nº 12 (3er Trimestre 2017)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Alteración de la salud, asistencia sanitaria y control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo

Alteration of the state of health, medical care and health monitoring of workers in temporary disability

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
PROFESOR TITULAR DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Resumen

Se analiza en este trabajo las relaciones entre la asistencia sanitaria y el control médico de la incapacidad temporal, observando las diferentes cuestiones del proceso de incapacidad temporal que tienen relación con la determinación de la aptitud para trabajar por parte del trabajador beneficiario de esta prestación.

Palabras clave

incapacidad temporal; fraude; control médico

Abstract

This work analyses the relations between healthcare and health monitoring temporary inability or disability to work due to sickness or injury. Also, this paper examining closely different issues concerning to the administrative procedure of the temporary incapacity benefits and its relations with the way of the suitability requirements for continuing to work by the beneficiary of these social benefits.

Keywords

temporary disability; fraud; medical monitoring

1. INTRODUCCIÓN: EL ABSENTISMO LABORAL Y EL FRAUDE COMO MOTOR DE LAS SUCESIVAS Y ETERNAS REFORMAS EN LA PROTECCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL.

Nadie pone en duda que el absentismo laboral es un problema complejo, de difícil tratamiento, por tener numerosos factores relacionados entre sí que impiden alcanzar soluciones sencillas. Las ausencias de los trabajadores en sus puestos de trabajo pueden deberse a causas justificadas o injustificadas[1]. En mi opinión, el verdadero absentismo es el que se produce por motivos injustificados y el mismo tiene una solución diseñada estatutariamente a través del poder disciplinario del empleador. Pero ésta no es la idea de absentismo, al menos respecto de la protección por incapacidad temporal, que ronda en el espíritu de las normas del legislador español desde hace tiempo. Y ello porque la falta de asistencia al trabajo por incapacidad temporal supone un coste importante para la empresa[2] y

[1] Como indicó SALA FRANCO, T., el absentismo laboral puede entenderse en un doble sentido, como "ausencias del trabajador al trabajo", comprensivas de las "faltas de puntualidad al trabajo" y de las "faltas de asistencia al trabajo", legalmente justificadas o no (absentismo laboral, propiamente dicho) y como "tiempo de trabajo perdido", esto es, el trabajador acude a su trabajo pero se dedica a tareas que no guardan relación con su puesto de trabajo, que podrá estar igualmente justificado o no ("absentismo presencial") en "El absentismo laboral en España y propuestas antiabsentismo desde el punto de vista legal", *Revista Ius et praxis*, 1, año 17, 2011, p. 281 y ss,

[2] El coste por la suspensión del contrato de trabajo para la empresa proviene del abono de cotizaciones, mejoras voluntarias colectivamente acordadas y en la disminución de la producción de la empresa por contar con menos *(...)*

Fecha Recepción: 31-5-2017 – Fecha Revisión: 19-6-2017 – Fecha Aceptación: 30-6-2017
Pags. 87-104

también para las arcas del sistema de Seguridad Social, pero también, en caso de inexistencia de mejoras voluntarias por la negociación colectiva, para el propio trabajador[3], por lo que, en sí, se pretende por el legislador es la reducción general del tiempo de disfrute de los procesos de incapacidad temporal, sean o no justificados.

Además esta causa de ausencia, la referida a razones de salud es *"el motivo más importante que justifica al trabajador para no acudir al trabajo"*[4] y el que por su carácter inesperado o imprevisible más desajusta a la organización. Así pues, la situación de incapacidad temporal *"genera intereses enfrentados entre el trabajador, el empresario y el sistema de Seguridad Social"*, lo que *"exige un actuar diligente y de buena fe por parte del perjudicado por la alteración de su salud, pero beneficiado por este conjunto de instituciones que tratan de subvenir a lo que debe ser una auténtica situación de necesidad sobrevenida. La buena fe del trabajador debe presidir sus comportamientos en estos períodos de baja, dada la intensidad de la carga pública que su situación genera y la afectación de tan diversos intereses*"[5].

Desde los años 80 del siglo pasado, el Ministerio de Trabajo ya apuntaba que los problemas de la financiación de estas prestaciones venía derivados del *"fraude que origina tanto por parte de los trabajadores a través de los procesos de incapacidad simulados o prorrogados artificialmente, con la colaboración o connivencia de bajas médicas de complacencia…"*[6]. Así pues, se ha entendido desde hace tiempo que, en general, los trabajadores en situación de incapacidad temporal no actuaban de buena fe, presumiéndose el fraude generalizado[7]. Presumiéndolo, de forma incorrecta a mi entender, en la totalidad de los posibles beneficiarios de las prestaciones[8]. Como dije en su momento[9], se acompaña, de

efectivos o bien en el coste de contratación de un trabajador sustituto, en el lógico caso de querer mantener la productividad de la organización.

[3] En sentido parecido, GARCÍA GONZÁLEZ, F. *Incapacidad temporal por contingencias comunes. Impacto de una intervención en la UVMI de Jaén,* Univ. Jaén, 2015, p. 20.

[4] Como indica CASTEJÓN CASTEJÓN, J. en *El papel de las condiciones de trabajo en la incapacidad temporal por enfermedad común y accidente no laboral,* Tesis Doctoral UAB, 2002, p. 25, en http://ddd.uab.cat/record/37043, consultado 18 de julio de 2016.

[5] En palabras de GARCÍA NINET, I,, "La alteración de la salud ha de ser controlada y atendida necesariamente por los mecanismos sanitarios del sistema de Seguridad Social "directos o autorizados"", en "La incapacidad temporal" en AAVV, Coord. Ojeda Avilés, *La incapacidad temporal,* Tecnos, Madrid, 1996, p. 24.

[6] Documento base para la reforma de la Seguridad Social de 1985. Como indica RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "el hilo conductor de las sucesivas intervenciones del legislador ha sido el de reducir las bajas de complacencia, que tanta repercusión negativa provocan sobre el dinero público y sobre los estándares de productividad empresarial, idea que cobra singular relevancia en los momentos actuales donde la grave y global crisis económica condiciona la dimensión cuantitativa de la financiación presupuestaria de la incapacidad temporal", en "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", *Temas Laborales* nº 118/2013 p. 118.

[7] Aunque siempre ha sido principio general del derecho que el fraude no se presume, en el ámbito de la Seguridad Social estamos acostumbrados a este tipo de presunciones por el legislador cuando se ha detectado en alguna prestación una bolsa de fraude significativa, como suele ocurrir, por ejemplo, con los beneficiarios de las prestaciones o subsidios por desempleo o con las personas que intentan acceder a la protección por incapacidad permanente desde la situación de inactivo.

[8] Sobre el tema véase, in extenso, MERCADER UGUINA, J., en "El control de la incapacidad temporal (Historia de una sospecha)", *Relaciones Laborales,* t. I, 2004.

[9] Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C, "Breves notas respecto de la gestión y el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad temporal (O sobre de cómo las Mutuas de Accidentes Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social pretenden arrogarse derechos que no les corresponden)", *Temas Laborales,* núm. 83/2006, pp. 209-224.

forma velada o no, como justificación a todas las reformas en la prestación de incapacidad temporal el importante absentismo a causa del fraude en estas prestaciones[10], por lo que se han ido creando aluvionalmente desde hace tiempo una serie innumerable de normas que, en regulación de la protección de incapacidad temporal, tenían como principal objetivo el control de estas prestaciones, con especial incidencia en las derivadas de contingencias comunes, respecto de las que se reguló con asombrosa desconfianza hacia los Servicios Públicos de Salud, al establecerse mecanismos para enmendar o corregir las decisiones de los médicos de familia[11].

