

## Las incapacidades laborales en el punto de mira de la administración de la seguridad social: entre exigencias “control” y necesidad ineludible de “razionalización integral” de su tratamiento jurídico

Work disabilities under the spotlight of the Social Security administration: between “control” demands and the unavoidable need for the “integral rationalisation” of its legal treatment

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA  
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM  
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE MURCIA  
COORDINADOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM  
MAGISTRADO (SUPL.) DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REGIÓN DE MURCIA

*“La verdad es el esplendor de la realidad”*

Simone Weil<sup>1</sup>

Hace unas semanas nos encontrábamos con dos noticias que nos anunciaban las intenciones o planes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Ambas aparecían en diversos medios de comunicación con titulares como *“Trabajo revisará 64.000 bajas médicas hasta fin de año para verificar que no son fraudulentas ... Las actuaciones se centrarán en los procesos de menos de 345 días de duración”*<sup>2</sup>; y la segunda como *“Trabajo pone la lupa sobre las pensiones de incapacidad permanente ... Granada quiere que una parte de estos pensionistas vuelvan a trabajar en otra ocupación ... ”*<sup>3</sup>.

La primera noticia se recoge a raíz de la presentación en 28 de octubre de 2018 por la Directora General del INSS de un *“Plan de intensificación de la actuación del Instituto Nacional de la Seguridad Social para reforzar el control de los procesos por incapacidad temporal antes de que alcancen los 345 días de duración”*. Se justifica en razón a que desde el año 2012 hasta 2018 se ha producido una elevación importante de los parámetros de incidencia, prevalencia y duración media de los procesos de incapacidad temporal. La

<sup>1</sup> WEIL, S: *L'enracinement*, Paris, Gallimard, 1990, pág. 319.

<sup>2</sup> La noticia puede verse en [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/28/midiero/1538140577\\_400119.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/28/midiero/1538140577_400119.html)

<sup>3</sup> La noticia se puede consultar en [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/10/companias/1539184961\\_159591.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/10/companias/1539184961_159591.html)

incidencia ha pasado entre los años 2012-2017 de un 20,62 por mil trabajadores a un 24,39; siendo la prevalencia de 31,88 por mil trabajadores a un 35,08; y la duración media de las bajas ha pasado de 37,88 días a 39,48. A tenor de lo anterior se formula un plan de intensificación de la actuación del INSS en el control de la IT que presenta como finalidad el refuerzo del control médico de los procesos de IT que no superen los 345 días. De su cometido se encargarán las unidades médicas de valoración del INSS. Su vigencia temporal será desde el 1-10 al 31-12-2018. En concreto se pretende que el médico inspector, además de su actividad normal, prolongue su jornada 4 horas a la semana (lo que supondrá al final del período 48 horas adicionales) y que realice durante dicho período un total de 240 controles (al día sería cinco controles médicos consistentes en dos reconocimientos y tres valoraciones sobre historia clínica, lo que supondría un total de 144 correspondiente a valoraciones sobre historia clínica y 96 reconocimientos médicos con presencia del trabajador). Estimando que se sumarán a dicha actividad adicional un total de 267 inspectores médicos, el volumen total de trabajo alcanzará un total de 64.080 controles. El plan contempla una medición y control de resultados. El coste estimado es de 312.142,56 euros por el pago de compensaciones a los participantes (21,41 euros por hora de trabajo a los inspectores médicos y de 14,30 euros por hora de trabajo para el personal administrativo). El ahorro que se prevé, cumpliendo objetivos, es de 33.096.204 euros.

Como se puede apreciar el “Plan de Intensificación” no deja de ser un plan de “peonadas” por parte de los inspectores médicos y personal administrativo durante tres meses. La cuestión relevante estará en cómo se llevará a cabo la selección de casos o procesos de IT a revisar. La información facilitada por el Ministerio es ciertamente un enigma para el ciudadano y el operador jurídico: se hará “*mediante herramientas predictivas de estadística analítica*”. Podría haber sido el INSS más claro e indicarnos que se hará, por ejemplo: sobre situaciones de IT intermitentes; para determinadas patologías que presentan con excesiva frecuencia o dificultad en su control; actuaciones sobre colectivos muy significados por su absentismo profesional; o cuando haya un excesivo número de bajas en una determinada zona o declaradas por un determinado facultativo, etcétera; pero ha optado por un criterio que no puede ser clasificado como muy transparente.

