

Recortes en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja

Short sick-leave duration cutbacks and control over sick leave processes

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

PROFESORA DOCTORA AYUDANTE DOCTORA DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

La duración de la incapacidad temporal constituye uno de los temas más conflictivos de esta prestación, pues de un lado se trata de garantizar una suficiente protección al trabajador y de otro lado se pretende cumplir con esos límites temporales que vienen impuestos por la vigente legislación. Sin embargo, y pese a ese catálogo de buenas intenciones, con las últimas reformas legislativas acacidas desde 2005 a 2013, el legislador española ha restringido, si cabía aun más, la cobertura de protección frente a situaciones de necesidad, para la que se creó nuestro sistema de Seguridad Social. Y es que, con motivo del recorte experimentado en la duración de la incapacidad temporal se han visto afectados aspectos tales como las distintas prórrogas y los procesos de recaídas.

Todas estas reformas son fiel reflejo de la intención clara del legislador de proteger la prestación ante el miedo al fraude, en lugar de amparar al trabajador ante una situación de necesidad. De ahí que, una y otra vez, insista en recortar el tiempo de disfrute del derecho a la incapacidad temporal, al tiempo que sustrae competencias a los facultativos sanitarios habilitados para ello y deja en manos de las entidades colaboradoras y gestoras la responsabilidad del control de la duración de estos procesos.

Abstract

The short sick-leave and its proper lenght of time is one of the most controversial issues of this benefit. On one hand, it was created to guarantee a good worker protection but, on the other hand, it must try to meet the deadlines established by the current legislation. However, and despite of this statement of good intent, after the legislative reforms which have taken place since 2005 to 2014, the Spanish legislator has restricted, even more, the requirements to access to the protection provided by the Seguridad Social (Spanish National Health Service) benefits. Seguridad Social was originally meant to shelter workers from difficult situations and, nevertheless, the temporary disability period has been shortened, dramaticaly affecting critical aspects as different stays or relapse processes.

All these reforms are an obvious effort the legislator is carrying out to protect the benefit against what he fears the most, the fraud. Instead of seeking the protection of workers when they need it, the legislator insists once and again on cutting the duration of short sick-leave benefit or taking away competences from medical professionals to hand over them to several hired agencies to act as liason with the Seguridad Social

Palabras clave

duración, prórrogas, incapacidad temporal, recaída, control, Seguridad Social.

Keywords

duration, stays of execution, short sick-leave, relapse, control, Seguridad Social, Spanish National Health Service

1. INTRODUCCIÓN

La duración de la prestación por incapacidad temporal (en adelante IT) ha sido, en los últimos años, uno de los puntos más reformados en materia de Seguridad Social. Actualmente, constituye éste uno de los temas más conflictivos y problemáticos de esta prestación. El encadenamiento de reformas que ha sucedido al Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la

Seguridad Social (en adelante LGSS) desde la aprobación de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de orden Social no ha hecho más que complicar, aún más, el panorama existente al recortar, de una parte, el tiempo de disfrute de la IT y crear, de otra parte, un juego de competencias e intereses contrapuestos entre las distintas entidades que gestionan los servicios sanitarios y que, asimismo, garantizan la cobertura económica¹. Todo ello, sin olvidar, los mecanismos que se han creado para la resolución de las disconformidades entre estos órganos para los sujetos afectados en los mismos. El clima de inseguridad e inestabilidad a la que ha llevado toda esta situación ha motivado que el legislador de nuevo se plantee retocar esta prestación a fin de reducir el coste de la misma y controlar el gasto en los procesos de IT de larga duración². Y es que de nuevo ronda en la cabeza de nuestro legislador la sombra de una posible utilización indebida y, por consiguiente, del fraude en el recurso por parte de los beneficiarios de esta figura³. De ahí que olvidando, en algunos casos, ese fin primordial de protección del interés general que tanto se le confiere al sistema social, el legislador decante la balanza en pro de una constante e indefinida transformación normativa de los esquemas ya fijados para el control y la gestión de la IT de larga duración, complicándose así de una manera relevante la panorámica existente.

De manera general, y sin perjuicio de su análisis detenido posterior, pueden citarse las siguientes normativas: Ley 42/1994, de 30 de diciembre; RD 575/1997, de 18 de abril; Ley 66/1997, de 30 de diciembre; Ley 24/2001, de 27 de diciembre; Ley 30/2005, de 29; Ley 40/2007, de 4 de diciembre; Ley 26/2009, completada por el RD 1430/2009; Ley 35/2010, de 17 de septiembre; la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 y la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Todas ellas, en un momento o en otro, han modificado el articulado de la LGSS en el que se recoge la duración de la incapacidad temporal.

2. DURACIÓN INICIAL

Prevé el artículo 128.1 letra a) de la LGSS para las situaciones de enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, una duración inicial de 365 días. Antes de la reforma operada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, no se hacía referencia a la duración máxima de la IT por días, sino que la misma se hacía por meses, esto es, en donde dice ahora 365 días eran antes 12 meses. Esta transformación a simple vista no ha comportado ningún problema, salvo en lo que respecta a las prórrogas⁴.

¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirán Lo Blanch, 2011, página 210.

² BEJARANO HERNÁNDEZ, A: "La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2010, página 55.

³ Léase el interesantísimo ensayo que ha publicado la profesora Carmen Jover Ramírez, en JOVER RAMÍREZ, C: "Incapacidad Temporal y reducción del absentismo injustificado", *Temas Laborales*, nº 106, 2010, páginas 39 a 66.

⁴ ARADILLA MARQUÉS, M^a. J: "Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)", *Actualidad Laboral*, nº 10, 2010, página 2.

Las bajas por IT son concedidas durante este periodo por el personal médico del Servicio Público de Salud (en adelante SPS) o por la Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS)⁵ siempre que, en éste último caso, la contingencia sea debida a causas profesionales. Y es que en el caso de que se traten de contingencias comunes serán competentes los facultativos sanitarios del SPS⁶. Dicho de otra manera, la MCSS podrá asumir la gestión de la IT en su integridad y en colaboración con la Seguridad Social para los riesgos profesionales (partes de baja y alta, confirmación de baja, subsidio, asistencia sanitaria y recuperación), pero no podrá cargar con la cobertura sanitaria para las contingencias comunes, si en cambio con las económicas siempre que el empresario hay concertado la cobertura de los riesgos de su empresa con estas entidades privadas (Disposición Adicional 11ª de la LGSS)⁷.

Una vez finalizado ese periodo de 365 días establece, a continuación, la LGSS en su artículo 128.1 a) que: “...el Instituto Nacional de la Seguridad Social⁸, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente, será el único competente reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, ⁹o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social”¹⁰. Por tanto, en los procesos de larga duración será el INSS el órgano que se encargue del control y la gestión de la IT¹¹. De tal manera, que sumadas la duración inicial

⁵ Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (BOE núm. 314 de 29 de diciembre de 2014), las hasta ahora denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social pasan a denominarse como Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

⁶ BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., páginas 59 y 60.

⁷ Disposición Adicional undécima redactada por el apartado dos del artículo único de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social («B.O.E.» 29 diciembre). De manera resumida, esta nueva ley modifica la disposición adicional undécima de la LGSS, en donde quedan reguladas las particularidades de esta prestación. La nueva regulación articula distintos mecanismos existentes para elevar los niveles de coordinación y eficacia con los Servicios Públicos de Salud, a quienes corresponde dispensar la asistencia sanitaria en estos casos. A tal efecto se facilita a las Mutuas la facultad de realizar las actividades de control y seguimiento desde la baja médica. Por otro lado, se mejora la coordinación antes mencionada, mediante la figura de la propuesta de alta médica, debidamente fundamentada, estableciéndose un procedimiento de plazos breves para obtener una respuesta más ágil. Esta coordinación se concretará asimismo en la articulación de procedimientos de incorporación de la información clínica generada por las Mutuas a la historia clínica electrónica de los pacientes atendidos, a los efectos de evitar duplicidades y generar sinergias con los Servicios Públicos de Salud.

VV.AA, MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J (DIRECCIÓN y COORDINACIÓN): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, Volumen I, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008, páginas 712 y 713.

⁸ O en su caso el Instituto Social de la Marina para los trabajadores del mar.

