apremio.

¹⁵⁹⁷ STS de 24 de mayo de 1996 (RJ 1996, 4616).

¹⁵⁹⁸ GALA DURAN, C: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social...* op.cit., página: 83. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 278. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 351.

¹⁵⁹⁹ “La responsabilidad subsidiaria del INSS, una vez declarada la insolvencia de la empresa, comprende no sólo el abono a la Mutua de las prestaciones o indemnizaciones económicas que ésta ha anticipado, sino que se extiende también al pago de los gastos de asistencia sanitaria que ha satisfecho” (STS 12 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9646).

Véase también, la STS de 18 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 3048).

¹⁶⁰⁰ El Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo se constituyó por la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, para garantizar al beneficiario el pago de las prestaciones por contingencias profesionales, en los supuestos de insolvencia de su responsable. Extinguido por el Real Decreto Legislativo 36/1978, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, sus cometidos fueron asumidos desde entonces por el INSS con responsabilidad compartida con la Tesorería

Mutua pueda exigir esta responsabilidad, se necesita la previa declaración de insolvencia empresarial¹⁶⁰¹.

Por último, el artículo 126.3 párrafo segundo de la LGSS, establece un límite a esa posibilidad de anticipo de las prestaciones, y es que: “... *en ningún caso, podrá exceder la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, o en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las Entidades gestoras, Mutuas o Servicios*”¹⁶⁰². Esta medida, claramente supone un recorte en cuanto a las garantías que les corresponden a todos los trabajadores ante supuestos de incumplimiento empresarial. De ahí, que la doctrina critique duramente esta medida en base a la vulneración que ello produce sobre el derecho constitucional a una Seguridad Social Pública (artículo 41 de la CE)¹⁶⁰³.

- Falta de cotización¹⁶⁰⁴.

La responsabilidad empresarial por el incumplimiento de sus obligaciones, debe también extenderse a los supuestos en los que se acredite un defecto en el pago de las cotizaciones de los trabajadores (artículo 126.2 LGSS y 94.2 b)

General de la Seguridad Social. Véase en este sentido, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J: “Responsabilidad en orden a las prestaciones” ... op.cit., página: 908.

¹⁶⁰¹ Artículo 126.3 en su párrafo tercero de la LGSS.

Hasta la reforma operada por Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, el artículo 126 no contemplaba ninguna previsión sobre la necesidad de una declaración formal, administrativa o judicial, de la insolvencia, como paso previo para exigir del responsable subsidiario el cumplimiento de su obligación. Este silencio legal, fue corregido con la introducción de este párrafo tercero. En este sentido, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J: “Responsabilidad en orden a las prestaciones” ... op.cit., página: 910.

¹⁶⁰² Apartado que fue añadido por el artículo 34.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

¹⁶⁰³ Véase con detenimiento la exposición que realiza la profesora Celia Fernández Prats, sobre el tratamiento diferenciado que en esta materia reciben los supuestos de IT derivados de riesgos comunes y los provenientes de causas profesionales. Todo ello interpretado a la luz del artículo 41 del Texto Constitucional y los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos sobre este asunto. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 351 a 353.

¹⁶⁰⁴ Relaciónese este tema, con el apartado 2.2. “Período mínimo de cotización”, recogido en el Capítulo II de este trabajo.

de la LSS¹⁶⁰⁵). Asimismo, las prestaciones ingresadas fuera de plazo no exonerarán de la responsabilidad empresarial, salvo cuando se conceda un aplazamiento o fraccionamiento¹⁶⁰⁶. No obstante, el artículo 95.4 de la LSS de 1966 establece, que podrán moderarse reglamentariamente estos supuestos cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores. Cabe señalar, que este desarrollo reglamentario aun no se ha producido, por lo que habrá de acudirse a los criterios que marca nuestra jurisprudencia¹⁶⁰⁷.

Los tribunales han ido creando en torno a esta materia una extensa doctrina, que si bien, ha ido cambiando y sufriendo modificaciones con el paso del tiempo. De ahí que debemos admitir, que no siempre se ha seguido el mismo tratamiento ante los supuestos de incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones de cotización.

En un principio, la diferenciación que se hizo fue entre los descubiertos puntuales o de corta duración y los prolongados o permanentes. El TS venía a solventar aquí los problemas que se planteaban, atribuyendo al INSS o la entidad colaboradora, la responsabilidad de su pago pero sólo cuando se estuviera en el primero de los casos. Así pues, se trataban de impagos esporádicos y que evidenciaban la inexistencia de una verdadera voluntad empresarial rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, a diferencia del segundo de los supuestos¹⁶⁰⁸, por lo que tampoco debía proceder la declaración de la responsabilidad del mismo¹⁶⁰⁹.

Esta línea primera fue posteriormente desplazada, introduciéndose la famosa “teoría del daño”¹⁶¹⁰. De acuerdo con este nuevo criterio, había que diferenciar si ese incumplimiento empresarial produce o no consecuencias gravosas para

¹⁶⁰⁵ Concretamente en este artículo 94.2 b) de la LSS de 1966 se precisa, que debe haberse iniciado el segundo mes siguiente al de la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago.

¹⁶⁰⁶ Véase artículo 94.2 b) de la LSS de 1966.

¹⁶⁰⁷ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 278.

¹⁶⁰⁸ Aquí el responsable directo del pago debe ser la empresa.

¹⁶⁰⁹ STS de 17 de septiembre de 2001 (Recurso de casación número 1904/2000).

¹⁶¹⁰ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 279. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J: “Responsabilidad en orden a las prestaciones” ... op.cit., página: 906. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 354.

el trabajador¹⁶¹¹. Cuando por esa falta de cotización, no se hubiesen producido daños, ya que el período de carencia ha sido completado, en ese caso, no se exigirá responsabilidad al empresario. Mientras que por el contrario¹⁶¹², cuando ese incumplimiento tenía transcendencia para el reconocimiento de la cuantía de la prestación, entonces sí debían de aplicarse las reglas que establece el artículo 126 de la LGSS¹⁶¹³, pues deberá tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad¹⁶¹⁴ y ponderación¹⁶¹⁵.

¹⁶¹¹ Ver STS de 8 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3970).

¹⁶¹² Debiendo responder por esa falta de cotización el empresario. En este sentido, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 355.

¹⁶¹³ Señala GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J: “Responsabilidad en orden a las prestaciones”... op.cit., página: 906, lo siguiente: *“la justificación de esta doctrina se halla –incluso- en criterios de legalidad constitucional, puesto que el incumplimiento de la obligación de cotizar no extingue las relaciones de Seguridad Social, sino que el impago de las cotizaciones constituye una infracción sancionable administrativamente y da lugar al cobro de dichas cotizaciones por vía ejecutiva con abono de los recargos procedentes, de forma que para no vulnerar el principio constitucional «non bis in idem» la responsabilidad empresarial tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, pues en otro caso se sancionaría dos veces la misma conducta (sanción administrativa directa e indirecta), en términos que no puede autorizar una regla (artículo 94.3 LSS) que tiene valor reglamentario y es preconstitucional”*.

¹⁶¹⁴ *“Uno de los principios de la responsabilidad por daños que la jurisprudencia tiene en cuenta para la atribución al empresario de la responsabilidad directa de las prestaciones es el de proporcionalidad, que exige una mínima adecuación entre la gravedad del incumplimiento y el trascendental resultado de imputar a la empresa la responsabilidad en orden a las prestaciones”* (STS de 31 de mayo de 1980 (RJ 1980, 2312). También las sentencia del TS de 25 de enero de 1999 (RJ 1999, 2476); 16 de mayo de 2006 (RJ 2006, 3113).

“De esta manera, no sólo se ha liberado de responsabilidad a la empresa cuando los descubiertos son ocasionales, sino que cuando se le ha de imputar responsabilidad por los descubiertos reiterados sean temporales o por cotización inferior a la debida, se hace responsables a la empresa y al INSS, pero en proporción a la influencia del defecto de cotización que haya tenido en la cuantía de la prestación” (STS de 3 de abril de 2007, RJ 2007, 3392).

¹⁶¹⁵ *“Otro de los principios del derecho de la responsabilidad por daños es el de ponderación de la voluntad del agente, al menos cuando la responsabilidad imputada tiene, como sucede en los supuestos de la responsabilidad empresarial directa de prestaciones de Seguridad Social, un componente sancionador de conductas de incumplimiento de quien colabora en los procedimientos aseguratorios pero no es el responsable del acción protectora. De acuerdo con este principio se ha exigido..., que la voluntad de incumplimiento empresarial sea nítida y persistente, y no provenga de un error jurídico inexcusable”* (STS de 21 de marzo de 2001, RJ 2001, 4108; 20 de enero de 2003, RJ 2004, 1332; 25 de junio de 2003, RJ 2003, 7692; 16 de junio de 2005, RJ 2005, 7324; y 3 de abril de 2007, RJ 2007, 3392).

Se ha planteado por la doctrina científica¹⁶¹⁶, si puede también hacerse extensible la aplicación de la teoría del daño a aquellas situaciones en las que no se exige un período previo de cotización, esto es, a las incapacidades provenientes de contingencias profesionales y accidente no laboral. En un primer momento, la jurisprudencia fue proclive a la aplicación de esta teoría, sin embargo, posteriormente dejó de aplicarse, ya que se entendió que carecía de completo sentido su utilización cuando para el acceso a estas situaciones de necesidad no se requiere un período previo de cotización¹⁶¹⁷. Por lo tanto, aquí deberá aplicarse las reglas de juego antes examinadas, cuando se trate de incumplimientos esporádicos o permanentes. Así pues, en el primer caso deberá responder la entidad gestora o colaboradora de la prestación, mientras que para el segundo caso, será la empresa la responsable directa, debiendo el INSS o la Mutua anticipar ese pago, y ello sin perjuicio, de que luego le exijan al empresario ese reembolso abonado¹⁶¹⁸.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando el riesgo lo asume una mutua?, ya que recordemos que éstas podrán cubrir tanto los supuestos de incapacidad provenientes de contingencias comunes, como los derivados de riesgos profesionales¹⁶¹⁹. La jurisprudencia a este respecto es clara, argumentando que cuando se trate de una IT por causas profesionales y se declare la insolvencia de la empresa y también la de la Mutua, entonces responderá subsidiariamente el INSS, pero cuando el estado de incapacidad temporal se produzca por un accidente no laboral o enfermedad común, la entidad gestora no se subrogará ante el incumplimiento empresarial, salvo cuando la insolvencia sea de la MATEP¹⁶²⁰. El TS explica este pronunciamiento en base a

¹⁶¹⁶ En este sentido véase, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 279. También FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 355.

¹⁶¹⁷ “Llegar a otra conclusión supondría tanto como eliminar el carácter contributivo de las prestaciones derivadas de riesgos laborales”, tal y como expone, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 356.

¹⁶¹⁸ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, J: “Responsabilidad en orden a las prestaciones”... op.cit., página: 908. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 357.

¹⁶¹⁹ STS de 16 de febrero de 2005 (Rec. 136/ 2004).

¹⁶²⁰ En este sentido, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 280. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 357. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página: 155.

lo que sigue¹⁶²¹: “... no existiendo normas concretas semejantes respecto de las contingencias comunes anticipadas por la Mutua, es claro que no puede aplicarse al INSS la regla de subsidiariedad para el caso de la insolvencia patronal prevista para las profesionales; máxime cuando la Mutua es, de una parte, una entidad colaboradora en la gestión de la Seguridad Social, sujeta a las facultades de dirección y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social¹⁶²² (arts. 67 y 71 LGSS), con lo que la protección del beneficiario queda suficientemente asegurada; y de otra, precisamente por la función aseguradora asumida respecto de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, percibe como contraprestación... la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.

En otras palabras, lo que el Tribunal Supremo ha querido decir, es que cuando un empresario concierte con una Mutua, esto es, una entidad gestora de la Seguridad Social los riesgos provenientes de una incapacidad temporal, no podrá luego el INSS volver a asegurar ese mismo riesgo en última instancia, pues se entiende que la protección con la primera es suficiente. No obstante, debido al régimen privilegiado que reciben las contingencias profesionales sobre las comunes, en caso de que se produzca una insolvencia empresarial, o en su caso, de la Mutua, se permite que el INSS, como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, responda subsidiariamente. Como se puede observar, de nuevo se está volviendo a la diferenciación en función del origen de la incapacidad, lo cual resulta absurdo, pues el resultado es a fin de cuentas el mismo.

Por último, se cuestiona por la doctrina la responsabilidad empresarial por “fracotización”, es decir, cuando el empresario cotiza a la Seguridad Social por sus trabajadores pero en una cuantía inferior. En ese caso, el remanente que quedara por pagar, deberá ser anticipado por la entidad gestora o colaboradora, debiéndose aplicar aquí las mismas formulas que anteriormente se han descrito¹⁶²³. Corresponderá a la entidad gestora competente la declaración, por vía administrativa, de la responsabilidad en el pago de esta prestación¹⁶²⁴, lo cual agiliza enormemente el procedimiento de reclamación

¹⁶²¹ Véase STS de 8 de noviembre de 2006 (Rec. 135/2005).

¹⁶²² Hoy Ministerio de Trabajo e Inmigración.

¹⁶²³ El responsable directo será el empresario, pero la entidad gestora o colaboradora estará en la obligación de anticipar ese pago. En este sentido, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 282.

¹⁶²⁴ Artículo 126.4 de la LGSS. Este artículo fue incorporado a la actual LGSS por el artículo 34.3 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

que deberá llevarse a cabo por los trabajadores. Y es que con anterioridad a la reforma por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, este reconocimiento del incumplimiento del empresario de sus obligaciones y por consiguiente, del anticipo del pago de las cotizaciones, se debía reconocer por vía judicial¹⁶²⁵.

1.2.2. Colaboración de las mutuas.

Las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional es el nombre con el que, a día de hoy, se conoce a las antiguas Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo¹⁶²⁶. Éstas se configuran, actualmente, como entidades colaboradoras, esto es, que ayudan o auxilian al sistema de Seguridad Social y que gestionan y controlan, a un mismo tiempo, las prestaciones para las que se ofrece su cobertura¹⁶²⁷.

Tras la aprobación de la Constitución Española de 1978, estas entidades fueron duramente criticadas debido a su difícil ubicación en el recién creado sistema social, pues recordemos, que el vigente artículo 41 de la CE reconoce que deberá mantenerse un régimen público de Seguridad Social¹⁶²⁸. No obstante, y a pesar de todos los baches que a lo largo del camino se han ido encontrando, las mutuas no sólo han conseguido pervivir en el tiempo, sino que además, han logrado asegurarse la cobertura de las prestaciones públicas con cargo a su patrimonio¹⁶²⁹. Poco a poco, ese número de competencias de las que inicialmente disponían éstas, se han visto acrecentadas con las sucesivas reformas, en detrimento de las que se les atribuyen a los órganos públicos.

¹⁶²⁵ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 282.

¹⁶²⁶ VIDA SORIA, J; MONEREO PÉREZ, J. L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a. N: *Manual de Seguridad Social...* op.cit., página: 136.

¹⁶²⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V: “Las Mutuas de Accidentes de Trabajo como entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social”, en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (DIRECTOR): *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, Madrid, La Ley, 2008, página: 821.

¹⁶²⁸ MOLINER TAMBORERO, G: “Reflexiones sobre el seguro de accidentes de trabajo y las mutuas”, en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (DIRECTOR): *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, Madrid, La Ley, 2008, página: 796.

¹⁶²⁹ PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J: “Una nueva reordenación de la gestión de la Seguridad Social. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y la Incapacidad Temporal”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 14, 1997, página: 103.

En lo que se refiere a la prestación por incapacidad temporal, las Mutuas, antes de la reforma por Ley 42/1994, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, solo gestionaban las contingencias profesionales. De hecho, para las situaciones incapacitantes por accidente no laboral y enfermedad común, la atribución de estas facultades las tenían encomendada en exclusiva la entidad gestora de la Seguridad Social, pero no las Mutuas. Así pues, desde la entrada en vigor de esta ley¹⁶³⁰, se amplió el abanico competencial para las MATEPs al reconocérseles facultades para gestionar los procesos de incapacidad temporal derivados de riesgos comunes¹⁶³¹.

Se pretendía con esta reforma, no sólo incrementar el control en los procesos de IT que hasta entonces se ejercían por las entidades públicas, sino también reducir los costes del sistema de Seguridad Social¹⁶³².

Por tanto y desde ese momento, las Mutuas no sólo pueden gestionar la cobertura de la incapacidad temporal derivada por contingencias profesionales, sino también aquella originada por contingencias comunes. Concretamente, éstas podrán hacerse cargo: del pago del subsidio por IT, la cobertura de las prestaciones sanitarias¹⁶³³ y recuperadoras¹⁶³⁴, las preventivas en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales¹⁶³⁵, así como el control de

¹⁶³⁰ Concretamente véase la disposición adicional undécima de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.

¹⁶³¹ Poco a poco se le han ido atribuyendo a estas entidades mayor número de competencias.

¹⁶³² GARCÍA MURCIA, J y ROMÁN VACA, E: "Nuevas pautas en la regulación de la incapacidad temporal", *Aranzadi Social*, Tomo II, 1996, página: 2522. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 232. TORTUERO PLAZA, J.L: "El control público de las Mutuas en materia de incapacidad temporal"... op.cit., páginas: 860 y 861.

¹⁶³³ Menos para la IT derivada de contingencias comunes, correspondiéndole esta competencia al SPS.

¹⁶³⁴ Véase a este respecto el artículo 12 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 1995), el cual se ha visto modificado por el artículo único. uno del Real Decreto 38/2010, de 15 de enero, por el que se modifica el Reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre (BOE núm.14 de 16 de enero de 2010).

Asimismo, téngase en cuenta el Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (BOE núm. 281, de 22 de noviembre de 2011).

¹⁶³⁵ Resulta interesante señalar, que en la Resolución de 5 de septiembre de 2012, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establecen los criterios y prioridades a aplicar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus

estas situaciones¹⁶³⁶. Ahora bien, para que las Mutuas puedan asegurar la cobertura de estos riesgos el empresario deberá subscribir un convenio de colaboración¹⁶³⁷, el cual resultará de aplicación mientras se mantenga el mismo vigente¹⁶³⁸.

Al hilo de esta idea, se han planteado por la doctrina algunos interrogantes que por su frecuente aparición en la práctica resultan interesantes de tratar. Si bien, cabe resaltar, que la vigente regulación en esta materia no ofrece respuesta. De ahí que resulta imprescindible acudir a las resoluciones judiciales recaídas en torno a estos asuntos¹⁶³⁹.

En primer lugar, cabe preguntarse ¿si desde el mismo momento en que se firma el mencionado convenio de asociación, debe la Mutua hacerse cargo también de las bajas que estuviesen siendo disfrutadas?, o dicho con otras palabras, ¿debe la Mutua asumir los procesos de IT que hubiesen sido objeto de cobertura con otra entidad y que al tiempo de la formalización del convenio de colaboración continúen en vigor?. Ante todo, debe tenerse presente que la

actividades preventivas para el año 2012 (BOE núm. 222, de 14 de septiembre de 2012), se contempla como habrán de financiarse esas actividades preventivas a desarrollar por las mutuas, a saber:

Segundo: *“De conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 de la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, por la que se regulan las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales, las actividades preventivas a las que se refiere esta resolución se financiarán con las disponibilidades presupuestarias existentes para el año 2012 en los presupuestos de gastos de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional de la Seguridad Social, sin que los gastos que se destinen a su ejecución por cada una puedan superar el 0,5 por ciento de sus ingresos por cuotas de contingencias profesionales; limitación a la que habrán de ajustarse en todo caso el plan de actividades preventivas de la Seguridad Social que debe desarrollar cada mutua”.*

¹⁶³⁶ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 232.

¹⁶³⁷ En el artículo 62 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre se establecen todas las condiciones que habrá de cumplirse. No obstante, téngase en cuenta la nueva redacción que ofrece el apartado tercero de ese mismo artículo por el Real Decreto 328/2009, de 13 de marzo.

¹⁶³⁸ Dispone el artículo 62.2 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, que la duración máxima del convenio de asociación será de un año. Ahora bien, este precepto ha sido modificado recientemente mediante la disposición transitoria primera del Real Decreto 38/2010, de 15 de enero, en donde se dice que: *“el plazo de vigencia del convenio de asociación queda ampliado a tres años de manera excepcional y por una sola vez”.* Esta nueva disposición afectará tanto a los convenios de asociación que se suscriban a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 38/2010, como a los que estén en vigor a dicha fecha.

¹⁶³⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 325 a 330.

gestión de la incapacidad temporal a través de una MATEP, ya sea por contingencias comunes o profesionales, se prevé como de libre opción por parte de la empresa¹⁶⁴⁰. Por lo que volviendo a la cuestión formulada, vemos como en un primer momento, el TS se pronunció, afirmando que la obligación de continuar satisfaciendo las prestaciones económicas y sanitarias por dicha situación y de hacer efectivas, asimismo, las que puedan causarse en un futuro, corresponderá a la Mutua que tuviera a su cargo la protección de la misma en el momento de producirse el hecho causante, de acuerdo con lo previsto en la Resolución de 18 de noviembre de 1968 de la Dirección General de Previsión¹⁶⁴¹. Posteriormente, este mismo tribunal se pronunció en sentido contrario¹⁶⁴², entendiéndose, que cuando una empresa concierta con una Mutua el aseguramiento de los riesgos por IT, se incluirán dentro de su ámbito de aplicación, tanto a los activos como a los que ya estuvieran de baja.

El Capítulo II del RD 1300/1995, de 7 de diciembre, regula en sus artículos 69 a 73, toda esa materia concerniente a la colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional en la gestión de la incapacidad temporal del personal al servicio de los empresarios asociados¹⁶⁴³. Así pues, centrándose el TS en el artículo 69 de este RD establece, que la opción empresarial a la que se refiere este precepto comprende “a la totalidad de los trabajadores”¹⁶⁴⁴, incluido los que ya estuviesen disfrutando de la prestación temporal. Por el contrario, si se atribuyera la gestión a la antigua aseguradora, se produciría una intromisión dentro del ámbito de facultades que ahora le son atribuidas a otra aseguradora. Además, cabe decir también, que desde que se firma el convenio de colaboración, la nueva Mutua se hace cargo de todas las cotizaciones de la empresa¹⁶⁴⁵, sin excluir la de aquellos que

¹⁶⁴⁰ CRUZ VILLALÓN, J: “El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996, página: 361.

¹⁶⁴¹ Véase la STS de 2 de septiembre de 2006, mencionada por BENAVIDES VICO, A: *Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2008, páginas: 186 y siguientes.

¹⁶⁴² FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 325 y 326.

¹⁶⁴³ Véase en este sentido, CRUZ VILLALÓN, J: “El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal”... op.cit., páginas: 361 y 362.

¹⁶⁴⁴ Artículo 69.1 párrafo segundo del RD 1300/1995 sobre Mutuas.

¹⁶⁴⁵ Como señala el artículo 71.2 del RD 1300/1995, de 7 de diciembre, por la cobertura de los procesos por incapacidad temporal derivados por contingencias comunes, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional percibirán, a través de la Tesorería General de la Seguridad Social, la fracción de cuotas que se determine por el Ministerio de Trabajo e Inmigración en concepto de contraprestación.

estuviesen de baja. Del mismo modo, cuando se extinga el convenio de colaboración, quedará la MATEP exonerada de aquella obligación¹⁶⁴⁶.

Esta opción por la que inclina el TS, tan sólo resultará de aplicación cuando se trate de contingencias comunes, pero no en los casos de incapacidad temporal por causas profesionales. Para estos últimos supuestos, el Alto Tribunal ha afirmado, que deberá ser la Mutua que inicialmente cubría el riesgo la que siga gestionando en tanto permanezca su beneficiario en situación de necesidad, y ello con independencia de que hubiese finalizado o no el convenio de colaboración con la empresa. Por tanto, lo que aquí se tiene en cuenta es la fecha en la que se produce el accidente y la colaboradora que en ese instante tiene concertado el correspondiente convenio de asociación¹⁶⁴⁷. Este mismo tribunal argumenta, que para nuestro sistema jurídico la protección difiere según si el riesgo derivada de accidente de trabajo, enfermedad profesional o periodo de observación, o si proviene de accidente no laboral o enfermedad común. En efecto, mientras que en el primero de los supuestos, la técnica que se utiliza se acerca más a la del seguro privado, tratándose de amparar todos aquellos estados de incapacidad que son producidos por culpa empresarial, en el segundo caso, lo que se asegura son el percibo de unas prestaciones¹⁶⁴⁸.

En mi opinión, ambas situaciones conducen al final al mismo resultado, esto es, una incapacidad temporal, entonces ¿para que diferenciar?¹⁶⁴⁹. Lo único que consigue el TS con ambos pronunciamientos es complicar aun más ese intercambio de responsabilidades que se producen entre las distintas entidades colaboradoras y gestoras¹⁶⁵⁰. Lo importante es atender al hecho causante, por lo que si la antigua aseguradora ha dejado de estar vinculada con la empresa,

¹⁶⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, J: "El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal"... op.cit., página: 362. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 326.