Así pues, a lo largo de estos años, la mayoría de las modificaciones en la prestación de incapacidad temporal han puesto su objetivo en complicar el acceso a la prestación o en controlar el posible fraude en la obtención de la misma, "criminalizando"[12] a los trabajadores al presumir un fraude generalizado en la obtención de estas prestaciones, y estableciendo mecanismos diversos de control donde de implican varios médicos e inspecciones médicas que pueden dar de alta a los trabajadores ante la sospecha de un alargamiento indebido de la

[10] En el grupo de beneficiarios de esta prestación se han encontrado bolsas significativas de fraude. Ya que, por diversas actitudes, se ha alargado a veces de forma sorprendente la duración del disfrute de la prestación en patologías que habitualmente hallan curación en menos tiempo. A veces trabajadores, en cuyos convenios colectivos se había negociado una mejora voluntaria que suponía no perder capacidad adquisitiva durante la percepción de la prestación de incapacidad temporal (que como es conocido suele ser, aproximadamente, entre un 60 % y un 75 % del salario dejado de percibir, dependiendo de la contingencia y del momento temporal de la percepción), "fingían" continuar convalecientes; de hecho, es una cuestión de la que han podido beneficiarse los trabajadores fijos, llegando a observarse en algunos sectores, como la Administración Pública, situaciones que contrarían totalmente la eficacia y calidad que los servicios públicos deben ofrecer. Otras veces, algunos trabajadores que acababan un empleo sin derecho a prestación por desempleo o que finalizaban la protección por desempleo pretendían, con toda la razón que conlleva la necesidad, creemos, mantener un ingreso para alimentar a la familia ya que un sistema de Seguridad Social imperfecto e insuficiente no cubría sus necesidades mínimas. Es como llamó TORTUERO PLAZA, J.L, el *"refugio protegido*", al que acuden los trabajadores *"para dar respuestas a un sinfín de problemas que carecen de cauces adecuados en la ordenación de la relación laboral",* en "Reflexiones acerca de la incapacidad temporal", *RGDTSS* nº 10, 2006, iustel.com, p. 4. Consultada 15 de noviembre de 2016.

[11] La desconfianza provenía de parte de los servicios médicos de las entidades "pagadoras" de la prestación de incapacidad temporal, esto es, el INSS y las mutuas colaboradoras. La atribución de competencias a las Mutuas de Colaboradoras no ha sido demasiado bien visto por los profesionales del sistema público de salud ya que se oponían a la injerencia de asociaciones de empresarios en el control y gestión de las prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes. En el momento actual, el papel de las mismas es el del control y proposición de alta en su caso, pero ha de recordarse que en momentos anteriores hubo intentos (fallidos) de otorgar la competencias ya que a través de una norma tan insólitamente inapropiada como el art. 44 de Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en la Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios se vino a conceder esa mismas facultad de expedición de alta médica a efectos de las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes a *"los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social respecto del personal al servicio de los asociados a ésta en los términos que reglamentariamente se establezcan"*. Esa reglamentación nunca se efectuó porque no hizo falta ya que las modificaciones legales posteriores establecidas en la Ley 24/2001, art. 34. cuatro, ampliaron las causas de extinción del subsidio por incapacidad temporal, *"lo que viene a demostrar el objetivo de privatizar la fiscalización de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes venía siendo una idea obsesiva del legislador a la que éste no esta dispuesto a renunciar"*, como certeramente indicó LOZANO LARES, F., en *El mutualismo patronal en la encrucijada. De la doctrina del riesgo profesional a la debida prevención de los riesgos laborales,* CARL-Mergablum, Sevilla, 2002, pp. 126 y 127.

[12] En la segunda acepción del término "crimen" del diccionario de la RAE.

prestación, ya que lo importante ahora es, exclusivamente, el impedimento para el trabajo, independientemente de haber finalizado o no la curación o tratamiento curativo[13].

A mi juicio esa reordenación completa del sistema de gestión realizada y ¿culminada?[14] con el RD 625/2014, de 18 de julio, junto con su orden de desarrollo Orden ESS1187/2015, de 15 de junio no va a dar los frutos esperados en la reducción de costes y procesos de incapacidad temporal.

Como puede verse en la tabla, el gasto en prestaciones de incapacidad temporal, desde el inicio de la crisis económica en la que nos encontramos inmersos, se ha ido reduciendo anualmente a causa de diversos factores, quizás el más decisivo haya sido el descenso de personas empleadas, pero desde el 2013 comienza de nuevo a repuntar el gasto en esta prestación.

Año	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Gasto en Mill €	6257,55	5878,48	5456,26	4678,54	4354,88	4747,99	5379,75

Fuente: elaboración propia, a partir de datos del MEYSS

Este mismo repunte se refleja en la media mensual de procesos de incapacidad temporal iniciados:

Año	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Media mensual de procesos iniciados	430.596	367.365	350.804	283.923	262.345	269.158	298.924

Fuente: elaboración propia, a partir de datos del MEYSS

Y, finalmente, la duración media de las bajas, salvo 2010 y 2012 en los que hay un ligero ascenso de las duraciones medias de los procesos de IT, ha sido dispar: mientras que para los trabajadores por cuenta propia o autónomos la duración media de sus procesos de INCAPACIDAD TEMPORALha ido descendiendo de forma paulatina hasta los 88,64 días

[13] Como se ha dicho por LÓPEZ INSUA, BM, "*Las figuras del 'fraude' y del 'absentismo injustificado' constituyen piedra angular de esta institución, sin ellas no serían posibles las constantes revisiones a las que se encuentra expuesta la incapacidad temporal. Se pretende por todos los medios corregir esas deficiencias o errores de concepto a los que conduce esta prestación, reduciendo a un tiempo los elevados costes que se originan por esta causa. Sin embargo, este arma de doble filo no sólo conduce a experimentar continuos vaivenes normativos, sino que incluso llega a poner en duda los cimientos por los que erigió el ordenamiento social vigente", en "Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal: el nuevo papel de las mutuas en la reforma legislativa en curso*". BIB 2014\1652, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.165/2014, p. 23.

[14] Lo pongo entre signos de interrogación porque en Seguridad Social no hay nada culminado ni estable en el tiempo ya que todo depende de las "posibilidades del sistema". Y estoy seguro que la gestión y control de la incapacidad temporal seguirá entreteniendo a la doctrina en el futuro con las modificaciones o parches que, con celeridad pero sin suficiente reflexión, y bajo el prisma exclusivo del control del gasto en tal prestación, se adoptarán en el futuro por los Gobiernos correspondientes.

media de baja en 2015, para los trabajadores por cuenta ajena se han ido incrementando levemente hasta una media de 37,8 días de baja en 2015[15].

De los datos provisionales que se obtienen a fecha de 30 de septiembre de 2016, en la serie de estadísticas del INSS, parece que continúa el crecimiento en el gasto para este año[16].