⁹ Párrafo que ha sido introducido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. No obstante tal previsión viene ya recogida en el artículo 131.1 bis de la LGSS (modificado por la Ley 35/2010) como causa de extinción de la prestación. Se da de esta manera fin a la tan compleja “alta médica a los exclusivos efectos económicos por incapacidad temporal”.

¹⁰ Redacción dada al art. 128.1 a) párrafo segundo de la LGSS gracias a la DF 5ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE de 28 de diciembre).

¹¹ Medida introducida tras la aprobación de la Ley 30/2005.

y esa primera prórroga de 180 días, la IT podrá comprender una duración máxima de 545 días. No obstante, existen también otros tramos o periodos de tiempo de la IT que sumados en su conjunto no podrán superar los 730 días de baja.

El proceso de IT durará lo que se prolongue la situación de necesidad¹². Ahora bien, dado que se trata de una prestación sujeta al imprescindible requisito de asistencia sanitaria¹³, está claro que en el momento en que el trabajador recupere su capacidad para trabajar cesará el disfrute de este mecanismo protector¹⁴. Por supuesto, se debe tener en cuenta cual es el estado de necesidad, ya que su permanencia en el tiempo no es la misma para los procesos de IT derivados o no de accidente laboral y enfermedad profesional o común, que para las bajas médicas por observación por enfermedad profesional. En este último caso, la duración máxima es de seis meses prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (artículo 128.1 b) de la LGSS).

3. DURACIÓN MÁXIMA DE LA PROTECCIÓN: LAS DISTINTAS PRÓRROGAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Haciendo un largo recorrido por las distintas etapas que ha pasado la incapacidad temporal para el trabajo se puede comprobar cómo, antes de la reforma por ley 42/1994, la duración de esta prestación (junto con la de invalidez provisional) era de seis años¹⁵. A juicio de la doctrina, este periodo de duración total (en que ya se incluían las prórrogas) resultaba bastante excesivo dado que se trata de una prestación temporal y por tanto limitada en el tiempo¹⁶.

Con la promulgación de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre de Medidas fiscales, administrativas y de Orden Social¹⁷, finalmente, se refunden ambas prestaciones (la antigua incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional) en una sola, la ahora llamada incapacidad temporal, al tiempo que se desliga de la maternidad¹⁸. Y en lo que respecta a la duración máxima de la IT se reduce enormemente este periodo de tiempo hasta los 30 meses (2 años y 6 meses) de manera excepcional. Sin embargo, el efecto suspensivo de la relación laboral podía perdurar hasta cuatro años y medio, transcurridos los cuales el trabajador debía

¹² VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”, *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº61, 1996, página 13.

¹³ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 211 y 212.

¹⁴ DESDENTADO BONETE, A y TEJERINA ALONSO, J.I: “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción”, *Tribuna Social* nº 44/45, agosto-septiembre 1994, página 62.

¹⁵ GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio de incapacidad temporal: Cuantía y dinámica”, *Revista de Derecho Privado*, número 2, Marzo 2003, página 9.

¹⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: “La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página 259.

¹⁷ BOE de 31 de diciembre de 1994. Ver estudio del magistrado del Tribunal Supremo, Antonio Martín Valverde, en MARTÍN VALVERDE, A: “Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia”, *Revista Actualidad Laboral*, nº39, Tomo III, 1994, páginas 601 y siguiente.

¹⁸ Véase exposición de motivos de la Ley 42/1994: “*Se introducen, además, modificaciones en la acción protectora de la Seguridad Social, para reunir en las actuales prestaciones por incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional en una única prestación por incapacidad temporal, al tiempo que se configura como contingencia específica, desligada de la incapacidad laboral transitoria, la de maternidad*”.

reincorporarse a su puesto de trabajo por alta médica o, en otro caso, ser declarado en Incapacidad Permanente en el grado que corresponda (artículo 36 de la Ley 42/1994)¹⁹.

Tras la reforma de 1994 la estructura era básicamente la siguiente: 1) una duración inicial de doce meses, 2) transcurridos los cuales si el trabajador seguía precisando asistencia médica, por no ser definitivas las lesiones, se prorrogaba la situación seis meses más²⁰ hasta un total de dieciocho meses. Agotado ese periodo, al que se denominó de “prórroga de efectos de la situación de incapacidad temporal”²¹, se procedía entonces a evaluar el estado del incapacitado a efectos de su declaración como inválido permanente. Finalmente, 3) si el trabajador continuaba necesitando tratamiento médico podía prorrogarse durante tres meses más la situación de incapacidad hasta su calificación definitiva como inválido permanente, si es que correspondía (con un total de veintidós meses)²² o, en su caso, 4) alargarse la situación hasta doce meses más, con un límite máximo de treinta meses si la situación clínica del interesado hiciese aconsejable esta demora y siempre que, no pudiese el mismo prescindir de la asistencia sanitaria. En cualquier caso, a partir de los dieciocho meses de baja (segundo tramo señalado), el trabajador dejaba de cotizar a la Seguridad Social²³, de forma que, desde ese momento quedaba abierto un período de transitorio en el que el trabajador se encontraba en situación de invalidez provisional pero con los rasgos de la IT. Ahora bien, una vez que se alcanzaban los 30 meses de duración máxima de la IT debía de concedérsele al trabajador el alta médica por curación o la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados²⁴.

En virtud del art. 7.3 del RD 575/1997, de 18 de abril²⁵, se vino a incrementar estos requisitos legales desde el momento en que nacía la prórroga excepcional. Por lo que, de acuerdo con esta regulación, una vez que se alcanzaban los dieciocho meses máximos de IT²⁶

¹⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C: “La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración”... op.cit., página 259. GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio de incapacidad temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página 9.

²⁰ Era necesario para proceder a esta prórroga de seis meses, que se dictase previo dictamen médico de la Entidad Gestora o MATEP, o en su caso, empresa autorizada para colaborar en la gestión de aquella. Ahora bien, se ha seguido aquí una interpretación flexible más que una formalista en el sentido de entenderse que, bastaba con el mantenimiento de la prestación y con el dato de que siguiesen emitiéndose los correspondientes partes de confirmación de baja para entenderse prorrogada la situación de IT. Ver en este sentido, GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página 25 y 26. DUEÑAS HERRERO, L.J: “La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales: revista crítica de derecho y teoría*, n° 1, 1996, página 388.

²¹ MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n° 2, 2006, página 1347.

²² La intención aquí no era otra, que la de acortar la situación hasta la declaración de la invalidez permanente, que con la anterior regulación se prolongaba indefinidamente por largos periodos de tiempo hasta su resolución definitiva.

²³ BARRIOS BAUDOR, G: “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”, *Aranzadi Social*, n° 5, 1997, páginas 707 a 715.

²⁴ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas 226 y 227.

²⁵ Aunque también debe observarse la Orden de 19 de junio de 1997, que desarrolla este Real Decreto.

²⁶ Como bien expone Celia Fernández Prats, ha existido gran discusión doctrinal en torno al significado de “prórroga excepcional”. Por un lado, se pensaba que esta prórroga excepcional podía ser la de los doce meses, agotados los dieciocho primeros o podía ser la de seis meses. No obstante la discusión quedó finalmente zanjada posteriormente, con la publicación de la Ley 40/2007, pues al periodo al que se refiere el artículo 7.3 de la Orden 575/1997, es al del 131 bis. 2 de la LGSS: “Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de (...)”

para que pudiera prolongarse por más tiempo el disfrute de la misma, resultaba necesario que junto al parte de confirmación de la baja del SPS o de la mutuas le acompañase otro informe médico emitido por los facultativos sanitarios del INSS.

Desde la promulgación de esta normativa el control por parte del INSS en los procesos de IT de larga duración fue creciendo progresivamente en detrimento de las competencias que le eran atribuidas a los SPS y a las mutuas.

Posteriormente, en virtud de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social²⁷, se estableció otra modificación del artículo 131 bis. 1 de la LGSS que permanece, a día de hoy, sin alterar en nuestra legislación laboral. Concretamente en ésta se señaló, que la incomparecencia injustificada del beneficiario a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos señalados por los médicos del INSS²⁸ o de la MCSS, supondrá causa de extinción automática del derecho al subsidio por incapacidad temporal. En este mismo sentido, se mantiene la nueva Ley 35/2014 (la cual modifica el apartado 5 de la Disp. Adicional Undécima de la LGSS).

