Nuevamente la Incapacidad Temporal a Debate¹

Again, the debate on the contingency of temporary incapacity

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Resumen

La incapacidad temporal es la contingencia temporal más relevante de los sistemas de protección social, con múltiples implicaciones para la seguridad social, las empresas, los niveles de absentismo y productividad, así como para los trabajadores. Se trata de una institución donde confluyen las normas laborales, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales, con una importante presencia en los convenios colectivos; y en la que participan una multiplicidad de entidades, Servicio Público de Salud; Seguridad Social; Empresa; Mutuas de Accidentes de Trabajo y en su caso, Servicio Público de Empleo Estatal En España carecemos un tratamiento omnicompreensivo del instituto, a pesar de su importancia

Sin duda el motor de todas las reformas producidas en los últimos veinte años está en los mecanismos de gestión y control, una veces motivados por el volumen de gasto y otras por estrictos criterios competenciales. En este espacio se sitúa el nuevo RD 625/2014, de 18 de julio, que pretende modernizar la gestión con la utilización de elementos telemáticos, vincular los procesos incapacitantes a protocolos y ordena distintos procedimientos administrativos

Abstract

The contingency temporary incapacity of the most important social protection systems, with many implications for social security, business, levels of absenteeism and productivity, also for workers. It is an institution confluence labor standards, social security and occupational risk prevention, with a significant presence in collective agreements; and in which a multiplicity of entities, Public Health Service involved; Social Security; company; Mutual of Accidents and where appropriate, Public Service of Employment. In Spain we lack a complete and comprehensive treatment of the institute, despite its importance.

The engine of all reforms produced in the last twenty years is in the mechanisms of management and control, sometimes motivated by the volume of spending and other strict criteria for competition. In this area is located the new RD 625/2014 of 18 July, which aims to modernize the management with use of electronic elements, linking processes disabling protocols and orders of administrative procedures.

Palabras clave

Incapacidad temporal; Incapacidad; Control de la incapacidad temporal; Gestión de la incapacidad; Competencias de control; Determinación de contingencia.

Keywords

Temporary incapacity; Incapacity; Control of temporary incapacity; Incapacity management; Control competences; Determination of the contingency

¹ El presente trabajo se inserta en las actividades del Proyecto de Investigación “La Incapacidad Temporal en el trabajo de hombres y mujeres” (Subprograma de Proyectos de Investigación Fundamental no orientada, convocatoria 2011 (DER2011-29448-C03-01).

1. ¿QUÉ OCURRE CON LA INCAPACIDAD TEMPORAL?

Durante más de veinte años, desde 1992, la incapacidad temporal ha sido el centro de atención del legislador, y de la doctrina científica², realizando reformas continuas –y no

² Una incompleta pero gráfica reseña de la preocupación doctrinal por la materia es la siguiente: AA.VV.: *La incapacidad temporal* (Coord. OJEDA AVILES, A.), Tecnos, Madrid, 1996; AA. VV.: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 18ª edic., Madrid, 2006; ALVAREZ DE LA ROSA, M. *Incapacidad temporal y maternidad*, en “Tribuna Social” nº 53; ARETA MARTÍNEZ, Mª., “La incapacidad temporal de los funcionarios públicos”, AA. VV.: *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal de los funcionarios públicos*, Cinca, Madrid, 2011; BARBA MORA, A., *Incapacidad temporal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000; BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª., “Presente y futuro de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”, *Aranzadi Social Revista Doctrinal*, núm. 2, 2012; BRUNA REVERTER, J., *La incapacidad laboral: problemática legal, jurisprudencial y médica*, Comares, Granada, 2012; CARRIZOSA PRIETO, E., “La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157, 2013; CASTILLA CASTILLA, Á., “Control médico de la Incapacidad Temporal: la reordenación de las competencias de las entidades que intervienen en la prestación de la Incapacidad Temporal: artículo 128 de la LGSS”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2012; CASTRO CONTE, M., “Evolución de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos o por cuenta propia”, AA. VV.: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011; DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I. *El subsidio de la incapacidad temporal. Cuantía, nacimiento, duración y extinción* en “Tribuna Social”, núm. 44-45, 1.994; DESDENTADO BONETE, A. “*Mutuas de accidentes de trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal*”. *Actualidad Laboral*. Nº 6. 2008; Dueñas Herrero, L. F., “La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el régimen general de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1996; FERNANDEZ LOMANA GARCÍA, M., «El control por las Mutuas de Accidentes de Trabajo de las bajas médicas por contingencias comunes: situación actual y perspectiva», *Actualidad Laboral* nº 8, 2008; FERNANDEZ ORRICO, F. J. “*Medidas encaminadas a racionalizar el subsidio de incapacidad temporal por Ley30/2005, de 29 de diciembre*”, AA VV “La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema”. *Laborum*. 2006; FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; GARCÍA MURCIA J. y ROMÁN VACA, E., “Nuevas pautas de la regulación de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 1996; GARCÍA NINET, J. I., “La incapacidad temporal”, AA.VV.: *La incapacidad temporal*, (Coord. OJEDA AVILES, A.), Tecnos, Madrid, 1996; GARCÍA QUIÑONES, J. C., “Ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia”, *Documentación Laboral*, núm. 70, 2004; GARCÍA VIÑA, J. *El deber recíproco de buena fe en la incapacidad temporal*, en AA.VV.(Coord. OJEDA AVILES, A.), *La incapacidad temporal*, 1996; GIL PLANA, J. y GONZALEZ DEL RIO, J. M. “*Aspectos polémicos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social*”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* GOERLICH PESET, J. M. “*La reforma de la incapacidad temporal*” en VV.AA “*La reforma de la Seguridad Social*”. Ed. Tirant lo Blanch. 2008; GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (I) (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal, *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2011; “Prórrogas y recaídas. El tránsito hacia la incapacidad permanente”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2011; GRANADO MARTINEZ, O. “*El control de la incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social en AA VV “La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*”. *Laborum*. 2006); JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; LÓPEZ INSUA, B. M., *La incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2014; MARTÍN VALVERDE, A., “Incapacidad laboral transitoria e Invalidez Provisional: legislación y jurisprudencia”, *Actualidad Laboral*, núm. 39, 1994; MARTINEZ-GUON 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*. Nº 21. 2006; MARTINEZ-GIJON 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*. Nº 21. 2006; MERCADER UGUIA, J. R., *El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)*, en *Revista de Relaciones Laborales*, Tomo I/2004; MONEREO PEREZ, J. L. y FERNANDEZ AVILES, J. A., “Determinación de la contingencia”, en AAVV (Dir. BORRAJO DACRUZ) *Accidentes de Trabajo y Mutuas*, edit. Lay y Fremap, Madrid, 2009; MONERO ROMERO, F. “La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones a la luz de la incapacidad temporal”. AA.VV, “La responsabilidad del empresario”. Ediciones *Laborum*. 2012. y “El papel de las mutuas en la gestión de la incapacidad temporal: Previsiones sobre la nueva

siempre debidamente maduras– con la finalidad de construir un nuevo modelo de gestión y control, que permita recomponer el papel que deben asumir las entidades intervinientes en el proceso, reconducir su utilización, no siempre ortodoxa, y situar el gasto en parámetros de racionalidad.