El problema en la gestión y control de la IT no es nuevo, ni tampoco los constantes y reiterados intentos en su control; otra cosa es la valoración que nos puedan merecer los mismos en orden a su eficacia. Por lo demás, desde un punto de vista crítico, se atisba la pervivencia de una marcada obsesión por el control de los sujetos protegidos más que en la mejora de las técnicas de protección de las situaciones objeto de tutela a través de la IT y la necesaria reorganización del régimen jurídico de esta prestación.

Sin ánimo de ser exhaustivos, recuérdense las siguientes iniciativas y medidas:

#### **A) De recorte de la cuantía de la prestación:**

-Ley 66/1997, Ley 24/2001 y Ley 40/2007 (reformando el art. 222 LGSS para controlar la concatenación de situaciones IT/Desempleo/IT).

-RD-Ley 20/2012 (límites/reducciones en la mejora voluntaria de la IT de los empleados públicos).

**B) Limitando el acceso a la situación de IT:**

-Ley 30/2005 (competencia exclusiva del INSS en las nuevas bajas por recaídas tras los 12-18 meses).

-Ley 22/2013 (Limitaciones para nuevas bajas por recaídas en altas médicas acordadas por el INSS).

**C) Modificando su duración y/o extinción:**

-Ley 42/1994 (desaparece la Invalidez Provisional, cambio de denominación ILT/IT y separación de la maternidad como causa de IT.

-Ley 66/1997 (modificación del art. 131 bis ap. 3º de la LGSS)

-Ley 24/2001 (extinción por incomparecencia injustificada a convocatorias a exámenes y reconocimientos médicos)

-Ley 40/2007 (eliminación de las denominadas altas médicas a los simples efectos económicos; regulación de impugnación de altas médicas (determinadas) y posibilidad de retrasar la calificación de la IT tras los 18 meses).

-Ley 22/2013 (nueva modificación del art. 131 bis LGSS)

-RD 625/2014 (regulación de las consecuencias de las incomparecencias a reconocimientos, citaciones, etc.)

-Ley 36/2014 (modificación del art. 131 bis LGSS)

**D) Derivando o favoreciendo la gestión de la misma en colaboradores:**

-Ley 28/1992 (favoreciendo la colaboración voluntaria de las empresas).

-Ley 22/1993 (permitiendo con carácter general la opción de cobertura por Mutua o INSS, al suprimir la reserva de aseguramiento en favor del INSS).

-Ley 42/1994 (opción única a favor de Mutuas para determinados colectivos).

-Ley 52/2003 (nueva redacción del art. 68 y D.ª 11 LGSS/1994).

**E) Trasladando responsabilidades en la prestación económica:**

-Ley 28/1992 (responsabilidad del empresario en el subsidio entre los días 4-15 de la baja).

**F) Incrementando progresivamente las competencias del INSS:**

-RD 1300/1995 (competencias del EVI. Competencias para determinar la prórroga de la IT).

-RD 575/1997 (regulación de las denominadas intenciones de alta).

-RD 1117/1988 (introduciendo una modalidad de alta “a los simples efectos económicos”).

-RD 1299/2006 (reserva de calificación a la entidad gestora de las enfermedades profesionales y obligación de comunicación de los facultativos del SPS de sospechas de EP.

-RD 1430/2007 (desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007).

-Ley 35/2010 (introduce una DA. 52ª LGSS por la que se reconoce a los inspectores médicos del INSS/ISM de las mismas competencias que los inspectores médicos de los SPS).

-RD 625/2014 (normas relativas a la determinación de la contingencia, etc.).

### **G) Colaboración entre administraciones y entes colaboradores**

-Vía convenios plurianuales con las Comunidades Autónomas (y en su caso con el INGESA) específicos para el estudio de la incapacidad temporal de determinadas patologías; de gestión racional de la IT utilizando criterios sanitarios; para el establecimiento de sistemas informáticos de intercomunicación de las administraciones para gestionar los procesos de IT; y de gestión de mejora de la IT y estudio de los comportamientos de los procesos de corta duración<sup>4</sup>.

-Vía convenios para acceso a las historias clínicas de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social<sup>5</sup>.