Ahora bien, la más drásticas de las reformas constituyó, sin lugar a dudas, la operada por Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006²⁹. Motivada dicha ley por la necesidad de contener el gasto en la prestación de la IT³⁰, se redujo considerablemente la duración de la prestación de la IT de 30 a 24 meses. De esta forma, se eliminó aquella prórroga especial de doce meses que, en términos generales, nos recordaba a la desaparecida invalidez provisional³¹ y que, además, era de escasa aplicación práctica³² para, en su lugar, sustituirla por otra de seis meses a la que se denominó de

dieciocho meses fijado en el párrafo primero de la letra a) del apartado 1 del artículo 128...”. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 236.

En este sentido GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal...* op.cit., página 33; TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal*, Madrid, Mapfre, 1996, página 36. En contra, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2005, páginas 193 y 194.

²⁷ Ver en particular su artículo 34.4 de esta ley.

²⁸ En este mismo sentido se pronuncia el art. 128.1 a) párrafo 2 de la LGSS, tras la entrada en vigor de la DF 5ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (BOE de 28 de diciembre).

²⁹ Ver los ensayos de MARTÍNEZ-GUÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., páginas 1350 a 1352. DE ALCÁNTARA y COLÓN, J.M: “De la doctrina jurisprudencial relativa a la superación del plazo máximo de duración de la prestación de incapacidad temporal”, *Información Laboral*, nº 3, 2007, páginas 2 a 7. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R: “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”, *Revista Aranzadi Social* nº 10-08, Octubre 2008, página 106. BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2010, páginas 55 y siguientes.

³⁰ BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., página 55 y siguientes.

³¹ ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Civitas 18ª, 2006, página 273, en su nota al pie 25. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 228 y 229.

³² TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”, en VV.AA, MONERO PÉREZ, J.L; MOLINA NAVARRETE, C y MORENO VIDA, Mª.N: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, página 814.

“incapacidad permanente no definitiva”³³. Esta reforma no fue para nada bien acogida por la doctrina, ya que entendía que con ello se había creado una especie de estado intermedio entre la IT y la incapacidad permanente (IP) que ni siquiera se encontraba completamente definido³⁴. El problema principal era que se estaba calificando como de incapacidad permanente un periodo de tránsito prestacional en el que el trabajador se encontraba todavía recibiendo tratamiento médico por no ser definitivas las lesiones incapacitantes. Por lo que a efectos conceptuales, resultaba bastante absurdo denominar como “incapacidad permanente definitiva” cuando aun se percibía la prestación por IT³⁵. Además de ello, este nuevo cambio originó una importante consecuencia más y es que durante el tiempo en el que se prolongaba la IP no definitiva el trabajador no percibiría la prestación por IT, sino la de incapacidad permanente. Por lo que, a efectos prácticos, ello podía conllevar una notoria disminución de la cuantía de la prestación (dependiendo del grado de IP) en comparación con lo que se percibía durante la IT³⁶. Aparte de que no se podía calificar ese periodo como de IT, sino como de incapacidad permanente aunque, eso sí, con las características propias de la incapacidad temporal³⁷.

No obstante, esta ley mantuvo la prórroga de tres meses durante la cual debía calificarse la situación de IP, una vez agotados los dieciocho meses de duración de la IT³⁸.

Otra de las medidas que se adoptaron consistía en la intensificación de los controles del INSS tras los doce meses de duración de la prestación (artículo 128.1 letra a) de la LGSS). De esta forma, se acortaba la duración de la prestación al atribuírsele ahora al INSS competencias para decidir: 1) el reconocimiento o no de la prórroga de seis meses cuando se presuma que durante ellos el trabajador pueda ser dado de alta por curación, 2) la incoación

³³ Disposición Adicional Cuadragésima Octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, para el año 2006.

³⁴ VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página 14. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., página 1346 a 1348, quien define a este periodo de tránsito “*como una especie de subcontingencia de naturaleza híbrida, en cuanto que puede finalmente devenir en incapacidad permanente o constituir una nueva prórroga de la situación de incapacidad temporal*”.

³⁵ Se trata de una “cuasi-contingencia, sin nombre” según expone el profesor José Luis Tortuero Plaza, en TORTUERO PLAZA, J.L: “La acción protectora del sistema de Seguridad Social”... op.cit., página 358. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas 230 y 231.

³⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página 232.

³⁷ VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página 14. TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 816. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., páginas 232 y 233.

³⁸ Ver artículo 131 bis.2 en su redacción por la Ley 30/2005: “*Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo fijado en el párrafo primero del apartado a) del número 1 del artículo 128, plazo de doce meses o, en su caso, hasta de dieciocho meses, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente*”.

del expediente para el otorgamiento de una IP, o 3) la emisión “del alta médica a los efectos de la prestación económica por IT”³⁹.

Con la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 7 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social, completada por el RD 1430/2009, de 11 de septiembre⁴⁰ y la Ley 26/2009 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado del 2010, se da un giro atrás con respecto a la ley del 2005, pues tratan de corregir los defectos por ésta cometidos⁴¹. No obstante, se aprovechó el recorte que en la duración máxima de la prestación, fijada ahora en veinticuatro meses, manteniéndose intacta. Otras de las novedades importantes fueron la de supresión del periodo transitorio de “incapacidad permanente no definitiva”, que tanta confusión había generado y la de creación de un procedimiento, en mi opinión complejo, de resolución para los beneficiarios de las decisiones relativas a las altas y bajas entre las distintas entidades implicadas en la gestión y control de la prestación por IT⁴².

Por último, la Ley 35/2010 de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, suprimió la referencia al “alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica” de los artículos 128.1 a) y 131 bis de la LGSS⁴³. Se trataba ésta de una situación compleja por la cual el trabajador quedaba en un estado de indefensión, pues aunque seguía en situación de IT no percibía por este periodo ningún tipo de prestación económica⁴⁴.

Tras conocer a grandes rasgos las principales modificaciones que ha experimentado la incapacidad temporal desde el momento en que se agotaba esa duración inicial de 365 y comenzaban, si es que el estado del trabajador así lo requería, las diferentes prórrogas. Conviene ahora hacer alusión al actual régimen jurídico que para esta prestación prevé la normativa vigente en esta materia.

El artículo 128.1 letra a) de la LGSS le reconoce al trabajador de baja por IT, con independencia del riesgo que lo ha originado y a excepción de los periodos de observación por enfermedades profesionales, una primera prórroga ordinaria de 180 días cuando se

³⁹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., páginas 1350 a 1352. DE ALCÁNTARA y COLÓN, J.M.: “De la doctrina jurisprudencial relativa a la superación del plazo máximo de duración de la prestación de incapacidad temporal”... op.cit., página 6.

⁴⁰ Normativa que desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

⁴¹ BEJARANO HERNÁNDEZ, A.: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., página 57.

⁴² Ver LÓPEZ INSUA, B. de. M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2012, Capítulo V.

⁴³ Ver con detenimiento el análisis pormenorizado y estudio crítico que realiza José Luis Tortuero Plaza, en TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas 808 a 810. En este mismo sentido, SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la ley 35/2010, de 17 de septiembre”, *Actualidad Laboral*, nº 16, 2011, páginas 1875 y 1876.

⁴⁴ TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 810.

entienda que durante ellos pueda ser éste dado de alta por curación⁴⁵. De acuerdo con la LGSS, en un principio, la duración máxima que podría estar disfrutando el trabajador incapacitado temporalmente es de 545 días, si bien, como indica el apartado segundo de ese mismo artículo, se computarán dentro de este tiempo máximo las recaídas y los periodos de observación⁴⁶.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, como ya se ha indicado, la duración de la IT era de 12 meses prorrogables por otros seis meses más (duración máxima 18 meses). Y aunque aparentemente la temporalidad es la misma, con la salvedad de que se ha cambiado la palabra “meses” por “días”, en realidad, esta modificación trae más complicaciones de que las que parece. Así pues, seis meses no tienen por qué equivaler a 180 días, podrían ser perfectamente 181, 182, 183 o 184, según los periodos del año que en los que se suceda⁴⁷. La doctrina ha acogido bastante bien este cambio de palabras, ya que entiende que dado que se trata de un subsidio diario⁴⁸, resultará pues más acorde que también su duración sea por días.