¹⁶⁴⁷ A este respecto, afirma la profesora Celia Fernández Prats, que esta doctrina surge inicialmente para determinar la responsabilidad por las prestaciones de incapacidad permanente cuando la aseguradora no es la misma que aquella que existía en el momento de declararse la incapacidad. Por lo que el TS extiende esta teoría también a las prestaciones de IT. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 327.

¹⁶⁴⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 327.

¹⁶⁴⁹ En este mismo sentido, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 275 y 276.

¹⁶⁵⁰ Pudiera ser que hubiese sido el INSS el que inicialmente cubría ese riesgo.

deberá ser entonces la nueva la que se ocupe de todas estas situaciones. Además, lo más normal es que la antigua Mutua se niegue a seguir manteniendo su cobertura, por todas las razones que anteriormente se han expuesto para las contingencias comunes¹⁶⁵¹.

En segundo lugar, se ha planteado también el problema de si la Mutua debe o no seguir abonando la prestación por IT cuando se hubiese extinguido el contrato de trabajo. A este respecto, deben traerse a colación las reglas que fueron analizadas para las empresas que colaboren voluntariamente en la gestión. De acuerdo con esta idea, le corresponderá a la MATEP que cubría el riesgo en la fecha del hecho causante, la continuación en el pago del subsidio por incapacidad temporal del trabajador que ha visto extinguida su relación laboral¹⁶⁵². Y es que, cuando se produce el hecho causante, la Mutua que en ese momento asume ese riesgo deberá mantenerlo hasta que se produzca la extinción de aquel derecho, sin que pueda liberarse como consecuencia de la llegada a término del contrato de trabajo¹⁶⁵³.

Ahora bien, si esa extinción contractual se produce durante el disfrute de las vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas, sobreviniendo, previamente a la finalización de dicho período un suceso de IT, ¿deberá la Mutua asumir ese riesgo?, o por contrario ¿deberá el INSS hacerse responsable del mismo?. Como bien ha señalado la doctrina¹⁶⁵⁴, durante las vacaciones el trabajador se encuentra en una situación “asimilada a la del alta”, por lo que difícilmente podría considerarse concluida y de manera efectiva la relación laboral, en tanto no finalice el disfrute de aquel derecho constitucional (artículo 40.2 de la CE). Es más, durante todo ese periodo se deberá cotizar al sistema de Seguridad Social por ese trabajador. De ahí que defienda, que desde la fecha en que se extingue la relación laboral y por consiguiente se produce la baja por IT, hasta el momento en que se produzca la finalización de las vacaciones, la Entidad con la que tenga asegurada los riesgos el empresario deba abonar al trabajador el subsidio económico por esta contingencia¹⁶⁵⁵. Pasando a

¹⁶⁵¹ En esta misma línea, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página: 276. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 328.

¹⁶⁵² BLASCO LAHOZ, J.F: “La incapacidad temporal por contingencia comunes”... op.cit., página: 66.

¹⁶⁵³ STS de 12 de julio de 2005 (Rec. 1439/2005) y 10 de octubre de 2006 (Rec. 812/2005).

¹⁶⁵⁴ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 330.

¹⁶⁵⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en al reciente jurisprudencia del TJUE”, *Relaciones Laborales*, número 13-14, 2012, páginas: 4 y 5.

situación legal de desempleo una vez finalizado el disfrute de su derecho a las vacaciones.

2. EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL:

Como hemos podido comprobar en la primera parte de este capítulo, así como a lo largo del anterior, la enorme dificultad que entraña la determinación precisa de los sujetos que gestionan y controlan la incapacidad temporal, se debe, principalmente, a la multiplicidad de entidades de distinta naturaleza (públicas y privadas) que participan en la misma¹⁶⁵⁶. De un lado, se encuentran los organismos que declaran del derecho al nacimiento de la prestación sanitaria, y de otro, los que se encargan del pago e inicio de la prestación económica. Para lo cual, resultará imprescindible que el trabajador incapacitado cumpla con los requisitos que se establecen para cada una de las contingencias en la normativa aplicable.

Con motivo de la desconfianza y el incremento de las situaciones fraudulentas, el legislador ha introducido una nueva normativa de carácter más restrictivo que, no obstante, ha resultado extensamente cuestionable a causa de la amplia gama de intereses contrapuestos que entran en conflicto alrededor de este asunto. Llama muy especialmente la atención, el incremento de competencias que vienen experimentando las Mutuas y el INSS, en detrimentos de las que les corresponde a los SPS. Así pues, se piensa que de este modo, se podrán reducir el número de abusos al sistema de Seguridad Social, al tiempo que se ahorra en costes.

La desconfianza hacia los servicios que prestan las entidades públicas, en particular, la de los SPS, ha motivado precisamente la creación de este complejo entramado que si bien, más que favorecer al trabajador lo perjudica, olvidando la finalidad por la que se creó esta prestación, es decir, la protección de los estados de necesidad derivados de una incapacidad temporal. Aunque se trata de un tema que ya ha sido tratado en otros capítulos, he considerado necesario dedicar, cuando menos, un apartado especial relativo a todos los problemas que genera este complicado entramado. Y es que, al final todos los escollos generados por esta prestación desembocan en el mismo punto: la gestión diferenciada, y el ansia por controlar el fraude.

¹⁶⁵⁶ OLARTE ENCABO, S: "Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo"... op.cit., página: 66.

2.1. Los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta.

El nacimiento del derecho al disfrute de la incapacidad temporal compete en exclusiva determinarlo al personal sanitario del Servicio Público de Salud. Este reconocimiento, se producirá de manera automática con la simple concesión del parte médico de baja en el que se reflejen la existencia de unas dolencias incapacitantes de forma transitoria. Así pues, ni las Mutuas ni el INSS podrán dar comienzo a la cobertura sanitaria, aunque estarán obligadas a extender el pago del correspondiente subsidio por IT. De igual modo, éstas últimas, estarán facultadas para verificar y controlar el cumplimiento de los requisitos necesarios por parte del beneficiario, así como la certeza de ese infortunio.

Para el mantenimiento de la IT, necesitará el trabajador presentar a la empresa los partes médicos de baja y confirmación de la baja. Entendiéndose extinguido el percibo de esta prestación desde el mismo momento en el que, tras el oportuno reconocimiento médico se extiende el parte de alta.

La normativa en la que se contiene todo el procedimiento o tramitación que debe seguirse desde que el trabajador es declarado en IT, hasta que se extingue, aparecen recogidas: en el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril¹⁶⁵⁷, en la Orden de 19 de junio de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril¹⁶⁵⁸, y por último, en la Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero, sobre presentación en soporte informático de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta correspondientes a procesos de incapacidad temporal¹⁶⁵⁹.

- Parte médico de baja

El parte médico de baja es el documento por el que se originará la iniciación de las actuaciones conducentes a la declaración o denegación del derecho al subsidio¹⁶⁶⁰. Deberá ir precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto, el médico requerirá al sujeto los datos

¹⁶⁵⁷ Por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal (BOE núm. 98, de 24 de abril de 1997).

¹⁶⁵⁸ Por la que modifica determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal (BOE núm. 150. Marte 24 de junio de 1997).

¹⁶⁵⁹ BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2004.

¹⁶⁶⁰ Artículo 1.1 del RD 575/1997, de 18 de abril.

necesarios que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico¹⁶⁶¹. Inmediatamente después, el facultativo sanitario del correspondiente SPS expedirá el parte médico de baja al trabajador, extendiendo por cuadruplicado este ejemplar¹⁶⁶².

Tanto el original¹⁶⁶³, como la copia a remitir a la Entidad Gestora, o en su caso, a la Mutua de Accidentes de Trabajo, deberán contener: el diagnóstico, una descripción de las limitaciones en la capacidad funcional del trabajador, así como una previsión de la duración del proceso patológico¹⁶⁶⁴. A su vez, el facultativo que expida el parte médico de baja entregará al trabajador dos copias del mismo, uno para el interesado y otro con destino a la empresa¹⁶⁶⁵.

En el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición del parte médico de baja, el trabajador entregará a la empresa la copia a ella destinada. La empresa cumplimentará los apartados correspondientes: al tipo de contrato, base de cotización y días cotizados, y remitirá la misma, debidamente sellada y firmada, a la Entidad Gestora en el plazo de cinco días contados a partir del mismo día de su recepción¹⁶⁶⁶.

No será obligatoria la remisión por la empresa, con destino a la Entidad Gestora, de la copia del parte médico de baja, cuando la misma haya asumido el pago de la misma, en régimen de colaboración voluntaria, en los términos establecidos en la Orden de 25 de noviembre de 1966¹⁶⁶⁷.

Las empresas incorporadas al sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED) deberán utilizar dicho procedimiento informático para remitir a la entidad gestora o a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, las copias de los partes médicos de baja, confirmación de

¹⁶⁶¹ Artículo 1.2 del RD 575/ 1997, de 18 de abril.

¹⁶⁶² Artículo 2.1 del RD 575/ 1997, de 18 de abril y 2.1. de la Orden de 19 de junio de 1997.

¹⁶⁶³ Establece el artículo 2.2, párrafo segundo de la Orden de 19 de junio de 1997, que el documento original de baja se destinará a la Inspección de los Servicios Sanitarios del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o Servicio Público de Salud equivalente.

¹⁶⁶⁴ Artículo 1.2 del RD 575/ 1997, de 18 de abril y 2.1, párrafo segundo de la Orden de 19 de junio de 1997.

¹⁶⁶⁵ Artículo 2.2. párrafo segundo del RD 575/ 1997, de 18 de abril y artículo 2.2 de la Orden de 19 de junio de 1997.

¹⁶⁶⁶ Artículo 2.2 del RD 575/ 1997, de 18 de abril y 2.2 de la Orden de 19 de junio de 1997.

¹⁶⁶⁷ Artículo 2.2 del RD 575/ 1997, de 18 de abril y 2.2 de la Orden de 19 de junio de 1997.

la baja y de alta que les presenten los trabajadores¹⁶⁶⁸. Esta obligación, también alcanzará a las agrupaciones de empresas y a los profesionales colegiados que por acuerdo o representación de la empresa vengan presentando o presenten dichos partes médicos y estén o sean autorizados para la utilización del sistema RED¹⁶⁶⁹.

Las copias habrán de transmitirse de la misma forma en que se presentan los documentos de afiliación y cotización en el sistema RED al Instituto Nacional de la Seguridad Social, quien dará el trámite que corresponda a las a él destinadas y, a su vez, y asimismo mediante los medios informáticos existentes, dentro de las 48 horas siguientes, procederá a distribuir a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, según corresponda¹⁶⁷⁰.

La presentación telemática de las copias de los partes médicos indicados determinará que las mismas no deban presentarse en soporte papel. Así pues, estos modelos deberán ser guardados por las empresas durante un plazo de cuatro años, contado desde la fecha de presentación telemática de los mismos¹⁶⁷¹.

El plazo para la presentación de los partes médicos mediante el sistema RED, será el mismo que el previsto para la copia de los partes en soporte papel¹⁶⁷².

- Parte médico de confirmación de la baja

Este documento indicará que el trabajador aun continúa incapacitado para el desempeño de su profesión habitual.

El facultativo que asiste al beneficiario deberá extender el parte médico de confirmación de la baja al cuarto día del inicio del proceso de IT, y, sucesivamente, mientras la misma se mantenga, cada siete días contados a partir del primer parte de confirmación¹⁶⁷³.

¹⁶⁶⁸ Artículo 1 Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero.

¹⁶⁶⁹ Artículo 1 apartado segundo Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero.

¹⁶⁷⁰ Artículo 2 de la Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero.

¹⁶⁷¹ Artículo 3 de la Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero.

¹⁶⁷² Artículo 4 de la Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero.

¹⁶⁷³ Artículo 1.2 del RD 575/ 1997, de 18 de abril y 3.1 de la Orden de 19 de junio de 1997.

El tercer parte de confirmación de la baja irá acompañado de un informe médico complementario, en el que se recogerán los siguientes extremos: dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado, así como expresará la duración probable del proceso. Dicho documento anexo deberá acompañar, así mismo, al cuarto parte de confirmación que se expida con posterioridad al indicado en el párrafo anterior, así como a los sucesivos partes de confirmación, con una periodicidad de cuatro semanas¹⁶⁷⁴.

Trimestralmente, a contar desde la fecha de inicio de la baja médica, la Inspección Médica del Servicio Público de Salud expedirá un informe de control de la incapacidad en el que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad del trabajador. Ese informe será enviado a la Entidad Gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, según corresponda¹⁶⁷⁵.

- Parte médico de alta

El parte médico de alta deberá ser extendido por el personal sanitario del correspondiente SPS que asista al trabajador. En dicho informe se deberá reflejar el resultado del reconocimiento médico efectuado y el motivo por el que se concede el alta médica de ese trabajador¹⁶⁷⁶, debiendo seguirse el siguiente procedimiento¹⁶⁷⁷:

- 1) El original del parte médico de alta, en el que deberá constar, necesariamente, el resultado y la causa que motiva el alta en la situación de incapacidad temporal, se destinará a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud.
- 2) Del parte médico de alta expedido, se hará entrega al trabajador de dos copias, una para el interesado y otra con destino a la empresa. La copia del parte médico con destino a la empresa será presentada ante ella por el trabajador, dentro de las veinticuatro horas siguientes, y aquélla, una

¹⁶⁷⁴ Artículo 1.3 del RD 575/ 1997, de 18 de abril y 3.4 de la Orden de 19 de junio de 1997.

¹⁶⁷⁵ Artículo 1.5 del RD 575/ 1997, de 18 de abril.

¹⁶⁷⁶ Artículo 1.4 del RD 575/ 1997, de 18 de abril.

¹⁶⁷⁷ Artículo 4.2 Orden de 19 de junio de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril.

vez cumplimentados los apartados a ella correspondientes, remitirá la copia a la entidad gestora o mutua, según corresponda, en el plazo de cinco días, contados a partir del mismo día de su recepción.

Cuando se haya extinguido la relación laboral, será el propio trabajador el obligado a presentar directamente ante la entidad gestora o mutua, según corresponda, la copia del parte médico de alta, en el mismo plazo fijado para la empresa.

- 3) Expedido el parte médico de alta por el Servicio Público de Salud respectivo, se remitirá a la entidad gestora o MATEP, según corresponda, la copia a ella destinada, dentro del plazo de cinco días contados a partir de la expedición del parte. En dicha copia se hará constar, necesariamente, el resultado y la causa que motiva el alta en la situación de incapacidad temporal.

No obstante a lo anterior, cuando las Entidades Gestoras de la Seguridad Social o las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de baja, así como de las informaciones y diagnósticos sobre la situación del incapacitado, consideren que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo, podrán formular, a través de los médicos adscritos a una u otras, propuestas motivadas de alta médica¹⁶⁷⁸.

Las propuestas de alta se harán llegar, a través de las Unidades de Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, a los facultativos o servicios médicos correspondientes, los cuales deberán pronunciarse en el plazo de diez días, bien confirmando la baja médica, señalando las atenciones o controles médicos que consideren necesarios, o admitiendo la propuesta de alta, a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica¹⁶⁷⁹.

De no recibirse contestación alguna por parte de los facultativos o de los servicios médicos, en el plazo señalado, o en caso de discrepar con las mismas, la Inspección Médica del correspondiente Servicio Público de Salud podrá acordar el alta médica, efectiva e inmediata, y comunicará, en todo caso y dentro del plazo de los cinco días siguientes, la actuación realizada a la Entidad Gestora de la Seguridad Social o a la Mutua, según corresponda¹⁶⁸⁰.

¹⁶⁷⁸ Artículo 5.1 del RD 575/ 1997, de 18 de abril.

¹⁶⁷⁹ Artículo 5.2. del RD 575/ 1997, de 18 de abril.

¹⁶⁸⁰ Artículo 5.2 párrafo segundo del RD 575/ 1997, de 18 de abril.

Como bien expone el profesor TORTUERO PLAZA, la competencia que aquí desempeña el INSS y las Mutuas, se ciñe únicamente a la propuesta de alta médica, ya que la facultad de decidir si procede el alta reside en último lugar en el Servicio Público de Salud¹⁶⁸¹. Con esta medida, aparentemente inofensiva, lo único que se está consiguiendo es controlar la actuación que desempeña el SPS hasta los 12 meses de duración, desvirtuándose así su cometido y restándole competencia que en exclusiva le pertenecen a él¹⁶⁸².

Una vez transcurrido los doce meses iniciales de duración de la IT, el Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades, podrá extender, en cualquier momento, el parte médico de alta¹⁶⁸³. Del mismo modo, las entidades colaboradoras con la Seguridad Social (Mutuas o empresas) también podrán extender el parte médico de alta, por los procesos derivados de por contingencias profesionales, antes de que transcurran los primeros 12 meses de duración de la IT¹⁶⁸⁴.

En ambos casos, el trabajador podrá impugnar el alta médica mediante el recurso al procedimiento administrativo de disconformidad, cuando dicho alta sea emitido por el INSS, o si el alta es emitida por una Mutua o empresa colaboradora, en ese caso, el trabajador deberá hacer uso del procedimiento de revisión. A continuación se va a pasar a exponer ambos procedimientos de forma separada.

2.1.1. El trámite de revisión del alta emitida por la entidad gestora.

Se trata de un mecanismo que introduce la ley 40/2007, de 4 de diciembre y que tiene como objetivo básico, verificar la actuación de la entidad gestora en los procesos de enfermedad o accidente de los que hayan sido competentes el

¹⁶⁸¹ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las Mutuas y la incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, número 100, abril de 1999, página: 30.

¹⁶⁸² FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 381.

¹⁶⁸³ Véase a este efecto, el artículo 4.1, 4.3 y 4.4. de la Orden de 19 de junio de 1997.

¹⁶⁸⁴ Las Mutuas no tienen competencia para emitir altas médicas en procesos de IT por contingencias comunes, sino que tan sólo ostenta la capacidad de proponer el alta. OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., página: 79.

SPS durante los primeros doce meses. Para ello, se necesitará recabar: los historiales, informes y pruebas médicas que fueron emitidos por el servicio público, a efectos de que puedan ser contrastados con los del INSS¹⁶⁸⁵. Además, parece deducirse del artículo 128 de la LGSS, que cabe aplicar este procedimiento cuando se produce una recaída en IT¹⁶⁸⁶.

Por esta razón, desde el mismo momento en que el SPS extienda el último parte de confirmación de la baja, antes de que se agote el plazo de 365 días, deberá este organismo comunicar al beneficiario en el último acto de

¹⁶⁸⁵ PANIZO ROBLES, J.A: “Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal”... op.cit., página: 49.

Según expone las Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social:

“Con la finalidad de que de todos los perceptores del subsidio de IT afiliados al INSS que alcancen el mes duodécimo en la situación de IT se disponga de una historia clínico-laboral suficiente que permita al EVI efectuar propuesta que corresponda, las Unidades Médicas de las Direcciones Provinciales deberán citar a los trabajadores a los reconocimientos médicos que consideren necesarios, en función de proceso patológico.

En todo caso, las Unidades Médicas deberán efectuar al menos un reconocimiento médico en el noveno mes y recabar aquellas pruebas e informes complementarios que se consideren oportunos para que en el reconocimiento médico a efectuar sobrepasado el mes undécimo se disponga de toda la documentación que permita realizar la evaluación del trabajador.

(...) Una vez citado el trabajador a reconocimiento médico en el mes undécimo, el facultativo del INSS cumplimentará el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal del trabajador.

Dicho informe médico, que se elaborará lo más cerca posible del mes duodécimo del proceso, será debidamente firmado por el facultativo que ha realizado el reconocimiento médico y expresará el juicio clínico-laboral.

El Informe Médico de Evaluación de la IT será aportado por el facultativo del EVI que haya de actuar como ponente ante el órgano colegiado para que éste emita la correspondiente propuesta de Resolución al director provincial”.

¹⁶⁸⁶ MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”... op.cit., página: 103. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 276.

reconocimiento médico, que a partir de entonces, corresponderá a la Entidad Gestora competente (INSS o ISM) el control de su situación¹⁶⁸⁷.

Frente al alta médica expedida por el INSS¹⁶⁸⁸, el trabajador puede aquietarse, lo que implicará que este alta despliegue todos sus efectos socio-laborales (extinción del subsidio por IT y reincorporación al puesto de trabajo) o mostrar su desacuerdo en el plazo improrrogable de cuatro días naturales¹⁶⁸⁹. Cuando

¹⁶⁸⁷ Ver el artículo 1 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal (BOE número 235 de 29 de septiembre de 2009).

En este sentido, PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de la Incapacidad Temporal”, *Aranzadi Social, revista doctrinal* nº 21, 2010, página: 100.

¹⁶⁸⁸ Tanto el alta que se expida por el SPS, como la MATEPs así como por el INSS, deberá está motivada. La motivación requiere que en el parte de alta médica consten dos datos: uno el alta médica y dos, el motivo por el que se da. Para que para motivar el alta médica es suficiente con marcar la casilla que indican el motivo de su emisión, pues ésta identifica la causa por la que se expide. Ver TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., página: 118. TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGRE NUENO, M: “Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos” ... op.cit., página: 84.

Si el alta médica no está motivada, por ejemplo: por no consignarse el diagnóstico por el que se concede, se estará produciendo una indefensión para el trabajador. Véase STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2002 (AS 2002/3352).

¹⁶⁸⁹ Estas previsiones legales son desarrolladas por el artículo 3 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal:

Primera– El interesado podrá manifestar su disconformidad en el plazo máximo de los cuatro días naturales siguientes a la notificación de la resolución.

Dicha disconformidad se cumplimentará en el modelo aprobado a tal efecto por la correspondiente entidad gestora, que estará a disposición de los interesados en las correspondientes páginas web de dichas entidades.

Segunda–La manifestación de disconformidad se presentará ante la inspección médica del servicio público de salud. Asimismo, podrá presentarse ante alguno de los órganos señalados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Tercera–El interesado que inicie el procedimiento de disconformidad, lo comunicará a la empresa en el mismo día en que presente dicha disconformidad o en el siguiente día hábil.

Cuarta.–El Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, y los servicios públicos de salud deben comunicarse recíprocamente, a la mayor brevedad posible, el inicio del procedimiento de disconformidad así como todas las decisiones que adopten en el desarrollo del procedimiento.

el interesado manifieste su disconformidad, deberá hacerlo ante la inspección médica del SPS¹⁶⁹⁰, lo cual resulta bastante sorprendente teniendo en cuenta que la decisión del alta la adopta la entidad gestora¹⁶⁹¹. La inspección médica del SPS puede adoptar algunas de estas decisiones: no pronunciarse, en cuyo caso, adquirirá plenos efectos el alta médica a los once días naturales siguientes a la de la resolución del alta médica o; confirmar la decisión del INSS¹⁶⁹². Pero en cualquier caso, durante el período de tiempo que transcurra entre el alta médica y la fecha en que ésta adquiere plenos efectos, se entenderá prorrogada la situación de IT¹⁶⁹³, debiéndose abonar al trabajador el subsidio por IT¹⁶⁹⁴, salvo cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo o preste servicios en una empresa colaboradora o corporación local¹⁶⁹⁵.

La entidad gestora competente, bien por sus propios medios o, en su caso, a través del servicio común, comunicará a su vez a la empresa, a la mayor brevedad posible, todas las decisiones que puedan afectar a la duración de la situación de incapacidad temporal del interesado.

Quinta—Las comunicaciones entre las entidades gestoras, los servicios públicos de salud y las dirigidas a la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.

¹⁶⁹⁰ En el modelo de notificación al trabajador de la Resolución por la que se emite el alta médica se informa al interesado que puede presentar su disconformidad ante la inspección médica del SPS que, a su vez, puede no pronunciarse, confirmando la decisión de la Entidad Gestora o discrepar contra dicha decisión. Véanse las Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social.

¹⁶⁹¹ TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGRE NUENO, M: “Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos”... op.cit., página: 75. GOERLICH PESET, J.M: “La reforma de la incapacidad temporal”, en VV.AA: *La reforma de la Seguridad Social, III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, página: 188.

¹⁶⁹² Puesto que la inspección médica del SPS está presente en el órgano colegiado (EVI) que efectúa la propuesta al director provincial, lo lógico es que se llegue al acuerdo de que la inspección médica del SPS esté conforme con la Resolución emitida por el INSS comunicándolo con la mayor inmediatez o que, si no tuviese medios para hacerlo, se llegue al acuerdo de que no se va a producir pronunciamiento alguno. No parece lógico que si el vocal del SPS no se pronuncia en contra de la sesión del EVI pueda discrepar después.

¹⁶⁹³ Artículo 128.1 a) cuarto párrafo de la LGSS.