-Convenios entre INSS, ISM y Mutuas para la emisión de informes y práctica de pruebas médicas y exploraciones complementarias para la valoración, revisión y calificación de las incapacidades laborales<sup>6</sup>

Y finalmente, no deben olvidarse otras formas indirectas de control, como: a) Obligaciones recíprocas de suministro de información entre entidades gestoras y colaboradoras; b) Facultades a las Mutuas para que puedan llevar a cabo pruebas diagnósticas, tratamientos, etc. en procesos derivados de CC; c) Convenios de Colaboración entre INSS y CC.AA; d) Elaboración y fomento de uso de guías de tiempos estándar hoy sustituidas por la de tiempos óptimos de los procesos de IT de obligado seguimiento; e) Incentivos a la colaboración empresarial (reducción de aportaciones empresariales por traslados a puestos de trabajo exentos de riesgo, RD. 1430/2009, y sistema de *bonus*, RD 404/2010); f) Introducción de nuevas contingencias para evitar el uso de la IT (riesgo durante el embarazo, lactancia natural, cuidado de hijo enfermo grave); g) Facilitando el uso de

<sup>4</sup> Los correspondientes a los períodos 2017-2020 (para todas las CC. AA excepto Navarra, País Vasco y Cataluña) fueron aprobados por Resolución de 16 de octubre de 2017 de la Secretaría General Técnica del MEYSS y publicados en los BOES correspondientes a los días 8, 24, 25 de noviembre y 14 de diciembre de 2018 del día 8

<sup>5</sup> Véanse BOE 2 de noviembre de 2017, que recoge el convenio INSS y Mutua UNIVERSAL MUGENAT; BOE 8 de enero de 2018 entre INSS y Mutua IBERMUTUAMUR; BOE 21 de mayo de 2018 entre INSS y Mutua ASEPEYO; BOE 28 de julio de 2018 entre INSS y Mutua FRATERNIDAD-MUPRESPA.

<sup>6</sup> Publicado en el BOE de 8 de junio de 2018.

medidas disciplinarias y extintivas de la relación laboral (cómputo de índices de absentismo, calificación del despido en situación de IT, etc.), recuérdense en este punto las reformas laborales articuladas por la Ley 35/2010 y RD-Ley 3/2012; etc.

El Plan de control que se presenta ahora no deja de ser, como antes se ha dicho, un plan de trabajo, de peonadas, durante tres meses que poco va a solucionar de fondo. Salvo que lo que se interese sea extinguir situaciones de IT que se consideren indebidas. Y algo hay de ello, cuando en la valoración de resultados se busque obtener un porcentaje de altas similar a las que cursen los inspectores médicos en su horario matutino. El objetivo no es criticable, si para ello se están a criterios estrictamente sanitarios, pero el problema de fondo seguirá.

La gestión y control de la IT es un tema muy complejo debido a múltiples aspectos que en muchos casos son difícilmente conciliables, de los cuales podrían señalarse algunos de ellos, a saber:

-En un proceso de IT pueden llegar a intervenir múltiples sujetos y todos ellos con intereses si no contrapuestos, si distintos, a saber: los servicios públicos de salud (en su caso el INGESA) y concretamente los facultativos de atención primaria y –en su caso– la inspección médica; la Mutua que colabore en la gestión; el INSS (y en su caso el ISM); y la empresa. Una gestión eficaz no resulta fácil con tanto sujeto gestor. Por otro lado, los poderes y posibilidades de intervenir de unos y otros no se corresponden luego con las responsabilidades que se le reconoce. El INSS suele invocar que, puesto que es el pagador, su intervención debe ser la predominante, si bien olvida que la situación de IT está vinculada a la necesidad de precisar asistencia sanitaria y que esta la prestan los servicios de salud (en los casos de las contingencias comunes) de las CC.AA. Sin embargo, el INSS se ha ido dotando de unas competencias sobre los procesos de IT en los que su decisión viene a ser la última palabra. Ahora bien, para ello tiene que contar con la colaboración de los servicios de salud y también de las Mutuas ya que carece de medios personales y técnicos para ello.

A las Mutuas colaboradoras se les obliga a asumir la gestión de la prestación económica de IT en caso de contingencias comunes (CC), pero si posibilidad de dar por finalizada la misma como si lo puede hacer en caso de que esta derive de contingencias profesionales (CP). Y ellas invocan también ese argumento del INSS, como pago debe de tener competencias en la declaración y extinción de los procesos de IT, al igual que ya tienen cuando los procesos derivados de contingencias profesionales.

Y por otro lado al empresario se le pide la cuadratura del círculo, que concilie intimidad del trabajador, poder de dirección y obligaciones de vigilar y garantizar la salud del trabajador. Lo que siendo estrictamente necesario, no resulta fácil en la práctica.