Mayores dudas suscita el determinar quién va a ser la entidad gestora competente para declarar esa prórroga de 180 días, ya que durante los 12 primeros meses de baja los responsables son tanto el Servicios Público de Salud, como las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social⁴⁹. Sin embargo, no se olvide que desde la entrada en vigor de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, la única competente para conocer de los procesos de larga duración por incapacidad temporal es el INSS a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI)⁵⁰. Es decir, desde el inicio hasta los 365 días de duración de la IT serán

⁴⁵ “Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación” (artículo 128.1 a) de la LGSS).

⁴⁶ Ver artículo 128.2 de la LGSS: “A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación”.

⁴⁷ ARADILLA MARQUÉS, M^o. J: “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)”... op.cit., página 2.

⁴⁸ ARADILLA MARQUÉS, M^o. J: “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)”, *Actualidad Laboral*, nº 10, 2010, página 2. Por contingencias comunes, a partir del cuarto día de baja hasta el vigésimo día de baja, le corresponde al trabajador el 60% y desde el vigésimo primero en adelante el 75%. Y por contingencias profesionales se percibirá la prestación económica al día siguiente al de la baja médica, correspondiéndole el 75%.

⁴⁹ Para el caso de que el empresario tenga concertado con estas entidades la cobertura de los riesgos que sufran los trabajadores de su empresa.

⁵⁰ Ver la Disposición Adicional Cuadragésima Octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 y 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. Esta posición se ha mantenido con posterioridad con las sucesivas reformas hasta día de hoy. Así pues, se dice: “Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta (...)

competentes para emitir los partes de baja, confirmación de la baja y alta médica, el SPS y las MCSS y, de ahí en adelante, el único competente será el INSS.

El hecho de que el INSS decidiera desde ese momento la declaración de una IP, el alta médica por curación o la prórroga de la IT, supone atribuirle a este órgano no sólo la gestión económica, sino también la sanitaria. De este modo se están recortando en competencias que inicialmente le correspondían a los SPS y a los médicos de las MCSS⁵¹. Además, para el caso de que se manifiesten discrepancia de los beneficiarios en cuando a la resolución adoptadas, señala el artículo 128.1 a) de la LGSS que: “...podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquélla, especificando las razones y fundamento de su discrepancia”.

Llegados a este punto podrían ocurrir dos cosas⁵²: a) que se pronuncie el INSS mediante resolución expresa por la que manifieste su conformidad con la decisión adoptada, o b) que no conteste en los once días que dispone. Con independencia de lo que ocurriese, en ambos casos, el alta médica adquirirá plenos efectos⁵³. Y es que, durante ese espacio de tiempo que transcurre entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal (artículo 128.1 a) LGSS).

Pienso que con esta medida lo único que se está produciendo es una invasión de competencias en materia que les corresponden estrictamente a los Servicios Públicos de Salud, tales como las materias sanitarias. Favoreciéndose así el conflicto entre estas entidades, ya que ese recurso a una segunda revisión que, seamos realistas, en la mayoría de los casos se deniega por silencio negativo, lo único que nos conduce es a la colocar al trabajador en una situación de absoluta indefensión, pues pende totalmente desde ese momento de un único órgano, que ni siquiera ha seguido desde el principio su evolución. Además de que durante ese periodo de espera se alarga la incapacidad temporal. Efectivamente, se debe concentrar en un único órgano las distintas prórrogas, pero también deben evitarse situaciones de conflicto entre estas entidades. Por ello entiendo que debería dejarse en manos de quienes deciden el inicio de la IT las competencias sobre su duración y extinción⁵⁴.

días posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes”.

⁵¹ MARTÍNEZ-GUJÓN MACHUCA, M.A.: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., páginas 1350 y 1351. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 220.

⁵² Ver artículo 128.1 a) LGSS: “Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica”.

⁵³ A contar desde que dicte la resolución expresa o a partir de los once días naturales que según señala la ley dispone el INSS para responder.

⁵⁴ En esta línea ver VILLAR CAÑADA, I.M.: “La gestión de la incapacidad temporal a la luz de las últimas reformas: puntos críticos”, *Actualidad Laboral*, nº 20, 2006, página 5 a 9. En contra, FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 219 y 220, al señalar que (...)

Acto seguido, indica el artículo 131 bis apartado 2 de la LGSS que: “*Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 545 días fijado en el párrafo primero de la letra a) del apartado 1 del artículo 128, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda*”. Como ya se ha indicado, este periodo fue introducido por el legislador de 1994 para sustituir a la extinguida invalidez provisional y frenar así, los largos periodos de duración hasta la declaración definitiva de la incapacidad permanente en los que se prorrogaba ésta con la anterior legislación⁵⁵.

Esta segunda prórroga, o como algún autor denomina “fase puente hacia la incapacidad permanente”⁵⁶, solamente puede producirse si la Entidad Gestora de la prestación, es decir, el INSS a través del EVI⁵⁷, entiende que no existe posibilidad de mejoría, pues de lo contrario habría de recurrir a la segunda opción que establece el artículo 131 bis apartado 2 de la LGSS⁵⁸. Por lo que en total, sumadas la duración inicial, la prórroga ordinaria y esta fase puente, daría una duración máxima de la IT de 635 días⁵⁹.

Durante todo ese periodo el trabajador se encontrará en situación asimilada a la de la invalidez provisional, lo que a efectos de Seguridad Social va a suponer que no cotice aunque el subsidio económico⁶⁰ que perciba sea el de IT⁶¹. Y una vez que sea calificada la

“... la reforma puede valorarse positivamente, pues centraliza en una única Entidad Gestora el reconocimiento de las prórrogas, independientemente de la contingencia que origina la prestación de incapacidad temporal y de la entidad responsable de la misma, evitándose posibles desigualdades en el trato dispensado por los facultativos de la MATEP y los de los Servicios Públicos de Salud”.

⁵⁵ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 222.

⁵⁶ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 222 a 225.

⁵⁷ TORTUERO PLAZA, J.L: “Nuevamente la Incapacidad Temporal a debate”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº 1, 4º Trimestre, 2014, página 36.

⁵⁸ En este artículo se dice, que si hubiese posibilidad de mejoría podrá prorrogarse la prestación como límite máximo hasta los 730 días de duración. En esta línea, véase con detenimiento a BARCELÓN COBEDO, S: *El tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2002, página 103.

⁵⁹ Entiendo pues, que como la ley no especifica aquí por días, sino por meses, cada mes cuenta como 30 días, lo cual no se corresponde con el número de días reales que tienen cada uno de los distintos meses (28, 30 y 31). Por lo que en general, los trabajadores no llegan a disfrutar verdaderamente del número de días que están de baja.

⁶⁰ A este respecto señala la Disposición Adicional quinta de la Ley 1300/1995, de 21 de julio, que desarrolla en materia de incapacidades laborales del Sistema de Seguridad Social, la Ley 42/1994, que en: “*los supuestos de agotamiento, por el transcurso de plazo máximo, de la incapacidad temporal, en los términos previstos en el artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, durante la prórroga de efectos de la prestación, ésta correrá a cargo, con efectos desde el día siguiente a aquél en que se haya producido la extinción de dicha situación, de la Entidad gestora competente cuando la incapacidad derive de contingencias comunes, o de la Entidad gestora o de la correspondiente Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, si la incapacidad tiene su origen en contingencias profesionales*”.

⁶¹ Ver nota al pie número 49 de ALONSO OLEA, M y TORTUERO PLAZA, J.L: *Instituciones de Seguridad Social...* op.cit., página 256. BARCELÓN COBEDO, S: *El tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social...* op.cit., página 135.

Como bien expone José Vida Soria, “... durante esos plazo (y en casos de alta médica en cualquier momento con declaración de Invalidez permanente), se estará ante una especie de “prórroga” de la situación de Incapacidad Temporal (a efectos por ahora de Seguridad Social)”. Ver VIDA SORIA, J: *La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)*... op.cit., página 14.

situación de incapacidad permanente (en cualquiera de sus grados) pasará entonces éste a percibir esta prestación, lo que producirá sus efectos desde el momento en que recaiga la correspondiente resolución⁶², de lo contrario se pospondrá esta calificación hasta un máximo de 24 meses de duración o 730 días⁶³.

