

EL CONTROL DEL «USO CORRECTO» DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL: LOS SUPUESTOS DE PÉRDIDA O SUSPENSIÓN

Belén del Mar López Insua

Profesora Doctora Contratada Laboral.

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

EXTRACTO

Actualmente, la incapacidad temporal (IT) constituye una de las prestaciones más problemáticas e importantes que existen en nuestro sistema jurídico. Tal es así que, desde los últimos años, el continuo vaivén de movimientos normativos que la han acontecido no ha dudado en ningún momento de complicar, si cabía aún más, el panorama existente. Lo que ha llegado hasta el extremo de convertir a esta contingencia en el punto de mira de nuestra doctrina y jurisprudencia, principalmente a causa de su compleja estructura, caótica regulación y controvertida interpretación.

Uno de los temas más controvertidos que encierra esta problemática es, sin lugar a dudas, aquel referido a la «pérdida o suspensión del derecho» que regula el artículo 132 de la vigente Ley General de la Seguridad Social. A simple vista, la falta de correlación que ofrece el enunciado de este precepto con el propio desarrollo del mismo ya da muestra evidente de las dificultades que en la praxis presenta el mismo. Y ello, por no hablar de las constantes remisiones que a otros textos normativos debe llevar a cabo este articulado para tratar de regular esta materia, lo que unido al sinfín de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales convierte a esta en una temática de difícil interpretación.

En este sentido, la nueva 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, ha introducido cambios importantes en el régimen jurídico de las ahora denominadas Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social que inciden, de manera relevante, en las actividades de control y seguimiento de los procesos de baja por IT por contingencias comunes que podrán llevar a cabo estas entidades privadas. Y es que, no solo podrán las mutuas gestionar la prestación económica en estos supuestos, sino también decidir sobre la denegación, suspensión, anulación y extinción del subsidio por IT.

Palabras claves: incapacidad temporal, control público de las situaciones de incapacidad temporal, suspensión, denegación y entidades gestoras y colaboradoras.

Fecha de entrada: 21-01-2015 / Fecha de aceptación: 26-01-2015

THE CONTROL OF «FAIR USE» SUBSIDY FOR TEMPORARY DISABILITY: THE ASSUMPTIONS OF LOSS OR SUSPENSION

Belén del Mar López Insua

ABSTRACT

Currently, temporary disability (TD) is one of the most challenging and important benefits that exist in our legal system. So much so that since recent years, continued regulatory fro movements that have occurred have not hesitated to complicate any time, whether there was more, the existing landscape. What has gone so far as to turn this contingency in the spotlight of our doctrine and jurisprudence, mainly because of its complex structure, regulation chaotic and controversial interpretation.

One of the most controversial issues contained in this challenge is, without doubt, that referred to the «loss or suspension of law» regulating the current article 132 of the General Law on Social Security. At first glance, the lack of correlation provides the wording of this provision with its development itself and gives clear demonstration of the difficulties in practice presents the same. And this, not to mention the constant referrals to other legislation must perform this articulated to try to regulate this matter, which together with the endless doctrinal and jurisprudential interpretations turns this into a subject difficult to interpret.

In this sense, the new Law 35/2014, of December 26, approving the revised text of the General Social Security Act in relation to the legal regime of the Mutual of Accidents and Occupational Diseases amending Social Security has introduced important changes in the legal regime of the now called Mutual Collaborating with Social Security that affect, in a relevant manner, control activities and monitoring of TD processes down for common contingencies that may carry out these private entities. And, not only can manage mutual economic benefit in these cases, but also decide on denial, suspension, cancellation and termination of subsidy TD.

Keywords: temporary disability, public control of temporary disability, suspension, denial and managers and associates.

Sumario

1. Causas generales de suspensión de la prestación por incapacidad temporal
2. Antecedentes, problemática y configuración jurídica actual de pérdida o suspensión del subsidio por incapacidad temporal
 - 2.1. Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación
 - 2.2. Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena
 - 2.3. Rechazo o abandono del tratamiento médico por parte del trabajador sin que medie causa razonable
3. La inclusión de nuevas causas suspensivas y el aumento del control en los procesos de baja por incapacidad temporal

«Ya que la esencia misma de la vida consiste en una lucha perpetua entre el personal, que se determina a sí mismo, y el elemento impersonal, se sigue como consecuencia de ella que la vida de la comunidad humana no puede ser más que una lucha eterna del Estado contra la Sociedad y de la Sociedad contra el Estado. Una disolución completa de lo impersonal en lo personal, o un régimen donde la Sociedad desapareciera completamente en el Estado, es tan irrealizable como el reino de Dios en la tierra... Y no es menos evidente que la disolución completa de lo personal en lo impersonal, la desaparición del Estado en la Sociedad..., significaría la muerte de toda la vida social.»