-En un proceso de IT, que se inicie con una declaración médica de baja del facultativo de atención primaria, comienza con un dato clave, que es la emisión de un diagnóstico cierto y automático al reconocimiento médico. Y esto no siempre es tan sencillo. Consecuencia de ello es que en muchas ocasiones se actúa “ad cautelam” y se emite la baja a la espera de las pruebas que protocolariamente vienen establecidas, algo que de poder contar con medios para un diagnóstico cierto podría no ser necesario.

Llegado a este punto, el plan del INSS puede estar relativamente bien, si se busca ante todo un ahorro puntual, pero el problema no va a desaparecer y la incapacidad temporal seguirá careciendo de un control eficaz y pendiente una verdadera racionalización de todo el régimen jurídico de protección y gestión de esta rama de la Seguridad Social. Y así, lo único que le cabe es que en 2019 vuelva a otro plan de peonadas para bajar el porcentaje de bajas por IT, y tengamos que afrontar las consecuencias negativas de un deficiente modelo legal de regulación, gestión y sistema de control.

La solución no es esa. En realidad, se está reconociendo que la gestión de la IT en su base (en la llevada a cabo por los médicos de atención primaria) no funciona satisfactoriamente en términos de principio; y eso pese a todos los medios a su alcance y a la implicación de los mismos derivada de los convenios de colaboración Ministerio y Comunidades Autónomas. Quizás haya que buscar nuevos enfoques en la gestión de la IT, como plantean los interrogantes sobre si ¿resulta viable acordar bajas laborales flexibles a tiempo parcial?, ¿deberían de revisarse los protocolos médicos que en el algún caso actúan como elementos distorsionantes en un control correcto de las bajas?, ¿sería conveniente que hubiera una relación más estrecha y fácil entre los médicos de atención primaria y especializada que ayuden a un correcto diagnóstico y en su caso tratamiento?, ¿se debería de unificar competencias en la IT a favor de un equipo de facultativos especializados en medicina del trabajo?, etcétera.

Respecto a las declaraciones recogidas en los medios de comunicación relativa a las posibles medidas de actuación en relación con las incapacidades permanentes, parece que habría que relativizarlas. La declaración ha llevado incluso a manifestaciones de desaprobación por parte de colectivos afectados como la de la Confederación de Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (CONCEMFE) que señalan que *“con motivo de las palabras del secretario de Estado de Seguridad Social, Octavio Granado, en las que afirmó que “no nos podemos permitir el lujo de tener paráliticos cerebrales que están trabajando con las bonificaciones del sistema de Seguridad Social, y luego seguir dando pensiones de incapacidad permanente a la gente por lumbalgias”, la Confederación considera que este tipo de comparaciones no reflejan la realidad al tiempo que alejan el foco sobre las verdaderas necesidades de las personas y su realidad laboral. El presidente de COCEMFE, Anxo Queiruga, pide “racionalizar el sistema con equidad, coherencia e investigando aquellos casos en los que se sospeche que se puede haber cometido un fraude a la Seguridad Social, antes de criminalizar a las personas que cuentan con una incapacidad laboral”.*

*“Bastante duro es tener que dejar de trabajar, con las repercusiones sociales y psicológicas que conlleva, como para que el mensaje que se traslada a la sociedad es que te estás aprovechando del Estado del Bienestar cobrando una pensión que no te corresponde”, añade Queiruga.*

*Por último, reclama a Granado y al resto del Gobierno que “aboguen por un lenguaje inclusivo y cuando se dirijan a nosotros lo hagan en base a nuestra condición de*

*persona y no como una discapacidad, ya que esa es una de nuestras características y no lo único que somos*".<sup>7</sup>

Resulta hartamente significativo que las declaraciones objeto de crítica fueran realizadas en el seno de una comparecencia en la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo en fecha 9 de octubre de 2018, para presentar el "Informe sobre el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. Evolución, actuación del año 2017 y situación a 31 de diciembre de 2017"<sup>8</sup>.

La concreta declaración reza así "*Creo que el sistema español –lo decía muy bien el señor Barandiaran– tiene un problema y es que se sigue jubilando a la gente con pensiones de incapacidad sin partir de que lo debe hacerse, en todo caso, como bien dice la normativa sobre enfermedades profesionales, es reclasificar a la gente y darle otra ocupación. No nos podemos permitir el lujo de tener parálíticos cerebrales que están trabajando con las bonificaciones del sistema de Seguridad Social y luego dando pensiones de incapacidad permanente a la gente por lumbalgias. Es una auténtica contradicción, y esa contradicción yo intentaré, en la medida de lo posible, reducirla*".