2. ALTERACIÓN DE LA SALUD INCAPACITANTE Y ASISTENCIA SANITARIA.

Per se, la alteración de la salud es contingencia protegida del sistema de Seguridad Social español ya que el deterioro o pérdida de la salud es algo que afecta a cualquier ser humano, es un riesgo social y también es un riesgo potencial que puede actualizarse en cada individuo en cualquier momento y que necesita de la adopción de medidas técnicas sanitarias que permitan, en la medida de lo posible, devolver o restaurar la salud de la persona[17]. Pero es que, además y con frecuencia, la pérdida de la salud conlleva un menoscabo de la aptitud laboral que, cuando no es permanente, y es susceptible de superarse recobrando la capacidad a través de la asistencia sanitaria adecuada[18], viene cubierta por otra prestación del sistema que es la incapacidad temporal.

Como es conocido, la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) contempla dos situaciones que determinan el acceso a la prestación económica de incapacidad temporal y las dos tienen una relación directa con la protección de la salud del trabajador.

- La primera de ellas, *ex* art. 169.1 a) LGSS, la situación "común u ordinaria", supone un padecimiento o sufrimiento de enfermedad o accidente que conlleva un impedimento para el trabajo y la necesidad de recibir asistencia sanitaria.

- La segunda, *ex* art. 169.1 b) LGSS, la de "observación de enfermedad profesional", supone directamente un período de estudio y diagnóstico para observar si los síntomas que ofrece el trabajador están causados por alguna de las enfermedades profesionales tipificadas.

2.1. Asistencia sanitaria, alteración de la salud e incapacitación en la incapacidad temporal "común u ordinaria".

La mayoría de la doctrina entiende que los elementos que configuran el concepto de la incapacidad temporal son: la alteración de la salud, la necesidad de asistencia sanitaria, la incapacidad para el trabajo y la transitoriedad del proceso.

[15] La diferencia entre ambos colectivos puede deberse a que los trabajadores por cuenta propia no suelen disfrutar la incapacidad temporal para alteraciones de la salud de poca importancia o corta duración que ello supone en la gestión o en la continuación de sus negocios.

[16] http://www.segsocial.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Incapacidad_Temporal/index.htm, consultado el 1 de diciembre.

[17] Sobre el tema puede verse, in extenso, APARICIO TOVAR, J. en *La Seguridad Social y la protección de la salud,* Civitas, Madrid, 1989.

[18] Como indica BARBA MORA, A. en *Incapacidad temporal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 13.

En esta prestación se entremezclan dos contingencias: la alteración de la salud y la incapacidad no definitiva para trabajar[19]. Para recobrar o restablecer la salud, el sistema de Seguridad Social ofrece asistencia sanitaria. Para cubrir la situación de falta de ingresos por la incapacidad para trabajar, el sistema ofrece una renta sustitutiva del salario (aunque no de forma absoluta ya que se ha entendido por el legislador que la cobertura íntegra de los salarios por el sistema de Seguridad Social desincentivaría o desmotivaría al trabajador para su reincorporación a su puesto de trabajo).

Centrándonos en la primera, por el objeto de este trabajo, la asistencia médica es necesaria para combatir la enfermedad o las lesiones padecidas por el trabajador. Como se ha dicho, cuando desde la perspectiva de la prestación de la incapacidad temporal nos referimos a la asistencia sanitaria esta tiene una doble óptica: en un sentido estricto, identificándola con la asistencia médico-quirúrgica, farmacéutica, rehabilitadora, etc[20]; y en un sentido amplio, que únicamente comprendería un control, vigilancia y seguimiento por parte de los servicios médicos de la Seguridad Social del beneficiario de la prestación de incapacidad temporal. Es este segundo sentido *"en el que hay que atender exigible la necesidad de recibir asistencia sanitaria para el nacimiento y el mantenimiento del derecho a la incapacidad temporal como prestación, puesto que sin ella no se completarán los presupuestos fácticos del subsidio…"*[21].

Ha de recordarse que no todo deterioro o menoscabo de la salud lleva consigo el acceso a las prestaciones de incapacidad temporal: solamente aquellas alteraciones de la salud que comporten una pérdida de aptitud transitoria para el trabajo. Y es que, para que pueda obtenerse la prestación correspondiente de incapacidad temporal por parte de un trabajador, es necesario que la alteración, deterioro o menoscabo de salud que padezca conlleve una limitación, imposibilidad, falta de aptitud o, en definitiva, como se refiere la norma, incapacidad para poder desarrollar la actividad laboral que venía desempeñando[22]. Ha de ser un impedimento "significativo", que le incapacite temporalmente en el desarrollo de su actividad productiva. De hecho, la doctrina de los tribunales ha recalcado este "efecto expulsión" en el sentido de una verdadera incapacidad para trabajar no siendo suficiente por sí solo ni: el hecho de que se esté a la espera de una futura intervención; de que se acuda al médico de forma puntual en momento de crisis; de estar recibiendo asistencia sanitaria o

[19] Podría entenderse la alteración de la salud como la contingencia "madre" ya que de ella pueden derivarse, si se cumplen otros requisitos o presupuestos, otras prestaciones del sistema relacionadas con la imposibilidad temporal o definitiva para continuar trabajando a causa del deterioro o menoscabo de la salud padecida.

[20] En el sentido del contenido de la cartera de servicios sanitarios a que se refiere el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, en desarrollo de la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

[21] Nuevamente, BARBA MORA, A. en *Incapacidad temporal*, op. cit., p. 20.

[22] Se exige como requisito de la incapacidad temporal proceso patológico que provoque la alteración de la salud y se trate de una alteración de la salud que *"menoscabe su capacidad física y/o psíquica, sea causa de imposibilidad o incapacidad sobrevenida para trabajar. Dicho proceso maligno exige, por tanto que las mermas fisiológicas que padeciera el trabajador afectado necesiten de tratamiento médico y, además, que no permitan la ejecución de las tareas profesionales… de tal manera que no bastaría con la (simple) necesidad de requerir asistencia sanitaria –pues cabe la asistencia ambulatoria compatible con la actividad profesional–, ni tampoco sería suficiente que la incapacidad no requiriera asistencia sanitaria, sino que han de concurrir ambas circunstancias obstativas…"* La alteración de la salud o el proceso patológico que sufre el trabajador ha de tener, en cualquier caso, la suficiente entidad o intensidad para justificar su apartamiento temporal del trabajo, como indica GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., en *La incapacidad temporal en el RGSS*, Bomarzo, Albacete, 2005, p. 15.

farmacéutica compatible con el trabajo; de encontrarse recibiendo los tratamientos de rehabilitación; de tener que acudir a asistencia a consulta o mera revisión médica; ni incluso, finalmente, la realización de intervenciones de cirugía estética (vid STS de 21 de febrero de 2012)[23].

Así pues, la asistencia sanitaria actúa como un elemento necesario, la protección en especie dispensada tiene como función la recuperación funcional del trabajador, eliminar su incapacidad para el trabajo y, cumplida esta función, se podrá emitir el parte de alta correspondiente para la reincorporación al trabajo del beneficiario ya recuperado. Lo que ocurre es que, desgraciadamente, la ciencia médica no siempre consigue la finalización de todos los procesos patológicos por curación. Muchas de las técnicas aplicadas fracasan dando lugar resultados que van desde la imposibilidad de recuperar las aptitudes para el trabajo de forma definitiva[24] hasta el supuesto más doloroso del fallecimiento del trabajador.