ordenación”. en AAVV., *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*. AESSE. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; MUÑOZ MOLINA, J., *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005; OLARTE ENCABO, S., “Control y gestión de la incapacidad temporal: análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente, el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, Aranzadi Social Revista Doctrinal, núm. 20, 2011; 2006; PANIZO ROBLES, J. *El control de la incapacidad temporal: A propósito del Real Decreto 575/11997, de 18 de abril*”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 4/ 1997; “*De nuevo sobre el control de la IT (A propósito del Real Decreto 1117/1998)*”. En Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Nº 187. Septiembre.1998; “*La Seguridad Social en los comienzos de 2006 (comentario a las novedades incorporadas a la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación)*.” Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Nº 275. Enero 2006; “Un nuevo paso en el control de la prestación de la seguridad social por incapacidad temporal: el RD 1430/2009, de 4 de diciembre”, Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 320, 2009; PÉREZ ALONSO, M. A., *La incapacidad temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; 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. Junio 2008; PURCALLA BONILLA, M. A., “Incapacidad temporal y control del absentismo”, AA. VV.: *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa* (Dirs. ROMERO BURILLO, A. Mª y ARGÜELLES BLANCO, A. R.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013; RIOS SALMERON, B. y FERRANDO GARCIA, F. “*La prestación por incapacidad temporal: equilibrio entre la protección y control del fraude*” FORO DE SEGURIDAD SOCIAL. Mayo 2007; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., “Evolución de la normativa sobre la incapacidad para el trabajo en el ordenamiento jurídico español”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 94, 2011; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial”, Temas Laborales, núm. 118, 2013; SALA FRANCO, T., *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005; SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A “*La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de Seguridad Social*”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007; SANTAMARIA RUIZ, M. D. “*Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja*”. Foro de Seguridad Social. Nº 13-14, 2005; SIRVENT HERNANDEZ, 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 núm. 16, 2011; TOROLLO GONZÁLEZ, F. “Las mutuas y su lugar de conflictos jurídicos derivados de la incapacidad temporal”, en AAVV. *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*. AESSE. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; TORTUERO PLAZA, J.L. “La incapacidad temporal para el trabajo en la seguridad social”, Madrid, Tesis Doctoral, 1.987; “La incapacidad temporal, contingencia y situaciones protegidas: un análisis teórico”, Tribuna Social, núms. 44/45, 1994; “*Régimen jurídico de la incapacidad temporal: una perspectiva general*”. Foro de Seguridad Social. Nº 12-13. 2005; “*Apuntes sobre la reforma de la incapacidad temporal*”. En AA VV. “*La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*”. Laborum. 2006; “El control público de las Mutuas en materia de incapacidad temporal”, AA. VV.: *Accidentes de trabajo y Mutuas*, La Ley, Madrid, 2008; TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F. “Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: la opción por el control público”, AA. VV.: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F. La reforma de la Incapacidad Temporal en la Ley 35/2010 y materias conexas, en AA.VV (Dir. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO) “La reforma Laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo” Editorial: Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2010; TORTUERO PLAZA J. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., “La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva”, Fundación MAPFRE, Madrid, 1996; TOSCANI GIMENÉZ, D., “La impugnación judicial de las altas médicas emitidas por las entidades gestoras de la seguridad social”, Revista capital Humano, núm. 257/21011; Laborum. 2006; VALLE JOZ, J. y TRILLO GARCIA, A. “*Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como gestoras de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes*”. en VV.AA “*Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*”. La Ley, 2007; VALLE MUÑOZ A., “La facultad de control por las Mutuas Patronales de los procesos de incapacidad temporal mediante reconocimientos médicos”, Aranzadi Social 22/2011; VICENTE PALACIO, M. A., “El control de la Incapacidad Temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social”, Tribuna Social, núm. 168, 2004.

Cierto es que en la incapacidad temporal intervienen todo un conjunto de sujetos e instituciones –Servicio Público de Salud, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, empresario y trabajador, así como, en ocasiones, al Servicio Público de Empleo Estatal– que dificultan su ordenación, singularmente desde la esfera competencial. No obstante y como veremos, el equilibrio, la ponderación y la racionalidad no se han conseguido, ¡después de más de 20 años de reformas!, ¿tan difícil es...?.

Cierto es también que en su momento asistimos a un constante y alarmante incremento del gasto en incapacidad temporal, que justificó en parte que las principales reformas de los últimos años se hayan centrado casi en exclusividad sobre la ordenación de los mecanismos de control, bajo la hipótesis de que un mayor control conducirá a una reducción del gasto. No obstante, las reformas no se plantearon la problemática existente en forma sosegada y reflexiva, sino más bien conducidas por la obsesión razonable del gasto y la idea de que el fin justifica cualquier medio. En este orden, el aluvión normativo, producido entre el año 1997 y el año 2007, buscó la reordenación de los mecanismos de control con la finalidad de alcanzar el resultado económico deseado. No obstante, desde hace años el gasto en incapacidad temporal alcanzó el espacio de normalidad y, aún más, la crisis económica se ha encargado de reducirlo considerablemente, tanto por razones técnicas –menos afiliados, menos salarios...–, como humanas, el miedo a perder el empleo ha hecho que el trabajador –salvo en situaciones extremas– acuda a trabajar estando incapacitado.

Para visualizar las afirmaciones realizadas conviene identificar el proceso reformador. Las viejas y nunca pacíficas contingencias de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional, fueron reformadas por la Ley 42/1994, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que procedió a la redenominación de la contingencia –incapacidad temporal– y a reformar parcialmente su régimen jurídico suprimiendo formalmente la invalidez provisional. A la referida reforma habría que añadir otras anteriores (por ejemplo, la efectuada en materia de cuantía de la prestación y responsables del pago por la Ley 42/1992, de 24-XI, cuya constitucionalidad fue declarada por STCO 34/1994, de 10 –II) y posteriores, por ejemplo, la efectuada en materia de extinción de la prestación económica por las Leyes 66/1997, de 30 de diciembre y 24/2001, de 27 de diciembre, así como por el RDL 6/2000, de 23 de junio. Junto a ellas, las más recientes incorporadas por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social que rectifica parcialmente las reformas del 2006, las recogidas en la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. Finalmente, la importante reforma operada por la disposición adicional decimonovena, cinco, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que añadió la nueva disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS; el número dos de la disposición final quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, que volvió a retocar el artículo 128.1.a) de la LGSS. Por último, salvo error, Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que reordenó los artículos 131 bis y 132 de la LGSS. Ciertamente el aparato reformado produce vértigo.

Las reformas referidas, aunque importantes, no son las únicas, todavía habría que añadir otras múltiples reformas directas de alcance reglamentario y otras indirectas que

proceden de la reforma de otras contingencias, de materias e instituciones que son comunes al Sistema o, finalmente, de normas procedentes de otras parcelas del ordenamiento, singularmente del Estatuto de los Trabajadores.

Toda esta complejidad normativa se ha producido manteniéndose la ordenación reglamentaria procedente del desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966 (singularmente el D. 3158/1966, de 23-XII y la O. 13-X-1967, que han encajado múltiples reformas) que convive con todo un elenco de normas reglamentarias posteriores de distinta procedencia y alcance (desde el D. 1646/1972, de 23-VI, pasando por el RD 53/1980, de 11-I, hasta los más recientes sobre gestión y control, el RD 575/1997, de 18-IV, modificado por el RD 1117/1998, de 5-VI y el RD 430/2009, de 1-IX, de desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007), incluida la aplicación de las modernas tecnologías para la presentación en soporte informático de los partes médicos (O Tas/ 399/2004, de 12-II). El giro más importante en esta materia viene de la mano del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, que será objeto de análisis en las páginas que siguen, y que sustituye al viejo RD 575/1997, de 18-IV. Sobre esta anacrónica y compleja estructura normativa³, han impactado reformas procedentes de la incapacidad permanente, la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la jubilación parcial, el desempleo..., lo que dificulta su comprensión.

Finalmente y como se aprecia en la descripción normativa, la mayoría de las reformas producidas, singularmente las que han afectado a la LGSS, no han tenido desarrollo reglamentario, provocando efectos perversos, bien al convertir a la Ley en un híbrido entre Ley y Reglamento, bien dejando vacíos normativos que se resuelven a través de los criterios internos de las entidades gestoras o por decisiones jurisprudenciales no siempre afortunadas.

Por último, otra asignatura pendiente es el frecuente desencuentro entre el contrato de trabajo y la incapacidad temporal. Como sabemos, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS. Esto que parece elemental, no lo debe ser, ya que el legislador suele olvidarse con cierta frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia, cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social, como es el caso de la incapacidad temporal.

2. NUEVAS REGLAS DE GESTIÓN Y CONTROL: EL REAL DECRETO 625/2014

Después de un largo periodo en incubación y siempre al rebufo del denominado Proyecto de Ley de Mutuas, el Boletín Oficial del Estado publicó el día 21 de julio, el Real

³ Esa complejidad ha sido puesta de manifiesto por la generalidad de la doctrina y singularmente por MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad temporal...cit pag.229*. Igualmente, incluso, ofreciendo cuadros y esquemas orientativos, PANIZO ROBLES, J. A. *Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal...cit*, y por SANTAMARIA RUIZ, M. D. “*Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja*”. Foro de Seguridad Social. Nº 13-14 2005

Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

Antes de comenzar el análisis del referido RD, conviene realizar algunas reflexiones de carácter general.

Como es imaginable, los puntos principales de conexión con el Proyecto de Ley de Mutuas están en los espacios de actuación de las Mutuas en materia de contingencias comunes, aspectos históricamente conflictivos, que, como veremos, tampoco las reglas del RD terminan de encontrar un espacio competencial equilibrado. A lo que se añaden las dudas sobre la ordenación final contenida en el referido Proyecto de Ley una vez finalizado el trámite parlamentario.

El RD 625/2014 viene a sustituir a su precedente –que es derogado expresamente por la disposición derogatoria única–, el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal. Al tiempo, el nuevo RD modifica todo un conjunto normativo, a saber:

- 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.
- El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- El Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medias en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.
- El Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y recuperadores por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Ciertamente el RD 575/1997, de 18 de abril, había quedado desfasado en muchos de sus contenidos, lo que es habitual en materia de seguridad social, donde rara vez la reforma de la LGSS (texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en adelante, LGSS) va acompañada del correspondiente texto reglamentario, bien para sustituir al viejo, bien para adaptarle. Por citar las reformas más relevantes en la materia habría que hacer referencia a las siguientes:

- La modificación operada en el artículo 128.1.a) de la LGSS, por el que se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en su caso, al Instituto Social de la Marina, la competencia plena a partir de los trescientos sesenta y cinco días del inicio de la situación de incapacidad temporal.
- La disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS, que fue añadida por la disposición adicional decimonovena, cinco, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. En

ella se establece que el Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los inspectores médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la inspección de servicios sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, para emitir el alta médica a todos los efectos, hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días en los procesos de incapacidad temporal.