Las declaraciones son ciertamente poco afortunadas y además carentes de base. Se dice que "la gente se jubila" –sic– con pensiones de incapacidad sin partir como dice la normativa sobre enfermedades profesionales de reclasificar a la gente y darle otra ocupación. Con independencia de la mezcla sin orden y concierto de las situaciones de jubilación con incapacidad y de las obligaciones relativas a las enfermedades profesionales de reclasificación o recolocación, lo que no se quiere entender es que una persona que tiene una alteración grave en su salud, objetivada, definitiva y que incide en su capacidad laboral y por tanto tributaria de una declaración de incapacidad permanente, no tiene por qué esperar a que alcance la edad de jubilación y ver si reúne los requisitos de acceso a la pensión de jubilación para entonces quedar protegida. El que desde el ámbito de las relaciones laborales se puede o no ofrecer una adaptación o darle otra ocupación es obvio que no depende del propio beneficiario y precisamente eso ya está previsto para el grado de incapacidad permanente parcial y singularmente en el de total en el que resulta compatible la percepción de la pensión con el trabajo en la misma empresa. Decir que se están "*dando pensiones de incapacidad permanente a la gente por lumbalgias*" es una exageración muy alejada de la realidad y deja en mal lugar a sus propios servicios de valoración.

Por otro lado, invocar el "*el lujo de tener parálíticos cerebrales que están trabajando con las bonificaciones del sistema y luego dando incapacidades por lumbalgias...*", es cuestionable. Quizás no estaría de más recordar el gran avance que en su momento supuso para los discapacitados ("minusválidos", en la terminología dominante en la época) la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los "minusválidos" (vale decir, "discapacitados"). La Ley venía a presentar como principios que la inspiraban –entre otros– los derechos que el art. 49 de la CE les reconoce a los "minusválidos", en razón a la dignidad que le es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos

<sup>7</sup> La noticia es de fecha 18 de octubre de 2018 y se puede consultar en la siguiente dirección: [http://www.cocemfe.es/comunicacion\\_portal/?p=21587](http://www.cocemfe.es/comunicacion_portal/?p=21587).

<sup>8</sup> Se puede consultar en el diario de sesiones del Congreso de los Diputados núm. 614, página 33.

para la asistencia y tutela necesarias<sup>9</sup>. Y en atención a ello se proclama como finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores “*minusválidos*” su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo en centros especiales de empleo<sup>10</sup>. Y para facilitar aún más su presencia o permanencia en el trabajo se modificó el art. 135 de la LGSS/1974, relativo a la declaración de gran invalidez no exigiendo que sea preciso partir del grado de absoluta y que la gran invalidez no precisa necesariamente ser invalido permanente absoluto, pretendiendo con ello –entre otros fines– la posibilidad de compatibilidad la situación de gran invalidez con trabajo. No es por tanto un “lujo” tener paráliticos cerebrales trabajando con bonificaciones, es un derecho que tienen y que hay que garantizar.

En realidad, los problemas o controversias más relevantes acerca de la incapacidad permanente son otros y básicamente podríamos concretarlos en:

-La falta de una determinación clara del umbral de protección (es decir, cuando una persona debe ser declarada o no en situación de incapacidad permanente) y de su graduación. Y esto es un problema al que ya se le pretendió dar una solución la Ley 24/1997, de 15 de julio, con la reforma del art. 137 de la LGSS/1994, diseñando un nuevo marco jurídico para la determinación de los grados de incapacidad en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado y de un nuevo sistema de calificación en función una lista de enfermedades y su valoración. Veintiún años después seguimos esperando tal desarrollo.

-La falta de un régimen nítido de compatibilidades entre las distintas situaciones de incapacidad con el trabajo profesional.

-Y una ordenación clara y que confiera seguridad jurídica del régimen de pasarelas o equivalencias entre las situaciones legales típicas de incapacidad temporal, discapacidad, incapacidad permanente (“invalidez”) y dependencia.

Démosles una solución razonable a estos problemas o controversias jurídicas y quizás mejore el funcionamiento de la protección de las incapacidades laborales en todos los aspectos fundamentales (teleológicos, funcionales y estructurales).

---

<sup>9</sup> Art. 1 Ley 13/1982, de 7 abril.

<sup>10</sup> Ver arts. 37 y 41 Ley 13/1982, de 7 de abril.