¹⁶⁹⁴ Incluyendo la obligación de cotizar. En este sentido, GOERLICH PESET, J.M: “La reforma de la incapacidad temporal”... op.cit., página: 190.

¹⁶⁹⁵ Ver página 11 y 12 de las Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social.

También podrá la inspección médica del SPS discrepar del alta emitida por el INSS, en cuyo caso, se tendrán que especificar las razones y fundamentos que justifiquen sus diferencias, debiéndosele proponer a esta entidad gestora, que en el plazo máximo de siete días naturales se pronuncie expresamente¹⁶⁹⁶, reconsiderando su decisión o alegando los razonamiento que justifiquen su negativa¹⁶⁹⁷.

En el supuesto de que el INSS (o el ISM en su caso) reconsidere el alta médica que se emitió en la primera resolución, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de IT a todos los efectos desde el mismo día de la emisión referida al alta¹⁶⁹⁸. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución. En este último sentido, entiendo que dada la brevedad de plazos que dispone el INSS para pronunciarse, resultará casi imposible que pueda elaborar nuevos informes y documentos médicos que justifiquen su pretensión. Asimismo, serán también escasas las posibilidades de realizar nuevas exploraciones médicas¹⁶⁹⁹. Por este motivo, pienso que lo más lógico sea que la entidad gestora aporte otros argumentos adicionales, no alegados

¹⁶⁹⁶ Ha de entenderse que si el INSS no se pronuncia en ese plazo improrrogable de 7 días, el alta se tiene por confirmada (ver disposición adicional vigésimo quinta de la LGSS). Véase GOERLICH PESET, J.M: “La reforma de la incapacidad temporal”... op.cit., página: 192.

¹⁶⁹⁷ En el hipotético supuesto de que existiesen discrepancias por parte de la inspección médica del criterio del INSS, la situación de IT se prorrogará necesariamente hasta la fecha de la segunda Resolución administrativa. Por tanto, se abonará al trabajador como situación de IT todo el tiempo que medie desde la emisión del alta médica de la primera Resolución hasta el día de la firma, por parte del director provincial del INSS (ISM), de la segunda Resolución.

Para emitir esta segunda Resolución se estudiará, previamente, que tanto en la disconformidad del trabajador como en la discrepancia de la inspección médica del SPS se han cumplido los plazos legalmente establecidos (para analizar si la disconformidad o la discrepancia es o no extemporánea se tendrá en cuenta el día de la recepción de la notificación).

¹⁶⁹⁸ “Puede existir la creencia errónea de que la denominada «prórroga de efectos» es una mera continuación del subsidio de incapacidad temporal, que podría prolongar su duración otros 6 meses, hasta completar un total de veinticuatro”. Ver BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., página: 118.

¹⁶⁹⁹ GOERLICH PESET, J.M: “La reforma de la incapacidad temporal”... op.cit., página: 191.

hasta ahora, y que a juicio de este organismo resulten de suficiente peso como para desvirtuar los utilizados por la Inspección Médica¹⁷⁰⁰.

No se contempla para este procedimiento la participación de las Mutuas cuando gestionen y controlen los procesos de IT derivados de contingencias profesionales. De hecho, en la disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, ya se prevé que: *“reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal”*. Siendo a este fin, el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal¹⁷⁰¹, la normativa por la que se regula el procedimiento indicado.

A mi juicio, este procedimiento de disconformidad presenta signos claros de ofrecer al trabajador una absoluta inseguridad jurídica. Así pues, uno de los puntos que más llaman la atención, es precisamente, el de la brevedad de los plazos que dispone el interesado para manifestar su desacuerdo con el alta médica emitida por el INSS. Sinceramente, creo que difícilmente en la práctica vaya a conseguir el trabajador preparar toda la documentación que se le exige para que se resuelva con éxito este procedimiento. De hecho, lo más probable es que tenga que presentar su disconformidad con posterioridad al plazo de 4 días naturales, y ya para entonces el INSS no entrará a valorar su actuación¹⁷⁰². Por lo que resulta más que evidente, la situación de desamparo

¹⁷⁰⁰ En esta línea, GOERLICH PESET, J.M: “La reforma de la incapacidad temporal”... op.cit., páginas: 191 y 192. También, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 279.

En contra, TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGRE NUENO, M: “Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos”... op.cit., páginas: 84 y 85, quienes piensan, que en ese breve plazo de tiempo deberá el INSS, a través de las EVIs, volver a examinar al trabajador y elaborar nuevas pruebas complementarias que justifiquen ese alta médica. No obstante a lo anterior, consideran estos autores que en la mayoría casos resultará bastante improbable la realización de dichos informes adicionales, por lo que finalmente *“acabará declarando la falta de pruebas complementarias por parte del INSS como un mero defecto formal que no produce indefensión del interesado”*.

¹⁷⁰¹ Ver BOE núm. 235 de 29 de septiembre de 2009).

¹⁷⁰² Véase la página 15 de 31 de las Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social (BOE de 5 de diciembre de 2007).

en la que se encuentra el interesado¹⁷⁰³. Y es que, más que un procedimiento que trata de conocer y solventar todas aquellas reacciones negativas de los beneficiarios de la prestación, parece más bien, un mecanismo irrevocable de exclusión del subsidio por IT. Ciertamente, aunque se trata de un instrumento voluntario y que no excluye su posterior revisión judicial, no me parece que sea lógico que tenga que esperar el trabajador a que se resuelva por los tribunales la decisión del alta, al tiempo que debe reincorporarse a su puesto de trabajo, cuando puede que todavía no haya recuperado su capacidad para trabajar. Pues la impugnación en sede judicial, como luego se verá, no mantiene en suspensión el contrato de trabajo. No obstante, me parece bastante acertada la opinión doctrinal más reciente que defiende, que aun cuando el trabajador continúe incapacitado para trabajar podrá mantenerse interrumpida la relación laboral siempre que así lo comunique a la empresa, aportando como prueba otros informes médicos. Pero además, cabe también que el trabajador solicite esta medida cautelar en sede judicial, para lo cual resultará preciso el reconocimiento forense¹⁷⁰⁴.

¹⁷⁰³ Como expone el Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, José María Goerlich Peset, que con este nuevo mecanismo de disconformidad “... sólo se discuten aspectos relativos a la situación sanitaria del trabajador. Pero tal discusión no se hace desde el punto de vista de hecho, sino desde el punto de vista técnico-pericial: se trata, como señala la Exposición de Motivos, de confrontar –y a ser posible resolver– la “disparidad de diagnósticos” existente entre un Servicio de Salud, cuya actuación ha conducido al agotamiento del periodo de IT, y la Entidad Gestora, que al emitir el alta médica, impide la continuidad de la situación”. Véase GOERLICH PESET, J.M: “La reforma de la incapacidad temporal” ... op.cit., página: 186.

¹⁷⁰⁴ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 289 a 291.

“Si el trabajador presenta un estado de salud que le imposibilite realmente para trabajar, en nuestra opinión, cuenta con dos posibilidades para evitar su reincorporación al trabajo sin ser sancionado por ello. Una de ella consiste en acudir a un médico especialista para que certifique su estado de salud y emita un juicio clínico, informe, que tras ser entregado al empresario y ponerse a su disposición para que se revise y verifique el estado de salud del trabajador, servirá para mantener la suspensión del contrato de trabajo por el acuerdo mutuo de ambas partes. Ahora bien, como el empresario no viene obligado a mantener la suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, no se le puede compeler a alcanzar un acuerdo con el trabajador que ha sido dado de alta médica, la otra posibilidad que se le presenta al trabajador en estos supuestos es solicitar al Juzgado de lo Social, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución del alta médica en tanto se resuelva su impugnación judicial... A los efectos de esta medida cautelar, también será oportuno solicitar al Juzgado de lo Social un reconocimiento por el médico forense, solicitud que podrá instarse como medio de prueba anticipada, al amparo del artículo 78 de la LPL”. Ver TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGRE NUENO, M: “Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos” ... op.cit., páginas: 89 y 90.

A parte de lo anteriormente expuesto, “... se viene planteando recientemente que el alta médica indebida puede lesionar el derecho a la integridad física del trabajador... De este modo, sólo se puede considerar que la Administración vulnera el derecho a la integridad física del trabajador cuando exista un

A parte de todo lo anterior, cabe añadir además, que se trata de un procedimiento muy complejo y que no ofrece ninguna garantía para el trabajador. Y es que, después de tener que sufrir el trabajador todo este enrevesado trámite administrativo, en la mayoría de los casos, acaba finalmente el INSS reafirmando nuevamente en su diagnóstico inicial. Es decir, la Gestora no sólo no sigue la evolución y el progreso de la persona incapacitada desde un principio, sino que además, invadiendo competencias que le debían corresponder al SPS, resuelve finalmente ella misma¹⁷⁰⁵. Según una reciente línea doctrinal, la solución viene dada con la intención de evitar “posibles” situaciones fraudulentas, al quedar demostrado que con anterioridad no se ahorra en costes al sistema de Seguridad Social¹⁷⁰⁶.

2.1.2. El procedimiento de impugnación de los parte médicos de alta de las entidades colaboradoras.

El RD 1430/2009 de 11 de septiembre, cumpliendo así con el mandato establecido por la disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social, desarrolla en su artículo 4 el procedimiento administrativo especial de revisión de las altas expedidas en los procesos de incapacidad temporal¹⁷⁰⁷.

riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se genere un peligro grave y cierto para la salud del afectado. No es preciso, para apreciar la vulneración del artículo 15 CE, que la lesión de la integridad se haya producido, sino que es suficiente que exista un riesgo relevante de que tal lesión pueda producirse”, véase FERNÁNDEZ PRATS, C: La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social... op.cit., página: 291. También en esta misma línea, TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., página: 117.

¹⁷⁰⁵ A favor el magistrado, Aurelio Desdentado Bonete y en contra, el letrado José Mario Paredes Rodríguez. Ver PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de la Incapacidad Temporal”... op.cit., página: 100 a 104. Entiende este último autor, que con este nuevo sistema se ha creado un control adecuado de las bajas médicas, como bien se demuestra en los datos estadísticos que presenta en su estudio. Además, defiende positivamente este procedimiento: “*porque garantiza la seguridad jurídica al hacer hincapié en la intercomunicación con los interesados de toda decisión que se adopte en el seno del procedimiento de disconformidad; en segundo lugar, cubre el vacío legal al obligar al INSS al pago directo de la IT a partir del duodécimo mes de baja*”.

¹⁷⁰⁶ PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de la Incapacidad Temporal”... op.cit., página: 100 a 104.

¹⁷⁰⁷ Con este nuevo procedimiento, que presenta claras semejanzas con el de disconformidad, se pretende así incrementar los niveles de control respecto de las altas concedidas en los procesos de IT

Este mecanismo se encuentra previsto para todas aquellas altas que sean concedidas por las MATEPs, así como por las empresas colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, en las situaciones de IT derivadas de contingencias profesionales y que se produzcan con anterioridad al agotamiento del plazo de 12 meses¹⁷⁰⁸. La tramitación de este procedimiento debe considerarse con carácter preferente por la Entidad Gestora, con el fin de que se dicte la resolución que corresponda en el menor tiempo posible¹⁷⁰⁹.

Al igual que en el procedimiento anterior, el interesado dispone de un plazo perentorio de cuatro días naturales siguientes al de la notificación del alta por la entidad colaboradora, para manifestar su deseo de iniciación del correspondiente trámite de revisión del alta médica. En la solicitud que se presenta ante la entidad gestora competente (INSS o ISM)¹⁷¹⁰, se deberá manifestar por el trabajador los motivos de su disconformidad con el alta, haciéndose acompañar necesariamente este documento del historial médico previo que se relacione con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora¹⁷¹¹.

derivados de contingencias profesionales por las MATEPs y las empresas que colaboren con la Seguridad Social en la gestión. En esta línea, GOERLICH PESET, J.M: "La reforma de la incapacidad temporal"... op.cit., páginas: 197 y 198.

¹⁷⁰⁸ MARTÍNEZ LUCAS, J.A: "Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal", *Actualidad Laboral*, nº 22, 2009, página: 2677.

¹⁷⁰⁹ Artículo 4.1 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

¹⁷¹⁰ *"Pese a que el artículo 4 del RD 1430/2009 no lo prevea expresamente, el interesado también podrá presentar su solicitud ante alguno de los órganos indicados en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

*Sorprende también que la norma no prevea la posibilidad de que el interesado pueda instar la revisión del alta médica emitida por las entidades colaboradoras a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, cuando, conforme a lo previsto en el artículo 49, éstos serán los medios que preferentemente deben utilizar las entidades gestoras, colaboradoras y las empresas para comunicarse con ocasión de este procedimiento. Con esta omisión se vulnera el derecho que cualquier ciudadano posee a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos (artículo 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos". Véase TOSCANI GIMÉNEZ, D: "El nuevo procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas en los procesos de incapacidad temporal", *Revista Capital Humano*, nº 238, 2009, página: 104.*

¹⁷¹¹ Deberá de contener esta solicitud todos los extremos que señala el artículo 110 de la Ley 30/1992, del régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Asimismo, todo aquel trabajador que inicie este procedimiento de revisión, se lo habrá de comunicar a la empresa el mismo día que lo solicite o al día siguiente hábil¹⁷¹².

La mera iniciación de este sistema de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida, prorrogándose la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento. Además, habrá de mantenerse, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que posteriormente se puedan considerar indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal¹⁷¹³.

Una vez que la entidad gestora correspondiente reciba toda esta documentación, deberá informar a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales competente del inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de dos días hábiles¹⁷¹⁴, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de incapacidad temporal de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica¹⁷¹⁵. La MATEP puede optar por: 1) reconocer la improcedencia del alta,

¹⁷¹² Artículo 4.2 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

¹⁷¹³ Artículo 4.3 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

¹⁷¹⁴ Si nos fijamos bien, en ningún momento, la letra de la ley hace mención a las empresas colaboradoras, ni al plazo en el que la entidad gestora debe realizar este trámite. En opinión del profesor Daniel Toscani Giménez, *“ambas omisiones pueden ser salvadas del siguiente modo: a) la entidad gestora dirigirá la comunicación de la solicitud del inicio del procedimiento de revisión y concederá el citado plazo para aportar la documentación señalada a la empresa, cuando sea ésta quien colabore en al gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, pues así puede deducirse de la previsión contenida en el artículo 4.6 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre); b) el plazo para llevar a cabo la comunicación a la entidad colaboradora será de dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del trabajador, plazo previsto en el artículo 4.5 del RD 1430/2009 para participarle a la empresa del inicio de este procedimiento de revisión. De no interpretarse de este modo, tal previsión entra en contradicción con el mandato del apartado segundo de este artículo, que obliga al trabajador a comunicar a la empresa la presentación de su solicitud en el mismo día en que presente o en el siguiente día hábil”*. Véase TOSCANI GIMÉNEZ, D: “El nuevo procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas en los procesos de incapacidad temporal”... op.cit., página: 106.

¹⁷¹⁵ Artículo 4.4 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre. Además, según prevé el artículo 4.9 de este RD 1430/2009, de 11 de septiembre: *“Las comunicaciones efectuadas entre las entidades gestoras, la entidad colaboradora, el servicio público de salud y la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que permitan la mayor rapidez en la información”*.

Resulta criticable que no se haya previsto un procedimiento para que, aquellas empresas que no colaboren en la gestión de la IT, presenten la documentación que estimen conveniente, ya que se

lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la entidad gestora; 2) no presentar la citada documentación, en cuyo caso, el INSS (o incluso el ISM) dictará la resolución que proceda, teniendo en cuenta la información facilitada por el interesado¹⁷¹⁶ y; 3) aportar la documentación requerida, debiendo por consiguiente, el director provincial del INSS o ISM, promulgar en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, que examinará y valorará el caso concreto¹⁷¹⁷.

Cuando se inicie este procedimiento de revisión, la entidad gestora competente comunicará a la empresa el inicio del mismo en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado. Ahora bien, si el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja emitido por el SPS, aquélla, con el fin de coordinar las actuaciones procedentes, informará de dicha circunstancia al Instituto Nacional de la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina, con carácter inmediato.

No obstante, puede ocurrir que el trabajador acuda al SPS solicitando una baja médica por contingencias comunes, y que de ese reconocimiento médico se desprenda la existencia de un proceso previo de IT derivada de contingencias profesionales por las que ya se haya emitido el alta. En ese caso, el servicio público de salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, este procedimiento especial de

entiende que son entidades interesadas en este procedimiento. TOSCANI GIMÉNEZ, D: "El nuevo procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas en los procesos de incapacidad temporal"... op.cit., página: 106.

¹⁷¹⁶ No resuelve la Ley, qué ocurrirá en el caso de que el interesado no haya podido presentar la información relacionada con su proceso de IT, por encontrarse en poder de los servicios médicos de la Mutua o de la empresa colaboradora. Para ese supuesto, entiendo que deberá ser de aplicación el artículo 78.1 de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común: "*Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos*".

En este mismo sentido, TOSCANI GIMÉNEZ, D: "El nuevo procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas en los procesos de incapacidad temporal"... op.cit., página: 106.

¹⁷¹⁷ Artículo 4.6 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

revisión y, además, con carácter inmediato comunicará a la entidad gestora competente la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados. Y es que¹⁷¹⁸, recordemos que el INSS está facultado para calificar el origen común o profesional de una IT en caso de que existan discrepancias¹⁷¹⁹.

Con independencia de si finalmente se reconoce o no la procedencia del alta expedida por la MATEP, el trabajador iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento¹⁷²⁰. Si el director provincial de la entidad gestora declara que no produce efectos el alta emitida por la colaboradora, deberá ésta reintegrar al INSS la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor¹⁷²¹.

La resolución que ponga término a este procedimiento habrá de fijar: la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la prestación, y su caso, la contingencia que deriva del proceso de IT, así como la improcedencia de aquellas bajas que se hubiesen emitido por el Servicio Público de Salud durante la tramitación de este proceso especial de revisión. Por tanto, el procedimiento podrá acabar de alguna de las siguientes maneras¹⁷²²:

1. Confirmando el alta emitida por la MATEP y declarando extinta la IT desde la fecha de emisión de la mencionada alta. Además, en este

¹⁷¹⁸ Como ya se vio en el apartado correspondiente a las recaídas.

¹⁷¹⁹ Para lo cual abrirá el correspondiente expediente contradictorio y citará al interesado al objeto de que sea reconocido por el equipo de valoración de incapacidades.

¹⁷²⁰ Critica a este respecto el profesor José María Goerlich Peset sobre el procedimiento de revisión lo siguiente: “... la forma de exteriorizar este rechazo no es el recurso de impugnación del alta –cuya viabilidad real es sumamente discutible por falta de un procedimiento ágil que la canalice –sino el más sencillo expediente de acudir al Servicio de Salud de manera que, una vez obtenida la baja médica, pueda accederse a la prestación por contingencias comunes”. GOERLICH PESET, J.M: “La reforma de la incapacidad temporal”... op.cit., página: 196.

¹⁷²¹ También podría ocurrir que el Director Provincial no se pronunciara, en cuyo caso se entenderá desestimada la propuesta de impugnación del alta mediante silencio negativo, debiéndose reincorporar el trabajador a su puesto de trabajo. TOSCANI GIMÉNEZ, D: “El nuevo procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas en los procesos de incapacidad temporal”... op.cit., página: 107.

¹⁷²² TOSCANI GIMÉNEZ, D: “El nuevo procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas en los procesos de incapacidad temporal”... op.cit., página: 107.

supuesto, el trabajador deberá reintegrar las cantidades indebidamente percibidas a partir de la fecha prevista en el alta¹⁷²³.

2. Mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Aquí el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.
3. Calificando el origen común o profesional de la incapacidad, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo periodo de tiempo, y, por tanto, existan distintas bajas médicas. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.
4. Si el interesado hubiese recuperado su capacidad para trabajar durante el transcurso del procedimiento de revisión, se podrá declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. En estos casos, la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de incapacidad temporal.

Podría suceder también, que previamente a la finalización del procedimiento de revisión, llegase se cumpliera el plazo de duración de 12 meses de la situación de IT, volviendo entonces a las reglas contenidas en el artículo 128.1 a) de la LGSS, esto es: a) reconociendo la situación de prórroga expresa de la situación de incapacidad temporal con un límite máximo de seis meses más; b) iniciación de un expediente de incapacidad permanente; c) emitiendo el alta médica¹⁷²⁴.

Por último, las resoluciones emitidas por la entidad gestora, en el ejercicio de las competencias establecidas en este artículo, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa¹⁷²⁵.

¹⁷²³ A diferencia de lo que sucede en el procedimiento de disconformidad contra las altas médicas emitidas por el INSS. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 285.

¹⁷²⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, D: “El nuevo procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas en los procesos de incapacidad temporal”... op.cit., página: 107.

¹⁷²⁵ Ver artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

2.1.3. Impugnación judicial del alta emitida por la entidad gestora¹⁷²⁶

Con independencia de quien hubiese sido la entidad que hubiese procedido a la concesión del alta médica (INSS, ISM, SPS o MATEP), el trabajador podrá recurrir esta decisión en sede judicial. Debiendo conocer de tal asunto la jurisdicción Social¹⁷²⁷, para lo cual habrá de seguirse las reglas especiales que se prevén en los artículo 139¹⁷²⁸ y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral.

Quien pretenda demandar en materia de Seguridad Social deberá “... *acreditar haber cumplido el trámite de reclamación previa*”, siendo éste, de conformidad con el Título VIII de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo Común, requisito necesario para la admisión de la demanda¹⁷²⁹, salvo excepciones recogidas por la Ley.

Según prevé el artículo 71.1 de la LPL, esta reclamación previa habrá de interponerse ante la Entidad Gestora o Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente¹⁷³⁰ en el plazo de treinta días desde la notificación de la

¹⁷²⁶ Véase con más detenimiento el estudio que realiza el profesor Manuel Alegre Nueno, en ALEGRE NUENO, M: “El nuevo procedimiento judicial de impugnación de altas médicas”, *Revista Capital Humano*, nº 263, 2012.

¹⁷²⁷ Véase los artículo 1 y 2.b) de la LPL y 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁷²⁸ Modificado tras la Ley 13/2009, de 3 de noviembre de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE núm. 266, publicado el 4 de noviembre de 2009).

¹⁷²⁹ Como nos recuerda la STS de 30 de mayo de 1991 (R. 1169/90), la reclamación previa cumple una doble finalidad. De un lado, la esencial y prioritaria, de poner en conocimiento del órgano administrativo el contenido y fundamento de la pretensión formulada y darle ocasión de resolver directamente el conflicto, evitando a la jurisdicción. Y de otro lado, la accesoria y subordinada, que consiste en poner en conocimiento de la Administración demandada la posibilidad de preparar adecuadamente su oposición.

En este mismo sentido, RIVAS VALLEJO, P: *Los Procesos en Materia de Prestaciones de la Seguridad Social, prólogo a cargo de Antonio V. Sempere Navarro*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2002, páginas: 107 a 109. MÁRQUEZ PRIETO, A: “Capítulo sexto. De la Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECT), SERRANO FALCÓN, C y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A (COORD): *El nuevo proceso laboral Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, Granada, Comares, 2011, página: 621.

¹⁷³⁰ Es decir, ante el órgano que hubiese expedido el alta médico: SPS o INSS. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 286. VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR), MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M^a.N, OLARTE ENCABO, S y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A (PARTE TEÓRICA), MOYA AMADOR, R y SERRANO FALCÓN, C

resolución que se impugna, o desde la fecha en que esta resolución deba entenderse producida por silencio administrativo¹⁷³¹. Ahora bien, si el alta médica la emite una MATEP, ya sea separadamente o conjuntamente con la entidad gestora o con la TGSS, no podrá dirigirse la reclamación previa contra la colaboradora¹⁷³², pues ese alta que emite la mutua no tiene el carácter de acto administrativo¹⁷³³. Por tanto, sólo en caso de que la Mutua fuese la única parte demandada en el proceso, se podrá formular directamente la demanda contra ella sin necesidad de llevar a cabo ningún otro trámite procesal previo¹⁷³⁴.

No será posible sustituir dicho trámite administrativo por el de conciliación previa que recoge el artículo 64.1 de la LPL o el procedimiento de disconformidad que prevé el artículo 128. 1 a) de la LGSS¹⁷³⁵. Así pues, cabe

(PARTE PRÁCTICA Y COORDINACIÓN): *Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 2012, páginas. 189.

¹⁷³¹ Véanse apartado 1 y 2 del artículo 71 de la LPL. No computan en este plazo ni los días inhábiles (artículo 48.1 de la Ley 30/1992), ni el mes de agosto (STS de 21 de mayo de 1997 (RJ 4190)).

¹⁷³² BLASCO PELLICER, A: “La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 95, 1999, páginas: 349 a 370. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., páginas: 126 y 127. DE LA PUEBLA PINILLA, A: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”... op.cit., página: 1317.