Ahora bien, ¿qué sucede en el caso de que no se pronunciara la Entidad Gestora sobre la posible calificación de la IP y se agoten los 635 días? La doctrina científica ya se ha pronunciado sobre este particular interrogante entendiendo pues la existencia de una doble posibilidad, una restrictiva y otra extensiva. En la primera de estas opciones, los efectos de la prestación solo podrán ser prorrogados durante los plazos máximos que dispone el EVI para calificar el estado de incapacidad que se trate. Mientras que, en la segunda de las líneas, los efectos económicos se entenderán prorrogados más allá de ese plazo de tres meses, hasta su calificación como IP, sin límite temporal alguno⁶⁴. Y es que, en el artículo 131 bis apartado tercero, no se concretan hasta cuándo podrá prolongarse el subsidio económico, sino hasta que plazo dispone el INSS, a través del EVI para calificar la situación de IP⁶⁵.

Por todo ello, parece más acorde inclinarse por la segunda y más amplia de estas alternativas⁶⁶, ya que un incumplimiento tardío de la Entidad Gestora en cuanto a los plazos que fija la ley para declarar o no una incapacidad permanente, no debe en absoluto comportar consecuencias negativas para el trabajador⁶⁷. De lo contrario, el trabajador quedaría totalmente desprotegido al no percibir el subsidio correspondiente y tampoco poder incorporarse a trabajar en la empresa, debido a que todavía carece de capacidad para el desempeño de su profesión habitual.

⁶² BARRIOS BAUDOR, G: “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”, *Aranzadi Social*, nº 5, 1997, página 710.

⁶³ TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal...* op.cit., página 36.

⁶⁴ FERNÁNDEZ PRATS, C: “La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (COORDINADOR): *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, página 257. TORTUERO PLAZA, J.L y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y: *La incapacidad temporal...* op.cit., página 36. BARRIOS BAUDOR, G: “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”... op.cit., página 711. MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página 178. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 224 y 225.

⁶⁵ Ver artículo 1 letra g) de la Ley RD 1300/1995, de 21 de julio por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social: “*Será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: ... g) Declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal, a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación de invalidez*”.

⁶⁶ BARRIOS BAUDOR, G: “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra 31 de diciembre de 1997)”... op.cit., página 712. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 225.

⁶⁷ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J: “Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las leyes 24/1997, de 17 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, y 66/97 de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1998, página 386. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página 121. En este mismo sentido, la STS de 23 de mayo de 2012.

No obstante a lo anterior, en aquellos casos en los que agotados los 545 días (365 días iniciales más los 180 de prórroga) continuasen las necesidades de tratamiento médico, ya sea por la expectativa de la recuperación del trabajador o por la mejora de su estado de salud con vistas a su reincorporación laboral, se podrá demorar la citada calificación. Ahora bien, fija la ley el límite temporal de que en ningún caso podrá rebasarse los 730 días (24 meses) siguientes desde la fecha en que se inició la incapacidad temporal (artículo 131 bis apartado 2 de la LGSS).

La doctrina se ha cuestionado si esta tercera prórroga debe sumarse a la anterior de tres meses (545 días más 180 días entre la fase puente y esta última prórroga) lo que daría un total de seis meses o, si por el contrario, debe ésta sustraerse de la anterior prórroga de tres meses de duración⁶⁸. Ambas prórrogas constituyen dos periodos de tiempo con distintas finalidades y, que por tanto, se abren en momentos distintos. Es por ello que, en principio, no deban sumarse⁶⁹. Así pues mientras que la primera de las prórrogas, como ya se ha expuesto, solamente procede en el caso de que los servicios médicos de la Entidad Gestora entiendan que el trabajador no va a experimentar una mejoría, debiéndose una vez agotado dicho plazo de tres meses calificar su estado en el grado de IP que corresponda. En la segunda de estas se presume, por el contrario, que si podrá el trabajador, antes de que se agoten los 730 días máximos de duración de la prestación, recuperar su capacidad íntegra para trabajar. Ahora bien, si esta última posibilidad no se produjese habrá igualmente de evaluarse el estado del trabajador a efectos de su declaración en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

Para finalizar con este apartado, me voy a referir ahora a la prórroga de seis meses prevista por la ley para los periodos de observación por enfermedades profesionales (artículo 128.1 b) de la LGSS)⁷⁰. La competencia para resolver acerca de la procedencia o no de ese alargamiento en la duración de la IT hasta los 545 días, reside en el INSS a propuesta de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVIs)⁷¹, pudiéndose únicamente conceder cuando se presuma que durante dicho periodo el trabajado va a superar su estado de incapacidad⁷², de lo contrario, ésta prórroga no podrá ser concedida.

Se trata de una prolongación de la IT que debe instarse en el plazo de los veinte últimos días del periodo de observación por enfermedades profesionales⁷³ y, en la cual, han de figurar los datos que se formulan en la disposición adicional segunda del RD 1300/1995, de 21 de julio, esto es, los datos identificativos de la Entidad Colaboradora que haya iniciado el procedimiento, los del trabajador y la empresa o empresas en las que se encuentre dado de

⁶⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página 239. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 239.

⁶⁹ A favor, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 239. En contra BEJARANO HERNÁNDEZ, A: "La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración"... op.cit., página 63.

⁷⁰ Señala este artículo que: "Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad".

⁷¹ Ver artículo 1.1 c) y 3.1 g) del RD 1300/1995, de 21 de julio.

⁷² JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas 61 y 62.

⁷³ Ver procedimiento que señala la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social.

alta, haciéndose constar la fecha en que se haya iniciado el período de observación, posible enfermedad profesional y razones que justifican la solicitud de prórroga. Además de que a esta solicitud deberá acompañarla un informe del médico que tenga sujeto al trabajador a observación.

En el momento en que finalice la duración máxima del periodo de observación por enfermedades profesionales, doce meses en total⁷⁴, el trabajador pasará entonces a ser calificado en algunas de estas tres posibilidades: 1) como incapaz permanente; 2) en alta siempre que se verifique la inexistencia de una enfermedad profesional, o en último caso, 3) en situación de incapacidad temporal, tal y como se deduce del artículo 128.2 de la LGSS, descontándosele por ese periodo el tiempo de permanencia en observación⁷⁵.

4. LA RECAÍDA

Actualmente, la recaída viene ocupando un papel especialmente importante pues, en torno a esta figura, sobrevuelan una vez más los problemas relativos al fraude y al absentismo laboral. Tal vez por ello, haya sido esta figura retocada nuevamente mediante la Ley 30/2005 con la intención de reducir aún más las dudas existentes. No obstante, permanecen todavía abiertos algunos interrogantes y van de hecho surgiendo otros nuevos debido, quizás, a la falta de desarrollo reglamentario⁷⁶.

Esta figura aparece regulada en los artículos 128.2 de la vigente LGSS⁷⁷ y también en el 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967⁷⁸ por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social. Aparte, habrá de tener también en cuenta la previsión que recoge el número 131 bis apartado 1 de la LGSS⁷⁹. Y es que, el dilema sobre cuando se entiende que existe una recaída y cuando un nuevo proceso de IT o, dicho con otras palabras, si las diferentes bajas son acumulables a efectos de calcular la

⁷⁴ Seis meses iniciales prorrogables por otros seis (artículo 128.1 b) de la LGSS).

⁷⁵ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página 176. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 246.

⁷⁶ TORTUERO PLAZA, J.L.: "Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006"... op.cit., página 811.

⁷⁷ Tal y como se señala en este artículo: "A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación".

⁷⁸ En donde se señala que: "El subsidio por incapacidad temporal se abonará mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, estando impedido para el trabajo por un periodo de duración máxima de dieciocho meses, prorrogables por otros seis, si también se hubiese prorrogado dicha asistencia, incluyéndose para el cómputo de estos períodos los de observación y recaída".

"Si el proceso de incapacidad temporal se viera interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad".

⁷⁹ Tras la nueva redacción que ofrece la Ley 30/2005, se dice ahora que: "*En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a 180 días o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal*".

duración máxima de la prestación o, por el contrario, cada periodo de incapacidad abre una nueva incapacidad temporal, se convierte en el principal escollo sobre el cual debe iniciarse toda esta ardua temática.