Georges GURVITCH¹

1. CAUSAS GENERALES DE SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

El vigente artículo 132 del [Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), prevé que el derecho al subsidio por incapacidad temporal (IT) podrá ser denegado, anulado o suspendido siempre que concurren algunas de las siguientes circunstancias: a) que el trabajador estuviese actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación o, b) cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. Además, añade el apartado segundo de este mismo artículo que *«también podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado»*.

Tras la publicación de la [Ley 22/2013, de 23 de diciembre](#), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (LPGE 2014), se incorporará una tercera causa, relativa a la incomparecencia para examen y reconocimiento médico ante la Mutua. Además, todavía más recientemente, hay que tener en cuenta, para este tercer supuesto suspensivo, la nueva [Ley 35/2014, de 26 de diciembre](#), por la que se modifica la LGSS en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Y es que, de acuer-

¹ GURVITCH, G: *La idea del Derecho Social*, Estudio preliminar «La idea del Derecho Social en la teoría general de los derechos: el pensamiento de Gurvitch», a cargo de J. L. MONEREO PÉREZ, Granada: Comares, 2005, pág. 576.

do con el apartado dos del artículo único de esta nueva ley, se modifica la disposición adicional undécima de la **LGSS** con la finalidad de articular los 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.

2. ANTECEDENTES, PROBLEMÁTICA Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA ACTUAL DE PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Desde la reforma de la **Ley 42/1994, de 30 de diciembre**, se entienden que son solo tres las causas que pueden acarrear algunos de los supuestos suspensivos, anulatorios o denegatorios del artículo 132 de la **LGSS**. Y es que, tras la entrada en vigor de esta normativa de 1994, se entiende eliminada del actual precepto regulador la cuarta de las razones de suspensión de la IT, referida a aquellos casos en los que la incapacidad fuese debida o prolongada a consecuencia de la imprudencia temeraria del beneficiario [art. 11.1 b) **Orden de 13 de octubre de 1967**]².

El vigente artículo 132 de la **LGSS** se caracteriza, fundamentalmente, por ser un texto tremendamente confuso y necesitado de la intervención de nuestros tribunales, en orden no solo a determinar cuándo se producen las razones de denegación, anulación y suspensión, sino incluso para concretar los efectos que cada uno de estos motivos producen en los beneficiarios. A todo ello, y como es ya habitual en materia de IT, se unen los constantes y controvertidos problemas de competencias de los que son protagonistas las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MCSS) en su intento por ejercer los mismos poderes que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)³. Conflictos que, como seguidamente se verá, no clarifican la panorámica existente, sino todo lo contrario⁴. Actualmente, los supuestos de pérdida y suspensión del subsidio por IT quedan envueltos en una, cada vez más, complicada y enmarañada espiral normativa que no

² Normativa que por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (ILT) en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1967; corrección de errores en BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1967).

Señala la profesora Celia FERNÁNDEZ PRATS que, en un principio, aunque continúe todavía vigente en la Orden de 1967 esta cuarta causa, podría la misma ser englobada dentro de la actuación fraudulenta para obtener o conservar un derecho que regula la letra a) del apartado 1 del artículo 132 de la **LGSS**. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pág. 304. BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2012, pág. 92.

³ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *Actualidad Laboral*, núm. 08-2.ª quincenal de abril de 2007, pág. 3.

⁴ TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F.: «La reforma de la incapacidad temporal en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, en AA. VV., Sempere Navarro, A (dir): *La reforma Laboral del 2010*, Pamplona: Aranzadi.

logra encontrar respuesta por vía jurisprudencial, reflejándose así la doctrina dividida en distintas corrientes de pensamiento⁵.

En primer lugar, llama la atención que el título con el que se presenta esta disposición de la LGSS sea el de «pérdida o suspensión del derecho al subsidio», en lugar de «anulación, denegación y suspensión». La doctrina opina que, con dicha falta flagrante de concreción, se están confundiendo dos conceptos; de un lado, el de extinción o pérdida de la prestación que regula el artículo 131 bis de la LGSS y, de otro lado, el de suspensión del artículo 132 del mismo conjunto normativo⁶. Efectivamente, si el término pérdida equivale a extinción, a efectos prácticos, los supuestos de suspensión podrían encubrirse como de extinción, ya que al no precisarse un plazo de duración de la interrupción del disfrute del subsidio se está produciendo automáticamente la finalización de la prestación⁷. En segundo lugar, destaca el hecho de que se hable de denegación, anulación y suspensión, sin especificar en qué circunstancias se producen cada una de ellas. Claramente se están confundiendo aquí los casos en que el derecho ya ha sido reconocido (suspensión y anulación), de aquellos otros que no han sido admitidos (denegación)⁸.