Además, la asistencia sanitaria es un elemento fundamental para la recuperación profesional. De hecho, el rechazo o abandono injustificado del tratamiento médico lleva consigo la suspensión de la prestación. Los artículos 2.4 y 21 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, reconocen el derecho de todo paciente o usuario a negarse al tratamiento prescrito, debiendo su negativa constar por escrito, habiendo de firmarse el "alta voluntaria". Aunque el art. 102 LGSS de 1974 indicaba que reglamentariamente se establecería el procedimiento para calificar de razonable la negativa del beneficiario a seguir el tratamiento médico prescrito, especialmente si este fuese quirúrgico o especialmente penoso, ello nunca se produjo. La razonabilidad de la negativa ha venido interpretándose por la doctrina judicial caso por caso[25]. En definitiva, el problema se encuentra en la necesidad de apreciar un concepto tan subjetivo como la "razonabilidad", por lo que la doctrina ha entendido que esta causa suspensiva contemplada en el art. 175.2 LGSS ha de interpretarse de forma restrictiva[26].

Ha de tenerse en cuenta, abundando en esta cuestión, que el trinomio compuesto por alteración de la salud, asistencia sanitaria y situación de incapacidad, exige que tengamos que apuntar, aunque de forma sucinta, el papel cumple cada uno de los monomios en esta ecuación.

- De un lado, ha de determinarse si existe alteración de la salud. Ello no compete al ámbito jurídico, sino al médico. Al trabajador, tras acudir a la consulta de facultativo correspondiente, ya sea del Servicio Público de Salud o de la mutua colaboradora, se le

[23] Vid. en este sentido TORTUERO PLAZA, JL y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva.* Ed. Mapfre, Madrid, 1996, p. 10.

[24] Se afirma que la incapacidad temporal tiene autonomía y sustantividad propias y va dirigida a "proteger patologías –incluso congénitas– que admitan curación a corto plazo, pero no para patologías definitivas e irreversibles", vid., PÉREZ ALONSO, MA *La incapacidad temporal,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 18

[25] Vid. DOLZ LAGO, M. "La obligación del beneficiario de asistencia sanitaria en la Seguridad Social de someterse al tratamiento médico prescrito y sus excepciones según la jurisprudencia" en *I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* MSSS, 1981, pág. 633 y ss.

[26] De modo que *"solo cuando se aprecie una mala fe evidente y clara por parte del sujeto destinada a prolongar su alteración de la salud con el fin de prolongar la prestación económica, podríamos determinar la concurrencia de la misma"*, como indica JOVER RAMÍREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 386.

realizará un reconocimiento médico para la determinación objetiva de la enfermedad o lesión que se alega. Confirmada la misma con las pruebas que se hayan determinado oportunas, si tiene gravedad suficiente para incapacitar al trabajador para su profesión, se emitirá el correspondiente parte de baja médica por incapacidad temporal. Hay casos muy complicados. Especialmente, cuando trabajadores de mala fe intentan aparentar una enfermedad o exagerar unas dolencias para iniciar o prolongar el disfrute de la situación de incapacidad temporal; será la pericia de los facultativos la que tendrá que impedir estas situaciones (que, de otro lado, supondrían una extinción de la prestación por fraude).

- De otro lado, y en inmediata correlación con lo anterior, nos encontramos con la cuestión más delicada y compleja: saber si la intensidad de la alteración de la salud que se padece afecta a la capacidad para trabajar. Y ello porque no toda alteración de la salud (indisposición o incluso una enfermedad o dolor persistente que no impida trabajar) justifica la baja por incapacidad temporal, aunque pudiera precisar asistencia sanitaria[27]. Deberá, pues, existir una correlación entre la alteración de la salud y la incapacidad que sufre el trabajador. Es decir, el empleado ha de "estar impedido para el trabajo" o, dicho con otras palabras, la alteración de la salud deberá de revestir tal intensidad como para mermar la "capacidad laboral" de la persona del trabajador[28].

Como se ha dicho con razón, "serían innumerables los ejemplos que pondrían de manifiesto cómo una misma lesión produce efectos distintos según cual sea la actividad profesional del individuo afectado, por lo que la referencia a la profesión hace que de lesiones idénticas (relativamente) puedan derivarse calificaciones diversas. Hasta el punto de que una misma afección podrá ser impeditiva para un determinado trabajo, (y) no serlo en absoluto para otro…"[29]. Dicho de otro modo, la cuestión es de un "gran relativismo" ya que no todas las alteraciones de la salud afectan por igual a todos los trabajadores ni para los mismos o distintos trabajos[30]. Especialmente cuando en aplicación del principio médico de universalismo, todos los seres humanos tienen, de hecho o en potencia, alguna limitación en su funcionamiento corporal, personal o social asociación a una condición de salud.[31]

Para poder valorar esta incapacidad, los médicos han de conocer los motivos que la han causado; los déficits funcionales u orgánicos que han quedado, y finalmente, valorar medicamente la incapacidad en relación a las actividades realizadas por trabajador tanto en el orden personal, como profesional-laboral[32]. Por lo que para valorar la capacidad laboral habrán de examinarse dos grupos de circunstancias: la valoración del puesto de trabajo y la valoración de la capacidad física y/o psíquica del trabajador[33]. Pero, por desgracia, la

[27] Vid, MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad como contingencia protegida por la Seguridad Social,* Thomson-Aranzadi, 2005, p. 25.

[28] Vid. LÓPEZ INSUA, BM, *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social,* Ed. Comares, Granada, 2014, p. 85.

[29] Vid., nuevamente, TORTUERO PLAZA, JL y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva,* op. cit., p. 15.

[30] Vid. DUEÑAS HERRERO, L. "Contingencia y prestación de incapacidad temporal" en AAVV, *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico.* Coord. Blanco Martín, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 43.

[31] Vid. GARCÍA GONZÁLEZ, F. *Incapacidad temporal por contingencias comunes. Impacto de una intervención en la UVMI de Jaén*, Univ. Jaén, 2015, p. 25

[32] Como indica, OJEDA GIL, J.A *Valoración de la incapacidad laboral,* Ed. Diaz de Santos, Madrid, 2005, p. XIX.

[33] Así lo propone en propio INSS, en AAVV *Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Instituto Salud Carlos III, INSS, Madrid, 2010, *"De una (...)*

realidad es otra, como dice LÓPEZ INSUA, *"en la práctica el facultativo que emite el parte de baja a la hora de evaluar el estado de salud del enfermo únicamente se centra en la integridad corporal del sujeto y su capacidad funcional genérica, haciendo abstracción de su capacidad para la profesión habitual. Y toma en consideración la dolencia objetivamente considerada, en vez de determinar si la dolencia concreta que sufre el trabajador le impide o no el desempeño de su profesión específica"*[34]. Quizás por ello, y para evitar esta disfunción en la valoración, los nuevos partes de baja, tras el RD 625/2014, tienen en cuenta no solo la patología sino la edad del trabajador y su ocupación.