¹⁷³³ “A las Mutuas –en cuanto que no son Administraciones Públicas y que el alta médica acordada por ellas no puede asimilarse a un acto administrativo- no le es aplicable el artículo 71 de la LPL”, véase TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., página: 122. En este mismo sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”... op.cit., página: 1317. VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR), MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M^a.N, OLARTE ENCABO, S y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A (PARTE TEÓRICA), MOYA AMADOR, R y SERRANO FALCÓN, C (PARTE PRÁCTICA Y COORDINACIÓN): *Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y Práctica*... op.cit., página: 189.

¹⁷³⁴ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., página: 126. En este mismo sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”... op.cit., página: 1318. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 286.

¹⁷³⁵ “Si el procedimiento de disconformidad garantizase la oportunidad del INSS de revisar su inicial decisión del alta, para conformarla o revocarla, podría considerarse suficientemente cumplida dicha finalidad. El problema no reside por tanto en la circunstancia de que la disconformidad se plantee ante la Inspección Médica -la reclamación, sin embargo, si se presenta ante el órgano que adoptó la resolución que se impugna- como en que dicho procedimiento no asegura, en todos los supuestos, la intervención del INSS para decidir si revisa o no el alta emitida. Y esto impide atribuir al procedimiento de

advertir para este último, que en el supuesto de que el trabajador solicite su desacuerdo ante la inspección médica del SPS y simultáneamente, presentase también la reclamación previa, no se iniciará la tramitación de ésta hasta que no se haya resuelto el incidente de la disconformidad¹⁷³⁶.

Si se omitiese este trámite preceptivo, el Secretario judicial dispondrá para que se subsane este defecto en el plazo de cuatro días. En caso de realizarse la subsanación quedará entonces admitirá la demanda, de lo contrario, se dará cuenta al Tribunal para que resuelva sobre la admisión de la demanda¹⁷³⁷.

Formulada la reclamación previa deberá la Entidad contestar expresamente o por silencio negativo transcurrido el plazo de cuarenta y cinco días¹⁷³⁸. Tanto en uno como en el otro caso, el beneficiario dispondrá de un plazo de treinta días para presentar la demanda¹⁷³⁹.

disconformidad un carácter sustitutivo del trámite de reclamación previa a la que se refiere el artículo 71 LPL. De hecho, en la práctica, las resoluciones que ponen fin al proceso de disconformidad señalan expresamente la posibilidad de impugnación ante el orden social de la jurisdicción previa reclamación”, ver DE LA PUEBLA PINILLA, A: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”... op.cit., página: 1318.

Esta previsión tiene su origen en el art. 38.1 de la LGSS de 1966 la cual declaró, en referencia al artículo 5 a) de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, que las Entidades Gestoras no gozaban de la naturaleza de organismos autónomos. Como consecuencia de este dato legal, los tribunales declararon inaplicable a la Administración de la Seguridad Social la Ley de Procedimiento Administrativo y, consecuentemente los mecanismos de revocación de sus propios actos, ni siquiera lo nulos de propio derecho, teniendo necesariamente que acudir a la jurisdicción social para solicitar la revisión, interponiendo demanda contra el beneficiario. Ver STS de 24 de diciembre de 1997 (Ar.9560)

Las razones diversas que fundamentan esta regla, vienen recogidas por el extinguido Tribunal Central de Trabajo en base al: principio de seguridad jurídica (STCT de 1 de abril de 1973, Ar.126 y 7 de noviembre de 1974, Ar.4572), el principio de contradicción (STCT de 27 de enero de 1988, Ar.1108), o el derecho a la tutela judicial efectiva (STCT de 8 de septiembre de 1987, Ar.18766), razones que conviene tener en cuenta a la hora de analizar el verdadero sentido del art.145, y particularmente de las excepciones en él contenidas. En este sentido, ver MÁRQUEZ PRIETO, A: “Capítulo sexto. De la Seguridad Social”...op.cit., página: 641.

¹⁷³⁶ Ver las instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social.

¹⁷³⁷ Ver artículo 139 de la LPL.

¹⁷³⁸ Ver artículo 71.4 de la LPL.

¹⁷³⁹ Ver artículo 71.5 de la LPL.

Ahora bien, en el caso de que el trabajador no interpusiese la demanda en el plazo indicado, la reclamación administrativa perderá su eficacia, debiendo repetirse esta acción siempre que no haya prescrito el derecho. Y es que lo único que caduca es el ejercicio de este trámite administrativo previo (artículo 71 LPL), pero no el derecho, ya que el mismo podrá ser nuevamente ejercitado una vez que se reinicie la vía administrativa¹⁷⁴⁰.

Llama muy especialmente la atención, el tema de los sujetos legitimados para iniciar la apertura de este procedimiento. Si bien, aunque en el mismo entren en juego hasta tres actores¹⁷⁴¹: el propio trabajador, la entidad gestora responsable del pago de la prestación y la inspección médica u órgano equivalente del Servicio Autonómico de Salud; el único de ellos facultado para presentar su disconformidad es el trabajador.

Al hilo de este problema, ha suscitado un enorme interés en la doctrina científica, la discusión sobre la posible legitimación activa del empresario¹⁷⁴²

¹⁷⁴⁰ Prescribe el ejercicio de los derechos y las acciones caducan. Ver en este sentido, TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: "El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica"... op.cit., páginas: 127 y 128. TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGRE NUENO, M: "Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos"... op.cit., página: 88.

¹⁷⁴¹ PANIZO ROBLES, J.A: "Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por Incapacidad Temporal"... op.cit., página: 49.

¹⁷⁴² Ello ha llegado a plantear una enorme litigiosidad desde un punto de vista de gestión empresarial. Esto se debe a que de una parte, la LPL reconoce de forma amplia como legitimado activo no sólo al titular de la relación jurídica sino también a todos ellos que ostente un interés legítimo, mientras que la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 10 se refiere tan sólo al primero de ellos. Quizás esta amplitud de la LPL debería hacer replantear el actual tratamiento de este tema, en el que globalmente la posición procesal empresarial está realmente disminuida. La razón es triple: 1. Cuando el empresario tiene responsabilidad en orden a la prestación reconocida en vía administrativa, su legitimación para impugnar mediante demanda social la responsabilidad correspondiente no suscita dudas (art. 126 LGSS); 2. Cuando careciendo de la responsabilidad del art. 126 LGSS, el empresario podrá impugnar la resolución administrativa y solicita en demanda la declaración de incapacidad permanente o temporal de uno de sus empleados, los tribunales vienen reiterada y rotundamente negándole legitimación activa; 3. Cuando de lo que se trata es de impugnar la contingencia, común o profesional, por la que se ha reconocido la prestación de seguridad social, los tribunales muestran criterios divergentes en cuanto a reconocer legitimación activa al empresario responsable ex art. 126 LGSS (STSJ DE Cataluña de 7 de diciembre de 2004, JUR 2005/34932; STSJ Cataluña de 11 de octubre de 2005, AS 2006/405, las cuales sostienen la legitimación activa empresarial para cuestionar la contingencia. Con criterio contrario a las anteriores encontramos, la STSJ de Murcia de 21 de abril de 1999, AS 1999/1422 la cual niega esa legitimación empresarial sobre la base de una fundamentación diferente y discutible). MERCADER UGUINA, J.R y GÓMEZ ABELLEIRA, F: "Garantía jurisdiccional en la protección contra los riesgos

para impugnar el alta médica sin propuesta de IP cuando afecte a un trabajador de su empresa¹⁷⁴³. Si bien es cierto, que para el caso contrario, o sea, cuando la resolución del INSS reconozca una incapacidad permanente, el Tribunal Supremo ya se pronunciado denegándole competencias en esta materia a la empresa¹⁷⁴⁴. No obstante, para el caso de que el alta médica emitida sea por curación, no está tan clara la cuestión, encontrándose a este respecto posiciones muy dispares.

De un lado, está la línea que defiende que aun cuando el empresario verifique a través de los servicios médicos de la empresa la incapacidad del trabajador, no ostentará la legitimación activa necesaria para impugnar el alta médica, asimilando este supuesto por analogía, a la doctrina ya asentada por el TS para cuando se declare la incapacidad permanente¹⁷⁴⁵. Pero de otra parte,

comunes”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECT): Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social Estudio de su régimen jurídico, Granada, Comares, 2008, página: 801.

¹⁷⁴³ Ver el comentario que realiza la profesora Yolanda Sánchez-Urán Azaña sobre la STSJ de Cataluña de 15 de febrero de 1999 (AS 1999, 894), en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: “Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente”... op.cit., páginas: 2681 a 2683.

¹⁷⁴⁴ Expone a este respecto el TS en sus sentencias de 14 y 20 de octubre de 1992 (R. 2500/91 y R. 2446/91). Admite el alto tribunal, que el empresario tenga un interés real en la declaración de la incapacidad, en cuanto de ella se derivan efectos en orden a la extinción del contrato de trabajo, sin embargo, se trata de efectos reflejos y que no constituyen el objeto del proceso de Seguridad Social. En cambio, el empresario sí estará facultado para ejercitar la revisión hacia un grado inferior de la incapacidad e incluso, podrá impugnar una resolución administrativa o judicial que reconozca una prestación de seguridad social a un trabajador o a sus causahabientes. En el presente supuesto la pretensión empresarial va encaminada a lograr el reconocimiento de una prestación inferior a la declarada por la gestora, sosteniendo la empleadora que el trabajador sólo se encuentra afecto de lesiones permanentes no invalidantes e indemnización por baremo, y no afecto de una incapacidad permanente total, como le fue reconocido. En consecuencia, es claro el interés legítimo y efectivo de la empresa en ejercitar su pretensión, ya que la misma incide directamente en su patrimonio, pues no es lo mismo tener que abonar el 30% sobre una prestación vitalicia de incapacidad permanente total que hacerlo sobre una prestación inferior. Véase en este mismo sentido la STS de 4 de abril de 2011, recurso de casación núm. 556/2010).

En esta misma línea, los TSJ vienen negándoles también a las Mutuas la legitimación activa, véase MERCADER UGUINA, J.R y GÓMEZ ABELLEIRA, F: “Garantía jurisdiccional en la protección contra los riesgos comunes” ... op.cit., página: 802.

¹⁷⁴⁵ En esta línea véase FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas: 287 y 288, quién además argumenta que, “... puesto que se trata de un acto administrativo que afecta directamente al ámbito personal del trabajador y éste debe ser el único que debe ejercitar la titularidad de ese derecho. El empresario no puede invadir derecho que afectan a al esfera privada del trabajador. Si considera que éste no se encuentra capacitado para el desempeño de su trabajo, tendría distintas opciones, como recolocar al trabajador en un puesto

aparece la opinión de quienes afirman, que como la empresa se encuentra afectada directamente por esa resolución administrativa que acuerda el alta médica del trabajador y puesto que, a causa de ello se ve obligada a reincorporar al trabajador a la empresa cuando todavía no ha recobrado sus plenas aptitudes para trabajar, por consiguiente estará también legitimada para impugnar el parte de alta¹⁷⁴⁶.

A mi juicio, entiendo que debería de reconocerle competencias al empresario para impugnar las altas médicas de los trabajadores a su servicio, principalmente en base a varias razones: el coste que para estos sujetos conlleva el pago de la prestación por IT durante los primeros días, el abono de las mejoras voluntarias y complementos, los costes que genera la búsqueda de nueva personal “en reserva” que supla al trabajador ausente durante el tiempo de IT, las pérdidas de producción, el ajuste de la nueva plantilla... etcétera¹⁷⁴⁷. Por todo ello, no parece que sea razonable negarle al empresario competencias, máxime cuando el artículo 20.4 del ET le atribuye poder para “verificar el estado de enfermedad o accidente alegadas por el trabajador”. El interés de la empresa por controlar la salud de sus trabajadores no sólo abarca los períodos en los que se encuentran éstos recibiendo el subsidio económico, sino que también se extiende a aquellos otros en los que se declara el alta médica. Así pues, desde el mismo momento en que se emite el alta por curación, el trabajador debe reincorporarse a la empresa, por lo que de no hacerlo en las condiciones adecuadas al seguir precisando asistencia médica, inevitablemente tendrá que compaginar el desempeño de su actividad con el

de trabajo compatible con su capacidad residual, suspender el contrato de trabajo, que el trabajador solicitara una excedencia o, en última instancia, tiene la posibilidad de extinguir la relación contractual por la vía del artículo 52 a) del ET, por ineptitud sobrevenida. No obstante, para que operara esta causa de extinción por ineptitud debería tener carácter permanente. Ahora bien, entre las opciones mencionadas quizás el trabajador prefiera la extinción a la suspensión o a la excedencia porque al menos de este modo podría percibir la prestación por desempleo”.

¹⁷⁴⁶ Véase las STSJ de Asturias de 31 de mayo de 1996 (AS 1506) y de Galicia de 26 de septiembre de 1996 (AS 3414).

En esta línea, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: “Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente”... op.cit., página: 2683. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., páginas: 123 a 126. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... op.cit., página: 200. DE LA PUEBLA PINILLA, A: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”... op.cit., página: 1316.

¹⁷⁴⁷ En esta misma línea, TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., página: 123.

tratamiento sanitario. Lo que inevitablemente comportará repetidas ausencias en el trabajo, que habrán de ser consentidas por el empresario si quiere evitar nuevos procesos de IT.

A parte de lo mencionado, recordemos también, que según reconoce nuestra Constitución Española en su artículo 24: “*todos tienen derecho a la tutela judicial efectiva*”, por lo que no cabría denegarle el ejercicio de este derecho al empresario.

El trabajador que decida impugnar el alta médica deberá dirigir su demanda contra todas aquellas entidades que directa o indirectamente presentasen un interés legítimo. Es decir, las que emitieron el alta médica, así contra aquellas otras que fuesen responsables del pago de la prestación económica¹⁷⁴⁸. En resumen, ostentarán la legitimación pasiva una pluralidad de sujetos que asumirán la posición de demandado¹⁷⁴⁹, debido a que pueden colaborar voluntariamente en la gestión no sólo las MATEPs, sino también las empresas, razón por la cual habrá para este supuestos concreto una pluralidad de partes: INSS y Mutua o empresas que asumen la colaboración voluntaria¹⁷⁵⁰.

La demanda¹⁷⁵¹ que presente el trabajador habrá de guardar una cierta correlación la reclamación previa de acuerdo con lo establecido en los artículos

¹⁷⁴⁸ Aun cuando existan diversas entidades implicadas en la cuestión objeto de litigio (por ejemplo: SPS e INSS), tan sólo deberá el interesado presentar una única reclamación previa, en la que, asimismo “*el demandante realizará una pretensión articulada en relación con el alta-prestación, por la que se impugne el alta médica al mismo tiempo que reclama el derecho a las prestaciones que no le han sido abonadas desde que el alta médica tuvo efecto, en cuanto ésta determinó la extinción de la prestación*”, véase RIVAS VALLEJO, P: *Los Procesos en Materia de Prestaciones de la Seguridad Social...* op.cit., página: 115.

¹⁷⁴⁹ MÁRQUEZ PRIETO, A: “Capítulo sexto. De la Seguridad Social”, ... op.cit., página: 619.

¹⁷⁵⁰ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., página: 80. RIVAS VALLEJO, P: *Los Procesos en Materia de Prestaciones de la Seguridad Social...* op.cit., página: 97. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., página: 131. DE LA PUEBLA PINILLA, A: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”... op.cit., página: 1317. TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGRE NUENO, M: “Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos”... op.cit., página: 89. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 286.

¹⁷⁵¹ En la que deberán cumplirse los requisitos formales que prevé el artículo 80 de la LPL para todo tipo de procesos (esto es, la designación del órgano ante el que se presenta, designación del demandante y demandado/s, enumeración clara y concreta de los hechos, la súplica correspondiente, la designación del domicilio donde resida el demandante, fecha y firma del demandante), debiéndose formular por escrito y en tantas copias como demandados y demás interesado haya en el proceso. RIVAS VALLEJO, P:

72.1, 80.1.c) y 142.2 de la LPL. La congruencia exigida entre la vía previa y la demanda se refiere no sólo a los hechos, sino también a la súplica, esto último con fundamento legal probable del art. 72.1 LPL, que prohíbe la introducción en la demanda de “*variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los formulados en la reclamación previa*”¹⁷⁵².

En el trámite de admisión de la demanda el Juez reclamará de oficio el expediente administrativo original o copia del mismo o de las actuaciones y, en su caso, informe de los antecedentes que posea en relación con el contenido de la demanda. El plazo que establece la ley para la remisión de lo reclamado es de diez días¹⁷⁵³.

La solicitud de ese expediente constituye, como ya se ha expuesto, condición necesaria para la admisión de la demanda interpuesta. Además de que supone un trámite previo a la celebración de juicio¹⁷⁵⁴. En todo caso, el expediente administrativo cumple, en estos procesos, una doble finalidad: por una lado, y como se encarga de recordar el apartado segundo del mismo art. 142 LPL, el expediente administrativo limita las posibilidades de alegación de hechos en el proceso; por otro lado, y como implícitamente se desprende del art. 143 LPL, el expediente suministra elementos de prueba usualmente valiosos para la resolución del pleito, supliendo, además, cierta inactividad, sobre todo del actor, normalmente tolerada por los jueces en el ejercicio de una función procesal particularmente tuitiva del beneficiario. Por esta razón en caso de que faltase el expediente, el Juez podrá suspender el juicio (art. 143.2 LPL), y esta misma falta, sin perjuicio de los efectos disciplinarios del funcionario responsable (art. 144 LPL), podrá derivar en trascendentales efectos en el plano probatorio¹⁷⁵⁵.

Los Procesos en Materia de Prestaciones de la Seguridad Social... op.cit., página: 125 a 130. RIVAS VALLEJO, P y CARRATALÁ TERUEL, J.L: *Proceso de Seguridad Social Práctico, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios, con prólogo a cargo de José Ignacio García Ninet*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004, página: 175.

¹⁷⁵² GÓMEZ ABELLEIRA, F: *El proceso especial de Seguridad Social*, Madrid, Edersa, 2000, página: 68. RIVAS VALLEJO, P: *Los Procesos en Materia de Prestaciones de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 130 a 134. TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”... op.cit., páginas: 129 y 130, exigencia que responde a tres principios básicos en el proceso laboral: la contradicción, la igualdad y la congruencia de la sentencia.

¹⁷⁵³ Ver artículo 142 de la LPL, modificado por el artículo 10.82 de la Ley 13/2009.

¹⁷⁵⁴ MÁRQUEZ PRIETO, A: “Capítulo sexto. De la Seguridad Social”...op.cit., página: 630.

¹⁷⁵⁵ MERCADER UGUINA, J.R y GÓMEZ ABELLEIRA, F: “Garantía jurisdiccional en la protección contra los riesgos comunes”...op.cit., página: 817.

El acto de juicio se celebrará en el día señalado, aun cuando la Entidad correspondiente no hubiera remitido el expediente o copia, salvo que justificara suficientemente su omisión (art. 143.1 LPL). Las consecuencias de la no remisión se refiere a tres aspectos: el primer lugar, en cuanto a lo relativo a la fecha señalada para el juicio, el cual será efectivamente celebrado, o suspendido, dependiendo de la posible justificación del retraso en dicha remisión y de la petición que se haga por parte del demandante (art. 143 LPL); en segundo lugar, la consideración a efectos de prueba, de los datos hipotéticamente contenidos en el expediente que no haya sido aportado, pudiéndose producir en tal sentido una cierta inversión de la carga de la prueba (art. 143 LPL); y en tercer lugar, la determinación de la posible responsabilidad disciplinaria –a título personal- por no remisión del expediente (art. 144 LPL)¹⁷⁵⁶. La ordenación general del acto de juicio para el proceso ordinario, así como los principios rectores de oralidad, concentración e inmediación, se aplican sin problemas para estos procesos (art. 102 LPL).

No existen tampoco especialidades en relación a la sentencia, por lo que a éste le son de aplicación aquí lo previsto en los artículos 97 a 101 de la LPL, así como la normativa procesal común¹⁷⁵⁷.

Finalmente, contra las sentencia de instancia que eventualmente recaiga en estos procesos, cabe recurso de suplicación en cuanto al fondo de la sentencia¹⁷⁵⁸, a resolver por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (art. 7 LPL). Frente a esta sentencia de suplicación podría interponerse recurso de casación para unificación de doctrina, cuyo conocimiento corresponde al TS (art. 9 LPL). Este último recurso se podrá llevar a cabo siempre y cuando se cumpla el requisito general de entrar en contradicción con una sentencia admisible como de contraste (art. 217 LPL), y la abundante jurisprudencia que lo interpreta.

¹⁷⁵⁶ MÁRQUEZ PRIETO, A: “Capítulo sexto. De la Seguridad Social”...op.cit., página: 635.

¹⁷⁵⁷ Esto es, lo dispuesto no sólo en la LPL, sino también en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁷⁵⁸ En recurso de suplicación que se puede plantear contra la sentencia de instancia versará sobre cualquiera de los tres siguientes supuestos: 1. Cuando verse sobre reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de Seguridad Social (art. 189.1 c) LPL); 2. Cuando verse sobre las condiciones de disfrute de la prestación (fecha de efecto, cuantía... etcétera), siempre que en estos casos la cuantía litigiosa sobrepase los 1803,4 euros (art. 189.1 LPL); 3. Cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social (art. 189.b) LPL).

Por último, el art. 145.1 de la LPL, prevé como garantía frente al beneficiario de la prestación, la prohibición de que las “*Entidades gestoras o servicios comunes revisen por sí mismos sus actos declarativos de derechos*”¹⁷⁵⁹ en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo en su caso solicitar la revisión ante el Juzgado de los Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido”. El plazo que disponen estas entidades para el ejercicio de la acción de revisión prescribirá a los cinco años¹⁷⁶⁰.

No obstante, se exceptúa de la anterior previsión: “*la rectificación de errores materiales o de hechos y los aritméticos...*”¹⁷⁶¹, pues no constituye propiamente un supuesto de revisión al no afectar al acto declarativo del derecho que sigue subsistiendo, sino que de lo que se trata, es de una simple aclaración o rectificación de las incorrecciones o de las equivocaciones materiales o de cuenta evidentes o de fácil y no cuestionada acreditación, sin necesidad de acudir, para su apreciación, a valoración o calificación jurídica alguna¹⁷⁶². Por errores” aritméticos” se entienden aquellas equivocaciones cometidas al consignar un número, operaciones del cálculo al determinar al correspondiente base reguladora o el importe de una determinada pensión¹⁷⁶³. Además, el segundo inciso del art.145 permite igualmente la revisión de oficio por parte de la Entidad Gestora o servicios comunes, de aquellas “*...omisiones o inexactitud en las declaraciones del beneficiario*”. La problemática en este supuesto radica en determinar a qué clase de “omisiones o inexactitudes” se refiere. Siguiendo lo establecido por el Real Decreto 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el procedimiento especial para el reintegro de las prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas (desarrollado por O.M de 18 de julio de 1997, BOE 29 de julio)¹⁷⁶⁴, se especifica en relación a las omisiones o inexactitudes, que éstas han de guardar relación con los “*hechos o circunstancias que evidencian la existencia de deudas, por la indebida percepción de prestaciones*” (art. 3 RD 148/1996).

¹⁷⁵⁹ Ver STSJ de Castilla y León/Burgos de 6 de septiembre de 1999, la cual define que los actos declarativos son: “*todos aquellos que enriquecen el patrimonio jurídico, entendido en su amplio sentido, ya sea reconociendo un derecho que antes no se tenía, o liberando de una carga o gravamen que antes se soportaba*”.

¹⁷⁶⁰ Ver párrafo tercero del artículo 145 de la LPL.

¹⁷⁶¹ Ver art. 145.2 LPL.

¹⁷⁶² MERCADER UGUINA, J.R y GÓMEZ ABELLEIRA, F: “Garantía jurisdiccional en la protección contra los riesgos comunes”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECT)...op.cit., página: 838.

¹⁷⁶³ Ver STS de 10 de mayo de 1995 (RJ 3767).

¹⁷⁶⁴ Ver BOE 20/02/1996.

2.2. Problemas en torno al control de la prestación entre las distintas entidades gestoras y colaboradoras.

El hecho de que se lleve a cabo una gestión separada en los procesos de IT entre distintas entidades (gestoras y colaboradoras) conlleva, el surgimiento de una encarnizada disputa por el control de la prestación. Bajo el pretexto de que la totalidad de la financiación de los costes asociados a la incapacidad temporal lo asumen tanto las Mutuas como el INSS, solicitan, sino es que exigen, que el control completo de este proceso sea asumido exclusivamente por ellas. De este modo, pretenden arrebatar las competencias sanitarias a los SPS con la mera intención de reducir los gastos que se desprenden de un procedimiento¹⁷⁶⁵, de los que son únicos pagadores, pero sobre el que dicen no tener control suficiente.