Las distintas consecuencias jurídicas que producen las conductas de los beneficiarios deben diferenciarse, por tanto, en referencia al momento de producirse cada una de ellas, esto es, al inicio o con posterioridad⁹. En este sentido, la denegación se refiere al reconocimiento previo y la ausencia de los requisitos para motivar el comienzo de la prestación; mientras que

⁵ Vid. la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de febrero de 2007 (rec. núm. 3066/2006), concretamente en sus fundamentos de derecho cuarto y quinto. En esta sentencia se exponen de una manera exhaustiva y perfectamente ordenada las tres líneas de pensamiento así como el razonamiento sobre cada una de ellas.

⁶ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pág. 373. PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena»..., *op. cit.*, pág. 3.

⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2005 (rec. núm. 877/2004) y el comentario a la STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2006 que realiza la profesora María DEL JUNCO CACHERO: «Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del Comité de Empresa», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 92, 2007, pág. 222.

⁸ GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal», en AA. VV., Ojeda Avilés, A. (coord.): *La Incapacidad Temporal*, Madrid: Tecnos, 1996, págs. 76 y 77. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», *Tribuna Social*, núm. 61, 1996, pág. 82. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 304.

⁹ A este respecto la profesora Julia MUÑOZ MOLINA señala que «procederá la denegación cuando el solicitante hubiese actuado fraudulentamente para obtener la prestación, o cuando rechace a priori, sin iniciar el mismo el tratamiento indicado por el facultativo competente; mientras que la anulación de la prestación tendrá lugar cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para conservar la prestación que ya venía disfrutando o, una vez iniciado el tratamiento prescrito, lo abandona sin causa razonable, y, finalmente, originará la suspensión la realización de trabajos por cuenta propia o ajena, si se cesa en la realización de los mismos y se siguen reuniendo los requisitos para la prestación, pues en otro caso, procederá la anulación». Vid. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, pág. 217.

la anulación supone que dichos presupuestos constitutivos desaparecen una vez iniciada la IT. Por otra parte, la suspensión se concede de manera temporal cuando se efectúen trabajos incompatibles con la percepción del subsidio¹⁰, de tal manera que, una vez que cese dicha causa interruptora de la relación laboral, se reanuda el normal pago de la prestación por el tiempo que reste¹¹. En cualquier caso, y aunque aparentemente parezca que se trata de un listado cerrado, lo que sí es obvio es que estas tres medidas sancionan las conductas contrarias a la buena fe contractual por parte del trabajador¹², de ahí que entre en juego la normativa reguladora de las infracciones y sanciones en el orden social, esto es, el [Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto \(LISOS\)](#).

2.1. CUANDO EL BENEFICIARIO HAYA ACTUADO FRAUDULENTAMENTE PARA OBTENER O CONSERVAR DICHA PRESTACIÓN

A simple vista, el artículo 132.1 letra a) de la [LGSS](#) no especifica en qué deben consistir esas actuaciones encubiertas del beneficiario. De ahí que la doctrina considere que podrían agruparse en este primer supuesto las situaciones de: falta de alta, asimilación al alta, cotización y afiliación, simulación de una enfermedad o un accidente, suplantación de personalidad, así como alegación de un padecimiento anterior que no resulta ahora protegido¹³. Se tratan, todas

¹⁰ BURGOS GINER, M.^a A.: «La facultad de las Mutuas sobre la suspensión o pérdida del subsidio por incapacidad temporal. Comentario a la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2005 (AS 2006, 1115)», *Aranzadi Social*, núm. 2, 2006, pág. 2906. PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena»..., *op. cit.*, pág. 3.

¹¹ OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Madrid: CES, 1997, pág. 241.

¹² ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad», *Tribuna Social*, núm. 53, 1995, pág. 11. GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 77. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal»..., *op. cit.*, págs. 83 a 90. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 218. BURGOS GINER, M.^a A.: «La facultad de las Mutuas sobre la suspensión o pérdida del subsidio por incapacidad temporal. Comentario a la STSJ de Galicia de 19 de diciembre de 2005 (AS 2006, 1115)»..., *op. cit.*, págs. 2.906 a 2.908. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 304.

¹³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad»..., *op. cit.*, pág. 11. GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 77. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal»..., *op. cit.*, pág. 82. SALA FRANCO, T.: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pág. 62. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 218. JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*..., *op. cit.*, págs. 374 y 375. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 305. BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 93.

ellas, de conductas intencionadas¹⁴ y por las que un sujeto pretende iniciar o mantener una IT cuando no tiene derecho a ella¹⁵.