Según expresa el Diccionario de la Real Academia Española, recaer consiste en “*caer nuevamente enfermo de la misma dolencia el que estaba convaleciente o había recobrado su salud*”⁸⁰, sin embargo, esta definición que aquí se ofrece merece algunos matices más precisos. Como se deduce del tenor literal del artículo 128.2 de la LGSS, para que exista una recaída debe tratarse de una enfermedad⁸¹, ya que resulta imposible volver a recaer cuando la causa sea un accidente. Por esa razón, se entiende que si el origen de esta segunda IT es un accidente de trabajo o un accidente no laboral, no hay recibida, sino que nace una nueva incapacidad temporal⁸². Ahora bien, otra cosa es que tras ser dado de alta, ulteriormente y antes de que transcurran seis meses desde la primera baja, se reproduzcan las secuelas del accidente o la enfermedad, entonces sí cabría hablar de una recaída por las mismas dolencias⁸³. Además, añade el artículo 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967 a este concepto un elemento más, esto es, el temporal. Y es que se necesita que medie entre la primera y la segunda baja un periodo de actividad laboral no inferior a seis meses, de lo contrario, se entenderá que nace una IT autónoma respecto de la anterior⁸⁴.

⁸⁰ Ver STS de 1 de abril de 2009 (RJ 2009/2879) en su fundamento tercero.

⁸¹ En lo que respecta al periodo de 12 días iniciales a cargo del empresario en el supuesto de que se trate de una enfermedad común, el hecho de que se vuelva a caer nuevamente enfermo no supone que deba abrirse nuevamente ese periodo de 12 días, sino que habrá de verificarse si esa segunda patología se corresponde o no con la que originó la vez primera. GARCÍA NINET, J.I: “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones”... op.cit., páginas 60 y 61.

⁸² JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo*... op.cit., página 70. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página 248.

⁸³ Señala a este respecto el profesor José Ignacio García Ninet, que: “...la recaída no es sólo predicable de la enfermedad, sea ésta común o profesional, aunque será lo más frecuente, sino que puede derivar de cualquier proceso patológico, pues tras ser dado de alta es posible que, ulteriormente y dentro de los seis meses inmediatamente siguientes, el proceso o las secuelas del accidente o de la enfermedad, pudieran reproducirse”. Ver GARCÍA NINET, J.I: “Sobre la interpretación extensiva de las recaídas en la incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, n° 53, 1995, página 5.

⁸⁴ GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A: *La incapacidad temporal*... op.cit., página 34. VIDA SORIA, J: “La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)”... op.cit., página 14. GARCÍA VALVERDE, M.D: “El subsidio por incapacidad laboral temporal: Cuantía y dinámica”... op.cit., página 9. Ver también LÓPEZ INSUA, B. M: “La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿cuál ha sido su finalidad? Comentario a la STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3536/2008”, *Temas Laborales, revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 108, 2011, página 239 y siguientes.

En el caso de la República de Italia el elemento temporal resulta ser bastante menor, en comparación con lo que sucede en España. Así pues, para que exista una recaída deben transcurrir 30 días como máximo entre la primera y la recibida por la misma o similar patología, pues de lo contrario, se entiende que nace un nuevo proceso de IT. Como ya se ha señalado anteriormente en otra nota al pie, computan dentro del periodo máximo de IT los tiempos de recaída, por lo que en total, sumadas todas ellas y las distintas prórrogas, no podrán superar los 180 días por año natural. Ahora bien, si la enfermedad por recaída surge al año siguiente al de la primera baja y no han transcurrido 30 días, se debe entonces volver a computar los 180 días máximos en ese nuevo año, de modo que podría ocurrir que un trabajador agotase 179 días en un año y consuma otros 180 más en el siguiente. Del mismo modo, si se trata de una IT no interrumpida y que continúa al año siguiente, computan al comienzo del nuevo año otra vez los 180

(...)

Si bien, resulta bastante discutible el supuesto de que un trabajador vuelva a enfermar por las mismas o distintas dolencias a las que originaron la vez primera y no hayan transcurrido más de seis meses. A este respecto, existen dos posturas enfrentadas, de una parte está la opinión de los que mantienen que procede la acumulación de procesos de IT y, de otra parte, están la de los que postulan que tan sólo es posible aunar ambos procesos cuando la enfermedad sea debida a la misma enfermedad⁸⁵.

Para causar el derecho a la prestación económica de la IT tras una recaída es imprescindible estar en alta o situación asimilada al alta y haber cotizado un periodo previo de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores (cuando se traten de contingencias comunes, ya que para las profesionales no es exigible este último requisito –artículo 130 a) y b) LGSS–)⁸⁶. Por esta razón, se plantea ¿qué ocurriría cuando el trabajador no reuniese alguno de estos dos requisitos en el momento de la primera baja, pero si en el de la recidiva?, ¿podría entonces el trabajador generar el derecho a la prestación en esa segunda baja?

Nuestros Tribunales han mantenido, que si no cabe el reconocimiento del derecho cuando sobrevino la IT inicial por falta de periodo de carencia no se podrá en la recaída subsanar los defectos cometidos en la primera, ya que el percibo del subsidio nace en el momento en que el trabajador cumplan con todos los requisitos que exige la ley⁸⁷.

días. Ver PUNZI, C.N: “Sezione II. Il sostegno del reddito durante il rapporto di lavoro”, en VV.AA, SGROI, A (a cura di), *Il sistema di previdenza sociale dei lavoratori privati*, Italia, Torino, 2010, página 332.

⁸⁵ FERNÁNDEZ PRATS, C: “Incapacidad temporal y recaída (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8 de mayo de 1995)”, *Tribuna Social*, nº 62, 1996, páginas 46 y 47.

⁸⁵ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., páginas 179 y 180. JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., página 71. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 249. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2012, páginas 106 y 107.

⁸⁶ Por lo que para este último supuesto, contingencias profesionales, el enlace entre una y otra situación de IT es relativamente fácil. Ver en este sentido, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A: “Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005)”... op.cit., página 1353.

⁸⁷ Véase la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2011 (número 12/2012) en su fundamento de derecho único y STS de 24 de noviembre de 1998 en su fundamento de derecho número tres: “... Conceptualmente, la situación de incapacidad temporal viene determinada (artículo 128 L.G.S.S.) por encontrarse el trabajador impedido para trabajar y recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social, exigiéndose, además, para que el beneficiario tenga derecho a la prestación económica, el requisito general de encontrarse en situación asimilada al alta y, caso de enfermedad común, haber cumplido un período de cotización de 180 días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores (artículo 130 L.G.S.S.) Todos estos requisitos concurren en el hoy actor, y la única razón de la desestimación, es que, como en la primera baja por la misma dolencia ocurrida en 1992, no tenía derecho a la prestación por falta de período de carencia, la posterior baja, acaecida en 1995, cuando sí cumple el período mínimo de cotización, no “subsana” el primer defecto, en cuanto el hecho causante de la última “recaída” es el sobrevenido en 1992.

A juicio de la Sala, la sentencia recurrida confunde dos supuestos diferentes, cuales son el de reconocimiento del derecho y el de duración del mismo. El primero viene sometido a la concurrencia de sus requisitos legitimadores: asistencia sanitaria de la Seguridad Social, impedimento para trabajar existiendo posibilidad de sanación y cumplimiento del periodo de carencia. El segundo, que presupone el reconocimiento del derecho, lo que persigue es que la situación reconocida inicialmente no se prolongue indefinidamente en el tiempo, estableciendo, al efecto, los índices temporales correctores, a los que se refieren los artículos 128.1.a) L.G.S.S. -doce meses, prorrogados por otros seis meses, sin perjuicio de la prórroga especial del artículo 131 bis.2- y 9.º1 de la O.M. de 13 de octubre de (...)

A *sensu contrario*, si el trabajador cumple con todos los requisitos en el momento de la primera baja, pero no en el de recaída y siempre que no hayan transcurrido más de seis meses de actividad laboral, el Tribunal Supremo establece que si cabe reconocer el derecho a la prestación temporal, puesto que como se trata de un mismo proceso deben permanecer intactos los mismo requisitos exigidos en la recidiva⁸⁸. Se trata éste de un criterio difícil de sostener, pues no se puede sustituir unas rentas que ya no existe por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada. De lo contrario, se estaría beneficiando económicamente al trabajador por causa de su enfermedad⁸⁹, salvo que procediera de una incapacidad temporal “técnica” por encontrarse el trabajador en desempleo y por tanto, en situación asimilada al alta⁹⁰.