En este control médico pueden darse decisiones del facultativo responsable o, en su caso, de la inspección médica, que entiendan que el trabajador ya ha recuperado su aptitud para trabajar aunque, quizás pueda seguir necesitando de asistencia sanitaria y, por lo tanto, dando el alta médica. Estos supuestos son los más litigiosos ya que podríamos encontrarnos ante situaciones de valoración incorrecta de la situación al no haber recuperado realmente el trabajador su aptitud para trabajar o bien el trabajador entienda que el seguir necesitando asistencia sanitaria lleva consigo automáticamente la continuidad en el proceso de incapacidad temporal. Y es que una de las cuestiones más complicadas desde el punto de vista médico es tener la certeza de haberse recuperado la capacidad para volver a trabajar, esto es, conocer el momento real en que los tratamientos médicos dispensados han logrado hacer sus efectos, vencer la enfermedad o la lesión padecida, y permiten la reincorporación al trabajo, aunque residualmente pueda continuar la necesidad de recibir asistencia sanitaria.

- Finalmente, la asistencia sanitaria, a la que ya nos referimos anteriormente, es no solo el instrumento o medio técnico para la recuperación de la salud alterada, sino también es un medio de control de las lesiones o enfermedades por lo que la norma indica que lo será "mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social", entendiendo por Seguridad Social tanto la asistencia sanitaria prestada por los servicios públicos de salud como por la entidades colaboradoras (mutuas colaboradoras o empresas en colaboración voluntaria)[35].

2.2. Asistencia sanitaria y posible alteración de la salud en la incapacidad temporal "por observación de enfermedad profesional".

Indica el art. 169.1 b) LGSS, que la situación de incapacidad temporal por "observación de enfermedad profesional", supone directamente un período de estudio y diagnóstico para observar si los síntomas que ofrece el trabajador están causados por alguna

forma simple, la valoración de la capacidad, dependería de las consecuencias anatómicas, fisiológicas, psicológicas o de otro tipo que provoque el proceso patológico y de la compatibilidad o no con los requerimientos anatómicos, fisiológicos, psicológicos o de otro tipo que necesite el puesto de trabajo en concreto", pp. 24 y 25.

[34] Op. cit. p. 87.

[35] Y es que, como ha dicho la doctrina desde hace tiempo, estar recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social no excluye la posibilidad de asistencia sanitaria externa siempre que los partes de baja, confirmación y alta queden bajo el control de la propia Seguridad Social, vid. ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos Madrid, 1991, 4º ed, pág. 241. En palabras de GARCÍA NINET, I., *"La alteración de la salud ha de ser controlada y atendida necesariamente por los mecanismos sanitarios del sistema de Seguridad Social «directos o autorizados»"*, en "La incapacidad temporal" en AAVV, Coord. Ojeda Avilés, *La incapacidad temporal,* Tecnos, Madrid, 1996, p. 24.

de las enfermedades profesionales tipificadas. Esta norma trae su origen en la Orden de 29 de marzo de 1946 que los denominaba como "períodos de diagnóstico".

Se ha dicho que esta situación de IT, al no participar plenamente de la caracterización conceptual de la contingencia general es una "situación asimilada a la de incapacidad temporal"[36].

En este supuesto no hay una situación incapacitante, ni tiene porqué haber una alteración de la salud significativa, sólo bastaría con tener síntomas de una posible enfermedad relacionada con el trabajo que se ejecuta. El elemento fundamental aquí es la asistencia sanitaria, pero no reparadora, sino preventiva *"para tratar de atajar así un peligro, posiblemente grave, que acecha la salud del trabajador, y de lo cual puede darnos un primer indicio importante el tipo de empresa y el puesto de trabajo desempeñado en la misma"*[37]. Lo que se trata es de retirar al trabajador de su puesto de trabajo (puesto que estará, o debería de estar, evaluado como puesto con riesgo de contraer una enfermedad profesional) para que sea reconocido por el médico y durante el tiempo necesario para estudiar si los síntomas que presenta incuban una enfermedad profesional. No hay pues incapacidad para trabajar, ni siquiera hay certeza de que haya una enfermedad, solo una sospecha. Se produce, pues, la suspensión del contrato de trabajo durante el estudio médico hasta la obtención del diagnóstico definitivo. Además, *"puede ser aconsejable separar temporalmente al trabajador de su puesto de trabajo para que la presunta enfermedad profesional –o los síntomas de la misma– no siga progresando o no la haga con mayor rapidez por continuar en él"*[38].

3. EL CONTROL MÉDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL[39].

3.1. Los distintos médicos o servicios de inspección médica implicados.

El proceso además se complica, de un lado, por el diseño prestacional que depende de la contingencia que provenía la incapacidad temporal y, de otro lado, por la cantidad de entidades intervinientes que pueden concurrir en este proceso: desde el médico de atención primaria del Servicio Público de Salud, el médico de la mutua colaboradora o el de la empresa en colaboración voluntaria, hasta los Inspectores Médicos del Servicio Público de Salud o del INSS e incluso, *ex* art. 20.4 ET por el control de la empresa[40]. Una gestión

[36] Vid. TORTUERO PLAZA, JL y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva. op. cit, p. 7

[37] Nuevamente, GARCÍA NINET, I., "La incapacidad temporal", op. cit., p. 25.

[38] Vid. DUEÑAS HERRERO, L. "Contingencia y prestación de incapacidad temporal", op. cit., p. 55.

[39] Desde este apartado, seguimos el trabajo presentado al Congreso de la AESSS de 2016, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., en "El control médico de las situaciones de incapacidad temporal para el trabajo", publicado en la obra colectiva AAVV *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea,* Murcia, Laborum, 2016, pp. 449 y ss.

[40] Vid. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", op. cit., p. 138 y ss y RODRÍGUEZ CRESPO, MJ, "La facultad de vigilancia y control por parte del empresario de la incapacidad temporal: elenco de pruebas admitidas y no injerencia judicial en materia de sanciones", *Temas Laborales* nº 110, 2001, p. 207 y ss.

racional y eficaz de la prestación de incapacidad temporal exige la estrecha colaboración de todos ellos[41].

El art. 170 LGSS hace un reparto de competencias en los procesos de incapacidad temporal[42], quedando como entidad predominante en el control de la salud de los beneficiarios en situación de incapacidad temporal al INSS.

De hecho, la norma distingue dos períodos, antes y después de los 365 días duración de la incapacidad temporal (en caso de que la misma se prolongue tanto). Tras dicho período la única entidad de control es el propio INSS a través de sus servicios médicos del Equipo de Valoración de Incapacidades porque es quien puede reconocer la situación de prórroga expresa de 180 días más o bien porque puede determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien, finalmente, porque puede emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS. De igual modo, el INSS será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal producida, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica.

Durante los primeros 365 días del proceso de incapacidad temporal, el control de la prestación de incapacidad temporal dependerá de quién la tenga atribuida por la opción realizada por el empresario, de incluirse o no en una mutua colaboradora y, en este último caso, de si ha cubierto con la misma también la incapacidad temporal por contingencias comunes, en tal caso (ex art. 81.2, 82.4 y 83.1 a) LGSS). Si el empresario no se ha adherido a una mutua, lo cual es algo poco usual ya que la gran mayoría de ellos están adheridos a una mutua colaboradora[43], serán las entidades gestoras las encargadas de la incapacidad temporal, produciéndose un reparto de competencias ya que la asistencia sanitaria corresponde al Servicio Público de Salud, dependiente, salvo Ceuta y Melilla, de las Comunidades Autónomas y la gestión de la prestación (que es automática tras la presentación del correspondiente parte de baja) corresponde al INSS o al ISM.