Debido a ese afán por controlar de una manera obsesiva y enfermiza las situaciones de incapacidad temporal, venimos asistiendo, en los últimos años, a un incremento de las competencias que les corresponden a estas entidades gestoras y colaboradoras, en detrimento de las que les corresponden a los Servicios Públicos de Salud¹⁷⁶⁶.

Así por ejemplo, ya no sólo pueden los SPS extender los partes médicos de alta, sino que además, una vez que se supere los 12 primeros meses, podrán también ejercitar estas facultades el INSS. Por no hablar, de que incluso antes de que llegue a término este período, tanto las Mutuas como el INSS, podrán solicitar al SPS una propuesta motivada de alta¹⁷⁶⁷, pues recordemos, que ambas entidades tienen acceso al historial clínico de los beneficiarios y disponen de plenas facultades para someter a los trabajadores a los reconocimientos médicos puestos a disposición por ellas, al margen de los que ya ejerce el SPS¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶⁵ MERCADER UGUINA, J.R: “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”... op.cit., página: 407.

¹⁷⁶⁶ OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., página: 70.

¹⁷⁶⁷ En el caso de las Mutuas sólo para los procesos derivados de contingencias comunes.

¹⁷⁶⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página: 378.

El empresario que decida concertar la cobertura de los procesos por IT con una MATEP, podrá hacerlo tanto para las situaciones derivadas de riesgos comunes, como para aquellas otras provenientes por causas profesionales. Ahora bien, cabe especificar, que solamente para el primero de los casos enumerados, esto es, accidente no laboral o enfermedad común, la Mutua abonará el pago de la prestación económica, debiendo el SPS ejercer la gestión sanitaria¹⁷⁶⁹. Sin embargo, cuando se trate de un accidente de trabajo, enfermedad profesional o periodo de observación, esta entidad colaboradora podrá desempeñar ambas competencias.

Sabemos también, que conforme al régimen vigente, antes de que transcurran los 365 días de incapacidad temporal, las Mutuas podrán emitir los partes médicas de baja, confirmación de la baja y alta por accidente de trabajo y enfermedad profesional, y una vez superado este período, las competencias pasarán en exclusiva al INSS¹⁷⁷⁰. Y es que, conforme al artículo 128.1 a) de la LGSS, “*agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente...*”, para determinar la prórroga expresa de seis meses, con independencia de cual fuese la contingencia y la entidad que se hubiese hecho cargo de la misma con anterioridad¹⁷⁷¹.

No obstante a lo anterior cabe hacerse algunas precisiones, efectivamente las Mutuas no podrán conceder el alta médica por contingencias profesional cuando se hubiese superado ese período inicial de 365 días, sino que, como bien expone la Resolución de 16 de enero de 2006 de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social¹⁷⁷², dictada con motivo de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de PGE para el año 2006, en tal caso, la Mutua habrá de efectuar ante el INSS propuesta de actuación en alguno de los sentidos señalados (esto es, prórroga, alta o apertura de expediente de IP), considerándose aceptada la propuesta por la entidad gestora, cuando ésta no se manifieste de manera

¹⁷⁶⁹ MOLINS GARCÍA-ATANCE, J: “El control de la incapacidad temporal”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 106, 2010, página: 23.

¹⁷⁷⁰ OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., páginas: 73 a 78.

¹⁷⁷¹ TORTUERO PLAZA, J.L: “El control público de las Mutuas en materia de incapacidad temporal” en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (DIRECTOR)... op.cit., páginas: 879 y 880. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas: 385 y 386.

¹⁷⁷² Con BOE de 24 de enero de 2006.

contraria en el plazo perentorio de los cinco días siguientes al de su recepción¹⁷⁷³. Sobre este punto, la doctrina ha precisado que a pesar de la brevedad del plazo previsto para que pronuncie la entidad gestora, previo examen del trabajador y valoración de su proceso médico, ello no impide para que la Mutua siga ejercitando su control sobre el reconocimiento de las prórrogas¹⁷⁷⁴.

Como bien expone el profesor TORTUERO PLAZA, con la reforma de 2006, el legislador se olvida por completo de los procesos de IT gestionados por una Mutua, por esa razón, y para salvar toda la problemática latente, publica la resolución antes mencionada¹⁷⁷⁵.

Sin embargo, a pesar de la omnicomprendensiva competencia que se le asigna al INSS a partir de los 12 meses duración de la IT, la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, siguiendo la misma línea que su precedente¹⁷⁷⁶, reitera esta idea, y una vez más, omite mención alguna respecto de las Mutuas. Por lo que habrá de interpretarse, que se ha de asignar al INSS, cualquiera que sea la contingencia originaria, la competencia absoluta sobre todos los procesos de IT, de tal forma, que desde ese momento, las Mutuas pierden su autonomía a partir de los doce meses iniciales de duración de la IT, de igual forma, que ocurre con los Servicios Públicos de Salud¹⁷⁷⁷.

A pesar de todo lo expuesto, el TS le reconoce a las MATEPs plenas competencias para suspender el subsidio de IT cuando el trabajador

¹⁷⁷³ Esta resolución se publica con motivo del número dos de la Disposición Adicional Cuadragésima Octava de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2006, en donde se estableció que: “La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y mediante resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado, determinará la fecha en que los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, asumirán las competencias establecidas en el segundo párrafo del artículo 128.1 a) de la LGSS”.

¹⁷⁷⁴ PAREDES RODRÍGUEZ, J.M y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R: “La gestión y control de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, nº 22, 2007, página: 82. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 387.

¹⁷⁷⁵ TORTUERO PLAZA, J.L: “El control público de las Mutuas en materia de incapacidad temporal” en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (DIRECTOR)... op.cit., página: 880.

¹⁷⁷⁶ Esto es, la Ley 30/2005, de 29 de diciembre sobre Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

¹⁷⁷⁷ TORTUERO PLAZA, J.L: “El control público de las Mutuas en materia de incapacidad temporal”, en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (DIRECTOR) op.cit., página: 889.

desempeñe otros trabajos por cuenta propia o ajena¹⁷⁷⁸ y del mismo modo, le atribuye también, la capacidad para extinguir la prestación por la incomparecencia injustificada del beneficiario a los reconocimientos médicos previstos por éstas¹⁷⁷⁹.

Con la reforma operada por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se le atribuyen además a las Mutuas dos nuevas competencias más. La primera de ellas, se refiere a los gastos por la anticipación de la readaptación de los trabajadores en incapacidad temporal por contingencias comunes, prevista en disposición adicional quincuagésima primera de la LGSS¹⁷⁸⁰. En este precepto, se establece que las Mutuas asumirán a su cargo, sin perjuicio del posible resarcimiento posterior por los Servicios de Salud o por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social *“el coste originado por la realización de pruebas de diagnóstico, tratamiento y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral por contingencias comunes a los trabajadores del sistema de la Seguridad Social y que deriven de los acuerdos o convenios a que se refieren los artículos 12.4 y 83 del Reglamento General sobre colaboración en la gestión de las Mutuas...”*.

Y la segunda¹⁷⁸¹, aparece recogida en el apartado cuarto del artículo 73 de la LGSS en el que se establece que: *“Las Mutuas podrán destinar una parte del resultado económico positivo obtenido en la gestión de las contingencias profesionales o de la incapacidad temporal por enfermedad común al establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas, en los términos que se establezcan reglamentariamente, siempre que hayan reducido los costes de la incapacidad temporal, por debajo de los límites establecidos, o que hayan obtenido una reducción significativa de estos costes como consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores que modifiquen las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de trabajo de los trabajadores afectados por enfermedad común y mejoren el control del absentismo injustificado. Las reducciones de cotización serán proporcionales a los ahorros de costes generados al sistema a través de estos procesos de colaboración”*.

¹⁷⁷⁸ Pero sólo por los días en que fuesen sorprendidos haciendo uso de esta actividad, para lo cual podrán las MATEPS hacer uso de las facultades que les confiere el artículo 20.4 del ET a las empresas.

¹⁷⁷⁹ Véase apartado 4. “Extinción de la prestación por IT”, del Capítulo IV de esta tesis doctoral.

¹⁷⁸⁰ Añadida por la disposición adicional 19.4 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

¹⁷⁸¹ Véase en este sentido, SIRVERNT HERNÁNDEZ, N: “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre”... op.cit., páginas: 1861 a 1867.

A mi juicio, esta segunda medida implantada, entorpece considerablemente la protección de los estados de necesidad provenientes de una IT, pues no mira por la tutela de la salud del trabajador, sino por la reducción de los niveles de absentismo en la empresa. En efecto, otra vez el legislador preocupado por la idea de que tras cada baja se esconda una situación abusiva¹⁷⁸², establece un mecanismo de colaboración público-privado, que incluso se llega a articular mediante el recurso a los acuerdos colectivos de empresa, y que claramente, busca reforzar el control sobre todos estos procesos, sin ningún tipo de garantía, ni protección social para el trabajador. Es más, este mecanismo trata de incentivar al empresario por llevar a cabo una supuesta “eficiente gestión” a costa de presumir el fraude por cada baja que se suceda¹⁷⁸³.

Por todo ello, vemos como tras las sucesivas reformas que ha sufrido la IT, se les ha ido atribuyendo en este terreno, cada vez más, competencias a las Mutuas. De modo que, aun cuando sean consideradas por la LGSS como entidades colaboradoras de la Seguridad Social, sin embargo, en la práctica, actúan casi de la misma manera que el INSS¹⁷⁸⁴.

En lo que se refiere al control y gestión de la IT por riesgos comunes y profesionales, también el Servicio Público de Salud tiene atribuidas competencias en esta materia. Así pues, el SPS deberá otorgar la prestación sanitaria y el INSS el pago de la prestación, ejerciendo los facultativos sanitarios de las distintas comunidades autónomas el control de la incapacidad temporal a través de la concesión de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta del trabajador.

En este sentido, se ha tratado de avanzar en el camino hacia una mayor coordinación entre ambas Administraciones, mediante la subscripción de convenios de colaboración con la finalidad de mejorar el control de la situación de incapacidad temporal y racionalizar el gasto en este tipo de prestaciones¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸² MERCADER UGUINA, J.R: “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”... op.cit., página: 404.

¹⁷⁸³ OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., páginas: 81 y 82.

¹⁷⁸⁴ MARTÍNEZ LUCAS, J.A: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”... op.cit., página: 2685. OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., página: 77.

¹⁷⁸⁵ En las distintas Comunidades Autónomas españolas se han suscrito ya estos convenios de colaboración, destacamos los siguientes: la Resolución de 21 de junio de 2012, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de cooperación con la Comunidad Foral de Navarra (BOE,

Y es que de acuerdo con la disposición adicional undécima de la LGSS, se posibilita el establecimiento de estos acuerdos con el fin último de marcar objetivos en aras de una gestión eficaz de la Incapacidad Temporal, prestación de capital importancia social y necesaria para la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social y del Sistema Nacional de Salud¹⁷⁸⁶.

Así por ejemplo, en el Convenio de colaboración entre la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Ministerio de Trabajo e Inmigración (INSS) firmado en 2010, se pone de manifiesto, claramente, como la decisión de adoptar esta medida, aparece enfocada a controlar los procesos de corta duración de la IT. Para lo cual, se crea en la misma, una Comisión Mixta¹⁷⁸⁷ que tratará de garantizar los cauces específicos de comunicación entre el INSS y el Servicio Andaluz de Salud (SAE), por lo cuales fluya cuanta información, datos y documentos se

número 166, de 12 de julio de 2012), la Resolución de 25 de julio de 2012, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de cooperación con la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE número 190, de 9 de agosto de 2012); la Resolución de 22 de septiembre de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Generalitat de Cataluña (BOE, número 240, de 4 de octubre de 2010); la Resolución de 22 de septiembre de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad de Madrid (BOE, núm. 240, de 4 de octubre de 2010); la Resolución de 22 de septiembre de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BOE, número 240, de 4 de octubre de 2010); la Resolución de 17 de agosto de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE núm. 207, de 26 de agosto de 2010); la Resolución de 17 de agosto de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (BOE número 207, de 26 de agosto de 2010); Resolución de 17 de agosto de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunitat Valenciana (BOE, número 207, de 26 de agosto de 2010); la Resolución de 17 de agosto de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE, número 207, de 26 de agosto de 2010); la Resolución de 17 de agosto de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Canarias (BOE, número 207, de 26 de agosto de 2010); la Resolución de 1 de julio de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE número 167, de 10 de julio de 2010); la Resolución de 1 de julio de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Aragón (BOE, número 167, de 10 de octubre de 2010); la Resolución de 13 de julio de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE, número 178 de 23 de julio de 2010); Resolución de 1 de julio de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOE, número 167 de 10 de julio de 2010); Resolución de 31 de mayo de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio entre la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOE, número 140, de 9 de junio de 2010).

¹⁷⁸⁶ Véase la Resolución de 17 de agosto de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹⁷⁸⁷ La cual estará integrada por tres representantes del INSS designados por el Director General del mismo y otros tres de la Comunidades Autónomas elegidos por la Consejería de Salud.

consideren oportunos para el eficaz desarrollo de las experiencias que se ponen en común¹⁷⁸⁸.

Tras la reforma operada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, posteriormente confirmada por la Ley 40/2007, de 4 diciembre, el INSS, a través de las EVIs, se erige como la única entidad facultada para asumir la gestión y control de la IT, una vez superada la duración inicial de 365 días. El hecho de que se cree una “administración sanitaria paralela” a la de los SPS¹⁷⁸⁹, ha supuesto, al margen de lo anterior expuesto, el surgimiento de una serie de mecanismos de intercambio de información entre ambas entidades a fin de que se pueda llevar a cabo una mejor gestión en los procesos de IT.

En este sentido, el artículo 1 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre dispone que: *“A efectos de la adecuada coordinación, el servicio público de salud, cuando expida el último parte médico de confirmación antes de agotarse el referido plazo, comunicará al interesado en el acto del reconocimiento médico que, a partir de dicho momento, corresponde a la entidad gestora competente, el control de su situación, circunstancia que pondrá en conocimiento de la misma mediante procedimiento informático”*. Lo que significa, que a partir de este momento, el servicio público de salud no emitirá partes de confirmación de la baja médica, debiendo pasar enteramente las competencias en esta materia al INSS.

Del mismo modo, el INSS será el único facultado para conocer del control de las recaídas cuando se produzcan en los seis meses siguientes al alta médica emitida por el INSS por el transcurso de doce meses, o si se produce antes del vencimiento de los seis meses siguientes a haber agotado el plazo de dieciocho meses¹⁷⁹⁰. Así pues, si hubiese dudas sobre la calificación común o profesional de una IT, deberá también resolver el conflicto la gestora.

La ley 35/2010, de 17 de septiembre, ha introducido algunas reformas en el régimen de la IT que si bien, evidencian esa tentativa del INSS por no decaer en su protagonismo ya casi absoluto. Y son las siguientes:

¹⁷⁸⁸ Véase el apartado específico previsto para el “programa específico”, apartado tercero de la Resolución de 17 de agosto de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Andalucía.

¹⁷⁸⁹ OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., página: 69.

¹⁷⁹⁰ Véase apartado segundo, concretamente en su punto 2.3. “Recaídas” del Capítulo IV de este trabajo de investigación.

- a) Se suprime del artículo 131 bis apartado 1 de la LGSS, la referencia al alta médica a los exclusivos efectos económicos que tan criticada había sido por la doctrina¹⁷⁹¹.
- b) Se introduce en la disposición adicional cuadragésima de la LGSS un tercer párrafo¹⁷⁹² que dice así: “*La inspección médica de los servicios públicos de salud podrá solicitar la remisión de los datos médicos necesarios para el ejercicio de sus competencias que obren en poder de las entidades gestoras de las Seguridad Social*”. De forma que se completan los derechos de información y comunicación entre las distintas entidades implicadas¹⁷⁹³.
- c) Se adiciona una disposición adicional quincuagésimo segunda a la LGSS, por la que se establece que hasta el cumplimiento de los 365 días de IT, el INSS, a través de las EVIs, 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*”¹⁷⁹⁴. Lo cual significa, que el INSS no sólo ejerce competencias después de los 12 primeros meses de baja, sino también antes¹⁷⁹⁵. Y además, para que no exista contradicción entre los partes emitidos por la entidad gestora y el SPS, se establece que: “*Cuando el alta haya sido expedida por el Instituto*

¹⁷⁹¹ Véase apartado 2.2. “Duración máxima de la protección: las distintas prórrogas de la incapacidad temporal”, del Capítulo IV de este trabajo.

Esta misma previsión se pretendió también extender para las Mutuas a través del artículo 44 del RDL 66/2000, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que contempló la posibilidad de que las Mutuas pudieran extender partes de alta a los exclusivos efectos económicos. Ahora bien, como ya dijo a lo largo del capítulo anterior, este precepto está sujeto a desarrollo reglamentario, y hasta la fecha no se ha producido, por lo que ha de entenderse que carece de efectividad esta medida. Por tanto las MATEPs ostentan las mismas competencias que el INSS, con la salvedad de que no pueden emitir altas médicas a todos los efectos. En esta línea, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página: 384.

¹⁷⁹² Ver disposición adicional 19.3 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

¹⁷⁹³ OLARTE ENCABO, S: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”... op.cit., página: 82.

¹⁷⁹⁴ Véase Capítulo IV de esta tesis.

¹⁷⁹⁵ A tal efecto, la Secretaría de Estado para la Seguridad Social a propuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y a través de Resolución dictada en el BOE, determinará la fecha de entrada en vigor de esta medida.

Nacional de la Seguridad Social, éstos serán los únicos competentes, a través de sus propios médicos, para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquella se produce en un plazo de ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología". Es decir, que el INSS es competente para declarar la recidiva cuando haya emitido él mismo el alta médica.

En definitiva, con todas estas reformas ha crecido el número de competencias del INSS y de las MATEPs, y se han reducido negativamente las competencias que les corresponden a los SPS. Ello supone un tremendo error, bajo mi punto de vista, pues si lo que se pretende es proteger a las personas frente a todos aquellos riesgos que originan una incapacidad temporal, creo que el camino más acertado sería dejar en manos de quienes reconocen esta situación desde un inicio, las competencias para conocer también de la evolución y mejora del paciente hasta el fin de este proceso. No obstante, se desconfía de la profesionalidad de los médicos de los SPS y en su lugar, se colocan a los médicos del INSS, o en su caso, de las entidades colaboradoras para que controlen, de una manera casi absoluta, todas estas situaciones. Desde luego, no creo que estemos avanzando con semejantes medidas, sino que más bien, estamos limitando y recortando el tiempo de permanencia en un derecho tan importante, como es el de incapacidad temporal.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS “*LEGE FERENDA*”

Analizada la protección de la prestación por Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social, conviene ahora proceder a establecer un conjunto de conclusiones y propuestas “*lege ferenda*” –primero enunciadas concisamente y posteriormente desarrolladas- sobre el conjunto global de aspectos problemáticos de esta contingencia.

Se pretende de este modo, resaltar todos aquellos puntos en los que más incidencia ha desplegado esta enreversada y espinosa materia. Obviamente, no se trata de una relación taxativa y cerrada, sino meramente de realce de cuestiones tanto significativas, como nucleares, y en suma, aclaratorias desde una visión panorámica.

Las incesantes reformas de la incapacidad temporal y su sentido jurídico-político

Actualmente, la incapacidad temporal constituye una de las prestaciones más problemáticas e importantes que existen en nuestro sistema jurídico. Tal es así, que desde los últimos años, el continuo vaivén de movimientos normativos que la han acontecido no han dudado en ningún momento de complicar, si cabía aún más, el panorama existente. Lo que ha llegado hasta el extremo de convertir a esta contingencia en el punto de mira de nuestra doctrina y jurisprudencia, principalmente a causa de su compleja estructura, caótica regulación y controvertida interpretación. Si bien es cierto, que gran parte de la problemática que arrastra, continúa aún vigente, quizás porque las reformas legislativas fueron insuficientes, carecieron del necesario desarrollo reglamentario y singularmente, no han sido objeto de replanteamiento en el sentido de corregir o completar las insuficiencias originarias.

Se pone de relieve en todas estas modificaciones normativas, esa obsesión del legislador por controlar de una manera enfermiza las situaciones de “fraude” y por consiguiente, de “absentismo injustificado en las empresas”. De ahí, que una y otra vez modifique los parámetros ya marcados ante el fracaso de sus múltiples tentativas por erradicar todo este engranaje de abusos que sufre el sistema de Seguridad Social. Olvidando así, la finalidad primordial por la que nace esta prestación, esto es, la protección de las situaciones de necesidad provenientes de los procesos por incapacidad temporal.

Cabe decir también, que otras de las razones que han motivado a operar estas incesantes transformaciones en la prestación de la IT, ha sido la necesidad de contener las partidas económicas que alimentan al sistema social. Y es que se

piensa, que el motivo que ha originado estas importantes pérdidas presupuestarias, lo constituyen, sin lugar a dudas y nuevamente, el uso fraudulento de los procesos de baja.

Son muestras de todo ello, por matizar en algunas de estas grandes reformas, en primer lugar, la ley 42/1994, de 30 de diciembre, en la que de una manera completamente innovadora, se comienzan a marcar ya los pasos para reducir el disfrute de la prestación. Minoración sobre la que incluso, se llega a insistir con las subsiguientes transformaciones legislativas, hasta llegar a día de hoy a alcanzar los 730 días totales.

En segundo lugar, destaca el RD-ley 5/1992, de 21 de julio, por el que se traslada la carga al empresario del pago por los primeros días de baja por IT a causa de contingencias comunes. Evidentemente, se pretende con este texto, alcanzar ese fin que tanto le interesa al legislador, esto es, reducir los gastos que viene soportando la Seguridad Social, al tiempo, que de forma completamente discriminada se introducen diferencias entre riesgos comunes y profesionales. Y es que, vuelve nuevamente a acechar, la idea sospechosa de que tras cada baja que se concede se esconde una situación fraudulenta, haciéndose extensible ese mismo pensamiento, aunque más pronunciadamente, para todos aquellos estados incapacitantes por accidente no laboral o enfermedad común.

En tercer lugar y como consecuencia de todo lo expuesto hasta ahora, las leyes 30/2005, de 29 de diciembre y 40/2007, de 4 de diciembre, ya para rematar, trasladan al INSS la exclusiva competencia sobre control y la gestión de la prestación para aquellos procesos que superen los 12 meses iniciales de duración, restándose así, facultades que inicialmente le eran encomendadas a los SPS. Y además, por si fueran pocas las competencias que tiene atribuída esta entidad gestora, se introduce posteriormente, otro cambio significativo, mediante la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, en el con posterioridad incidiré. Por supuesto, no se debe olvidar, en cuarto lugar, la mención especial al Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Texto que llama la atención por su flagrante intromisión en derechos constitucionales garantizados con el máximo nivel normativo. No obstante, creo que será más conveniente tratar este tema en otro punto de las conclusiones.

Coincido con una parte de la doctrina, en que se debería volver a replantear el cuerpo normativo de esta desestructurada y agujerada legislación. Y es que, son constantes las continuas remisiones a otras legislaciones, algunas de las cuales se remontan a la década de los sesenta del siglo pasado. La vigente

regulación es completamente deficiente, de ahí que se deba acudir a las interpretaciones que realizan nuestros tribunales.

La necesidad de reconsiderar nuevamente el concepto de incapacidad temporal

Aunque el artículo 128 de la LGSS no define lo que ha de entenderse por incapacidad temporal, si enumera cuales son los rasgos propios de esta prestación.

El primero de ellos es “la alteración de la salud”, la cual va a determinar el surgimiento de la segunda de las características, “el efecto incapacitante”, es decir, la necesidad de atención por parte de la asistencia sanitaria. Y por último se encuentra el elemento “temporal”, pues se trata de una contingencia que no dura indefinidamente, a diferencia de la incapacidad permanente, sino que se extiende, únicamente, durante el breve período que establece nuestro legislador.

La incapacidad temporal es una prestación que va referida “al trabajo habitual”, no a la realización de otras actividades distintas al desempeño de este. Perfectamente, se puede estar capacitado para unas labores pero no para otras, de ahí que entienda que haya de concretarse para cada caso, si procede o no una IT. A este respecto resultan conflictivas las situaciones en las que el trabajador se encuentra en pluriempleo y pluriactividad. Personalmente defiendo, que se puede estar incapacitado para un trabajo pero no estarlo para el otro. Ahora bien, cabe tener en cuenta para admitir esta compatibilidad entre el disfrute de la prestación y el salario, si el trabajo que realiza ese sujeto perjudica negativamente o no su salud hasta el punto de retrasar su proceso curativo. En efecto, si la realización de una actividad influyera perjudicando la recuperación del trabajador, entonces no deberán entrar en juego la regla de compatibilidad, de lo contrario, se habrá de admitir el desempeño de esa labor y por consiguiente, el percibo de un salario a la vez del subsidio temporal.