El último de los interrogantes que se plantean es el relativo a quién es el órgano responsable de decidir sobre una nueva baja por IT cuando sea debida a distintas afecciones respecto de la inicial. El artículo 128.1 a) de la LGSS precisa en todo momento, que para que haya una recaída la patología debe ser “la misma o idéntica” que ocasionó la vez primera, siendo el INSS el único competente para decidir sobre esta recidiva. De acuerdo con esta idea, cuando el trabajador sufra otras dolencias que no traigan su causa en la primera de las enfermedades y no hayan aún pasado seis meses, el competente para decidir sobre esta

1967- sobre acumulación de períodos o no según se trate de una misma o diferente dolencia, con el límite, en todo caso, de seis meses de actividad laboral posterior a la fecha de alta médica, dado que transcurrido este plazo, incluso idéntica enfermedad abre un nuevo período de incapacidad temporal.

Conforme a lo antes expuesto, cabe reconocer la situación de incapacidad temporal pretendida, a partir de la fecha de baja, que se produjo en 19 de marzo de 1995; momento en que el recurrente reunía todos los requisitos para el acceso a la prestación litigiosa, y, será a partir de esta fecha, en su caso, cuando se plantearían las cuestiones referentes a la duración de la prestación reconocida. Distinción e interpretación que sería más conforme al artículo 41 de la Constitución Española y al principio de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas en orden al reconocimiento de las prestaciones sustitutorias de rentas de la Seguridad Social. Resultaría contrario a este principio y al de proporcionalidad, consagrar una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de incapacidad temporal por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta, tal defecto inicial se prolonga indefinidamente en el tiempo futuro sin posibilidad para el beneficiario de acceso al reconocimiento de la situación y prestación económica una vez cumplido los requisitos habilitantes, máxime cuando tratándose de Seguridad Social Pública, los preceptos que puedan restringir derechos individuales, deben ser interpretados de forma restrictiva (S. T.S. de 9 de junio de 1997), y, en el caso examinado, ninguna norma existe que prohíba acceder al reconocimiento de una situación de incapacidad temporal, a quien en la fecha de la última baja por enfermedad que le origina impedimento para trabajar, cumple con el requisito de carencia que no cubrió en una anterior fecha de baja por la misma dolencia. Debe añadirse, finalmente, que, al margen del hecho causante, la fecha de efectividad de la prestación (S. T.S. de 26 de enero de 1998) opera solamente a partir del acto administrativo de reconocimiento. Acto que, precisamente, debe dictarse cuando se acredite la concurrencia de las condiciones exigidas en forma general por el artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social”.

En esta misma línea véase, FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 253.

⁸⁸ JOVER RAMÍREZ, C: *La incapacidad temporal para el trabajo...* op.cit., páginas 76 y 77. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 254. En contra BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas 108 y 109, quien declara, que “en cuanto a la exigencia de reunir nuevamente los requisitos, en principio parecería de lógica jurídica que no se requiriesen de nuevo, ya que se trata de una mera reanudación de una prestación ya concedida y no parece equitativo que un trabajador temporal carezca del subsidio en la recaída si en ese momento ya no tenía contrato en vigor”.

⁸⁹ Ver nota al pie número 138 en BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., página 109.

⁹⁰ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 254.

segunda baja es el SPS cuando se traten de contingencias comunes o la Mutua si el origen es profesional. No obstante, el problema mayor está aquí en concretar quien va a ser el órgano que decida si se trata de la misma o distinta dolencia, el INSS, el SPS o la MCSS, ya que es más que evidente que el conflicto entre ellos está servido. Así pues, de acuerdo con la actual regulación, el único competente para aclarar el origen de esta segunda situación de necesidad es el INSS⁹¹. Se rompe con esta novedad de 2005, el procedimiento unitario que hasta entonces se había seguido por parte del SPS⁹². Además de que, para el caso de que exista disconformidad por parte del interesado sobre la resolución adoptada, se establece un procedimiento a seguir que ciertamente anima bastante esta disputa⁹³.

En mi opinión debe tratarse de eliminar estas situaciones de controversia entre uno y otro órgano, concediéndosele únicamente a los SPS la competencia para decidir sobre las recaídas y las nuevas bajas, pues lo que debe prevalecer ante todo es el diagnóstico inicial y la situación real del beneficiario, pero no crear situaciones de indefensión para el trabajador. Y es que, a fin de cuenta, de nuevo la sombra de un posible fraude perjudica a los trabajadores al dejar bajo la autoridad exclusiva del INSS la competencia para pronunciarse y resolver (en caso de desacuerdo) sobre una cuestión en la que no ha estado presente desde un inicio⁹⁴. A mi modo de ver, esto es un gran error que debería modificarse y volver al sistema establecido anteriormente a esta ley.

Con redacción que ofrece la ley 30/2005 al artículo 131 bis. 1 de la LGSS, se consigue dar un vuelco a la doctrina que venía proclamando desde el 2002 el Tribunal Supremo ante la falta de claridad de la ley y se asientan, de una manera definitiva, las bases

⁹¹ Siguiendo la redacción dada por la Ley 30/2005.

⁹² TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 811.

⁹³ Ver artículo 128.1 a) de la LGSS: “En los casos de alta médica a que se refiere el párrafo anterior, frente a la resolución recaída podrá el interesado, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepara del criterio de la entidad gestora, tendrá la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquélla, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.

Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiera plenos efectos se considerará prorrogada la situación de incapacidad temporal.

Si, en el aludido plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, ésta se pronunciará expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsiderara el alta médica, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirmara en su decisión, para lo cual aportará las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución”.

⁹⁴ En contra, Celia Fernández Prats, quien afirma: “En todo caso, ya que tras las últimas reformas el INSS se erige en juez y parte en reconocimiento de la incapacidad temporal cuando se produce una recaída, quizás, como propuesta de “lege ferenda”, plantearía menos problemas que fuera el propio INSS el competente para expedir cualquier parte médico de baja dentro de los seis meses siguientes al anterior alta, se trata o no de la misma o similar patología”. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., páginas 260 y 261.

para el régimen jurídico de esta prestación⁹⁵. De modo que el derecho al subsidio se extinguía por el transcurso de 545 días, pudiendo únicamente generarse un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología cuando medie un periodo de actividad de 180 días o si el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal.

A diferencia del caso anterior, el trabajador ha superado los dieciocho meses máximo y ha vuelto a caer en las mismas afecciones que la vez primera, sin embargo, la pregunta que durante mucho tiempo se estuvo debatiendo es la siguiente, ¿hay o no recaída? El Alto Tribunal vino reiterando⁹⁶, si bien sobre hechos acaecidos con anterioridad a 2006⁹⁷, que no debe aplicarse para la regulación establecida en la recaída (artículo 9.1 de la Orden de 1967), sino que debe seguirse las reglas previstas en el artículo 130 de la LGSS, esto es, reconocer la prestación por IT siempre que el trabajador cumpla con los requisitos de alta y cotización ordinarios (180 días dentro de los cinco años anteriores). Por lo que, de esta manera, deja el TS sin efecto la previsión del artículo 131 bis 1 de la LGSS al razonar que dicho artículo sólo se refiere al periodo máximo establecido para cada proceso, “... pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella duración⁹⁸”, de forma que no distingue si se trata de una nueva IT o una recaída en la misma enfermedad anterior transcurridos los 545 días⁹⁹. Aunque se trataba ésta de una regulación tendente a encadenar distintas bajas y, por tanto, limitar su duración al entender que el problema no residía en la cuestión de la carencia, que ya sabemos que se iba a exigir siempre que se caía enfermo¹⁰⁰, sino en determinar el inicio o no de una nueva IT. El TS no lo reconoce expresamente, pero aplica el régimen previsto para la recaída¹⁰¹, aunque no se trata de una recaída, ya que olvida el elemento temporal que lo diferencia de una nueva baja, es decir, haber superado los 545 días (artículo 128.2 de la LGSS) y, en su lugar, crea una especie de proceso único cerrado

⁹⁵ Con la anterior regulación a 2005, el artículo 131 bis 1 de la LGSS se encontraba redactado de la siguiente manera: “El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento. Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

⁹⁶ Ver el comentario que realiza el Magistrado de lo Social y Profesor TEU de la Universidad CLM, Antonio Barba Mora, a las sentencias de 20 de febrero de 2002 y 30 de abril de 2004 en BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...* op.cit., páginas 109 a 114.