Si el empresario se ha adherido a una mutua colaboradora sólo para las contingencias profesionales, será la mutua quien gestione la prestación económica y la asistencia sanitaria, correspondiendo pues, al servicio médico de la mutua la determinación y control de la incapacidad temporal por dicha contingencia (para las incapacidades temporales por contingencias comunes de sus trabajadores nos remitimos a lo dicho anteriormente). Si, además, el empresario ha asegurado con la mutua colaboradora la incapacidad temporal por contingencias comunes, será competente para su gestión en materia de asistencia sanitaria el

[41] Como indica MONTOYA MELGAR, A. "El marco normativo de las prestaciones derivadas de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes y propuestas para la mejora de su gestión", AAVV, *Primera Jornada sobre incapacidad temporal,* Ed. Instituto Superior de Estudios Empresariales, Madrid, 2002, p. 48.

[42] En general sobre la gestión de la incapacidad temporal y el reparto de competencias entre el INSS, mutuas y Servicio Público de Salud, vid. MONREAL BRINGSVAERD, E. "Control público de la incapacidad temporal y absentismos laboral: puntos críticos", *RGDTySS* nº 28, 2012, p. 111 y ss.

[43] La última memoria económico-financiera y de gestión de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social es de 2013, en el mismo se indica que respecto de la gestión de contingencias profesionales (desde el 2009 en adelante que realiza la comparativa) el porcentaje sobre el total de trabajadores protegidos que gestionan las MCSS es entorno al 78 %, frente al 22 % de los que se encargan las entidades gestoras. Respecto de la gestión de incapacidad temporal por contingencias comunes, el porcentaje es algo menor, no llega al 70 %. Vid. http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/213699.pdf, consultado 10 de julio.

Servicio Público de Salud, determinando el inicio y, habitualmente, el fin de los procesos de incapacidad temporal, quedando para la inspección médica del INSS y para los servicios médicos de la mutua el control de las mismas[44]. La gestión económica en este supuesto también corresponde también a la mutua.

Todo ello se complica puesto que existe un papel de control adicional que incide especialmente en los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes. Parece que en el sistema de Seguridad Social, nuestro legislador, no se fía del personal estatutario de la Seguridad Social, de los médicos empleados públicos que han de iniciar los procesos de incapacidad temporal y en vez de sancionar a los que, de entre ellos, aumentan de forma improcedente las bajas médicas, lo que hace es controlar, casi acechando, a los trabajadores. Es cierto que algunos trabajadores han podido engañar a los médicos y mediante esta conducta fraudulenta han alargado sus procesos. Pero la dilación de muchos de este tipo de procesos de incapacidad temporal proviene o puede provenir tanto por causa de la incompetencia de algunos facultativos como por el deficiente funcionamiento del Sistema Nacional de Salud. Lo que se produce a causa tanto de los recortes como de la mala gestión de los responsables de sanidad de las distintas Comunidades Autónomas que impiden realizar las pruebas médicas o las intervenciones precisas en formas y tiempos adecuados que impidan la prolongación de la ausencia del trabajador en situación de incapacidad temporal a su puesto de trabajo.

Por ello, en estos supuestos, se produce un doble control: de un lado, los inspectores médicos del Servicio Público de Salud pueden emitir altas para terminar con el proceso de incapacidad temporal, y, de otro lado, dentro de los primeros 365 días del proceso de incapacidad temporal, *ex* art. 170 LGSS, también pueden hacerlo los inspectores médicos del INSS quienes ejercerán *"las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, para emitir un alta médica a todos los efectos"*. Además, en este caso, o sea cuando el inspector médico del INSS ha declarado el alta médica de un trabajador, sólo podrá ser un inspector médico del INSS, el que pueda *"emitir una nueva baja médica producida por la misma o similar patología"* durante los 180 días siguientes a la citada alta médica.

3.2. El control de la incapacidad temporal procesos

Como es conocido el RD 625/2014, de 18 de julio,[45] ha establecido 4 tipos de procesos según la duración estimada de la incapacidad temporal, hasta 4 días, de 5 a 30 días, de 31 a 60 días y más de 61 días naturales.

Salvo el primer tipo de proceso, que no tiene revisión médica ya que el parte de baja y alta se produce en el mismo acto médico[46], los demás tienen revisión tras los 7, 7 y 14 días

[44] Pudiendo los servicios médicos del INSS dar el alta a los trabajadores en caso de que lo estimase oportuno, y el servicio médico de la mutua hacer controles médicos y, en su caso, proponer el alta a la inspección médica del INSS.

[45] Un estudio sistemático de la norma puede verse en PANIZO ROBLES, J.A. en "De nuevo el control de la incapacidad temporal: Apuntes sobre el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración", BIB 2014\3231, *Revista Información Laboral* nº 7, 2014.

naturales respectivamente, desde la fecha de la baja inicial para emitir el alta o la confirmación de la baja. El resto de los partes de confirmación se realizarán a los 14, 28 y 35 días naturales, respectivamente, para cada uno de los procesos. En cualquier caso, siempre que se produzca una modificación o actualización del diagnóstico, se emitirá un parte de confirmación que recogerá la duración estimada por el médico que lo emite. Y los siguientes partes de confirmación se expedirán en función de la nueva duración estimada. Se ha considerado, por parte de la doctrina, esta modificación de forma positiva porque agilizará *"la atención a los beneficiarios del subsidio de incapacidad temporal (y) descargará de trabajo a los facultativos que les permitirá una atención más personalizada de sus pacientes, al menos en lo que a la duración de la baja médica se refiere"*[47]. Lo cual es sin duda cierto, pero en mi opinión el proceso previsto está diseñado, con la finalidad principal, de ahorrar costes, esto es, con criterios economicistas para evitar situaciones fraudulentas[48].

Esta forma de predeterminación temporal del parte de alta médica se convierte en una forma de *"presión-control"* que tiene un efecto adicional: cuando el alta prevista no se produzca bien por la modificación del diagnóstico, bien por la evolución del propio proceso, *"actuará como señal de alarma para la actuación puntual de los inspectores médicos del INSS, en la medida en que tienen competencias para el alta médica"*. Actuación que viene facilitada por la información recibida por el INSS desde el mismo momento en que se expide la baja médica, así como por el acceso telemático de toda la información clínica del trabajador[49]. Con ello, en caso de expedirse el alta médica por los inspectores del INSS, a partir de dicho momento, se encargarán del proceso ya que son ellos los que únicamente, durante los 180 días siguientes, pueden emitir partes de baja por la misma o similar patología.

Junto a este sistema de control, se mantiene el doble informe:

- El informe médico complementario por el propio facultativo, pero sólo para los procesos de duración superior a 30 días naturales[50]; procesos en los que el segundo parte de confirmación de la baja irá acompañado del informe médico complementario en el que se indiquen: las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, las pruebas médicas realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado. Informe que se actualizarán cada dos partes de confirmación posteriores.