Insisto, se ha de examinar el caso concreto para determinar cuando se ha de conceder o no una incapacidad temporal, tal y como vienen afirmando los últimos pronunciamientos jurisprudenciales. No debe pensarse que por el hecho de que ocurra un accidente, se sufra una lesión o una enfermedad, acto seguido se abrirán las puertas para percibir la incapacidad temporal, evidentemente es una idea completamente errónea.

El recorte en la duración de la incapacidad

La duración de la incapacidad temporal, constituye uno de los temas más conflictivos de esta prestación, pues de un lado, se trata de garantizar una suficiente protección al trabajador y de otro lado, se pretende cumplir con esos límites temporales que vienen impuestos por la vigente legislación.

Tras la reforma operada por la Ley 42/1994, la duración de la incapacidad temporal, entendida en sentido amplio, se ha reducido considerablemente. Se ha pasado de seis años (conjuntamente consideradas las antigua ITL e invalidez provisional), a treinta meses, y ahora a veinte cuatro meses, antes de la calificación de incapacidad permanente definitiva (sumando todos los períodos: inicial, prórroga, calificación y demora para la calificación).

Entiendo, que con las últimas reformas que se han producido por las leyes, 30/2005, de 29 de diciembre; 40/2007, de 4 de diciembre y, la 26/2009 de PGE para el año 2010, lo único que se ha conseguido es restringir, si cabía aun más, la cobertura de protección frente a situaciones de necesidad, para la que se creó nuestro sistema de Seguridad Social.

Efectivamente, la duración de la incapacidad temporal no sólo viene determinada por la asistencia sanitaria, sino también por la propia naturaleza de la fisiología de cada individuo. De tal manera, que una persona anciana tiene más dificultades para recuperarse de una dolencia que una persona joven. Evidentemente, en el segundo caso, el sujeto recobrará sus plenas capacidades en menor tiempo que en el primero de lo supuestos señalados. Pero es más, entre individuos de la misma edad puede haber sujetos más resistentes que otros y con una capacidad de recuperación distinta entre ellos.

En la forma política de Estado Social (art. 1 CE) deben primar los intereses sociales. Adviértase, en este sentido, que cuando termina el plazo de duración de 730 días marcado para la prestación de incapacidad temporal, el art. 131 bis. 2 de la LGSS establece que o se produce la invalidez de la persona en cualquiera de sus grados o la persona tiene que reincorporarse al trabajo.

Pues bien, es precisamente este segundo supuesto el que plantea problemas. Efectivamente la persona puede recurrir esa decisión de alta, pero durante ese tiempo en el que se resuelve o no por parte del órgano correspondiente y competente esa decisión, la persona que puede ser que no esté apta para el trabajo, tiene que reincorporarse a su puesto de trabajo. Por tanto, para aquellas enfermedades que se alarguen por encima de los 730 y que revistan su calificación como de incapacidad permanente, no se establece ninguna protección (imaginemos por ejemplo: la persona que padece una enfermedad de larga duración de tipo autoinmune o genético y que, requieren en muchos

casos más de 2 años para que se pueda estabilizar esa situación y se retome la actividad laboral). Los plazos que se fijan por la ley, no responden realmente a la situación de cada individuo, sino que por el contrario, marcan unos parámetros generalizados para todos que no responden a la realidad en algunos casos.

En este sentido, entiendo que podría articularse las siguientes soluciones:

- a) En tanto se determina si la persona debe o no declararse con una incapacidad permanente en cualquiera de sus grados o una incapacidad temporal con posibilidades de curación, se debería declarar una IT-desempleo, de tal forma, que durante ese período (en la que no se sabe si se está en incapacidad temporal o en incapacidad permanente), la persona está cotizando al sistema de Seguridad Social por lo que, completaría el período de carencia y recibiría a su vez, asistencia sanitaria con cargo al desempleo.

Ahora bien, puede ocurrir que esa persona haya agotado el derecho al desempleo. En ese concreto caso, y para no dejarlo desamparado, debería de arbitrarse una prestación social como la existente en caso de desempleo para los mayores de 52 años por la contingencia de jubilación (art. 215.1. 4) LGSS: *“Los desempleados mayores de cincuenta y dos años en la fecha en que hayan agotado un derecho a prestación por desempleo de setecientos días de duración, que cumplan todos los requisitos establecidos en el apartado 1.1 de este artículo, a excepto el relativo al período de espera tendrán derecho a un subsidio especial con carácter previo a la solicitud del subsidio por desempleo previsto en los párrafo a) y b) de dicho apartado 1.1, siempre que no hubiesen generado derecho a una nueva prestación de nivel contributivo o no tuviesen derecho al susidio previsto en el apartado anterior”*.

La razón no es otra que, gozar de la cobertura que establece el sistema de Seguridad Social, a la vez, que está cotizando.

- b) Otra solución que actuaría como alternativa a las bajas médicas, es la de acoplamiento del trabajador en otros puestos de trabajo o en jornadas reducidas (lo que nos llevaría a plantear una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, art. 41 ET) compatibles con sus condiciones físicas – según las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en su art 15.1 d)-. Por lo tanto, adaptaríamos el empleo a la situación clínica del trabajador.

Se deduce a simple vista, que la intención del legislador no constituye ya amparar al trabajador, sino proteger la prestación ante el miedo al fraude. De ahí, que se recorte el tiempo de disfrute del derecho a la IT, y se retiren competencias a los facultativos sanitarios habilitados para ello. Son precisamente estos últimos los que deben marcar el período en el que un trabajador esté de baja por este motivo.

Las distintas prórrogas de la incapacidad temporal. El tránsito entre prestaciones

Con motivo del recorte experimentado en la duración de la incapacidad temporal, se han previsto para esta prestación una serie de prórrogas a las que se deberá acudir, siempre que la situación clínica del interesado aconseje el alargamiento de los efectos de la IT o sean necesarias, para el posterior reconocimiento de una incapacidad permanente.

Transcurridos los primeros doce meses de duración de la IT, se podrá reconocer una primera prórroga ordinaria de 180 días, cuando se prevea la posibilidad de que durante ese período de tiempo el trabajador experimente una mejoría. Ahora bien, si el EVI examina al trabajador y reconoce sus dolencias como definitivas, no procederá entonces dicha prórroga, debiéndose conceder al trabajador el alta médica con propuesta de declaración de incapacidad permanente. Aunque también cabe la opción de que se conceda el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos efectuados por el INSS.

Una vez superados los 545 días máximos de duración de la IT, de igual modo, el INSS será el único competente para reconocer una segunda prórroga de tres meses, en los que se examinará necesariamente el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda. Durante esta prórroga “puente”, que sustituye a la extinguida invalidez provisional, no existirá la obligación de cotizar a la Seguridad Social. Además, si se declarase finalmente la IP, deberán retrotraerse los efectos económicos de aquella al momento en que se extinguió la IT, pero sólo cuando fuese ésta superior.

En tercer lugar, el INSS, a través de las EVIs, podrá dar paso a la prórroga excepcional hasta los 730 días de duración, cuando entienda que el trabajador pueda recuperar sus plenas capacidades para trabajar por no estar aun plenamente definidas sus dolencias. Por supuesto, para que pueda proceder esta última prórroga, debe haberse superado los 18 meses de duración de la IT. Así pues, al igual que en el caso anterior, lo que aquí se prorroga no es la

situación de IT, sino sus efectos. Por lo que, dado que se entiende extinguida la IT, deberá cesar también la obligación de pago del subsidio que venían realizando las empresas colaboradoras en la gestión.

Ahora bien, ¿qué pasa cuando se agota el plazo de 730 días y no hubiese recaído la correspondiente resolución?, en tal supuesto, deberá la gestora asumir la obligación de pago de la IT hasta el momento en que se declare o no la IP. Y es que el trabajador no es responsable aquí de la demora en la calificación de un estado que le corresponde determinarlo al INSS.

La incapacidad temporal es entendida por muchos como la antesala de la incapacidad permanente. En efecto, muchos de los procesos que finalmente resultan ser valorados como de IP, pasan previamente por los trámites de la prestación temporal dependiendo principalmente de tres factores: 1) de la actuación médica, 2) de las características de la enfermedad o infortunio que se padece, y por supuesto, 3) de la capacidad de superación del trabajador de sus dolencias, se podrá reconocer antes o después una incapacidad permanente, pero necesariamente, antes tendrá el sujeto que pasar por una IT.

Las recaídas en incapacidad temporal

Uno de las cuestiones que más litigios ha generado en sede jurisprudencial es precisamente el tema referente a las recaídas. La razón principal por la que se ha de recurrir con tanta frecuencia a la doctrina emanada de nuestros tribunales, se debe fundamentalmente, a la falta de una correcta y eficiente regulación que solucione todos aquellos interrogantes que con esta situación se generan.

Son dos los elementos que entran en juego con este mecanismo: el temporal y el causal. De acuerdo con el primero de ellos, para que exista una recidiva debe haber transcurrido un período de duración entre la primera y la segunda baja de seis meses. Pero además, debe cumplirse también el factor causal, es decir, que ha tratarse de la misma o similar patología que aquella que originó la vez primera, de lo contrario, no habrá recaída sino un nuevo proceso de IT.

En torno a esta afirmación, se han generado una serie de problemas, que ya han encontrado su respuesta en vía judicial. Así por ejemplo destacamos: los que se refieren a la cuantía del subsidio; la responsabilidad de su abono; la falta de alta, situación asimilada o cotización al sobrevenir la recaída; y la concreción de la entidad que debe declararlas.

Centrándome en la última de aquellas cuestiones conflictivas, debe indicarse, que tras la reforma operada mediante Ley 30/2005, de 29 de diciembre, se ha erigido como único organismo con poder para poder conocer de las recidivas, al INSS. Así pues, aun cuando el SPS haya abierto las puertas para el comienzo de esta situación, solamente la entidad gestora podrá extender esa nueva baja, cuando: 1) se trata de la misma o similar patología; 2) se haya producido en el plazo de 180 días posteriores al alta médica emitida por el INSS, tras el transcurso de los 12 meses iniciales de IT; o, 3) habiéndose superado la duración máxima de la IT y concedida el alta, se generase nuevamente un proceso de IT.

Con esta reforma, se pretendió crear lo que algún autor ha denominado como “clausula de blindaje”, es decir, dejar en manos de un solo organismo, en este caso el INSS, la decisión acerca de la recaída. Únicamente se pretende con ello evitar discrepancias entre los distintos sujetos intervinientes en la gestión y control de la prestación. De hecho, cuando existan dudas sobre la causa que ha producido el segundo proceso, deberá el INSS resolver en un sentido u otro. No obstante, cuando el INSS califique a esta segunda IT de manera diferente a la que ocasionó la vez primera, será competente el SPS para conocer de este nuevo procedimiento, incluso cuando la gestora hubiese sido la que concedió el alta anteriormente.

A mi juicio, todo ese entramado solamente propicia aun más el conflicto, ya que al atribuirse la competencia para que conozca de este asunto a una entidad que ni siquiera ha seguido la evolución del paciente desde un inicio, desvirtúa claramente la actuación que ejecutan los SPS. Parece como si estuvieran más capacitados para decidir sobre ese nuevo estado los médicos del INSS, que los del correspondiente SPS. Entiendo que se quieren evitar discrepancias, pero no pienso que inclinar la balanza en favor del INSS sea la solución más correcta, por las razones ya expuestas. Es más, al crearse esta dicotomía entre ambas entidades, de un lado, el SPS atribuye la prestación sanitaria, y de otro lado, el INSS gestiona la prestación, podría llevar a que un trabajador estuviese recibiendo asistencia médica por parte de ambas entidades antes contingencias calificadas de manera diferente. Por lo tanto pienso, que en vez de hacer una cláusula de salvaguarda en favor del INSS, debería dejarse en manos de los médicos del SPS la competencia exclusiva en este ámbito, y encomendar al INSS la facultad de gestión de la prestación.

La ruptura del principio de consideración conjunta de las contingencias

Es clásica la atribución en nuestro sistema de Seguridad Social, de un tratamiento diferenciado entre los riesgos provenientes por accidente de

trabajo, enfermedad profesional o período de observación, y los originados por motivos comunes (accidente no laboral o enfermedad común). Estas divergencias de tratamiento lejos de ser eliminadas, van aumentando con el paso del tiempo. Así pues, algunas muestras de este trato desfavorable, aparecen reflejadas: en la cuantía de ambas prestaciones, el porcentaje aplicable, la fijación del *dies a quo* en el disfrute de la prestación temporal por causas comunes, el tratamiento que se ofrece a estos procesos tras la extinción del contrato de trabajo, la fijación de los sujetos responsables en caso de incumplimiento empresarial de sus obligaciones de afiliación, alta y cotización... etcétera.

Todo ello produce importantes consecuencias en cuanto al tratamiento que se ofrece a la IT dependiendo de su origen, lo cual resulta completamente incomprensible, pues debemos tener en cuenta, que el resultado es en ambos supuestos el mismo, es decir, el trabajador se ve imposibilitado para desempeñar su trabajo habitual a causa de una situación de necesidad. Sin embargo, esta concepción parece resultar plenamente aceptada y potenciada por quienes asumen a su cargo el pago de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Ya sabíamos que en el ámbito de la empresa privada se mejoraban de forma privilegiada los riesgos profesionales, frente a los comunes, salvo excepciones, pero lo que me parece totalmente intolerable es que se justifique esta medida en base a una concepción “fraudulenta”. Es decir, que si el empresario no constata con sus propios ojos que se ha producido un accidente, es que hay fraude. Y claro, la solución en este caso es castigar “justos por pecadores”, o dicho con palabras, por el hecho de que haya gente que utilice de forma abusiva esta prestación, ya se presume para todos por igual esa misma idea.

Recientemente, con la última modificación normativa habida en nuestro país para el ámbito de la función pública, me refiero en particular, al RD-ley 20/2012, de 13 de julio, se prevé, que el recurso a esta vía es para contener el gasto, “*sin perjuicio de que se establezca un mandato dirigido a las Administraciones Públicas a adoptar medidas para reducir el absentismo*”¹⁷⁹⁶. Por lo que ya no son sólo, los agentes negociadores los que adoptan estas medidas, sino que encima, ahora el legislativo toma las riendas en esta materia, introduce bajo mandato normativo, idéntica previsión, cargándose con ello el derecho a al negociación colectiva.

A lo único que nos está conduciendo toda esta situación es a favorecer “el efecto llamada” hacia los estados provenientes por causas profesionales. Es

¹⁷⁹⁶ Véase la exposición de motivos del Real Decreto –ley 20/2012, de 13 de julio, página: 50431 del BOE número 168, de 14 de julio del 2012.

preferible que se califique una incapacidad temporal como accidente de trabajo, antes que como accidente no laboral, evidentemente, beneficia a ambas partes. De un lado el empresario, no tiene que abonar el pago de la prestación durante los primeros días, y de otro lado, el trabajador recibe el 100 por cien del subsidio desde un inicio. Y a parte está el tema de si se han pactado o no mejoras voluntarias, y por supuesto, si se exige algún requisito para poder acceder a ellas (ejemplo: hospitalización, intervención quirúrgica... etcétera).

La cobertura de la prestación económica y sanitaria por los sujetos intervinientes en los procesos de incapacidad temporal: los Servicios Públicos de Salud, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional.

Se trata de una materia muy compleja de analizar, debido a la multiplicidad de organismos y entidades intervinientes para los procesos de IT, y al juego de intereses contrapuestos entre todas ellas.

En primer lugar, se encuentran las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad profesional, quienes como entidades colaboradoras en al gestión de la Seguridad Social, podrán conocer de los procesos de incapacidad temporal tanto por riesgos comunes, como profesionales. En un inicio, tan sólo tenía encomendada la función de gestionar las prestaciones económicas y las sanitarias que originan una IT por motivo de accidente de trabajo, enfermedad profesional y períodos de observación. Sin embargo, poco a poco, estas entidades han ido ganando terreno en este ámbito, de tal modo, que en el momento presente, tienen atribuidas también las competencias de pago de la cuantía del subsidio por incapacidad temporal a causa de un accidente no laboral o enfermedad común, recayendo sobre el Servicio Público de Salud la asistencia sanitaria. Ahora bien, la cobertura que despliegan estas MATEPs tan sólo podrá llevarse a cabo, respecto de aquellas empresas que hayan concertado su aseguramiento con alguna de estas entidades.

En segundo lugar, los Servicios Públicos de Salud son los que determinan el comienzo de disfrute de la asistencia sanitaria por el trabajador. Son por tanto los que abren ese proceso, con independencia del origen de la incapacidad, debiendo el INSS abonar el subsidio. No obstante, su labor se limita únicamente a aquellos procesos de corta duración, o sea, los inferiores a los 12 meses.

En tercer lugar, con las leyes 30/2005, de 29 de diciembre y 40/2007, de 4 de diciembre, el Instituto Nacional de la Seguridad, a través de los órganos

competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, se convierte en juez y conecedor absoluto de las incapacidades laborales que se eleven por encima de los 365 días de duración. De tal modo, que a partir de ese período, la Gestora podrá llevar a cabo: el pago del subsidio, la asistencia médica y el control de la prestación. Además, podrá conocer también de los procesos de recaída por la misma o similar patología que se produzcan antes de los seis meses de duración desde la última baja.

No obstante, ya no se podrá conceder las tan criticadas altas médicas a los solos efectos económicos. Figura que fue incorporado por primera vez al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, creando un estado de indefensión para el trabajador, el cual aunque podía continuar de baja, no podía percibir por ese período ningún tipo de prestación económica. Pues bien, desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se derogan de los artículos 128.1 a) y 131 bis de la LGSS este mecanismo y dándose por zanjados los problemas que ésta había ocasionado. Además, con esta misma ley de 2010, se introdujo en la Ley General de la Seguridad Social, una disposición bastante conflictiva, por la que se le reconoce a los Inspectores Médicos adscritos a las INSS, las mismas competencias que al respecto ejecutan los Servicios Públicos de Salud antes de los 365 días de duración de la IT (Disposición Adicional Quincuagésima Segunda de la LGSS). Por lo tanto, el INSS no sólo tiene facultades para conocer de las IT que no superen los 12 meses, sino que también tiene atribuidas plenas facultades en los procesos que se alarguen más allá de ese período¹⁷⁹⁷.

La participación de los diversos agentes: INSS, MATEPs y SPS, tanto en el pago de la prestación económica de la Seguridad Social, como en la cobertura de asistencia sanitaria, dificulta enormemente la comprensión, regulación y control de las incapacidad temporales.

Como propuesta "*lege ferenda*" establecería en este sentido, dejar que sean los servicios médicos los que determinen si una situación es o no determinante de la imposibilidad temporal para el trabajo. Es más, pienso que el hecho de reagrupar en un único organismo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, las competencias sanitarias y económicas, puede presentar alguna arista en el actual sistema de reparto de competencias, pues se está produciendo una "invasión" del ámbito sanitario por parte del INSS.

¹⁷⁹⁷ Téngase en cuenta el apartado segundo de esta disposición quincuagésima segunda: "*La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del instituto Nacional de la Seguridad Social y mediante resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado, determinará la fecha a partir de la cual se asumirá las funciones atribuidas las funciones atribuidas en el párrafo anterior*".

Además, para el caso de que el INSS conceda el alta, se prevé un complejo procedimiento que dificulta enormemente el respeto a unas garantías mínimas por parte del trabajador. Esto supone que en caso de que se manifieste discrepancias entre el SPS y el INSS, son susceptibles de revisión mediante una especie de recurso o segunda opinión, la de la Inspección Médica del Servicio de Salud (que en la práctica se abstiene y procede con silencio administrativo), que cabe que solicite a la entidad gestora la reconsideración de su decisión. Esto a lo único que nos lleva es a un alargamiento de la situación de incapacidad temporal, y a una indefensión e inseguridad tanto para el trabajador, como para la empresa.

Se debe evitar, como ya se ha expuesto, situaciones divergentes entre el diagnóstico facultativo del trabajador por la entidad gestora y los servicios públicos de salud, de modo que quien asume en orden al pago de la prestación económica también decida sobre su prórroga, extinción o reanudación, en todos los ámbitos y a todos los efectos.

No me parece que sea muy adecuado, guiarse preferentemente en criterios economicistas de asignación de competencias con indeterminaciones para los procesos intercurrentes, en vez de, potenciar el diagnóstico inicial y situación real del beneficiario.

La filosofía del fraude y el absentismo injustificado en las empresas. Las deficientes técnicas de control y gestión de la incapacidad temporal.

Todos los temas que se han podido examinar a lo largo de este trabajo se reconducen al final al mismo campo: la gestión y control de la prestación, en torno a las cuales sobrevuela, lo que yo denomino “la filosofía del fraude”.

En efecto, ya desde antiguo se comenzaron a marcar los pasos para atajar de una manera discriminatoria, los problemas de abuso en el uso de esta prestación y absentismo injustificado en las empresas. De ahí que, una y otra vez, el legislador modifique los parámetros ya marcados, llegando incluso a alterar, las bases del sistema de Seguridad Social.

Haciendo una enumeración a grandes rasgos, primero fue la ruptura del principio de consideración conjunta de las contingencias, después vino la minoración de la duración de la prestación y ya para finalizar, el recorte de competencias a los SPS y su atribución al INSS y a las MATEPs.

De todo ello se evidencia esa preocupación por controlar el nivel de gastos en el sistema de Seguridad Social. Sin embargo, el legislador se olvida de lo más

importante, y es que la finalidad de la contingencia por incapacidad temporal es la protección del trabajador cuando se ve imposibilitado para desempeñar su profesión habitual.

Parece no querer ver que una de las causas de absentismo en las empresas es la falta de motivación de los trabajadores, así como de medidas preventivas. Estoy convencida de que si se incidiese más en ese campo, se avanzaría mucho más y se mejoraría la calidad de vida de los trabajadores, al tiempo que se vería beneficiada la empresa.

En vez de atacar a la causa principal que origina el absentismo en las empresas, opta éste por endurecer las distintas técnicas de gestión y control de la prestación. Está absolutamente convencido de que de esta manera se va a eliminar el fraude, por eso no cesa en modificar ese concreto aspecto de la prestación, a pesar de que en la realidad todavía continúa existiendo el abuso hacia el sistema social y el absentismo injustificado.

Así pues, destaca entre las medidas de control, la facultad que tienen las MATEPs y el INSS, de someter a los trabajadores que ya están siendo asistidos por los SPS, a los reconocimientos médicos impuestos por aquellas. Y lo que es mejor, se habilita a estos organismos, en concreto al INSS y a las Mutuas, para extinguir el derecho al subsidio en caso de incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos impuestos por ellas. Por lo que, al final, el trabajador agobiado ante la eterna revisión a la que se encuentra sometido por todos estos sujetos, podría llegar a encontrarse finalmente desamparado y sin derecho a la prestación por IT. Y es que, el legislador no impone límites temporales entre los reconocimientos médicos del INSS, las Mutuas y el SPS, ya que está más pendiente de contener el gasto público.

La suspensión del derecho a la incapacidad temporal, una figura necesitada de una constante interpretación jurisprudencial. La intromisión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y las técnicas de control empresarial.

En tiempos de crisis el miedo al despido se encuentra a la orden del día, por esta razón, quizás, podría pensarse que suspender temporalmente la prestación incapacitante resultaría una medida eficaz a corto plazo, en tanto se superen por la empresa sus graves deficiencias económicas. Sin embargo, si bien es cierto, que no toda interrupción de la prestación temporal esconde tras de sí una situación fraudulenta.

Nada más empezar con el mismo título con el que se encierra el artículo 132 de la LGSS, referido a la “pérdida o suspensión del derecho”, se vislumbra esa falta de correlación entre el enunciado y el propio texto que lo desarrolla. Y ello, por no hablar de las constantes remisiones que a otros textos normativos debe hacerse para tratar este tema: la ley reguladora de las Mutuas de accidentes de trabajo, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales... etcétera, así como, el sinfín de interpretaciones que durante años llevan realizando los estudiosos en esta materia y los tribunales.

Si nos detenemos a analizar meticulosamente la disposición mencionada, comprobaremos que no se concretan en él los supuestos prácticos que se encierran dentro del mismo, ni asimismo se detallan los efectos que esta situación produce: suspensión, anulación, denegación o pérdida. Por esta razón entiendo, que debería volver a plantearse la redacción de esta disposición con la intención de precisar cada uno sus extremos. De este modo, evitaremos la indefensión ante supuestos similares y que son interpretados de manera contradictoria por nuestros tribunales, como por ejemplo ocurre: en los casos de pluriempleo y pluriactividad, realización de funciones sindicales, competencias de MATEPs... etcétera.