Como indica el título del RD –regulación de “determinados aspectos...”– no se pretende proceder a dar una regulación completa, unitaria y acabada de la gestión y control de la incapacidad temporal, sino abordar aspectos parciales, de suma importancia, pero parciales. Una vez más, perdemos la oportunidad de proceder –después de un largo periodo de gestación de la norma– a abordar una regulación completa, optando de forma incomprensible por la ordenación parcelada. Prueba de lo afirmado, es que el RD 625/2014, no sólo modifica el RD 1430/2009, sino que las remisiones al mismo son constates. La ordenación unitaria de una materia tan importante como es la gestión y el control de la incapacidad temporal, no es un capricho retórico. La parcelación provoca ausencia de globalidad y por tanto de visión y ordenación de conjunto, más aun cuando las normas reguladoras tienen infinidad de conexiones.

La gestión sanitaria vinculada a la incapacidad temporal se moderniza, apostando por la utilización de procedimientos telemáticos, tanto en la gestión de los elementos formales – que se ordenan en función del previsible tiempo de baja–, en la utilización de protocolos, que pretenden dotar al facultativo de herramientas de respaldo técnico, y en el acceso a la documentación clínica del trabajador por parte de las instituciones con competencias en materia de gestión y control. Parece que la apuesta por los protocolos es excesiva, olvidándose que más que enfermedades existen enfermos.

En este orden y con insuficiente rango legal, el artículo 8 del RD incorpora una competencia abusiva, a saber, que “los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, para el ejercicio de sus competencias, tendrán acceso, preferentemente por vía telemática, a la documentación clínica de atención primaria y especializada de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social”. La carencia de rango legal y el carácter abusivo de la competencia no se soluciona con la coetilla habitual que advierte que “el tratamiento de los datos de los trabajadores afectados así como el acceso a los mismos quedará sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en sus disposiciones de desarrollo” (art.8.3). Repárese en que los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dictada en desarrollo del artículo 18.1 CE, establecen que “la protección civil de la intimidad y de la propia imagen *quedará delimitada por las leyes...*”, “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando *estuviere expresamente autorizada por Ley...*”. El RD busca apoyo en la disposición adicional cuadragésima de la LGSS⁴, sin embargo, ésta refiere a “...datos

⁴ Disposición adicional cuadragésima.- Remisión de datos médicos necesarios para el reconocimiento de las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento...”. El diferente ámbito es notable y, por tanto, la autorización legal resulta insuficiente.

3. LAS COMPETENCIAS DE LAS MUTUAS EN LOS PROCESOS DERIVADOS DE CONTINGENCIAS COMUNES: LA PROPUESTA DE ALTA MÉDICA

Sin duda uno de los principales e históricos puntos de conflicto en esta materia ha sido la delimitación de las competencias de las Mutuas para poder expedir altas médicas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes.

Sin perjuicio de prejuicios y reticencias, la cuestión es la siguiente. En las contingencias comunes, los órganos competentes para proporcionar la atención sanitaria y determinar la situación de incapacidad temporal, mediante la expedición del parte de baja médica, son los correspondientes del Servicio Público de Salud. Sin embargo, los órganos competentes para ejercer funciones de control durante el proceso se multiplican, adjudicándose título suficiente a la inspección médica del servicio público de salud, a los inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina y a los facultativos de las mutuas cuando éstas gestionen la cobertura de las contingencias comunes. El elemento diferencial aparece cuando nos planteamos quién, en el ejercicio de las competencias de control, tiene título suficiente para expedir el alta médica. En este orden, las entidades competentes se reducen, quedando fuera las Mutuas y por tanto, la competencia se circunscribe a la inspección médica del servicio público de salud, a los inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina.

Parecería razonable entender que el título habilitador no es otro que la cobertura de la incapacidad temporal por contingencias comunes, cobertura que previamente ha sido elegida por el empresario o lo es por imperativo legal para los trabajadores por cuenta propia. El complemento al referido título está en las competencias de control. El híbrido, gestor de la prestación económica y controlador del proceso incapacitante sin competencias, es poco razonable⁵. Recordemos que estas circunstancias han sido el motor de las reformas⁶ de los

En los procedimientos de declaración de la incapacidad permanente, a efectos de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social, así como en lo que respecta al reconocimiento o mantenimiento del percibo de las prestaciones por incapacidad temporal, orfandad o asignaciones familiares por hijo a cargo, se entenderá otorgado el consentimiento del interesado o de su representante legal, a efectos de la remisión, por parte de las instituciones sanitarias de los informes, documentación clínica, y demás datos médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento, salvo que conste oposición expresa y por escrito de aquéllos.

Las entidades gestoras de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias de control y reconocimiento de las prestaciones, podrán solicitar la remisión de los partes médicos de incapacidad temporal expedidos por los servicios públicos de salud, las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y las empresas colaboradoras, a efectos del tratamiento de los datos contenidos en los mismos. Asimismo, las entidades gestoras y las entidades colaboradoras de la Seguridad Social podrán facilitarse, recíprocamente, los datos relativos a las beneficiarias que resulten necesarios para el reconocimiento y control de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

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 la Seguridad Social.

⁵ Esta distorsión ya fue objeto de reflexión por el TS (FJ.9, STS 5-10-2005, 2966/2005), al afirmar que “la Sala es consciente de la disfunción que significa una gestión limitada de la contingencia por parte de quien tiene atribuido

últimos 20 años que han ido situando al Instituto Nacional de la Seguridad Social – tradicional pagador de la prestación– el sujeto con competencias plenas en los primeros trescientos sesenta y cinco días y, exclusivas a partir del referido periodo.

El RD 625/2014, de 18 de julio, apuesta como veremos por una fórmula ya conocida, practicada y fracasada, cuya principal novedad es la reducción de los plazos en periodos transitorios. Sin duda, el procedimiento más equilibrado y garantista es el que integra la participación de los facultativos intervinientes –Servicio público de salud, INS/ISM y Mutua–, esto es, quien otorga la baja médica y lleva el proceso incapacitante y quienes ejercen los mecanismo de control. La cuestión es que hasta ahora han fracasado o han sido poco operativos. No obstante, si ahora el procedimiento funciona, la lógica impone que se realicen las reformas necesarias para que el Instituto Nacional de la Seguridad Social se integre en un procedimiento similar y abandone sus competencias plenas.

3.1. Procedimiento

Las distintas fases del procedimiento están reguladas en el artículo 6 del RD.

3.1.1. Fase de propuesta, comunicación y órgano competente

En los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes cuya cobertura corresponda a una mutua, cuando ésta, a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de la baja, de los informes complementarios o de las actuaciones de control y seguimiento que desarrolle, considere que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo, podrá formular, a través de los médicos adscritos a ella, propuestas motivadas de alta médica, a las que acompañará los informes y pruebas que, en su caso, se hubiesen realizado.

Las mutuas comunicarán simultáneamente al trabajador afectado, para su conocimiento, que se ha enviado la propuesta de alta.

3.1.2. Órgano competente y planteamiento de conformidad o discrepancia

Las propuestas de alta de las mutuas se dirigirán a las unidades de la inspección médica del servicio público de salud, quienes las remitirán inmediatamente a los facultativos o servicios médicos a quienes corresponda la emisión de los partes médicos del proceso.

Los facultativos referidos deberán pronunciarse bien confirmando la baja médica, bien admitiendo la propuesta, a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica.

su pago y el control, en términos que incluso pudieran perjudicar el éxito de aquella ..., pese a que tampoco desconocemos que la ampliación de facultades atribuidas a las Mutuas... es consecuencia de la preocupación del legislador por la lucha contra el fraude...”

⁶ PURCALLA BONILLA, M.A. *Competencia del INSS sobre el reconocimiento de la prestación económica por incapacidad temporal*. Aranzadi Social: Revista Doctrinal, nº 20. 2009. Págs. 41-52; FERNANDEZ-COSTALES MUÑOZ, J. *Breves consideraciones en torno a la incapacidad temporal y sus mecanismos de control en el marco de su continua e interminable reforma*. Revista técnico laboral, nº 120. 2009. Págs. 165-183

En el caso de que se confirme la baja, se consignará el diagnóstico, el tratamiento médico dispensado, las causas que justifican la discrepancia y se señalarán las atenciones y los controles médicos que se considere necesario realizar.

La inspección médica trasladará a la mutua este informe junto con la actuación realizada en el plazo máximo de cinco días desde la recepción de la propuesta de alta.