⁹⁷ De hecho la última de las sentencias que se encuentra data en fecha de 15 de enero de 2008.

⁹⁸ Ver Fundamento de Derecho cuarto de la STS de 20 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4535).

⁹⁹ MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página 182. TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 817.

¹⁰⁰ En este mismo sentido, MUÑOZ MOLINA, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* op.cit., página 182.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., página 257.

que posteriormente se vuelve a abrir¹⁰². Lo más razonable y beneficioso para el trabajador es que se hubiera abierto una nueva incapacidad temporal que perdurase en el tiempo hasta los dieciocho meses máximo¹⁰³, siempre que el trabajador reuniese los requisitos de alta y cotización¹⁰⁴.

Con la actual redacción del artículo 131 bis.1 de la LGSS se da finalmente por despejada esa confusa doctrina que había sido impulsada con anterioridad por la doctrina del TS y se afirma, que para estos casos nace una nueva IT en la que resulta competente el INSS. A diferencia del precepto anterior, aquí si se precisa que debe el trabajador haber realizado una actividad laboral en el periodo de los 180 días posteriores a aquellos previos dieciocho meses. No obstante, ambos comparte la similitud de que en la enfermedad debe ser debida a “la misma o similar” que motivo la primera.

Con la redacción de este nuevo artículo 131 bis.1 de la LGSS¹⁰⁵ los conflictos que anteriormente se planteaban entre el INSS, el SPS y las MCSS de nuevo se vuelven a repetir. Ahora bien, en lo que respecta al tema de la duración de la recaída, el artículo 128.1 a) de la LGSS establece que el trabajador no dispone de un nuevo cómputo, sino que deben computarse aquí los días que le restasen hasta un total de 545 días (según recoge el artículo 128.2 LGSS). En cambio para el artículo 131 bis.1 LGSS, la explicación debe ser justamente la contraria, es decir, el trabajador comenzará *ex novo* el disfrute de una nueva IT¹⁰⁶.

Aclarado esto, conviene precisar seguidamente el dilema en torno a si la posibilidad que se atribuye a la Entidad Gestora para emitir esta nueva baja (tras agotar el período máximo de IT, incluida en su caso la prórroga) “constituye una facultad omnimoda de aquélla, que no está sujeta a regla alguna, o si, por el contrario... el INSS viene obligado a tener en cuenta el estado del trabajador para decidir en función de ello”¹⁰⁷.

¹⁰² TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas 817 y 818.

¹⁰³ En esta línea, Muñoz Molina, critica esta misma doctrina emanada del TS y reflexiona: La Sala, con una doctrina confusa, parece entender que las reglas contenidas en los artículos 128.2 TRLGSS y 9.1 OLT, no alcanzan a aquellos procesos de IT que ya han finalizado, por lo que la nueva baja médica es una contingencia autónoma con derecho a prestación. Con esta interpretación, el artículo 128.2 del TRLGSS pierde en parte su razón de ser, ya que el mismo trata de impedir que se perpetúe en el tiempo una prestación transitoria, y viene a hacerse de peor condición a quien recae enfermo de la misma enfermedad, sin haber agotado el plazo máximo, que al que lo había agotado y recae de nuevo enfermo. Por su parte, opina Fernández Prats, que tal vez hubiese sido más apropiado que el TS recurriese a la prórroga excepcional del artículo 131 bis.2 de la LGSS, pues se trata de una misma enfermedad. Ver FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página 256.

¹⁰⁴ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 817.

¹⁰⁵ Debe tenerse en cuenta también aquí la nueva redacción que da a este precepto la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

¹⁰⁶ De acuerdo con esta opción, ver BEJARANO HERNÁNDEZ, A: “La diversa problemática sobre la incapacidad temporal de larga duración”... op.cit., páginas 68 y 69. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página 263.

¹⁰⁷ Ver F.Jº. 3º de la STS 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686).

Como pone de manifiesto el Tribunal Supremo¹⁰⁸: “... la interpretación ha de resolverse en el segundo de los sentidos apuntados, y ello no sólo porque el INSS, como ente público que es, viene constitucionalmente obligado (art. 9 y 103 de la Ley Fundamental (RCL 1978, 2836) a someter a la legalidad, evitando cualquier decisión arbitraria, sino además porque la propia norma que comentamos le impone adoptar, o no, la medida de referencia “ a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad...”. O lo que es igual... parece incuestionable que la existencia de “la misma o similar patología” no puede constituir por sí misma el fundamento de que el subsidio se deniegue, sino que ésta decisión –como su antónima de reconocimiento– habrá de depender de otras razones, y muy singularmente de la incidencia de la patología sobre la capacidad de trabajo, de manera que la denegación por simple identidad o similitud de procesos morbosos se presenta –dado el tenor de los preceptos– causa de justificación insuficiente y decisión incurso en arbitrariedad”.

Con esta nueva ordenación no cabe duda de que se trata de evitar situaciones fraudulentas al dejar en manos el INSS el control en estos supuestos¹⁰⁹.

Por último, el artículo 131 bis.3 de la LGSS se refiere a una segunda posibilidad por la que se puede extinguir el subsidio por IT y es cuando el INSS, a través de las EVIs, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral y para ello emita “la baja médica a los exclusivos efectos de la prestación económica”¹¹⁰. Este concepto para nada es nuevo, sino que se remonta al ya extinguido RD 575/1997, de 18 de diciembre sobre la prestación económica por incapacidad temporal. Si bien es cierto, que se trata una figura muy criticada y problemática, la cual fue eliminada del artículo 128.1 a) de la LGSS (gracias a reforma operada por la Ley 26/2009 de PGE para el año 2010) en lo que se refería al “alta a los exclusivos efectos económicos de la prestación por IT”¹¹¹. Sin embargo, el artículo 131 bis 3 de la LGSS no corrió la misma suerte, pues todavía sigue aludiendo a la “baja médica a los exclusivos efectos de la prestación económica”. Según esta previsión, reside en el INSS aclarar si la nueva baja médica obtenida por el trabajador produce o no efectos económicos¹¹². Esta previsión, sin lugar a dudas, resulta absurda, ya que entiendo que o se

¹⁰⁸ Ver comentario a la STS 8 de julio de 2009, en LÓPEZ INSUA, B.M: “La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿cuál ha sido su finalidad? Comentario a la STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 8 de julio de 2009 (RJ 2009/4686). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3536/2008 ”... op.cit., páginas 243 a 249.

¹⁰⁹ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas 818 y 819.

¹¹⁰ Precepto que se mantiene inalterado a pesar de la reforma operada por la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para el año 2014. Ver apartado 3 del art. 131 bis 3 de la LGSS.

¹¹¹ Tal y como el artículo 1 en su apartado cuarto del RD 575/1997, de 18 de diciembre, ello venía a significar que: “El alta médica expedida por el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a los exclusivos efectos económicos, determinará la extinción de la prestación económica por incapacidad temporal y el consiguiente derecho del trabajador de incorporarse a la empresa, sin perjuicio de que el Servicio Público de Salud continúe prestando al trabajador la asistencia sanitaria que, sin requerir una nueva baja médica, aconseje su estado”.

¹¹² FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., página 263.

tiene o no se tiene derecho al subsidio¹¹³, por no hablar de la completa situación de indefensión en la que se deja al trabajador. Por supuesto, el TS afirma que el INSS debe pronunciarse sobre el estado del trabajador fundamentando este razonamiento de manera objetiva (STS de 8 de julio de 2009 antes mencionada), procurando así de evitar la discrecionalidad¹¹⁴. No obstante, creo esta medida no favorece para nada el camino hacia una mejor y mayor protección del trabajador ante situaciones de necesidad que, de hecho, constituye la base misma por la que nace esta prestación. A día de hoy, está claro que las nuevas reformas legislativas otorgan al INSS (y también a las MCSS) el absoluto control en esta materia con la única intención de endurecer y recortar la duración de la IT ante la posible existencia de un fraude.

¹¹³ TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., página 819.

¹¹⁴ A favor, ver TORTUERO PLAZA, J.L: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: La enésima reforma del 2006”... op.cit., páginas 819 a 821.