En cuanto al primero de los requisitos exigidos, alta, asimilación al alta, cotización y afiliación, resultará necesario para que se produzca la simulación la colaboración de la parte empresarial. Se pretende con ello crear una ficticia o aparente subsistencia de una relación laboral previa con la única finalidad de que la persona cumpla con los requisitos necesarios para el acceso a esta prestación. De este modo, el empleador procede a dar de alta al interesado y a cotizar por él sin que, en la realidad, este se encuentre desempeñando actividad profesional alguna. Se trata, como bien indica la doctrina, de «una compra de prestaciones» que, aunque es más frecuente en casos de desempleo y jubilación, no imposibilita que pueda igualmente producirse en situaciones de IT¹⁶. La intención aquí es evidente: defraudar al sistema de Seguridad Social a través de la incorporación de un sujeto que hasta ahora se encontraba desprotegido por el mismo o no reunía el periodo de carencia necesario para el acceso a este derecho. A este respecto, indica el profesor GARCÍA NINET que «si ya de por sí resulta bastante difícil controlar a los trabajadores no afiliados pero que desempeñan una actividad profesional, más complicado será aún verificar a los falsos afiliados y que no trabajan o que lo hacen por razones de amistad [art. 1.3 d) del ET]¹⁷ o parentesco [artículo 1.3 e) del ET] y se hacen pasar por verdaderos trabajadores afiliados y cotizantes a la Seguridad Social»¹⁸.

Otro supuesto que también puede plantearse es el relativo a aparentar una enfermedad o accidente o, incluso, exagerar unas dolencias para prolongar el disfrute de la IT, así como retrasar su proceso curativo para lo que el sujeto realiza una serie de actividades que pretenden alargar la duración de esta situación. La tarea de detectar cuándo concurren estas circunstancias le co-

¹⁴ MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 218.

¹⁵ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., pág. 374. Como concluye un sector doctrinal: «En resumen: se exige la concurrencia de la legalidad y de la realidad. Legalidad en la afiliación y en el alta. Realidad en la prestación efectiva del trabajo y en que la causa de la incapacidad temporal sea posterior al momento de afiliación y/o alta, salvo que tuviera lugar dentro del plazo legal en que puede producirse la afiliación y/o el alta de cinco días desde el inicio de la prestación efectiva del trabajo». Vid. GARCÍA NINET, J. I.: «*La incapacidad temporal*»..., op. cit., pág. 78, y GARCÍA NINET, J. I.: «*Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal*»..., op. cit., pág. 83

¹⁶ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., pág. 375. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 305.

¹⁷ Se trata de trabajos realizados por cuenta ajena y dependencia, pero sin contraprestación. Vid. MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M.ª N.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada: Comares, 2014, pág. 340.

¹⁸ GARCÍA NINET, J. I.: «*La incapacidad temporal*»..., op. cit., pág. 78, y GARCÍA NINET, J. I.: *Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal...*, op. cit., pág. 83.

responde determinarla a los facultativos sanitarios, lo cual no es nada fácil cuando se está ante hipocondríacos y depresivos. Y es que, distinguir entre un padecimiento real experimentado por el sujeto y otro imaginado o, en el peor de los casos inventado, resulta a veces extremadamente complejo¹⁹, más aún, cuando la persona se encuentra sufriendo una auténtica patología (de carácter psíquico) que la incapacita²⁰.

Si en relación con ese trastorno mental el trabajador incurre en conductas autolesivas, se suicida o cae en problemas de toxicomanía y drogadicción, no cabría en ningún caso la consideración de dichas acciones como fraudulentas, ya que el individuo no es aquí consciente de su actuación por encontrarse afectado psicológicamente y en un estado de enajenación tal que le imposibilita operar de una forma normal²¹. En cualquier caso, la intencionalidad o no del sujeto debe ser siempre apreciada en última instancia por el juez, quien decidirá su veredicto atendiendo a los informes emitidos por el personal médico (psiquiatras y médicos forenses)²².

Distinto es cuando el trabajador falsifica la documentación a presentar o es suplantado por otra persona que sí está realmente enferma a la hora de los controles médicos. En ambos casos, ya sea para prolongar una IT, conseguir el comienzo de la misma u obtenerla en cuantía superior a la que hasta ahora venía percibiendo, se considera que el individuo actúa conscientemente y de mala fe con el objetivo de defraudar al sistema de Seguridad Social²³, pero también a la empresa que debe seguir cotizando por esta persona y abonando las mejoras voluntarias, sustituyendo en algunos casos al ausente o incrementando las tareas del resto de compañeros de trabajo²⁴.

¹⁹ GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 79.

²⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad»..., *op. cit.*, pág. 11. Entiendo que tendría que examinarse cada caso concreto, ya que no todas las enfermedades psíquicas son causa de una IT, sino solo aquellas que puedan superarse dentro del periodo máximo que fija la ley (24 meses). Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, un individuo teóricamente sano puede desarrollar determinadas enfermedades mentales, como por ejemplo la esquizofrenia, cuyo padecimiento viene influido por factores hereditarios, esto es, genéticos, y por factores ambientales tales como el modo de vida. Algunos de los eventos desencadenantes de una esquizofrenia pueden ser sucesos fácilmente identificables y puntuales como: la vivencia de experiencias traumáticas por la persona, consumo de psicotrópicos sin control médico y no necesariamente de forma regular, la exposición a ciertos compuestos químicos de manera habitual, etc. Pero por otro lado la enfermedad puede manifestarse sin que se pueda identificar una causa o suceso en particular, de manera que individuos con una alta propensión a padecerla sencillamente la sufran con el devenir natural de su desarrollo ontológico.

²¹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad»..., *op. cit.*, pág. 11.

²² MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 219.

²³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad»..., *op. cit.*, pág. 11. GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 79. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal»..., *op. cit.*, pág. 83.

²⁴ MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 219.

Los efectos de actuaciones fraudulentas, no solo se sancionan con las consecuencias que prevé el artículo 132 de la **LGSS** (esto es, la suspensión, anulación o denegación del derecho), sino también con las que recoge la **LISOS** en sus artículos 26.1 y 47.1 c) y 47.3. Así pues, el artículo 26.1 tipifica como infracción muy grave: «Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas». Son todas ellas conductas que producen la suspensión del disfrute de la prestación por un periodo de seis meses, pudiendo incluso sancionarse estas conductas con la extinción de la prestación [art. 47.1 c) **LISOS**]²⁵, sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (art. 47.3 **LISOS**)²⁶. En cualquier caso, el único competente para decidir sobre la suspensión y/o extinción de la IT será el INSS (art. 48. 1 **LISOS**)²⁷.

A este respecto, opino que cuando el beneficiario lleve a cabo algunas de las actividad fraudulentas que se han visto no debería operar el mecanismo de suspensión de la prestación de seis meses, sino el de extinción, ya que entiendo que si esta persona no cumple los requisitos necesarios para el acceso a la prestación desde el inicio, dudo mucho que los fuese a reunir con posterioridad, salvo que sufriese un accidente o una enfermedad a causa de otro riesgo distinto al enjuiciado. Se trata, claramente, de una transgresión de la buena fe contractual que el INSS debe verificar a través de los informes médicos y sancionar, conforme a lo establecido en la ley desde el mismo momento en que se tenga conocimiento del uso ilícito de los mismos²⁸.

²⁵ Aunque se trata de un artículo que más bien se dedica a regular las sanciones a imponer a los beneficiarios de pensiones y prestaciones por desempleo, también pueden hacerse extensible estas consecuencias para los casos de IT. Vid. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 307.

²⁶ El INSS tramita como dos procedimientos distintos la suspensión de la prestación (primer procedimiento) y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas (segundo procedimiento).

²⁷ Indica el artículo 47.1 d): «No obstante las sanciones anteriores, en el supuesto de que la transgresión de las obligaciones afecte al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a la prestación, podrá la entidad gestora suspender cautelarmente la misma hasta que la resolución administrativa sea definitiva».

²⁸ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., pág. 378. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., págs. 307 y 308.

2.2. CUANDO EL BENEFICIARIO TRABAJE POR CUENTA PROPIA O AJENA²⁹

La situación suspensiva de la relación laboral que se produce a causa de riesgos comunes y profesionales comporta una imposibilidad transitoria para trabajar que precisa de la concesión de un subsidio para compensar la pérdida de rentas que ocasiona dicho estado de necesidad. Y es que, si el individuo no puede trabajar porque carece de la capacidad necesaria para el desempeño de una actividad profesional, tampoco puede, por consiguiente, recibir el salario compensatorio del mismo³⁰, ya que no se admite en nuestro sistema normativo compatibilidad alguna entre subsidio y salario³¹.

Las consecuencias que se derivan del desempeño de una actividad profesional mientras se encuentra el trabajador de baja por IT no solo alcanzan a abarcar la esfera de la Seguridad Social, sino que también despliegan sus efectos dentro del campo de la relación laboral, pues aparte de la suspensión o extinción de la prestación económica, que según cada caso pudiese adoptarse, el individuo en la inmensa mayoría de las ocasiones suele ser despedido por transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2 d) ET]³². De todo este entramado jurídico, se generan una serie de cuestiones conflictivas a las que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de dar una solución uniforme. No obstante, el juego de intereses contrapuestos que se presentan dificulta enormemente la respuesta a muchos de estos interrogantes, de ahí que se hallen pronunciamientos muy divergentes.