En el caso de que la inspección médica del correspondiente servicio público de salud no reciba contestación de los facultativos o de los servicios médicos, o en caso de discrepar de la misma, podrá acordar el alta médica, efectiva e inmediata.

En esta fase, podríamos decir, que la inspección asume un papel de árbitro con capacidad decisoria, en la medida en que actúa como decisor entre la propuesta de la mutua y la discrepancia del facultativo. Todo ello, sin perjuicio de sus competencias directas cuando no exista contestación de los facultativos.

Los calificativos que el precepto otorga al alta médica –efectiva e inmediata–, son más bien retóricos, ya que el alta es un acto jurídico con efectos propios y legalmente establecidos.

En todo caso, la inspección comunicará a la mutua, dentro del plazo de los cinco días siguientes a la fecha de recepción de la propuesta de alta, la actuación realizada junto con los informes que el facultativo hubiera remitido.

3.1.3. Fase de reiteración ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social

En los casos en que el procedimiento no funcione, esto es, cuando la propuesta de alta formulada por una mutua no fuese resuelta y notificada en el plazo de cinco días establecido, la mutua podrá solicitar el alta médica al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, de acuerdo con las competencias previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social.

La entidad gestora resolverá en el plazo de cuatro días siguientes a su recepción, efectuando las comunicaciones previstas en el artículo 7.5. del RD 625/2014, cuyo contenido es aplicable, tanto a los supuestos en que el INS/ISM actúa por decisión propia, como cuando actúa a petición de la mutua. De esta forma, cuando el parte médico de alta sea expedido por el inspector médico adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, al Instituto Social de la Marina, estos trasladarán de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de dicha expedición, una copia del parte al correspondiente servicio público de salud para su conocimiento y otra copia a la mutua, en el caso de trabajadores protegidos por la misma, con la finalidad de que esta dicte acuerdo declarando extinguido el derecho por causa del alta, sus motivos y efectos, y notifique el acuerdo a la empresa.

Asimismo, el inspector médico entregará dos copias al trabajador, una para conocimiento del mismo y otra con destino a la empresa, expresándole la obligación de incorporarse al trabajo el día siguiente al de la expedición.

Cuando en un proceso de incapacidad temporal se haya expedido el parte médico de alta por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina, a través de los inspectores médicos adscritos a dichas entidades, durante los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha en que se expidió el alta, serán estas entidades las únicas competentes, a través de sus propios médicos, para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología. La regla es habitual, como también lo es las limitaciones impuestas por la jurisprudencia, al afirmar que “la identidad de las patologías exige comparar términos homogéneos, de modo que lo determinante es la dolencia que motivó la última baja y no el cuadro clínico/médico que fue valorado en el procedimiento que culminó con la denegación de la incapacidad permanente (STS de 27-6-2011 [RJ 2011, 6091]).

3.1.4. Transitoriedad de los plazos

De conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria segunda del RD, durante los primeros seis meses desde la entrada su vigor (el día primero del segundo mes siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»), el plazo de cinco días establecido en los párrafos segundo y tercero del artículo 6.2 será de once días.

Asimismo, durante los primeros seis meses desde la entrada en vigor, los plazos de cinco y cuatro días establecidos en el artículo 6.3 serán de once y ocho días, respectivamente.

3.2. Valoración

Como hemos visto, nada nuevo bajo el sol. Incluso, la poca fe en la fórmula se explicita en el último párrafo del artículo 6 que advierte que:” El Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, realizarán el seguimiento del comportamiento del nuevo procedimiento de gestión y control de los procesos por incapacidad temporal. Asimismo, ambas entidades realizarán el seguimiento del grado de motivación clínica de las propuestas de alta de las mutuas y de respuesta de la inspección médica de los servicios públicos de salud o del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, así como el grado de cumplimiento de los plazos de las distintas entidades en lo que se refiere a las propuestas de alta. En caso de que se detectasen retrasos significativos se propondrán medidas adicionales que aseguren que el procedimiento se desarrolle con el necesario grado de celeridad”. Sin perjuicio de la innecesaria prepotencia del lenguaje, faltan por especificar las “medidas adicionales”, que podrán oscilar entre cambiar el procedimiento, hasta denunciar los convenios de colaboración con los servicios públicos de salud que van asociados a importantes dotaciones económicas.

4. DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA CAUSANTE DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Varios son los supuestos que pueden dar lugar al procedimiento de determinación de la contingencia.

4.1. El rechazo de la mutua

Es perfectamente posible que, tras la preceptiva atención sanitaria y la realización de las pruebas que corresponda, la mutua entienda que la contingencia originaria de la patología

no es de carácter profesional sino de carácter común y determine la remisión del trabajador al servicio público de salud.

Hasta ahora, la situación descrita se producía por la vía de hecho, sin la exigencia de ningún acto formal, lo que generaba complicaciones importantes, que podían terminar en una situación de reenvíos entre la mutua y el servicio público de salud y viceversa, donde el único perjudicado era el trabajador, por mucho que se le prestara la atención sanitaria inicial o primaria.

El artículo 3 del RD pone fin, con acierto, a esta crispante y en ocasiones, abusiva situación. En efecto, cuando la mutua rechace el siniestro por entender que el origen de la contingencia es común, deberá entregar al trabajador un informe médico en el que se describa la patología, se señale el diagnóstico y el tratamiento dispensado, acompañado de los informes relativos a las pruebas que se hubieran realizado. Igualmente, la mutua, en base a la documentación referida, deberá incorporar al informe los motivos que justifican la determinación de la contingencia como de carácter común.

Parece, y es, desproporcionada y abusiva la caracterización que el precepto impone a la exigencia impuesta para la dispensación de la atención sanitaria, a saber, que se trate de supuestos de urgencia o riesgo vital, más aun cuando la definitiva calificación de la contingencia tiene como efecto derivado la compensación de gastos en materia sanitaria. Los términos “urgencia o riesgo vital”, recuerdan al reintegro de gastos cuando se acude por tales motivos a una institución privada y el recuerdo viene acompañado de tortuosa doctrina jurisprudencial y de abundante doctrina científica.

En todo caso, el precepto es confuso, por un lado, se determina la exigencia de reconocimiento médico, la realización de pruebas, incluso se hace referencia al tratamiento aplicado... y, por otro, se limita la prestación de asistencia a los supuestos de urgencia o riesgo vital. Con todo, es regla indubitada e histórica que la prestación asistencial se da siempre y en todo caso, sin perjuicio de las actuaciones posteriores.

Lógicamente, tras el rechazo de la mutua el trabajador acudirá al servicio público de salud aportando el preceptivo informe. El facultativo del servicio público de salud, viene obligado a actuar en los extremos bajo el paraguas de la contingencia común, sin perjuicio de que pueda discrepar de tal calificación. Varias situaciones se pueden producir:

- Que el facultativo del servicio público de salud acepte la calificación de la mutua y expida el correspondiente parte de baja médica por contingencia común. En este caso, si el trabajador discrepa de la calificación podrá formular reclamación ante el INSS en los términos que veremos y siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 6 del RD 1430/2009, incorporado por la disposición final tercera, cuatro del RD 625/2014, de 18 de julio.
- Que el facultativo del servicio público de salud expida el correspondiente parte de baja médica por contingencia común y discrepe de la calificación efectuada por la mutua, cuyo caso podrá formular su discrepancia mediante el procedimiento referido y ordenado en el artículo 6 del RD 1430/2009.

Como veremos, la resolución que resuelva la discrepancia establecerá el carácter común o profesional de la contingencia causante y el sujeto obligado al pago de las prestaciones derivadas de la misma y a la prestación de asistencia sanitaria, en su caso.

4.2. Procedimiento de determinación de la contingencia

Como hemos anunciado, la disposición final tercera, cuatro del RD 625/2014, de 18 de julio, incorpora un nuevo artículo 6 al RD 1430/2009, donde se regula el procedimiento administrativo de determinación de la contingencia causante en los procesos de incapacidad temporal.

Sin perjuicio de lo anterior, sorprendentemente el RD 625/2014, mantiene – modificando los plazos– otro procedimiento de determinación de contingencia, regulado en el artículo 4 del RD 1430/2009, combinado con el procedimiento de impugnación de las altas médicas expedidas por los facultativos de la mutuas en las contingencias profesionales. No alcanzo a entender la falta de unificación. Más adelante me referiré a este procedimiento.

4.2.1. Órgano competente

El órgano competente para resolver el procedimiento es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante resolución del director provincial correspondiente. Igualmente lo es, en el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el Instituto Social de la Marina, según se desprende del último párrafo del artículo 6.5, que establece que “en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el informe preceptivo del correspondiente equipo de valoración de incapacidades será formulado ante el director provincial del Instituto Social de la Marina, para que este adopte la resolución que corresponda y proceda a su posterior notificación a las partes interesadas”. A pesar de la previsión y como veremos, el ISM no aparece en la tramitación del procedimiento, aunque sí como sujeto legitimado para su iniciación ante el INS. El procedimiento por tanto es confuso, no parecería razonable que la tramitación la realizara el INS y a partir del informe del EVI la competencia pasara al ISM.