Opino, que todos aquellos aspectos que giran alrededor de la esfera de la relación de trabajo podrían verse mejorados de llevarse a cabo una correcta política de prevención de riesgos laborales (principalmente centrada en los procesos psicosociales) y de perfeccionamiento de las condiciones de salud y trabajo, así como mediante el establecimiento de programas concretos acordados entre trabajador y empresario. Y es que resulta bastante indignante, pensar que sin detenerse en cada caso en concreto, se esté presumiendo para todos aquellos procesos de incapacidad temporal y más aún, para todas aquellas situaciones que deriven de contingencias comunes (a diferencia de lo que sucede en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional) el fraude. Efectivamente queda en evidencia, como ese miedo por evitar el recurso a posibles situaciones abusivas ha crecido y se ha extendido a lo largo y ancho de todo este articulado, incluso desde mucho antes de que comenzara esta fuerte crisis financiera en la que actualmente nos encontramos inmersos.

Se comprueba como a pesar de todas las reformas acaecidas, el problema no sólo no ha terminado de solucionarse, sino que además, no se ha conseguido ese objetivo tan ansiado por el poder público, como es ahorrar para alimentar, suficientemente, las arcas de las que se nutre el sistema de Seguridad Social. Por supuesto, definiendo que debe perseguirse y castigarse el fraude, ahora bien, no a costa de sospechar de una manera enfermiza que detrás de cada baja que se concede se oculta una situación fraudulenta. Se tiene que examinar cada caso en concreto, analizando de una manera escrupulosa cada

una de las circunstancias que se producen, tal y como acertadamente preconizan los últimos pronunciamientos jurisprudenciales habidos en esta materia. Y es que, no todas las circunstancias son iguales, por lo que no puede elevarse una solución única para todas ellas.

La desconfianza sobre la veracidad de los estados de las bajas se traslada y refleja también en la actuación de las empresas, quienes cada vez más, recurren al uso de “visitadores” y “detectives privados” fundamentalmente por tres razones: 1) por la posibilidad que les concede el artículo 20.4 del ET de comprobar el estado de las enfermedades de sus empleados; 2) la ineficaz normativa de control, que tras la cascada de transformaciones legislativas que ha sufrido, todavía no ha conseguido establecer el equilibrio justo entre la protección de las situaciones de necesidad (finalidad primordial del sistema social) y la evitación del absentismo injustificado; y por último, 3) en razón a los múltiples gastos que viene soportando el empresario por esa ausencia en el trabajo (a saber: el pago de los tres primeros días de baja en caso de riesgos comunes, las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, la contratación de nuevo personal que supla esas bajas, utilización de otros compañeros... etcétera). No obstante, recordemos que existe un catálogo de derechos constitucionalmente amparados (entre otros: el derecho a la intimidad, la propia imagen, la dignidad... etcétera.) que deben ser respetados en todo momento, lo cual no siempre se produce. Y es que, ha tenerse presente, que aunque el empresario pueda despedir disciplinariamente a sus trabajadores por transgresión de la buena fe contractual, al comprobar que no era real la situación alegada, no podrá éste sancionar con la extinción de la incapacidad temporal.

Al hilo de todo lo anterior, considero que también debería modificarse el actual título en el cual se encierra este controvertido artículo 132 de la LGSS: “pérdida o suspensión del derecho al subsidio”. Ciertamente, a lo único que nos conduce semejante error es a favorecer que las entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, esto es, las Mutuas, fijen *sine die* la suspensión del subsidio incapacitante, lo que a efectos prácticos, equivale a extinguir la prestación y sobre ello, ya ha indicado el Tribunal Supremo que carecen de competencia. Las Mutuas aspiran cada vez a atribuirse nuevas facultades, que en realidad, le corresponde por ley al INSS a través de las EVIs. Además, está más que demostrado, que son las MATEPs las que utilizan con mayor número de frecuencia la vía de los detectives privados, pues les resulta más preocupante contener sus partidas económicas, que amparar situaciones de necesidad. La razón de ello se debe, a que estas entidades caminan por otras sendas bien diferenciadas a la del sistema público.

En definitiva, se evidencia como todo esto a lo único que nos lleva es a perjudicar a los trabajadores que realmente se encuentran enfermos por miedo a evitar el fraude y el absentismo en las empresas. Así pues, si el fin por el que se crea el sistema público de Seguridad Social es precisamente para amparar los estados de necesidad de las personas, no se entiende como en vez de evolucionar para mejorar ese objetivo, se vuelve para atrás favoreciendo el desarrollo de situaciones anteriores que resultaron claramente insuficientes.

Las relaciones entre la incapacidad temporal y la prestación por desempleo

El artículo 222 de la LGSS constituye uno de los puntos más conflictivos y en donde más ha incidido las últimas modificaciones legislativas.

En un principio, con la intención de evitar posibles situaciones concurrentes entre ambas prestaciones, se estableció la sucesión entre ellas (Ley 31/1984). De tal manera, que un trabajador no podía pasar a situación de desempleo en tanto no finalizara el estado suspensivo de la relación laboral.

Con la entrada en vigor de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se vuelve a incidir en este artículo, aunque esta vez de forma bastante negativa: 1) se recorta la cuantía y la duración de la protección de la incapacidad temporal y; 2) se incrementan las diferencias entre riesgos comunes y profesionales. Se da de esta forma por finalizada la sucesión entre ambas prestaciones, para dar paso a la concatenación abusiva entre la incapacidad temporal y el desempleo. La última de las reformas aparece a finales del año 2007, con la aprobación de la ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social. En esta reforma, siguiendo los mismos pasos que la precedente, se matiza más aun las diferencias entre contingencias por accidente no laboral o enfermedad común, y accidente de trabajo, enfermedad profesional y período de observación por enfermedades.

Dos de las divergencias que se crean con esta novedad normativa son las que refieren: a la base reguladora y el tratamiento que ha de recibir la IT en función del punto de partida en que se origine dicho estado de necesidad, es decir, dependiendo de si la extinción se produce durante el disfrute de la IT, o si aquella sobreviene estando el sujeto recibiendo la prestación por desempleo. Para el primero de los casos, si durante la permanencia de la incapacidad temporal por causas comunes se produjese la finalización de la relación laboral, se deberá recalcular la base reguladora, descontándose del desempleo lo consumido por IT. Sin embargo, cuando el origen de la incapacidad sea por riesgos profesionales, se deberán volver a las reglas que con anterioridad

aparecía previstas por la Ley 24/2001. De este modo, el legislador crea una especie de híbrido, que se encuentra a caballo entre la IT y el desempleo, y que además, perjudica gravemente los derechos de los trabajadores. A diferencia de lo que sucede para los riesgos profesionales.

En el segundo de los supuestos, esto es, cuando estando el individuo disfrutando de la prestación por desempleo se produzca la IT, deberá aquel percibir la cuantía del subsidio temporal en cuantía igual a la del desempleo. No obstante, la ley 24/2001, introdujo en este apartado importantes novedades a tener en cuenta, dependiendo de si la incapacidad temporal constituye o no recaída en un proceso anterior. Si no ha recaído, no experimentará cambios la base reguladora, en cambio cuando exista recidiva y superase la IT el tiempo de duración por desempleo, se igualará la cuantía de la primera a la que debiera percibir el trabajador por la última de las prestaciones.

Por último, para aquellas situaciones de incapacidad temporal “técnica”, en las que se alargue la prestación por IT más allá del período por desempleo, se han introducido importantes modificaciones mediante la Ley 40/2007. Esta normativa, para evitar las lagunas en la determinación de la base reguladora de aquellos trabajadores, que sin solución de continuidad, pasen a una situación de incapacidad permanente, jubilación, muerte o supervivencia, se incluirán en el cálculo de la prestación que corresponda el periodo transcurrido en situación de IT “técnica”. De este modo se evitará que se integre con bases mínimas dicho período, dando un trato más favorable para el trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R: "Mejoras voluntarias de Seguridad Social", en VV.AA: *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, Navarra, Civitas, 2009.

AGUILERA IZQUIERDO, R; BARRIOS BAUDOR, G y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *Protección social complementaria*, Madrid, Tecnos, 2005.

ALARCÓN CARACUEL, M.R y GONZÁLEZ ORTEGA, S: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos 1ª edición, 1985.

ALARCÓN CARACUEL, M.R y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P: "Artículo 35. Horas extraordinarias", en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECCIÓN) y SERRANO FALCÓN, C (COORDINACIÓN): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.

ALARCÓN CARACUEL, M.R: "Los Orígenes de la Seguridad Social en España", en VV.AA: *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

ALBIOL MONTESINOS, I: "Condicionamiento objetivo del derecho a prestaciones en el Régimen General de la Seguridad Social", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, nº 5, 1970.

ALEGRE NUENO, M: "El nuevo procedimiento judicial de impugnación de altas médicas", *Revista Capital Humano*, nº 263, 2012.

ALFONSO MELLADO, C.L: "Relaciones de la incapacidad temporal con otras prestaciones", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 18, 2008.

ALMANSA PASTOR, J.M: *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, séptima edición, 1991.

ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L:

- *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas 14ª, 1995.
- *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 18ª, 2006.

ALONSO OLEA, M:

- “El origen de la Seguridad Social en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900”, Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Nº 24, 2000.
- *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Madrid, Civitas, 1994.
- *Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1ª Edición, 1994.

ÁLVAREZ CUESTA, H: “La concadenación entre la prestación contributiva por desempleo y la incapacidad temporal. Análisis del artículo 222 LGSS”, en VV.AA, *Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M: “Incapacidad temporal y maternidad”, *Tribuna Social*, nº 53, 1995.

APARICIO TOVAR, J: “Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y seguridad en el trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 49, 1991.

ARADILLA MARQUÉS, M.J:

- “La incapacidad temporal: complementos de empresa y cláusula *rebus sic stantibus*”, VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.
- “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)”, *Actualidad Laboral*, nº 10, 2010.

ARAMENDI SÁNCHEZ, J.P: “La prestación de ILT: Novedades del RDL 5/1992 de Medidas Presupuestarias Urgentes”, *Aranzadi Social*, Tomo IV, 1992.

AYLIFFE, G.A.J and ENGLISH, M.P: *Hospital infection from Miasmas to MRSA*, Edinburg, Cambridge University Press, first published 2003.

BALLESTER PASTOR, I: “La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social”, *Tribuna Social*, nº 114, 2000.

BARBA MORA, A:

- *La Incapacidad temporal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.

- *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2012.

BARCELÓN COBEDO, S:

- “El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”, *Temas Laborales, revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº66, 2002.
- *El tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2002.

BARREIRO GONZÁLEZ, G y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J: “Las mejoras voluntarias, fundaciones y entidades de previsión social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^{AN}: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.

BARRIOS BAUDOR, G.L:

- *Las situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”, *Aranzadi Social*, nº 5, 1997.

BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2010.

BENAVIDES VICO, A: *Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2008.

BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C: “Incapacidad temporal y mejoras voluntarias: supresión o mantenimiento tras el Real Decreto-Ley 571992”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.

BETTI, E: *Teoría general del negocio jurídico, Estudio Preliminar El negocio jurídico como categoría problemática a cargo de José Luis Monereo Pérez*, Granada, Comares, 2000.

BLASCO LAHOZ, J.F: “La incapacidad temporal por contingencias comunes”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECCIÓN): *Las contingencias comunes*

protegidas por la Seguridad Social. Estudio sistemático de su régimen jurídico, Granada, Comares, 2008.

BLASCO LAHOZ, J.F; LÓPEZ GANDÍA, J y MOMPALER CARRASCO, M^a.A.:

- *Curso de Seguridad Social II. Prestaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch 2^aedición, 2008.
- “Lección 8^a. Regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social” en AA.VV, BLASCO LAHOZ, J.F; LÓPEZ GANDÍA, J y MOMPALER CARRASCO, M^a.A: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch 11^aedición, 2010.

BLASCO PELLICER, A: “La reclamación administrativa previa en la modalidad procesal de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 95, 1999.

BRETIN HERRERO, C: “Accidente no laboral y enfermedad común, Navarra”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº102, noviembre-diciembre 2000.

BURGOS GINER, M^a.A:

- “La facultad de las Mutuas sobre la suspensión o pérdida del subsidio por incapacidad temporal. Comentario a la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2005 (AS 2006, 1115)”, *Aranzadi Social*, nº 2, 2006.
- “La incapacidad temporal y la maternidad”, *Cuadernos de Jurisprudencia Laboral y Seguridad Social de la editorial CISS*, número 9, 1999.

CABEZA PEREIRO, J y LOUSADA AROCHENA, J.F: *El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial*, Granada, Comares, 1999.

CABEZA PEREIRÓ, J: “Convergencia entre Regímenes de Seguridad Social”, *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 66, 2002.

CAMAS RODAS, F: “La Incapacidad Temporal. Objeto y consecuencias de las últimas modificaciones legislativas”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 1999.

CARDENAL CARDO, M: “De nuevo retocando la regulación de la incapacidad temporal” en, VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.

CARDENAL CARRO, M y HIERRO HIERRO, F.J: “Nuevos retoques de la prestación de incapacidad temporal. Lucha contra el fraude, recorte de derechos y eliminación de situaciones de desprotección: ¿es posible todo al mismo tiempo?”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIREC): *La reforma de*

la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, Madrid, La Ley, 2008.

CARDENAL CARRO, M: “De nuevo retocando la regulación de la incapacidad temporal”, en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras, Homenaje al Profesor J. Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.

CARNELUTTI. F: *Teoría General del Derecho*, Granada, Comares, 2003.

CASAS BAAMONDE, M.E: *Autonomía colectiva y Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977.

CASTILLA CASTILLA, A: “La competencia de las entidades de la Seguridad Social sobre el reconocimiento y el pago de la Incapacidad Temporal”, *Información Laboral. Jurisprudencia*, nº 7, 1996.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J: “Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las leyes 24/1997, de 17 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, y 66/97 de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998.

CASTRO ARGÜELLES, M^a A: “La articulación de las situaciones de incapacidad temporal y/o maternidad con la extinción del contrato de trabajo y la situación de desempleo”, en VV.AA: *Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

CHACARTEGUI JÁVEGA, C: *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la Jurisprudencia*, Albacete, Bomarzo, 2007.

COMÍN.F: “Las fases históricas de la Seguridad Social en la España del siglo XX”, en VV.AA. TORTUERO PLAZA. J.L (DIRECTOR Y COORDINADOR): *Cien Años de Protección Social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

CONESA BALLESTEROS, J Y SANAHUJA VIDAL, M: “Acoso moral en el trabajo: tratamiento jurídico (mobbing)”, *Actualidad Laboral*, Nº 30, doctrina: XXXVI, 22 a 28 de julio de 2002.

CRUZ VILLALÓN, J y JOVER RAMÍREZ, C: “La responsabilidad de Seguridad Social en materia de Seguridad y Salud en el trabajo”, *Temas Laborales*, nº 50, 1999.

CRUZ VILLALÓN, J: “El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1996.

CULLOCH, M: *Principles of Political Economy*, Londres, printed by William Blackwood and sons, Edimburgh, 1852.

DE ALCÁNTARA y COLÓN, J.M: “De la doctrina jurisprudencial relativa a la superación del plazo máximo de duración de la prestación de incapacidad temporal”, *Información Laboral*, nº 3, 2007.

DE LA FUENTE LAVÍN, M:

- “Sobre algunas cuestiones financieras de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social”, en VV.AA, DUEÑAS HERRERO, L.J: *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*, Valladolid, Lex Nova, 1999.
- “Razón Financiera frente a Razón Social: la Reforma del Sistema Público y el Impulso a la Previsión Privada de Pensiones”, *Aranzadi Social*, nº 5, 1998.
- “La reforma de las prestaciones de incapacidad (temporal y permanente) por la Ley 40/2007”, *Revista universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 8, 2007.

DE LA PUEBLA PINILLA, A: “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”, *Actualidad Laboral*, nº 11, 2008.

DE LA PUEBLA PINILLA, A; DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M y SUÁREZ CORUJO, B: “La protección social complementaria en la negociación colectiva”, en VV.AA, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (COORD): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

DE LA VILLA GIL, L.E y DESDENTADO BONETE, A:

- *Manual de Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi 1ª edición, 1977.
- *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi 2ª edición, 1979.

DE VAL TENA, A.L: “Horas extraordinarias”, en VV.AA, SEMPERE NAVARRO, A.V, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y AGUILERA IZQUIERDO, R: *Enciclopedia Laboral Básica “Alfredo Montoya Melgar”*, Navarra, Civitas, 2009.

DEL JUNCO CACHERO, M: “Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del Comité de Empresa”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 92, 2007.

DEL REY GUANTER, S y GALA DURÁN, C: “Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº62, 1993.

DESDENTADO BONETE, A y DE LA PUEBLA PINILLA, A: “La responsabilidad del empresario por los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones por infracción de normas de seguridad. Algunas reflexiones sobre las últimas aportaciones de la Jurisprudencia”, *Tribuna Social*, nº 125, mayo 2001.

DESDENTADO BONETE, A y MURILLO GARCÍA, C: *Los Problemas Generales de la Acción Protectora de la Seguridad Social en la Unificación de Doctrina*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2009.

DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”, *Tribuna Social* nº 44/45, agosto-septiembre 1994.

DUEÑAS HERRERO, L.J: “La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales: revista crítica de derecho y teoría*, nº 1, 1996.

DUGUIT, L: *Las transformaciones del Derecho Público y Privado, Estudio preliminar el “Objetivismo jurídico y teoría de los derechos en León Duguit”, a cargo de J.L. Monereo Pérez y J. Calvo González*, Granada, Comares, 2007.

DURÁN LÓPEZ, F: *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*, Ministerio de la presidencia, Madrid, 2001.

DURAND, P: *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid, Editorial: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R y NOGUEIRA GUASTAVINO, M: “Acción protectora (I) contingencias protegidas”, en VV.AA, DE LA VILLA GIL, L.E (DIRECTOR), GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch 4ª edición, 2004.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.J y PALOMO BALDA, E: “Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 1995.

ERRANDONEA ULAZIA, E: “La gestión de la prestación por Incapacidad Temporal. Problemas planteados en cuanto a la competencia para determinar la causa de la baja”, *Tribuna Social*, nº 83, 1997.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A:

- “Art. 115. Concepto de Accidente de trabajo”, VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009.
- “Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N (DIRECTORES): *Tratado práctico a la legislación reguladora de accidentes de trabajo y enfermedad profesional*, Granada, Comares, 2006.
- *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica)*, Barcelona, Atelier, 2007.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J: “Problemas actuales de la incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, número 114, 2000.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C: “Altos cargos y FOGASA: la postura del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Relaciones Laborales*, nº2, 1994.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F: “Accidente de trabajo y relación de causalidad”, en VV.AA: *Cien años de Seguridad Social*, Madrid, Fraternidad-Muprespa y UNED, 2000.

FERNÁNDEZ MARCOS, L: “La agravación de la responsabilidad por accidente de trabajo y enfermedad profesional en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 25, 1986.

FERNÁNDEZ PRATS, C:

- “Cotizaciones durante la incapacidad temporal técnica y sus consecuencias en la acción protectora, un problema no resuelto tras la Ley 40/2007”, *Revista de Derecho Social*, nº 42, 2008.
- “Cotizaciones durante la incapacidad temporal técnica y sus consecuencias en la acción protectora, un problema no resuelto tras la Ley 40/2007”, en VV.AA: *La reforma de la Seguridad Social. III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- “Incapacidad temporal y recaída (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8 de mayo de 1995)”, *Tribuna Social*, nº 62, 1996.

- “La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.
- *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

FERNÁNDEZ URRUTIA, A:

- “Trabajadores fijos discontinuos y prestaciones de incapacidad temporal y maternidad: peculiaridades relativas al requisito de alta, determinación de la base reguladora y abono de las prestaciones”, *Tribuna Social*, nº 85, 1998.
- *Prestaciones económicas de incapacidad transitoria y maternidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

GALA DURÁN, C:

- *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social*, Barcelona, J.M Bosch Editor, 1999.
- *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

GALIANA MORENO, J.M y SEMPERE NAVARRO, A.V: “La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública”, *Actualidad Laboral* nº8, 1987.

GALLARDO MOYA, R: “Las mejoras voluntarias del Sistema de Seguridad Social en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales* nº 14, 1991.

- “La externalización de los compromisos por pensiones en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (Análisis de la disposición transitoria decimocuarta de la ley 30/1995)”, *Relaciones Laborales*, nº3, 1997.
- “La Seguridad Social Complementaria en España”, en VV.AA: *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

GARBERÍ LLOBREGAT, J: *El nuevo Proceso Laboral*, Navarra, Civitas, 2011.

GARCÍA BECENAS, G:

GARCÍA BIGOLES, J.L: “La prestación económica en la situación de incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINACIÓN): *III*

Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

GARCÍA BLASCO, J: *El derecho de huelga en España: calificaciones y efectos jurídicos*, Barcelona, Bosch, 1983.

GARCÍA MURCIA, J y ROMÁN VACA, E: “Nuevas pautas en la regulación de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, Tomo II, 1996.

GARCÍA MURCIA, J: “El espacio de pensiones privadas”, en VV.AA: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

GARCÍA NINET, J.I:

- “Algunas compatibilidades de la incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, nº54, 1995.
- “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”, *Tribuna Social*, nº 61, 1996.
- “El alta y situaciones asimiladas al alta en la antigua I.L.T (hoy Incapacidad Temporal). Asimilación al alta a efectos de la maternidad”, *Tribuna Social*, nº 53, 1995.
- “La cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria en el régimen general de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, nº 3, julio-septiembre de 1979.
- “*La incapacidad temporal*”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.
- “La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINACIÓN): *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- “Sobre la interpretación extensiva de las recaídas en la incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, nº 53, 1995.
- “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes”, *Tribuna Social*, nº40, 1994.
- “Un problema anunciado: La traslación a los empresarios del pago de los doce días de incapacidad laboral transitoria por contingencias comunes

y sus impactos. Algunas reflexiones”, *Tribuna Social*, nº 47, noviembre de 1994.

GARCÍA ORTEGA, J: “El recargo de prestaciones económicas por accidente de trabajo o enfermedad profesional”, *Tribuna Social*, nº125, mayo de 2001.

GARCÍA VALVERDE, M.D:

- “El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica”, *Revista de Derecho Privado*, número 2, Marzo 2003.
- *La cuantía de las prestaciones en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2003.

GETE CASTRILLO, P: “Incapacidad Temporal”, *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 2, 1996.

GIL PLANA, J: “El alcance de la colaboración de las mutuas en la gestión de la prestación económica de la incapacidad temporal por contingencias comunes. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2004.

GOERLICH PESET, J.M:

- “La reforma de la incapacidad temporal”, en VV.AA: *La reforma de la Seguridad Social, III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- “Capítulo IV: La reforma de la incapacidad temporal”, en VV.AA: *La reforma de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GÓMEZ ABELLEIRA, F: *El proceso especial de Seguridad Social*, Madrid, Edersa, 2000.

GÓMEZ ÁLVAREZ, A.M; DE LA FUENTE MADERO, J.L; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.N y CABUCHOLA MORENO, S: “Novedades normativas en materia de incapacidad temporal”, *Semergen: revista española de medicina de familia*, Nº 6, 2009.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R:

- “Algunas cuestiones sobre el alcance y extinción de las prestaciones de incapacidad temporal (y su relación con la maternidad y el riesgo durante el embarazo) y de la incapacidad permanente”, *Aranzadi Social*, nº 5, 2003.
- *La incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2005.

GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I:

- “Artículo 77. Colaboración de las empresas”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECTORES), CASTRO ARGÜELLES, M^a.A (COORDINADORA): *Ley General de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2009.
- “Capítulo X. Disposiciones comunes del régimen general. Sección 1^a. Mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General. Artículo 191. Mejoras de la acción protectora”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECT) y CASTRO ARGÜELLES, M^a.A: *Ley General de Seguridad Social comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009.

GONZÁLEZ POSADA, C: *Los Seguros Sociales obligatorios en España*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1946.

GÓNZALEZ RODRÍGUEZ, J:

- “Artículo 39. Mejoras voluntarias”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECT) y CASTRO ARGÜELLES, M^a.A: *Ley General de Seguridad Social comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009.
- “Responsabilidad en orden a las prestaciones”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECTORES), CASTRO ARGÜELLES, M^a.A (COORDINADORA): *Ley General de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2009.

GÓNZALO GONZÁLEZ, B: “Garantía pública de las pensiones privadas de Seguridad Social complementaria: la no transposición de la Directiva 80/987/CEE, y las posibilidades para su aplicación judicial inmediata o directa”, *Relaciones Laborales*, Tomo I. 1995.

GONZALO, B; FERRERAS, F; ALFONSO, J.L; TEJERINA, J.I: *Código de Legislación de Seguridad Social*, Madrid, Boletín Oficial del Estado de agosto de 1989.

GOÑI SEIN, J.L: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, Civitas, 1988.

GUALDA ALCALÁ, F.J: “Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001”, *Revista de Derecho Social*, número 18, 2002.