De lo anterior expuesto resultan problemáticas las situaciones de pluriempleo y pluriactividad. El objeto de la discusión radica aquí, no solo en la determinación sobre si procede o no la denegación de la prestación por IT cuando el trabajador se encuentre dado de alta en más de una empresa pero dentro del mismo régimen de la Seguridad Social (pluriactividad), sino, además, cuando este se encuentre desempeñando distintas actividades y, por tanto, dado de alta en más de un régimen (pluriempleo).

²⁹ Para un conocimiento más exhaustivo en esta materia, *vid.* LÓPEZ INSUA, B. M.: «La suspensión de la incapacidad temporal a causa de la realización de trabajos por cuenta propia y ajena. Aspectos laborales y de Seguridad Social», *Justicia Laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, 2012, págs. 31 a 50.

³⁰ BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 95.

³¹ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 18.ª ed., Madrid: Civitas, 2006, pág. 255. GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 80. GARCÍA NINET, J. I.: *Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal...*, *op. cit.*, pág. 84. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 308.

³² ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad»..., *op. cit.*, pág. 11. GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 80. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal»..., *op. cit.*, pág. 84. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra: Aranzadi, 2005, pág. 220.

Existen a este respecto dos opiniones doctrinales contrapuestas, de una parte, la que defiende que no cabe la realización de ninguna actividad durante el ejercicio de la IT, con base en que si se está incapacitado para un régimen también se está para el otro, siendo asimismo aplicable esta misma solución cuando se trate de ejecutar distintas actividades³³. Y, de otro lado, se encuentra el sector que entiende que sí resulta perfectamente compatible el disfrute de la prestación temporal con el desempeño de un trabajo para el que se está capacitado³⁴.

El Tribunal Supremo en su [Sentencia de 19 de febrero de 2002](#) (rec. núm. 2127/2001) se ha pronunciado finalmente sobre este asunto, afirmando que el percibo del salario y el cobro del subsidio por IT son perfectamente compatibles³⁵. Mientras la realización de un trabajo no perjudique la salud del empleado con tal intensidad que retrase su proceso curativo, no entrará en juego la regla que establece el artículo 132 de la [LGSS](#) sobre la suspensión del pago de la IT. Corriendo, asimismo, idéntica suerte los supuestos de pluriempleo tal y como nos recuerda el Tribunal Supremo en su [Sentencia de 7 de abril de 2004](#) (rec. núm. 1508/2003). Así pues, lo realmente incompatible con la enfermedad es el trabajo efectivo, no el figurar en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos (RETA) mientras se está de baja laboral en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), pero, además de esto³⁶, habrá de examinarse hasta qué punto las carencias o impedimentos físicos imposibilitan para realizar otra actividad diferente en el mismo o en distinto régimen de encuadramiento, con independencia de que ello tenga lugar de forma simultánea o sucesiva.

De la literalidad del artículo 132 de la [LGSS](#), conjuntamente examinado con el 128 de esa misma norma, se desprende la preocupación del legislador por evitar el fraude de quien esté trabajando y a la vez cobrando el subsidio por IT³⁷. Sin embargo, a mi juicio, el que un trabajador esté dado de baja por IT no impide que por esa causa vea mermadas sus capacidades para la realización de otras actividades profesionales³⁸. Por supuesto, tal compatibilidad solo es posible siempre

³³ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social...*, op. cit., págs. 254 y 255, nota al pie 43. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 221

³⁴ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., pág. 380. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 310. BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...*, op. cit., pág. 96.

³⁵ «Aplicar estrictamente el artículo 132 LGSS pudiera conducir a la picaresca de que el trabajador en activo aproveche la situación de baja en una actividad que no puede realizar por la dolencia que le aqueja de carácter temporal, y que le impide por ejemplo realizar un trabajo de esfuerzo, para igualmente, provocar la baja en otra actividad que le permite su capacidad residual» ([STS de 19 de febrero de 2002](#), rec. núm. 2127/2001).

³⁶ Vid. la STSJ de las Islas Baleares de 16 de febrero de 2012 (rec. núm. 756/2011) en su fundamento de derecho tercero.

³⁷ Vid. la [STS de 7 de abril de 2004](#) (rec. núm. 1508/2003) en su fundamento de derecho segundo.

³⁸ SALA FRANCO, T.: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, págs. 62 y 63

que no perjudique su normal curación y se inicien estas situaciones (es decir, la de pluriempleo y pluriactividad) con anterioridad a la IT³⁹, para lo cual habrá de estarse al caso concreto⁴⁰.

Relacionado con todo este debate, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en su [Sentencia de 8 de abril de 2006](#) (rec. núm. 1365/2005), sobre la procedencia o no de la suspensión de la IT cuando sea el trabajador miembro del comité de empresa y decidiese ejercitar su derecho a la negociación de un convenio colectivo en curso. La interpretación que aquí debe seguirse es la misma que hasta ahora se ha dicho, por lo que queda claro que el incapacitado podrá seguir desempeñando su actividad representativa de carácter institucional, siempre que los trabajos que realice sean compatibles con la IT. Y, además de esto, cabe señalar también que de suspenderle al trabajador del ejercicio de estas funciones, podría incurrirse en una violación del derecho a la libertad sindical que consagra nuestra [Constitución Española](#) en su artículo 28⁴¹.