4.2.2. Sujetos legitimados

El procedimiento podrá iniciarse a partir de la emisión del parte de baja médica y deberá ir acompañado de la documentación necesaria y de los informes y pruebas realizadas, a fin de facilitar la oportuna calificación de la contingencia.

El procedimiento podrá iniciarse:

- a) De oficio, por propia iniciativa del Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- b) Como consecuencia de petición motivada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- c) A instancia del servicio público de salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.
- d) A propuesta del Instituto Social de la Marina.

- e) A instancia del trabajador o su representante legal.
- f) A instancia de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente.

4.2.3. Fase de tramitación

El Instituto Nacional de la Seguridad Social comunicará la iniciación del procedimiento al servicio público de salud competente, a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social o a la empresa colaboradora, según corresponda, cuando el procedimiento no se hubiera iniciado a su instancia y en aquellos asuntos que les afecten, para que, en el plazo improrrogable de cuatro días hábiles, aporten los antecedentes relacionados con el caso de que dispongan e informen sobre la contingencia de la que consideran que deriva el proceso patológico y los motivos del mismo.

También se dará traslado al trabajador de la iniciación del procedimiento, cuando esta no hubiera sido a instancia suya, comunicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles para aportar la documentación y hacer las alegaciones que estime oportunas.

La exclusión de quienes hubieran solicitado la iniciación del procedimiento, llevaría implícito privarles del plazo de alegaciones y aportación de documentos, lo que no parece conforme con las reglas generales del procedimiento administrativo previstas en Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Lógicamente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá solicitar los informes y realizar cuantas actuaciones considere necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe dictar resolución.

4.2.4. Informe preceptivo del EVI

El equipo de valoración de incapacidades emitirá un informe preceptivo, que elevará al director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el que se pronunciará sobre la contingencia que ha originado el proceso de dicha incapacidad. En el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el informe preceptivo del correspondiente equipo de valoración de incapacidades será formulado ante el director provincial del Instituto Social de la Marina, para que este adopte la resolución que corresponda y proceda a su posterior notificación a las partes interesadas.

Aunque nada dice la norma, parece que el informe no es vinculante para el director provincial, lo que se desprende tanto del silencio, como de la previsión contenida en el núm. 5 del artículo 6, que determina que tras el informe del EVI el director provincial dictara la resolución que corresponda.

4.2.5. Resolución del procedimiento

Emitido el informe del equipo de valoración de incapacidades, el director provincial competente del Instituto Nacional de la Seguridad Social dictará la resolución que

corresponda, en el plazo máximo de quince días hábiles a contar desde la aportación de la documentación por las partes interesadas, o del agotamiento de los plazos fijados para ello en el apartado 2 de este artículo. Los plazos de referencia son de 4 y 10 días hábiles, dependiendo del trámite del procedimiento. Sin embargo si entendemos que la apertura del mismo debe ser comunicada a todos los intervinientes, cualquiera que sea el que tomo la iniciativa, el plazo a partir del cual se abre el tiempo para la resolución sería de 10 días.

La resolución e deberá pronunciarse sobre los siguientes extremos:

- a) Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal y si el proceso es o no recaída de otro anterior.
- b) Efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante, cuando coincidan en el tiempo dolencias derivadas de distintas contingencias.
- c) Sujeto responsable de las prestaciones económicas y sanitarias.

En lugar inapropiado (en medio de la ordenación de la tramitación del procedimiento) el núm. 3 del artículo 6, entremezcla el mantenimiento de la situación durante la tramitación del procedimiento –recuérdese que el beneficiario estará de baja por una u otra contingencia– y los efectos de la futura resolución.

En este orden habría que distinguir dos situaciones, a saber:

- ✓ Que el servicio público de salud hubiera emitido parte de baja por contingencias comunes, en cuyo caso se iniciará o continuará el abono de la prestación de incapacidad temporal por esta contingencia hasta la fecha de resolución del procedimiento.

Si la resolución determina el carácter profesional de la contingencia, la mutua que la cubra debe abonar al interesado la diferencia que resulte a su favor, y reintegrar tanto a la entidad gestora, en su caso, la prestación abonada a su cargo, mediante la compensación de las cuantías que procedan, como al servicio público de salud el coste de la asistencia sanitaria prestada. Asimismo, cuando la contingencia profesional estuviera a cargo de la entidad gestora, esta abonará al interesado las diferencias que le correspondan.

- ✓ Que el beneficiario este de baja por contingencia profesional, en cuyo caso la entidad que corresponda continuará en el abono de la prestación hasta que se produzca la resolución.

En el supuesto de que la resolución determine el carácter común de la contingencia, modificando la anterior calificación como profesional y su protección hubiera sido dispensada por una mutua, ésta deberá ser reintegrada por la entidad gestora y el servicio público de salud de los gastos generados por las prestaciones económicas y asistenciales hasta la cuantía que corresponda a dichas prestaciones en consideración a su carácter común.

Aunque nada dice la norma, sin duda la Resolución producirá otros efectos adicionales, al menos teóricos –ver más adelante en el texto–, que podrían sintetizarse de la siguiente forma:

- ✓ El cambio de contingencia afecta al cálculo de la base reguladora, a la cuantía de la prestación, al inicio de la protección y al sujeto responsable del pago. Dependiendo del cambio, el empresario y el trabajador se convertirán en deudores o acreedores, con repercusión en la entidad gestora o colaboradora correspondiente.
- ✓ Igualmente, dependiendo del cambio en la calificación de la contingencia, será necesario realizar los ajustes oportunos en las cotizaciones, tema en el que interviene el empresario, siendo el resultado de los mismos positivo o negativo, lo que exigirá reintegro del exceso o abono de la diferencia. Cuestión adicional es quién paga la diferencia o se beneficia del reintegro, sólo el empresario o el empresario y el trabajador. Hubiera sido deseable que el RD vinculara el tema al instrumento recaudatorio correspondiente y hubiera fijado las reglas oportunas.
- ✓ Finalmente, el cambio en la calificación podrá impactar sobre los complementos que el trabajador hubiera percibido o tuviera derecho a percibir en función de la nueva y vieja calificación. En este orden habrá que estar a los términos del convenio colectivo para fijar el alcance del cambio de la contingencia. Repárese que el cambio puede afectar, al menos, a la cuantía y al inicio de la protección, de lo que deriva que el trabajador podrá situarse en la posición de acreedor o deudor con el empresario. La cuestión no es baladí, singularmente cuando el trabajador derive en deudor por un cambio en la calificación de la contingencia no imputable al propio trabajador. En este orden, la solución más razonable es que el trabajador no tuviera que devolver la mejora percibida.

4.2.6. Comunicación y efectos procesales

La resolución será comunicada al interesado, a la empresa, a la mutua y al servicio público de salud. Las comunicaciones efectuadas entre las entidades gestoras, la mutua y la empresa se realizarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos que permitan la mayor rapidez en la información.

Las resoluciones emitidas por la entidad gestora (INS o ISM), en el ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 6 del RD 1430/2009, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. De esta forma la resolución será directamente impugnable ante la Jurisdicción Social.

4.3. Valoración del procedimiento y propuesta alternativa

Hemos visto que la regulación del procedimiento es en ocasiones incompleta y en ocasiones confusa, obligando a realizar interpretaciones complejas.

En materia de efectos de la resolución y sin perjuicio de los aspectos teóricos apuntados, cabe otra interpretación de la norma, a saber: los silencios no son incorrecciones, sino reglas. Veamos su alcance.

En una lectura del artículo 6.3 constructiva de los silencios podemos hacer, entre otras, las siguientes consideraciones:

- La ausencia de cualquier referencia a las cotizaciones, puede hacernos entender que las mismas se dan por válidas y que el cambio de contingencia no afecta a las cotizaciones.
- La ausencia de cualquier referencia al empresario puede indicar que el cambio de calificación de contingencia común a profesional, no implica la devolución de las prestaciones abonadas a su exclusivo cargo.
- La ausencia de cualquier referencia al empresario, puede indicar que el cambio de calificación de contingencia profesional a común, no implica la reclamación al empresario de las prestaciones que debería abonar a su exclusivo cargo.

Propuesta alternativa.

Dada la complejidad en los efectos directos e indirectos del cambio en la calificación de la contingencia determinante de la incapacidad temporal, parecería más apropiado y sencillo, que los efectos jurídicos de la calificación fueran *ab initio* y los derivados, esto es todos los demás –prestaciones, cotizaciones, asistencia sanitaria...– a partir de la resolución.

En otro caso, sería necesario una norma de desarrollo del RD que regulara todos los efectos y los instrumentos para hacerlos efectivos.