---

[46] A lo más se autoriza que el trabajador solicite un reconocimiento médico el día en se hay fijado el alta, en el que el facultativo en caso de que no se hubiese cumplido el pronóstico de recuperación de la capacidad laboral, pudiera emitir un parte de confirmación de baja.

[47] Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, FJ., en "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio," BIB 2014\3564, *REDT* nº 168/2014, p. 5.

[48] En este sentido también, PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. en "Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de incapacidad temporal" *Aranzadi Social,* núm. 21, 2010 (BIB2010/252), p. 3.

[49] Así lo indicó TORTUERO PLAZA, J.L. en "La nueva regulación de la incapacidad temporal: puntos críticos y alcance del RD 625/2014, de 18 de julio", Ponencia dictada en Foro Aranzadi de Málaga, en 2015, p. 15 y ss. También respecto de la "presión y control", vid. GARCÍA QUIÑONES, JC y MORENO ROMERO, F, en "La regulación de la incapacidad temporal como factor dinamizador de las relaciones laborales: la experiencia española", *Rev. Direito Brasileiro*, vol. 2015, p. 298.

[50] También en los procesos previstos de duración menor a 30 días pero que sobrepasen el período estimado en caso de modificación de las condiciones de salud del trabajador.

- El informe de control trimestral por parte de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud[51] en el que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad temporal del trabajador.

3.3. Protocolos de tiempos óptimos de incapacidad temporal.

El art. 2.2 del RD 625/2014, siguiendo en cierto modo al art. 3.2 del RD 575/1997, indica que, con el fin de que las actuaciones médicas cuenten con el mayor respaldo técnico, se pondrá a disposición de los médicos a los que competan dichas actuaciones tablas de duración óptima tipificadas por los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades, así como tablas sobre el grado de incidencia de aquellos procesos en las distintas actividades laborales.

Esto es, se ha adoptado un protocolo de tiempos óptimos para que los médicos del Servicio Público de Salud los tengan en cuenta respecto de la duración de los procesos de incapacidad temporal [52]. En dicho protocolo se indica que el tiempo estándar es *"el tiempo medio óptimo que se requiere para la resolución de un proceso clínico que ha originado la incapacidad para el trabajo habitual, utilizando técnicas de diagnóstico y tratamiento normalizadas y aceptadas por la comunidad médica y asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria del trabajador"*.

De partida, el concepto ya acarrea un problema: la demora en la asistencia sanitaria en nuestro Estado, tras los recortes de los últimos años, salvo los supuestos de urgencia vital, es relativamente alta. Aunque no se tienen en cuenta todas las variables para la consecución del tiempo óptimo de baja, se aplican coeficientes según la ocupación y la edad del trabajador. Algo es algo. Pero es insuficiente ya que el catálogo de grupos profesionales que tiene es muy amplio y el factor de corrección de la edad no tiene en cuenta los antecedentes clínicos de cada trabajador. Por ello, aunque puede considerarse un avance en la medida en que puede ser una herramienta interesante y francamente útil para los facultativos[53], ha de recordarse, como dice el aforismo médico, que no existen enfermedades sino enfermos ya que *"cada individuo es un caso único y generalmente irrepetible que va a requerir un tratamiento interpretativo único. El propio interesado, dependiendo de su actitud y de su incentivación hacia el trabajo, podrá 'superar', mejor o peor, su enfermedad."*[54]

Abundando en esta cuestión, lo cierto es que muchos diagnósticos se hacen por pura experiencia y anamnesis sin poder realizar pruebas complementarias que confirmen la

[51] Se ha dicho que, a pesar de ser la intención buena, este período tan corto puede producir la "trivialización" del informe de control por burocratización, indicando que "la misión genuina inspectora debería de darse en supuesto excepcionales" relacionadas con el fraude o con las prolongaciones de bajas sin causa, nuevamente, FERNÁNDEZ ORRICO, FJ, op. cit., p. 9.

[52] http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/178382.pdf

[53] O dicho de otro modo, "*Ciertamente, en estos casos, la pura objetivación es difícil, porque como hemos dicho, es importante la influencia que los elementos subjetivos tiene en el efecto reductor que sobre la capacidad de trabajo de un sujeto, tiene cada dolencia. Pero, salvados estos obstáculos, el establecimiento de estas tablas, significa un paso adelante en la lucha contra la posible simulación de dolencias causantes de la incapacidad*", como indica, JOVER RAMÍREZ, C, en *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, op. cit., 457.

[54] Como se indica en la *Guía de valoración de incapacidad laboral para médicos de atención primaria*, op. cit., p. 24.

posible enfermedad por la tardanza de las mismas en muchas ocasiones, por lo cual la confirmación de una enfermedad podría tardar meses. Ha de tenerse en cuenta que los médicos de familia no son especialistas en medicina del trabajo, ni tampoco la mayoría de los médicos del Equipo de Valoración de Incapacidades y de las mutuas colaboradoras.

Junto con ello, muchas de las enfermedades para su diagnóstico certero exigen del conocimiento por un especialista y lo que no puede permitirse es que, en el Servicio Público de Salud, la derivación a un especialista para la confirmación del diagnóstico de la sospecha de una enfermedad detectada por el médico de familia pueda demorarse varios meses. Ahí es donde está el problema real, más que en el absentismo o la simulación de una situación de incapacidad temporal [55]. Los recortes económicos en los presupuestos de asistencia sanitaria impiden el ejercicio del mismo en tiempo certeros y cercanos. Si se recorta en asistencia sanitaria no puede echarse la culpa del absentismo al fraude de los trabajadores que quieren mantenerse más tiempo de baja, sino en el propio fracaso del sistema que alarga las bajas por falta de medios para atender de forma adecuada a los trabajadores enfermos.

3.4. La propuesta de alta y su impugnación

La regla general, y lógica, es que las altas sean dadas por el facultativo del Servicio Público de Salud o de la mutua colaboradora que atendió al trabajador. Pero la desconfianza hacia los médicos del servicio público ha hecho que el sistema de gestión esté controlado de forma absoluta por el INSS y su equipo médico. Como se dijo anteriormente, ya no solo en los supuestos en los que los procesos duren más de 365 días, en los que la única que tiene atribuida competencia es la Inspección Médica del INSS, sino también en los procesos de incapacidad temporal de duración inferior a 365 días (ex art. 170 LGSS y RD 625/2014). Lo más curioso de todo es que la mayoría de los médicos que intervienen en todos estos procesos de control no son especialistas en medicina del trabajo, y alguno de ellos pueden verse movidos por criterios de "cumplimiento de objetivos" o "criterios economicistas" antes que por la defensa de derecho a la protección de la salud del beneficiario de la prestación de incapacidad temporal.

En muchas ocasiones, los trabajadores que se sienten enfermos o lesionados, y no suficientemente recuperados para incorporarse a sus puestos de trabajo, se oponen, por estar en desacuerdo, a las altas médicas emitidas, independientemente por quien sean dadas.