Para el supuesto de que el trabajador esté realizando actividades lúdicas durante el disfrute de la IT, a diferencia de lo anteriormente expuesto, aquí sí que ha mostrado unánimemente su conformidad la doctrina científica y la jurisprudencia, al admitir la compatibilidad entre subsidio y la realización de esa actividad cuando exista recomendación médica⁴². Concretamente, se trata de casos en los que a causa de una depresión⁴³, estrés, estados de ansiedad, etc., el médico recomienda al paciente que: participe en otras actividades de entretenimiento⁴⁴, realice trabajos, haga

³⁹ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., pág. 381. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 310.

⁴⁰ Vid. la [STS de 7 de abril de 2004](#) (rec. núm. 1508/2003). En este sentido, GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid: Civitas, 1988, págs. 239 y 240. TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos»..., op. cit., pág. 121.

⁴¹ Vid. la [STS de 8 de abril de 2006](#) (rec. núm. 1365/2005). DEL JUNCO CACHERO, M.: «Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del Comité de Empresa»..., op. cit., págs. 222 y 223. En contra, MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 224.

⁴² LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª J.: «La prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal como causa de despido. Comentario a la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002», *Actualidad Laboral*, núm. 31, 2003, págs. 2.697 y siguientes. TOSCANI GIMÉNEZ, D.: «La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos»..., op. cit., pág. 120.

⁴³ Vid. las sentencias de los TSJ de la Comunidad de Valencia de 22 de julio de 2008 (rec. núm. 1826/2008) y de Cataluña de 29 de septiembre de 2009 (rec. núm. 1782/2008).

⁴⁴ Por ejemplo, en la STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006, en la que tras padecer el trabajador un trastorno adaptativo mixto (ansioso depresivo) a causa de contingencias comunes, se le aconseja participar en actividades que le hiciesen sentir bien.

En la STSJ de Valencia de 22 de julio de 2008 (rec. núm. 1826/2008), se analiza el caso de un trabajador de la comercial Carrefour, S.L. que sufre una depresión debido al consumo de drogas y a las malas relaciones familiares que mantiene (se encontraba en fase de separación matrimonial), siéndole recomendado por el facultativo sanitario

ejercicio físico o se relacione con los demás para superar su enfermedad. Sin embargo, precisamente es en este campo en donde más se produce la intervención de la esfera laboral, pues en la mayoría de estos casos, haciendo uso el empresario del poder que se le confiere para verificar el estado de la enfermedad de sus trabajadores (art. 20.4 ET), pone en marcha distintos mecanismos para controlar el absentismo y la posible existencia de fraude⁴⁵.

De este modo, si el empleador comprueba la existencia de una flagrante deslealtad o transgresión de la buena fe contractual (*bona fides*)⁴⁶, podrá proceder al despido disciplinario por la vía del artículo 54.2 d) del ET⁴⁷. Y es que, no se trata este artículo 20.4 del ET de una norma garantista con los derechos de los trabajadores, sino que inspirada en el artículo 5 del *Statuto dei lavoratori* crea un sistema de control que pretende evitar las conductas fraudulentas y antiabsentistas en las empresas, facultando para ello la utilización de una serie de mecanismos que no se paran en analizar si interfieren o no en los derechos de las personas⁴⁸.

público como parte de su terapia para evitar el aislamiento y mejorar su autoestima que realice aficiones y tareas de entretenimiento que le permitan fomentar su intercomunicación social y humana.

Y, finalmente, en la STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2009 (rec. núm. 1782/2008), el trabajador de la empresa Mercadona, S.A. es dado de baja médica por presentar una sintomatología ansiosa-depresiva, que se produce con motivo del mal ambiente de trabajo (*mobbing*) que viene sufriendo por su condición de homosexual. Al comprobarse que durante el transcurso de su IT realizaba actividades por cuenta ajena (en el bar del que era propietario su compañero sentimental) fue despedido por la empresa. No obstante, los informes médicos confirmaban que desde que realizaba otras actividades y se relacionaba con otras personas, su evolución había mejorado notablemente, siendo finalmente dado de alta a los tres meses siguientes de la fecha del despido. Por esta razón el TSJ entiende que como la actividad que realizaba no revestía el carácter de laboral, sino que era realizada en régimen de amistad o familiar [art. 1.3 d) del ET] y no ponía en peligro ni dilatava en el tiempo su mejoría, era perfectamente compatible con la percepción del subsidio por IT.