5. REQUERIMIENTO A LOS TRABAJADORES PARA RECONOCIMIENTO MÉDICO Y LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LA PRESTACIÓN

Rompiendo una tradicional regla⁷ extremadamente severa – incomparecencia/extinción de la prestación–, el apartado cuatro de la disposición final cuarta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, incorporó un nuevo núm. 3 al artículo 132 de la LGSS. El precepto establece que:

“La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de

⁷ Así lo había denunciado PANIZO ROBLES, J. A. *La Seguridad Social en los Presupuestos Generales del Estado para 2014*, al afirmar que: “Parece razonable que, como sucede en otras prestaciones (por ejemplo, los complementos a mínimos) el incumplimiento de una obligación de presencia no diese lugar inevitablemente a la extinción de la IT, sino que se arbitrase una medida de suspensión cautelar. A ese objetivo responde la LPGE 2014 (apdo. cuatro de la disp. final 4.ª), que incorpora un supuesto más de modo que la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos a la entidad gestora o las mutuas para examen y reconocimiento médico produce la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. No obstante, se difiere a disposición reglamentaria la regulación del procedimiento de suspensión del derecho y de sus efectos”. RTSS. CEF, núm 371, febrero 2014, Págs. 11-110. También con un análisis de la jurisprudencia al respecto, VALLE MUÑOZ A., “La facultad de control por las Mutuas Patronales de los procesos de incapacidad temporal mediante reconocimientos médicos, *Aranzadi Social* 22/2011.

comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos”.

El artículo 9 del RD 625/2014, de 18 de julio, procede a regular el procedimiento referido en la LGSS.

5.1. Los reconocimientos médicos

El Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, y las mutuas, respecto de los beneficiarios de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes incluidos en su ámbito de gestión, podrá disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal sean reconocidos por los inspectores médicos de dichas entidades gestoras o por los médicos dependientes de las mutuas.

Como elemento de garantía, se establece que los reconocimientos se llevarán a cabo respetando, en todo caso, el derecho a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores. Igualmente, serán de aplicación las garantías establecidas en el artículo 8 en relación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores y la confidencialidad de la información objeto de tratamiento. Asimismo, será de aplicación lo dispuesto para las historias clínicas en 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.

La citación a reconocimiento médico habrá de comunicarse al trabajador con una antelación mínima de cuatro días hábiles, informándole que en caso de no acudir al reconocimiento, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica, y que si la falta de personación no queda justificada en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio.

5.2. La falta de comparecencia y sus efectos

La norma distingue distintos supuestos y la correspondiente respuesta de la entidad gestora o colaboradora. Así puede ocurrir:

- ✓ Que el trabajador no pueda asistir en la fecha fijada y que antes de dicha fecha o el mismo día justifique las razones de la incomparecencia, en cuyo caso la entidad gestora o mutua, podrá fijar una fecha posterior para su realización, comunicando la misma al interesado con la antelación mínima de cuatro días hábiles.
- ✓ Que el trabajador citado en forma no se personara en la fecha fijada, en cuyo caso el director provincial correspondiente dictará resolución, que será inmediatamente comunicada al interesado, disponiendo la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, e indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles, a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma. Cuando la citación proceda de la mutua, ésta actuará ante la incomparecencia en los mismos términos y plazos.

Aunque la norma nada dice, la suspensión cautelar de la prestación, llevará implícita la suspensión de la cotización.

La entidad gestora o la mutua comunicará la suspensión acordada por vía telemática a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se entenderá que la incomparecencia fue justificada:

- ✓ Cuando el trabajador aporte informe emitido por el médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria, en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente;
- ✓ Cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles; o
- ✓ Bien cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.

De la casuística justificadora de la incomparecencia, las dos primeras –certificado médico e incumplimiento del plazo– operarán de forma automática, sin embargo, las otras posibles causas exigirán su ponderación y valoración en la correspondiente resolución.

En todo caso pueden darse diferentes supuestos con sus correspondientes efectos, así:

- ✓ Que el trabajador justifique de forma suficiente y en plazo. En estos casos el director provincial del INSS o del ISM dictará nueva resolución, o la mutua nuevo acuerdo, dejando sin efecto la suspensión cautelar, y procederá a rehabilitar el pago de la prestación con efectos desde la fecha en que quedó suspendida. Igualmente, la entidad gestora o mutua, en el plazo de quince días siguientes a la fecha en que se dicte la resolución o acuerdo, pagará directamente al trabajador el subsidio correspondiente al período de suspensión. Asimismo, comunicará a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social la resolución o acuerdo por la que la suspensión queda sin efecto, informando de la fecha a partir de la cual procede reponer el pago delegado por parte de la empresa.

En el supuesto –silenciado por la norma– de que la suspensión se produjera durante el periodo de prestación a cargo exclusivo del empresario –días 4º a 15–, se supone que la rehabilitación del pago corresponderá al empresario hasta el decimoquinto día.

Igualmente, la rehabilitación y pago desde la suspensión de la prestación supondrá, la correspondiente cotización.

Finalmente, en aquellos supuestos en que la causa de la incomparecencia está tasada, la rehabilitación debería ser automática, mediante la utilización de los medios telemáticos correspondientes. No olvidemos que la prestación es normalmente la única fuente de ingresos del trabajador.

- ✓ Que el trabajador justifique en plazo, pero que la misma no esté tasada y sea insuficiente. En estos casos, el director provincial correspondiente dictará resolución motivando la insuficiencia de la causa justificadora y declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Dicha resolución se notificará al interesado. Igualmente, la entidad gestora comunicará la extinción acordada, por vía telemática, al servicio público de salud, a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social. En los mismos términos actuará la mutua, cuando sea la entidad competente.

La extinción de la prestación llevará implícita la extinción de la obligación de cotizar.

La resolución se podrá impugnar en los términos del artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

- ✓ Que el trabajador no justifique en el plazo de diez días hábiles la causa que justifique la incomparecencia. En estos casos se procederá en los mismos términos vistos, a saber, la entidad competente dictara resolución declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Igualmente, La extinción de la prestación se comunicará a todas las partes y llevará implícita la extinción de la obligación de cotizar. La resolución será impugnabile en los términos dichos.

5.3. Armonización normativa

La reforma del artículo 132.3 de la LGSS por la LPE.2104 –*La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada*– debe ponerse en relación con lo previsto en el artículo 131.bis también reformado por la LPE.2014 –“*El derecho al subsidio se extinguirá por ...la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social...– y finalmente con la previsión contenida en el artículo 128.1.a), incorporada por la disposición final tercera, números cuatro de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010*”⁸, que da nueva redacción al primer párrafo del artículo

⁸ La Memoria que acompaña a la Ley de Presupuestos, justifica la reforma en los siguientes términos: “...se pretende subsanar la laguna legal existente para aquellos supuestos de IT con duración superior a 12 meses en los que se produzca la incomparecencia al reconocimiento médico del INSS en el ejercicio de la competencia del artículo 128.a a), permitiendo la emisión del alta médica en estos supuestos.”. Igualmente, se da noticia justificativa de las situaciones que se pretenden subsanar con la reforma, afirmando que “actualmente se están produciendo casos de trabajadores sin derecho a subsidio y en situación de IT, por diferentes causas, que al no estar percibiendo la prestación económica no acuden a los reconocimientos al cumplimiento del duodécimo mes. Además, como los

128.1.a) de la LGSS, para incorporar que el INSS podrá emitir “*el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social*”. Para que todos los preceptos tengan lógica, deben quedar armonizados. Así, la incomparecencia dará lugar al procedimiento referido en el artículo 132.3 y ordenado en el artículo 9 del RD 625/2014; y una vez constatado su carácter injustificado, podrá procederse a la extinción de la prestación, última fase del procedimiento analizado que trae su habilitación (aunque el RD no diga nada) del artículo 131.bis de la LGSS.

5.4. La norma sorprendente

Fuera de contexto y con una habilitación más que dudosa, el artículo 9.6 del RD 625/2014, incorpora el siguiente párrafo:

“El inspector médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina podrá expedir el alta médica por incomparecencia en el ejercicio de las competencias previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social.”

¿Estas son las competencias previstas en la DA 52?. Veamos, la referida norma fue incorporada por el apartado cinco de la disposición adicional decimonovena de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y supuso un cambio radical en el control de la incapacidad temporal. Su previsión es la siguiente:

“Hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de incapacidad temporal del Sistema de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los Inspectores Médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efecto...”

Evidentemente, la reforma tiene una función competencial clara y lógicamente, en su momento –2010–, el alta médica podía darse tanto por entender que las dolencias habían dejado de ser incapacitantes, como por falta de comparecencia del trabajador. Hoy, en el 2014 y tras las reformas operadas por la LPE.2014, la falta de comparecencia no provoca sin más el “alta médica”, que es tanto como decir la “extinción”, sino la apertura del procedimiento analizado y regulado en el propio RD.