Salvo el supuesto general de reclamación previa, el sistema establecido para la impugnación de altas médicas en vía administrativa es complejo, y con plazos tan cortos que impiden una correcta defensa, produciendo inseguridad jurídica[56]. En su momento, por el RD 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal, fueron regulados tanto los procesos referidos a las impugnaciones de altas por la Inspección Médica del INSS al llegar a los 365 de proceso de incapacidad temporal, como los procesos de impugnación las altas por las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social y empresas colaboradoras respecto de incapacidad temporal por

[55] Incluso es posible que la petición de cita para su médico de familia para su atención pueda demorarse hasta varios días, por lo cual le sería difícil justificar su posible incapacidad temporal desde el primer día.

[56] Vid. LÓPEZ INSUA, BM, *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, op. cit., p. 354.

contingencias profesionales, antes de los 365 días de proceso[57]. La inmensa mayoría de estas impugnaciones de alta médica terminan en la confirmación del alta e incluso, respecto de la impugnación de las altas por contingencias profesionales dadas por las mutuas, viene a entenderse la obtención de las prestaciones de incapacidad temporal durante los días que dura el procedimiento como "prestaciones económicas indebidamente percibidas". Lo cual es sin duda una forma de evitar las impugnaciones de forma inapropiada y no ajustada a Derecho[58].

Aunque tras las mismas cabría acceder a los juzgados de lo social (con el coste económico que ello conlleva para el trabajador ya que para tener éxito en este tipo de procesos lo suyo es estar representado letrado o graduado social y llevar a un perito médico que confirme las dolencias padecidas, profesionales que han de ser abonados por el propio recurrente), las sentencias que se puedan obtener muchos meses, o incluso años después, y que den la razón al trabajador declarando el alta indebida, no servirán para nada. Me explico. Si al trabajador le dan un alta y este la recurre como indebida ha de incorporarse al puesto de trabajo ya que la no incorporación puede entenderse como dimisión o cese voluntario. La sentencia que le de la razón y declare el alta como indebida es de difícil ejecución ya que si se le solicita la prestación de incapacidad temporal al INSS este la denegará por haber realizado un trabajo incompatible. Además, los salarios son más altos que la prestación, por lo que la ejecución incluso podría perjudicar a quien ha obtenido el triunfo en el pleito.

Sería necesario, en mi opinión, en estos casos articular un sistema para reparar daños y perjuicios de forma automática sin acudir a otro pleito de resultado incierto. La cuestión es que los perjuicios que más fácilmente podrían cuantificarse serían los gastos judiciales, pero ¿cómo se cuantifica el dolor o sufrimiento por haber ido a trabajar si tener una capacidad real para ello? Además tendrían que articularse medidas concretas en el ámbito sancionador disciplinario administrativo (ya que el penal es casi imposible que prospere) para los médicos que han actuado incorrectamente al dar un alta indebida. Pero, realmente, ¿qué Administración va a sancionar a un médico que adopta unos criterios que la benefician económicamente al haber ahorrado en prestaciones?

Todo ello crea un conflicto adicional ya que, en aplicación del art. 25.1 LPRL segundo párrafo, se establece como obligación empresarial que *"los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo."* Ello supone poner en el ámbito del empresario un problema importante: si el trabajador comunica su situación al empresario y éste no puede adaptarle el puesto de trabajo a la capacidad residual que tiene, en caso de accidente de trabajo, podría ser responsable e incluso con un recargo de prestaciones, si se

[57] Sobre el tema, in extenso, vid. OLARTE ENCABO, S. en "Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo", *Aranzadi Social*, nº 20, 2011, p. 6 y ss.

[58] Vid, nuevamente, TORTUERO PLAZA, J.L. en "La nueva regulación de la IT: puntos críticos y alcance del RD 625/2014, de 18 de julio", cit. p. 12.

determinara que el accidente está causado por haber empleado al trabajador en un puesto que contrajera peligro para el o para otros.

3.5. Propuesta de alta por incomparecencia

Finalmente, nos encontramos que la falta de asistencia del trabajador a los reconocimientos médicos, al control sanitario, puede llevar consigo, en un primer lugar, la suspensión cautelar por incomparecencia ante el INSS o los médicos de la mutua, *ex* art. 175.3 LGSS y, seguidamente, en relación con el art. 174. LGSS la posible extinción de la situación de incapacidad temporal ya que entiende como causa de extinción del derecho 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 colaboradora con la Seguridad Social"*. Con esto se le da un papel importante a los servicios médicos de las mutuas en el control de las situaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes, que ellas gestionan económicamente pero no tienen asignada la gestión médica sobre las mismas pues corresponde al Servicio Público de Salud[59].

La interpretación de ambos preceptos, para dar coherencia, supone que cualquier incomparecencia para examen y reconocimiento médico produce la "suspensión cautelar del derecho" y comprobada si la incomparecencia fue o no justificada, se producen diversos efectos: si fue justificada (y el trabajador continúa impedido y con necesidad de asistencia sanitaria) se continuará percibiendo la prestación. Si se entiende que fue injustificada, en aplicación del art. 174 LGSS, supondría la extinción del derecho.

Estas propuestas de alta dan lugar a varios problemas ya que si se extingue el derecho por la incomparecencia "a secas" es posible que el trabajador aún no esté curado y por lo tanto no pueda realizar su trabajo, por lo que la incorporación daría lugar a nuevos problemas para el empresario en aplicación de la LPRL como anteriormente se apuntó y la no incorporación podría entenderse como dimisión o cese voluntario. En mi opinión se podría haber establecido otra sanción intermedia, por ejemplo, la pérdida de tantos días de prestación como mediase entre la fecha de la comparecencia y la fecha real de asistencia o algo parecido.

En cualquier caso, si no se justifica la incomparecencia en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha en que estaba citado el trabajador a comparecencia a reconocimiento médico el art. 9.6 RD 625/2014 abre una doble vía: la extintiva del derecho a la prestación que la lleva a cabo el director provincial del INSS o del ISM y la posible alta médica por incomparecencia realizada por el inspector médico que en tal caso solo podría hacerse en caso de que el trabajador que no ha comparecido ya estuviese curado, ya que de no ser así podría entenderse como un acto de prevaricación, ex art. 404 CP, por dicho inspector médico[60].

[59] Ha de recordarse que según el Tribunal Supremo más que ante el ejercicio de una potestad sancionadora estamos ante un típico acto de gestión económica que puede ejercer no solo el INSS sino también la mutua, SSTS 13-12-2007 (RJ 1273), 18-2-2009 (RJ 2575) y 15-4-2010 (RJ 4657).

[60] Vid. TORTUERO PLAZA, JL, en "La nueva regulación de la IT: puntos críticos y alcance del RD 625/2014, de 18 de julio", cit. p. 10. entiende que este párrafo del art. 9.6 del RD 625/2014 referido a las altas por parte de la inspección médica "es inoportuno y carece de habilitación legal".

Para rematar esta cuestión, el art. 25.2 LISOS, como infracción grave recoge el "no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las entidades gestoras o colaboradoras, en los supuestos así establecidos, así como no presentar ante las mismas los antecedentes, justificantes o datos que no obren en la entidad, cuando a ello sean requeridos y afecten al derecho a la continuidad en la percepción de la prestación", llevando aparejada la sanción de extinción de la prestación. Esto enlaza con lo que anteriormente mantuvimos de que las modificaciones en el procedimiento de control y gestión están pensando en que el único culpable es el trabajador, en la criminalización de su conducta (en el sentido de la segunda acepción de crimen de la RAE).