HEGEL, G.W: *Filosofía del Derecho*, traducción española, Buenos Aires, 1968.

HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN, E; MIRANDA RIVAS, F; VIVANCO BUSTOS, M.C; GÓMEZ CAMPOY, F y GIL SUÁREZ, L (PRÓLOGO): *Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales incapacidad temporal por contingencias comunes gestión. Prestaciones Procedimiento y Jurisprudencia*, Madrid, Colex, 3ª edición, 2000.

HURTADO GONZÁLEZ, L: “La obligación de pago de prestaciones por IT a cargo del empresario”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1995.

JOSSERAND, L: *El espíritu de los Derechos y su relatividad, Estudio Preliminar “Teoría del abuso de Derecho: El abuso de los Derechos Fundamentales”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2012.

JOVER RAMÍREZ, C:

- “Incapacidad Temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, número 106, 2010.
- *La incapacidad temporal para el trabajo, aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

KELSEN, H: *Teoría General del Estado, Estudio preliminar “Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen”*, a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2002.

LEFEBVRE, F:

- *Memento práctico de Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2008.
- *Memento práctico de Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2009.
- *Memento práctico de Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2010.
- *Memento práctico de Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2011.
- *Memento práctico de Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2012.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M^a. J: “La prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal como causa de despido. Comentario a la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002”, *Actualidad Laboral*, nº 31, 2003.

LÓPEZ GANDÍA, J: “Accidente de trabajo”, en VV.AA, SEMPERE NAVARRO, A.V; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y AGUILERA IZQUIERDO, R

(DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, Navarra, Thomson Reuters, Civitas, Universidad Complutense de Madrid y Universidad Rey Juan Carlos, 2009.

LÓPEZ INSUA, B.M: "La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿cuál ha sido su finalidad?. Comentario a la STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3536/2008", *Temas Laborales, revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 108, 2011.

LOUSADA AROCHENA, J.F: "La aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones a las de incapacidad temporal en el período a cargo de la empresa", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 1995.

LUQUE PARRA, M: "El aseguramiento del recargo por prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 96, 1999.

M^a ESTHER MARTINEZ QUINTEIRO: "El INP, 1962-1977. El nacimiento de la Seguridad Social", en VV.AA. CASTILLO, S (DIRECTOR): *Solidaridad, seguridad, bienestar. Cien años de protección social en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.

MALDONADO MOLINA, J.A: "*Las raíces históricas de la asistencia social*", en VV.AA, GARCÍA MURCÍA, J y CASTRO ARGÜELLES, M^a (DIRECT) y RODRÍGUEZ CARDO, I.A (DOCUMENT): *Legislación histórica de Previsión Social en el centenario del Instituto Nacional de Previsión textos y comentarios*, Navarra, Thomson Reuters- Aranzadi, 2009.

MANRIQUE LÓPEZ, F: "La Seguridad Social complementaria en el nuevo diseño de una Seguridad Social en transformación", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 39, 1989.

MANRIQUE, F: *Manual de derecho de la Seguridad Social*, Bilbao, Un. De Deusto, 1984.

MÁRQUEZ PRIETO, A: "Capítulo sexto. De la Seguridad Social", en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECT), SERRANO FALCÓN, C y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A (COORD): *El nuevo proceso laboral Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, Granada, Comares, 2011.

MARTÍN VALVERDE, A:

- "Incapacidad Laboral Transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia, *Revista Actualidad Laboral*, nº39, Tomo III, 1994.

- *Las mejoras voluntarias de Seguridad Social*, Sevilla, Instituto García Oviedo, 1970.

MARTÍNEZ BARROS, M.P: “Una reforma inacabada: la incapacidad permanente”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 184, 1998.

MARTINEZ GIRON, J: “La etapa de previsión social en España”, en AA.VV: *Seguridad Social una perspectiva histórica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, nº 22, 2009.

MARTÍNEZ MORENO, C:

- “Artículo 131. Nacimiento y duración del derecho al subsidio”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECTORES) y CASTRO ARGÜELLES, M^a.A: *Ley General de la Seguridad Social comentada y con jurisprudencia*, Madrid, editorial La Ley, 2009.
- “Artículo 132. Pérdida o suspensión del derecho al subsidio”, en VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (Directores) y CASTRO ARGÜELLES, M^a A: *Ley General de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2006.

MEDIAVILLA CRUZ, M.L: “En torno a las causas de extinción de la incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.

MÉJICA, J: *Derecho sanitario de la incapacidad temporal: (con estudio de la última normativa aplicable a la fiscalización de la incapacidad temporal)*, Granada, Comares, 1998.

MERCADER UGUINA, J.R y GÓMEZ ABELLEIRA, F: “Garantía jurisdiccional en la protección contra los riesgos comunes”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECT): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2008.

MERCADER UGUINA, J.R:

- “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Revista Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004.

- “Racionalidad del derecho, técnica legislativa y leyes de acompañamiento. Modificaciones en materia de procedimientos y acción protectora de la Seguridad Social en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998.
- *Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo. Seguridad Social y derecho de daños*, Madrid, La Ley, 2001.
- “Efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la relación de Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, número 4, 1991.

MIRANDA BOTO, J.M^a: “Vacaciones en Derecho Comunitario: compensación y posposición. Nota a la STSJCE de 6 de abril de 2006. Federatie Nederlandse Vakbeweging, asunto C-124/05”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2006.

MOLINA GARCIA- ATANCE, J: “La regulación de la incapacidad temporal y de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social”, *Revista de Justicia Laboral*, Agosto 2008.

MOLINA GONZALEZ- PUMARIEGA, R: *Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal*, Pamplona, Revista Aranzadi Social nº 10-08, Octubre 2008.

MOLINA NAVARRETE, C: “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo por prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva “modernidad” de una institución clásica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 79, 1996.

MOLINER TAMBORERO, G:

- “La responsabilidad empresarial derivada de accidente de trabajo en el sistema de la Seguridad Social”, *Tribuna Social*, nº 125, mayo 2001.
- “Reflexiones sobre el seguro de accidentes de trabajo y las mutuas”, en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (DIRECTOR): *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, Madrid, La Ley, 2008.
- “Seguridad Social, prestación económica por incapacidad temporal: no tiene derecho a percibir el subsidio por incapacidad temporal quien se somete voluntariamente a una intervención de cirugía estética”, *Diario La Ley*, nº 7939, 2012.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J: “El control de la incapacidad temporal”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 106, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L:

- “Artículo 34. Seguridad Social y ayuda social”, en VV.AA, MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *La Europa de los Derechos*. Estudio sistemático de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012.
- “El ciclo largo de la reforma de la Seguridad Social: significación técnica y político jurídica del proceso de reforma legislativa actual”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIREC): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2008.
- “El derecho a la Seguridad Social” (art. 41 CE), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^ªN (DIRECTORES): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2001.
- “El derecho a la Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^ª.N: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- “EL Instituto Nacional de Previsión: Ubicación histórica, social y político-jurídica”, en VV.AA, TORTUERO PLAZA, J.L (DIRECT. y COORDI): *Cien años de Protección Social en España Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2007.
- “El recargo por omisión de medidas preventivas”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y RIVAS VALLEJO, P (DIRECTORES), GARCÍA VALVERDE, M.D (COORDINADORA): *Tratado de Salud Laboral I. Aspectos Jurídicos de a Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- “El régimen jurisdiccional de los sistemas de previsión voluntaria”, *Revista Relaciones Laborales*, nº14, 1991.
- “El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del pacto de Toledo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº15-10, diciembre 2010.
- “La responsabilidad especial del recargo por prestaciones. Configuración y régimen jurídico”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^ª.N: *Tratado práctico a la*

legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedad profesional, régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad, Granada, Comares, 2006.

- “Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias”, en VV.AA: *Los Planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.
- *El recargo por prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, Civitas, 1992.
- *Introducción al pensamiento jurídico por Karl Engisch*, Granada, Comares, 2001.
- *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2003.
- *La reforma social en España: Adolfo Posada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- *Los orígenes de la Seguridad Social en España José Maluquer y Salvador*, Granada, Comares, 2007.
- *Teoría General del Derecho por Hans Nawiasky*, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A:

- “Concepto de accidente de trabajo. El riesgo objeto de protección jurídica”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N (DIRECT): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006.
- “Determinación de contingencias (Revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales”, en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (Director): *Accidentes de trabajo y mutuas*, Madrid, La Ley grupo wolters kluwer, 2009.
- “La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de Accidentes de Trabajo (Dimensión preventiva y reparadora), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y RIVAS VALLEJO, P (DIRECTORES), GARCÍA VALVERDE, M.D (COORDINADORA): *Tratado de Salud*

Laboral I. Aspectos Jurídicos de a Prevención de Riesgos Laborales, Navarra, Aranzadi, 2012.

- “Las contingencias comunes en el marco de la “acción protectora” de Seguridad Social: Teoría general y recapitulación jurídico- crítica”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (Director): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2008.
- “Perspectiva histórica. La protección de los riesgos profesionales en la legislación histórica de accidentes de trabajo (el sentido político- jurídico de la evolución histórica en su vertiente preventiva y reparadora”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado práctico a la legislación reguladora de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, régimen jurídico de la prevención y aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006.

MONEREO PÉREZ, J.L y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A:

- “La protección social complementaria “externa” al sistema de Seguridad Social: instrumentos privados de protección de las contingencias comunes”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas urgentes en materia de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2008.
- “Parte X. Protección social complementaria”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y SERRANO FALCÓN, C (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Comares, 2009.

MONEREO PÉREZ, J.L y VIÑAS ARMADA, J.M^a: “Acción protectora” (art. 39 CE), en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M^aN (DIRECTORES): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Tomo I. Arts. 1 a 127*, Granada, Comares, 1999.

MONREAL BRINGSVAERD, E.J: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28, 2012.

MONTOYA MELGAL, A:

- *Curso de Seguridad Social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1999.
- *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 15º edición, 1994.

MORENO CÁLIZ, S: “Incapacidad temporal y despido disciplinario”, *Aranzadi Social*, nº21, 2009.

MUÑOZ MOLINA, J:

- “El recargo por prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 59, 2005.
- *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005.

MUÑOZ MOLTÓ, F.M: “Consideraciones económicas y técnicas sobre la reforma de la incapacidad”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.

OJEDA AVILÉS, A: “Responsabilidad aquiliana versus recargo de prestaciones: el argumento implícito de la paradoja asimétrica”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2000.

OLARTE ENCABO, S:

- “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, número 20, marzo de 2011.
- *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Madrid, CES, 1997.

PALOMEQUE LÓPEZ, C: “Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución”, VV.AA en el volumen: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980.

PALOMEQUE, M.C: *Derecho del trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho español del trabajo, 1873-1923*, Madrid, Akal/Universitaria, 1980.

PANIZO ROBLES, J.A:

- “La Seguridad Social en el año 2000 (modificaciones introducidas por la Ley de Presupuesto y de Acompañamiento y en el Real Decreto-Ley 16/2001, sobre jubilación flexible” *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 227/2002.

- “Las últimas modificaciones en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social (Comentario a la Ley de acompañamiento para el año 2002)”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2002.
- “Los contratos a tiempo parcial y par la formación: su incidencia en la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, número 183, 1998.
- “Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal”, *Estudios Financieros, Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, Nº320, 2009.

PAREDES RODRÍGUEZ, J.M y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R: “La gestión y control de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, nº 22, 2007.

PAREDES RODRÍGUEZ, J.M: “Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”, *Actualidad Laboral*, nº 08-2ª quincenal de abril de 2007.

PASTOR BODMER, A y PEROTE PEÑA, J: “La gestión de la Incapacidad Temporal en España”, *Documentación Laboral*, nº 65, 2001.

PEÑA OBIOL, S: “La empresa y la incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.

PÉREZ ALONSO, M. A:

- “La Incapacidad Temporal y los Subsidios por Desempleo tras las recientes reformas en materia de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, Tomo II, 2002.
- “La responsabilidad empresarial en la incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.
- “Las relaciones entre las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional y las prestaciones de desempleo”, *Actualidad Laboral*, nº 19, 1989.
- *La incapacidad temporal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

PÉREZ ALONSO, M.A y MAGALLÓN ORTÍN, M: “La colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional en la gestión de la Incapacidad Temporal por contingencias comunes”, *Tribuna Social*, nº 70, 1996.

PÉREZ ALONSO, M.A y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E: *Nuevas prestaciones de incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación en el RGSS*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

PÉREZ CAMPOS, A. I: “Responsabilidad en el abono de la prestación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato de trabajo: comentario a la STSJ Cantabria, de 15 de julio de 2005 (AS 2005, 1916)”, *Aranzadi Social*, nº3, 2005.

PÉREZ PÉREZ, M: “La reforma de la Seguridad Social complementaria”, en VV.AA, PRADOS DE REYES, F.J (COORD): *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

PERSIANI, M:

- *Diritto della Previdenza Sociale*, Padova, Cedam, 1996.
- *Diritto della Previdenza Sociale*, Padova, Cedam, 2009.

PIETERS, D: “El futuro de los seguros de accidentes laborales y de enfermedades profesionales en la Unión Europea”, en VV.AA., GONZALO, B; NOGUEIRA, M (Dirs y coords.): *Cien años de Seguridad Social. A propósito del Centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, Madrid, Fraternidad- MUPRESAPA y UNED, 2000.

PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J: “Una nueva reordenación de la gestión de la Seguridad Social. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y la Incapacidad Temporal”, *Revista Relaciones Laborales*, nº 14, 1997.

PUNZI, C.N: “Sezione II. Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro”, en VV.AA, SGROI, A (a cura di), *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Italia, Torino, 2010.

RAMOS MORAGUES, R: “Las relaciones de tránsito entre la Incapacidad Temporal y el Desempleo tras la Ley 40/2007, de Medidas en Materia de Seguridad Social”, VV.AA: *La reforma de la Seguridad Social. III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

RAMOS QUINTANA, M.I: “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social: La mejora directa de prestaciones”, *Revista Derecho Social*, Vol 2. Enero-Diciembre, 1994.

RIVAS VALLEJO, P y CARRATALÁ TERUEL, J.L: *Proceso de Seguridad Social Práctico, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios, con prólogo a cargo de José Ignacio García Ninet*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2004.

RIVAS VALLEJO, P:

- “Incapacidad temporal y desempleo” en VV.AA: *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.
- *Incidencia de la Prisión y el Cumplimiento de Penas sobre la Relación de la Seguridad Social*, Navarra, Thomson- Aranzadi, 2005.
- *Los Procesos en Materia de Prestaciones de la Seguridad Social, prólogo a cargo de Antonio V. Sempere Navarro*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2002.

RIVERO LAMAS, J: “Los regímenes complementarios en la Ley de Bases de la Seguridad Social”, *Revista de Política Social*, nº 61, 1964.

RODA LÓPEZ, A: *El ejercicio de los derechos en el régimen general de la Seguridad Social. Dinámica de la relación jurídica de previsión*, Madrid, INP, 1977.

- “Derecho a vacaciones y baja del trabajador en al reciente jurisprudencia del TJUE”, *Relaciones Laborales*, número 13-14, 2012.
- “Incapacidad temporal y Derecho a vacaciones”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2009.

RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M: *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona, J.M Bosch Editor, S.A. 1993.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E: “De la incapacidad temporal al desempleo tras la reforma de la Ley 40/2007”, *Actualidad Laboral*, número 18, Tomo II, 2008.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M:

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y GONZÁLEZ ORTEGA, S: “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma”, en VV.AA, PRADOS DE REYES, F.J (COORD): *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, J.L: *Integración o desmoronamiento. Crisis y alternativas del Sistema Nacional de Salud Español*, Navarra, Thomson-Civitas, 2008.

ROMERO RÓDENAS, M^a.J: *Sida y toxicomanía. Un análisis jurídico laboral y de Seguridad Social*, Madrid, Ibidem Ediciones, 1995.

ROQUETA BUJ, R:

- *La protección de los trabajadores a tiempo parcial*, Madrid, editorial CES, 2002.
- *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes y fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

RUMEU DE ARMAS. A: *Historia de la Previsión Social en España*, Barcelona, El Albir, S.A. año 1981.

SALA FRANCO, T:

- “La incapacidad temporal: visión crítica de su actual régimen jurídico”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a. N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008.
- *La incapacidad temporal para el trabajo derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

SALAS BAENA, A: “Incapacidad temporal: problemas de control y de calificación de las contingencias. El seguimiento y control de la incapacidad temporal por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la seguridad social”, *Estudios de derecho judicial*, N^o 152, 2008.

SALINAS MOLINA, F: “Incapacidad Temporal y Jurisprudencia Unificadora”, *Revista Información Laboral. Jurisprudencia*, n^o2, Tomo II, 1998.

SALVADOR PÉREZ, F: “Las modalidades de previsión social voluntaria y sus relaciones con la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n^o43, julio/septiembre de 1990.

SAN MARTÍN MAZZUCONI, C: “La protección de la incapacidad temporal en la negociación colectiva”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 125, 2005.

SANCHEZ-URÁN AZAÑA, y AGUILERA IZQUIERDO, R: “La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social”, en VV.AA,

SEMPERE NAVARRO, A.V (DIRECTOR) y MARTÍN JIMÉNEZ, R (COORDINADOR): *EL modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: “Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente”, *Aranzadi Social*, Volumen I, 1999.

SEMPERE NAVARRO, A.V: “Las Mutuas de Accidentes de Trabajo como entidades colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social”, en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (DIRECTOR): *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, Madrid, La Ley, 2008.

SERRANO GUIRADO, E: *El Seguro de Enfermedad y sus problemas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1950.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N: “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la ley 35/2010, de 17 de septiembre”, *Actualidad Laboral*, nº 16, 2011.

TEJERINA ALONSO, J.L: “Las recientes modificaciones del régimen de protección de la incapacidad temporal ante los planes de reforma General de la Seguridad Social”, *Revista de Seguridad Social*, nº6, 1980.

TOROLLO GONZÁLEZ, F.J: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 59, 2005.

TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ- URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal: Régimen Jurídico y negociación colectiva*, Madrid, Mapfre, 1996.

TORTUERO PLAZA, J.L:

- “El control público de las Mutuas en materia de incapacidad temporal”, en VV.AA, BORRAJO DACRUZ, E (DIRECTOR): *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, Madrid, La Ley, 2008.
- “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, M^a (COORD): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, Comares, 2006.
- “La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas”, *Tribuna Social*, nº 44/45, número especial, agosto – septiembre 1994.

- “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: la enésima reforma del 2006”, en VV.AA, MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C Y MORENO VIDA, M^a.N (COORDINADORES): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, Granada, Comares, 2008.
- “Las Mutuas y la incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, número 100, abril de 1999.
- *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*, Madrid, Universidad Complutense- Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1987.

TOSCANI GIMÉNEZ, D y ALEGRE NUENO, M: “Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, nº 5- 08, Julio 2008.

TOSCANI GIMÉNEZ, D:

- “El nuevo procedimiento de revisión de las altas médicas expedidas en los procesos de incapacidad temporal”, *Revista Capital Humano*, nº 238, 2009.
- “La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos”, *Revista Capital Humano*, nº 235, 2009.
- “La ineptitud causada por la alteración de la salud del trabajador (II)”, *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, Nº 79, 2011.

TRILLO GARCÍA, A.R: “La reforma permanente continúa: la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, en VV.AA, MERCADER UGUINA, J.R y TRILLO GARCÍA, A.R (DIRECTORES): *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2008.

USÚA PALACIOS, F: “Incapacidad Temporal. Alta médica con propuesta”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 2001.

VALDÉS DAL-RÉ, F: “Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm.4, 2000.

VALLE MUÑOZ, F.A: “La retroactividad de la pensión de incapacidad permanente agotada la incapacidad temporal”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1999.

VELASCO PORTERO, M.T: “El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador”, *Actualidad Laboral*, nº1, 2010.

VENTURI, A: *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C:

- Manual de Derecho del Trabajo, Granada, Comares, 2011.
- Manual de Derecho del Trabajo, Granada, Comares, 2012.

VIDA SORIA, J, MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R:

- *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 5ª edición, 2009.
- *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 7ª edición, 2011.
- *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 8ª edición, 2012.

VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y laboral*, nº61, 1996.

VILLAR CAÑADA, I.M: “La gestión de la incapacidad temporal a la luz de las últimas reformas: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 20, 2006.

VIROLES PIÑOL, R.M: “Colaboración de la Mutuas de Accidente de Trabajo en la gestión de la Incapacidad Temporal”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 1997.

VIVENTE PALACIO, Mª. A: “Algunas consideraciones sobre el control empresarial de la incapacidad temporal: el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.

VV.AA:

- “Capítulo. VIII. Incapacidad temporal” en VV.AA, GARCÍA NINET, J.I (DIRECTOR): *Cuadernos CISS. Volumen IV-I. Acción protectora*, editorial CISS, 1997.
- BORRAJO DACRUZ, E (DIRECTOR): *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, Madrid, La Ley, 2008.
- DE LA VILLA GIL, L.E (DIRECTOR), GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, I y MERCADER UGUINA, J.R: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch 4ª edición, 2004.

- *Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.
- *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Real Academia Española, 21ª edición, tomo I, 1992.
- DUEÑAS HERRERO, L.J: *I Congreso de Castilla y León sobre Relaciones Laborales*, Valladolid, Lex Nova, 1999.
- *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, Navarra, Civitas, 2009.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R (COORD): *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- GALA DURÁN, C (Investigadora principal): *Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual* (Proyecto de investigación FIPROS/2006/44) (I Parte), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006.
- *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- *La reforma de la Seguridad Social, III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- *Los Planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.
- MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Volumen I, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.
- MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECT) y CASTRO ARGÜELLES, Mª.A: *Ley General de Seguridad Social comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley grupo Wolters Kluwer, 2009.
- MERCADER UGUINA, J.R y TRILLO GARCÍA, A.R (DIRECTORES): *Aspectos prácticos de la reforma de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2008.

- MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECCIÓN) y SERRANO FALCÓN, C (COORDINACIÓN): *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, Comares, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECT), SERRANO FALCÓN, C y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A (COORD): *El nuevo proceso laboral Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, Granada, Comares, 2011.
- MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR), MOLINA NAVARRETE, C, MORENO VIDA, M^a.N, OLARTE ENCABO, S y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A (PARTE TEÓRICA), MOYA AMADOR, R y SERRANO FALCÓN, C (PARTE PRÁCTICA Y COORDINACIÓN): *Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y Práctica*, Madrid, Tecnos, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR): *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L (DIRECTOR): *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social, Estudio de su régimen jurídico, actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas urgentes en materia de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M^a. N: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social Tomo I*, Granada, Comares, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L y MORENO VIDA, M^aN (DIRECTORES): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Tomo II*, Granada, Comares, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J.L y RIVAS VALLEJO, P (DIRECTORES), GARCÍA VALVERDE, M.D (COORDINADORA): *Tratado de Salud Laboral I. Aspectos Jurídicos de a Prevención de Riesgos Laborales*, Navarra, Aranzadi, 2012.
- MONEREO PÉREZ, J.L y RIVAS VALLEJO, P (DIRECTORES), GARCÍA VALVERDE, M.D (COORDINADORA): *Tratado de Salud*

Laboral II. Aspectos Técnico-Sanitarios y Lugares, Sectores y Colectivos Singulares, Navarra, Aranzadi, 2012.

- MONEREO PÉREZ, J.L y SERRANO FALCÓN, C (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Derecho Social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Granada, Comares, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a. N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares. 2008.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^a.N: *Tratado Práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen Jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, Comares, 2006.
- MONEREO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, M^aN (DIRECTORES): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2001.
- *Pensiones sociales. Problemas y alternativas (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte II)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.
- PRADOS DE REYES, F.J (COORD): *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.
- SANTIAGO CASTILLO (EDIT): *Solidaridad desde abajo, Trabajadores y socorros mutuos en la España Contemporánea*, Madrid, UGT, Centro de Estudios Históricos, 1994.
- SEMPERE NAVARRO, A.V (DIRECTOR) y MARTÍN JIMÉNEZ, R (COORDINADOR): *EL modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F y AGUILERA IZQUIERDO, R (DIRECCIÓN Y COORDINACIÓN): *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, Navarra, Thomson Reuters, Civitas, Universidad Complutense de Madrid y Universidad Rey Juan Carlos, 2009.
- SGROI, A (a cura di): *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Italia, Torino, 2010.

- TORTUERO PLAZA, J.L (DIRECT. y COORDI): *Cien años de Protección Social en España Libro Conmemorativo del I Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS), 2007.

V-IHERING, R: *El fin en el derecho, Estudio Preliminar "El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho"* a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2011.

YANINI BAEZA, J: "La Seguridad Social complementaria. Mejoras voluntarias. Mutualidades. Contrato de Seguro", en VV.AA, DE LA VILLA GIL, L.E: *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch 4^o edición, 2004.