De todo lo anterior, se deduce que el párrafo analizado es inoportuno y carece de habilitación legal, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 132.3 y 131 bis de la LGSS,

SPS ya no son competentes para expedir partes de confirmación una vez agotado el duodécimo mes de duración del proceso, el trabajador puede quedar en una situación de indefensión respecto de su situación laboral y, además, al no comparecer a los reconocimientos médicos establecidos por la Entidad Gestora para poder ejercer la competencia del artículo 128.1.a) permanecen en una “prórroga tácita de IT” hasta el cumplimiento de los 18 meses”.

preceptos a los que –por su modernidad 2014– debe adaptarse la previsión contenida en la DA 52, de mayor antigüedad, 2010.

6. LA REFORMA DE LOS PLAZOS EN EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN REGULADO EN EL RD 1430/2009

Como vimos, la disposición final tercera del RD 625/2014 procede a incorporar los nuevos artículos 6 y 7, así como a modificar los plazos del artículo 4, regulador del procedimiento de impugnación de las altas médicas emitidas por las mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, dejando intacto el resto del procedimiento. No obstante, como ya advertimos, el propio artículo 4 ordena también un procedimiento de determinación de la contingencia.

Siguiendo la selección que vengo realizando en este trabajo de temas de interés en la ordenación de la incapacidad temporal, procederé al análisis del referido procedimiento.

6.1. La ubicación del RD 1430/2009⁹ y el procedimiento de revisión

En la tramitación parlamentaria de la Ley 40/2007 se incorporó una disposición adicional decimonovena, con el siguiente tenor:

“Reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social y a instancia del trabajador, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal”

La previsión contenida en el precepto referido fue posiblemente la reforma de mayor calado desde la reordenación de la incapacidad temporal y, lo es históricamente, desde la perspectiva organizativa y competencial.

La reforma vino a dar respuesta a una queja histórica sobre altas “indebidas”, “prematuras” o excesivamente “rigurosas” efectuadas por las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los procesos de incapacidad temporal derivados de riesgos profesionales, únicos en los que tiene competencias para expedir los correspondientes partes de baja y de alta médica. En este orden, la finalidad es múltiple.

Por un lado, rompe con la independencia histórica de las Mutuas en los procesos derivados de riesgos profesionales. Por otro lado, se da un paso más en la hegemonía de la entidad gestora y, consecuentemente, en la subordinación de las entidades colaboradoras.

⁹ Un análisis completo del Reglamento en 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. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos; Recursos Humanos, nº 320. 2009. Págs. 35-58; FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. Cinco nuevos aspectos de aplicación en la incapacidad temporal y la enfermedad profesional incorporados por Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, en Aranzadi Social núm. 16-10 (enero 2010) págs. 55 y ss.

6.2. Procedimiento de revisión del alta médica

6.2.1. Titularidad del derecho

Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, son las únicas que tienen competencia para expedir los correspondientes partes de baja y de alta médica durante los primeros 365 días.

En este orden, el RD 1430/2009 reconoce el derecho del trabajador a impugnar el alta médica a través del procedimiento administrativo regulado al efecto. Así, el artículo 4.2 establece que, frente a las altas médicas emitidas por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y por las empresas colaboradoras, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de 365 días, el interesado podrá iniciar ante la entidad gestora competente, el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta.

Si bien el principal interesado será el trabajador, el RD citado utiliza el término “interesado”, lo que nos remite a la previsión contenida en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Por último, es conveniente matizar que la titularidad para la iniciación del procedimiento alcanza también a los trabajadores por cuenta propia del RETA que hubieran optado por la cobertura de las contingencias profesionales y ésta se efectúe con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Finalmente y siguiendo igualmente las reglas de la LPAC, el interesado podrá actuar por sí mismo o mediante representante en los términos establecidos en el artículo 32 de la referida LPAC.

6.2.2. Tramitación del procedimiento

El RD 1430/2009 comienza con la siguiente declaración: “la tramitación del procedimiento indicado debe considerarse preferente por la entidad gestora, con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible”. Partiendo de que en la LPAC no existen procedimientos preferentes, la declaración puede tener una doble finalidad, además de la evidente de resolver en el menor tiempo posible, por una lado, una declaración de voluntad y, por otro, salvar el debido orden cronológico en la resolución de asuntos.

El interesado podrá instar la revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora, en el plazo de los 10 días hábiles (plazo que sustituye al de 4 días naturales, según el RD 625/2104) siguientes al de su notificación, mediante solicitud presentada a tal efecto ante la entidad gestora competente, en la que manifestará los motivos de su disconformidad con dicha alta médica. Deberá acompañar necesariamente el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora.

Igualmente, el interesado que inicie el procedimiento de revisión, deberá comunicar tal actuación a la empresa, bien en el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil. La comunicación puede ser formal o informal, dado que la comunicación formal será efectuada, como veremos, por la entidad gestora correspondiente. Se pretende, por tanto, que el empresario tenga conocimiento de la impugnación de forma inmediata y cualquiera que sea su forma, ya que como veremos la impugnación suspenderá los efectos del alta médica, lo que quiere decir que el trabajador no deberá incorporarse al trabajo –el contrato de trabajo seguirá suspendido– y el empresario deberá continuar con el abono del subsidio de incapacidad temporal en régimen de pago delegado.

La entidad gestora correspondiente (INSS o ISM) comunicará a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social competente el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de dos días hábiles, 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 médica.

Ante la referida comunicación, la mutua podrá responder de distintas formas y con los siguientes efectos:

- Remitiendo los antecedentes y el informe motivado en plazo hábil, en cuyo caso el procedimiento continuará en sus propios trámites, siendo las alegaciones valoradas por la entidad competente.
- Remitiendo los antecedentes y el informe motivado fuera de plazo, el procedimiento continuará y el informe podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución, conforme estable el artículo 83.4 de la LPAC.
- No presentar la documentación solicitada, en cuyo caso continuará el procedimiento con la información facilitada por el interesado en su solicitud.
- Reconocer la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la entidad gestora, así como su notificación a las partes, aunque nada diga al respecto el RD 1430/2009.

Igualmente y en fase de tramitación, la entidad gestora competente comunicará formalmente a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado.

La ausencia de un procedimiento administrativo de impugnación del alta médica ha venido propiciando que el trabajador cuando, tras el alta médica se sintiera impedido para volver a trabajar acudiera al servicio público de salud con la finalidad de obtener una nueva baja médica, ahora por contingencias comunes.

El RD 1430/2009 intenta resolver tal situación con la finalidad de evitar que un proceso por contingencias profesionales cerrado indebidamente pueda transformarse en otro proceso por contingencias comunes, con las implicaciones correspondientes, para el trabajador, el empresario y la entidad gestora.

A los efectos referidos, la norma actúa en los dos frentes posibles, la empresa y el servicio público de salud en los siguientes términos.

Cuando el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja por contingencias comunes emitido por el servicio público de salud, aquélla, con el fin de coordinar las actuaciones procedentes, deberá informar de dicha circunstancia al Instituto Nacional de la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina, con carácter inmediato.

Igualmente, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y, del reconocimiento médico, se desprendiera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el servicio público de salud actuará de la siguiente forma:

- Deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento especial de revisión, en el plazo de los diez días hábiles siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora.
- Al mismo tiempo y con carácter inmediato comunicará a la entidad gestora competente la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados.

En los supuestos en que se emitiera una baja médica, se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando el alta expedida por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social no produzca efecto alguno, aquélla deba reintegrar a la entidad gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor. Igualmente y aunque nada dice la norma, deberá reintegrarse al empresario las cantidades abonadas a su cargo.

La ordenación referida plantea algunas dudas que conviene aclarar en función de la variedad de supuestos posibles, así:

- Que, tras el alta médica, el trabajador acuda de forma inmediata al servicio público de salud y que este expida la baja médica sin tener conocimiento del proceso anterior. En este caso, será el empresario el que al recibir la baja médica comunicará tal situación a la entidad gestora correspondiente, sin perjuicio de iniciar el abono de la prestación por contingencias comunes. Es de suponer que en estos casos y aunque nada dice la norma, la entidad gestora iniciará el procedimiento de oficio o bien se entenderá que la comunicación del empresario equivale a la solicitud de iniciación, al tener la consideración de “interesado”.
- Que, tras el alta médica, el trabajador acuda de forma inmediata al servicio público de salud y del reconocimiento médico se desprendiera la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional. Pues bien tras la información de la posibilidad de impugnar el alta caben dos opciones, a saber:

- Que el trabajador presente la solicitud de revisión del alta médica, en cuyo caso estaríamos en el supuesto general, sin que sea necesaria la baja médica por contingencias comunes.
 - Que el trabajador no presente la solicitud y solicite la baja médica por contingencias comunes.
 - Que, en todo caso, el servicio público de salud comunique la situación a la entidad gestora, actuando ésta de oficio en el supuesto de que el trabajador no solicite la revisión.
- Que tras el alta médica por contingencias profesionales el trabajador se incorpore a trabajar y al constatar su imposibilidad para trabajar y la negativa de la entidad colaboradora en orden a reabrir el proceso, acuda al servicio público de salud para obtener una baja médica por contingencias comunes. En estos supuestos no regulados por la norma, la única actuación posible consiste en que el servicio público de salud informe a la entidad gestora y ésta actúe de oficio.

6.2.3. Efectos de la iniciación del procedimiento de revisión

La mera iniciación del procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado. Igualmente y aunque la norma nada dice, se mantendrá el abono de la prestación en la modalidad de pago directo cuando fuera el caso y, claro está según los casos, se mantendrá la obligación de cotizar.

No obstante y como veremos detenidamente más adelante, según los términos en que sea resuelto el procedimiento de revisión, las prestaciones económicas de la incapacidad temporal percibidas durante el mismo podrán considerarse como indebidamente percibidas. Así lo dispone el artículo 4.8 del RD 1430/2009, al establecer que “cuando la entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución”.

6.2.4. Resolución del procedimiento de revisión

El director provincial de la entidad gestora correspondiente dictará, en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora (o se hubiera superado el plazo de presentación), la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, que debe examinar y valorar el caso concreto.

Nuevamente, la norma únicamente refiere al supuesto general silenciando todos los casos singulares que hemos analizado, que deberán resolverse en el menor tiempo posible, utilizando la expresión del propio RD.

En otro orden, debe destacarse que, el informe del equipo de valoración de incapacidades es preceptivo, pero no vinculante, lo que preserva la independencia decisoria del director provincial. Igualmente, la valoración clínica puede ser sobre la documentación aportada, reconocimiento de trabajador, petición de pruebas adicionales..., todo lo cual puede dificultar el cumplimiento del plazo. Nuevamente, tales situaciones se silencian, aunque parece lógico que en los referidos supuestos se suspenda el plazo para resolver.

En todo caso y dada la variedad de supuestos, la resolución deberá pronunciarse sobre los siguientes extremos, que el RD detalla de forma singular:

- Confirmación del alta médica emitida por la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en la fecha de la mencionada alta.
- Mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.
- Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal, cuando coincidan procesos sucesivos que, sin solución de continuidad produzcan sucesivas altas y bajas médicas por diferentes contingencias. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.
- Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, 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.

Si durante la tramitación de este procedimiento especial de revisión se cumpliera el plazo de 365 días de duración de la situación de incapacidad temporal, la entidad gestora competente resolverá de conformidad con lo previsto en el artículo 128.1.a) de la LGSS, esto es, determinará si procede el alta médica, si procede la concesión de la prórroga de incapacidad temporal o, finalmente, si se inicia un expediente de declaración de incapacidad permanente.

La resolución emitida por la entidad gestora en este procedimiento, podrá considerarse dictada con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, lo que se hará constar en la resolución que se dicte y abrirá el plazo para su impugnación ante la Jurisdicción de lo Social.

6.3. La calificación de la prestación como indebidamente percibida: sobre la legalidad del reglamento

La singularidad del procedimiento consiste en que según establece el artículo 4.8 del RD 1430/2009, “cuando la entidad gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, *se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal*, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución”.

La regla es singular y única, salvo error, en la selva del ordenamiento de la seguridad de la seguridad social, carece de precedentes y penaliza el ejercicio del derecho que se reconoce.

Resulta evidente la justificación de la severa regla, a saber, evitar el abuso en las impugnaciones del alta médica conducentes a ampliar el tiempo de prestación. Posiblemente su origen esté en la experiencia tenida en los procesos de discrepancias ejercitados contra las altas emitidas por las entidades gestoras a partir de los 365 días.

Ninguna de las justificaciones apuntadas adquieren relevancia jurídica, a mi juicio. La revisión del alta médica necesariamente implica la suspensión de sus efectos y ésta, como vimos, el mantenimiento de la prestación, sin ulteriores consecuencias.

Es claro que el establecimiento de un procedimiento de impugnación, revisión o planteamiento de discrepancias, no garantiza su utilización ortodoxa, en el sentido de que solo se utilizará cuando el trabajador tenga razón y la obtenga formalmente. Puede que el trabajador no tenga razón, puede que sus razones no sean suficientes, puede que aun teniendo razón no se la den, puede que la información disponible no sea suficiente....La sanción por no obtener el resultado “querido” por la norma, es inapropiada. El reconocimiento de derecho a la impugnación y la regulación del procedimiento oportuno debe efectuarse con todas sus consecuencias, las positivas que son muchas, y las negativas posibles.

Finalmente, la penalización impuesta al trabajador que no obtiene la anulación del alta médica, al margen de desproporcionada como veremos seguidamente, carece de base legal suficiente. La disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007 establece 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*”. En efecto, la norma referida tan solo habilita para regular el procedimiento administrativo correspondiente y no para penalizar su utilización. Dicho de otra forma, la prestación de incapacidad temporal es ordenada y reconocida en la LGSS, de tal manera que para normar *in peius* lo reconocido en la Ley, el instrumento debe ser la Ley, como única garantía de que la “*reformatio in peius*” venga avalada por el necesario debate y aprobación parlamentaria, por tanto, ni siquiera cabe la delegación.

Como hemos visto, la delegación fija sus parámetros, como no podía ser de otra forma. Por un lado, refiere única y exclusivamente a la regulación de un procedimiento administrativo de revisión, por otro, acota el contenido material objeto de revisión, a saber,

las altas médicas expedidas por las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal, y finalmente, reconoce la titularidad del derecho y determina la institución competente para conocer y resolver el procedimiento. Estos elementos son los que conforman la delegación y en ellos comienza y finaliza la misma.

A lo anterior habría que añadir los efectos sobre el contrato de trabajo. En efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS. Por tanto, la coordinación de ambas instituciones, contrato de trabajo e incapacidad temporal, están reservadas a sus respectivas normas reguladoras con rango de Ley, la LGSS y el ET, sin que una norma reglamentaria pueda alterar sus contenidos.

De todo ello se deduce, que la previsión contenida en el artículo 4.8 del RD 1430/2009 carece de legalidad suficiente.

6.4. El impacto sobre el contrato de trabajo

Como hemos visto, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo¹⁰, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS.

En este orden, el artículo 4.8 del RD 1430/2009, incorpora un efecto anómalo en las relaciones coordinadas entre el ET y la LGSS. En efecto, el alta médica expedida por la entidad colaboradora implica el fin de la incapacidad temporal y de la suspensión del contrato de trabajo, surgiendo la obligación del trabajador de incorporarse a su puesto de trabajo¹¹. Por su parte, la solicitud de revisión del alta médica provoca la suspensión de la misma, la reapertura del proceso de incapacidad temporal y la continuidad en la suspensión del contrato de trabajo. Finalmente, la resolución de la entidad gestora confirmadora del alta médica, provoca efectos retroactivos, en el sentido de declarar la extinción de la incapacidad temporal desde la fecha de expedición del alta médica, calificando la prestación como indebidamente percibida y exigiendo su devolución.

De esta ordenación se deduce que la suspensión del contrato de trabajo finalizó en la fecha del alta médica expedida por la entidad colaboradora, lo que implicaría la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. El dislate es claro, se trata de una

¹⁰ En este orden es conveniente volver a las reflexiones de VIDA SORIA, J., La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo, en Rev. Tribunal Social, núm 44-45, 1994 y La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo: nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo, en Rev. Tribuna Social, nº 61. 1996. Págs. 7-31.

¹¹ Aunque referido al procedimiento de la LGSS, artículo 128.1.a) son coincidentes las apreciaciones de 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. Junio 2008

condición imposible en los términos del 1116 del CC, en la medida en que el trabajador *no puede incorporarse a trabajar con efectos retroactivos!*.

Parece claro que el legislador se dejó llevar por la justificación de la medida buscando una utilización no abusiva del procedimiento de revisión, sin meditar sobre los múltiples y variados efectos de la técnica penalizadora. Todo ello, sin perjuicio de las dudas más que razonables sobre la legalidad de la norma reglamentaria en esta materia, sus efectos son, en unos casos, de una complejidad extrema, y en otros, de imposible cumplimiento.

Finalmente, el legislador suele olvidarse con cierta frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia, cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social, como es el caso de la incapacidad temporal.

En estas ocasiones la pelota queda en el tejado del empresario. ¿Qué hacer?. Parece ser que algunas grandes empresas –ante la situación absurda– han optado por buscar la solución menos comprometida, a saber, imputar el tiempo de retroactividad a “las vacaciones”. El equilibrio es complejo, el trabajador mantiene el salario –con devolución de la prestación calificada como indebida– y la cotización, pero pierde tiempo de vacaciones.