⁴⁵ GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid: Civitas, 1988, págs. 213 a 223: «El control de las ausencias por enfermedad es un tema enmarañado en el que confluyen diversos elementos de análisis: desde las causas sociológicas sobre el absentismo, hasta las económicas directamente ligadas a aquellas, pasando por las de restablecimiento de la salud y las normas deontológicas elaboradas para el conjunto de profesionales médicos».

⁴⁶ GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 81. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal»..., *op. cit.*, pág. 64.

Vid., también, el examen exhaustivo que sobre esta materia realiza la profesora Marta PUIG SÁNCHEZ: «La transgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal», en AA. VV., Ojeda Avilés, A. (coord): *La Incapacidad Temporal*, Madrid: Tecnos, 1996, págs. 372 a 390.

⁴⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad»..., *op. cit.*, pág. 11. GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 81. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal»..., *op. cit.*, pág. 84.

⁴⁸ GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*..., *op. cit.*, págs. 215 a 217. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal»..., *op. cit.*, pág. 85.

Normalmente, ese control por parte del empresario se lleva a cabo a través de la vía de los detectives privados⁴⁹ y el sometimiento del enfermo o accidentado a controles médicos adicionales a los de Seguridad Social, los cuales resultan en ocasiones abusivos. En lo que respecta a los detectives privados, la simple verificación por el empresario⁵⁰ de la realización por el beneficiario de otras actividades por cuenta propia o ajena supone el despido inmediato del mismo. Ahora bien, la valoración de los efectos que esa carta de despido produce (procedente, improcedente o nulo) se debe dejar en manos del juez⁵¹.

Del mismo modo, se legitima al empresario para supervisar (por sorpresa o no) las calificaciones realizadas por los facultativos de la Seguridad Social⁵² y, en el caso de que el trabajador

⁴⁹ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 7.ª ed., Madrid: Técnos, 2011, págs. 294 y 295.

⁵⁰ Los detectives privados aportan como prueba a la empresa vídeos y fotografías en las que se ve al trabajador enfermo realizando otras actividades o desempeñando otros empleos en lo que no se evidencia signo alguno de sufrir una incapacidad. Por ejemplo, levantando peso al tiempo que padece una lesión de espalda (STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 23 de febrero de 2006); pintando mientras se encontraba de baja por justificar un dolor en los dedos (STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005), etc.

⁵¹ GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, *op. cit.*, pág. 249: «... el informe del agente investigador será ilegítimo y, por tanto, inatendible siempre que concierna a hechos de la personalidad privada del trabajador; y será válida y admisible cuando tenga por objeto bien hechos extraños a la esfera de la privacy o bien hechos pertenecientes a esta esfera, pero conscientemente expuestos al conocimiento general del público o cognoscibles por cualquiera, es decir, vicisitudes personales que son de dominio público (por ejemplo: la participación en un partido de fútbol, la asistencia a bares o similares, la realización de trabajos en comercios abiertos al público... etcétera)». Como dice el TSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005, para que no se produzca una violación del derecho a la intimidad ni a la propia imagen, el seguimiento debe hacerse en lugares públicos, entradas y salidas de establecimientos, siendo ilegítimo si las grabaciones o fotografías se toman estando el trabajador en su casa.

El valor de la prueba de los detectives privados no es documental, sino simplemente testifical. *Vid.* las STSJ de 13 de Cataluña de 13 de mayo y 27 de julio de 2005 y del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 1987.

En algunas ocasiones, los jueces han estimado favorablemente los informes y el documental audiovisual que realizan estos detectives privados sobre el trabajador incapacitado para declarar el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual (*vid.* STSJ de Las Palmas de Gran Canarias de 23 de febrero de 2006). Sin embargo, en otros casos se ha desestimado esta prueba porque o bien no se acredita la falta imputada al sujeto (*vid.* STS de 5 de febrero de 1987), o se detecta que la conducta del individuo ha sido inducida por el detective privado (STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006), o incluso, se considera que la actividad puntualmente realizada por el enfermo no reviste la suficiente gravedad y proporción como para acarrear su despido (STSJ de Cataluña de 29 de septiembre).

⁵² Señala a este respecto el TSJ del País Vasco de 24 de enero de 1994: «... no impide el ejercicio por parte de la empresa del derecho de controlar la realidad y evolución de una situación que, si bien es personal del trabajador en cuanto afecta a su salud, también incide en los intereses de la empresa en cuanto contratante del trabajador temporalmente incapacitado...».

Como indica José Luis GOÑI SEIN: «... nuestro ordenamiento jurídico conoce dos modelos de control médico: el público, instituido en el marco de las normas de seguridad social que regulan la prestación de incapacidad laboral transitoria, y el privado, previsto en el ET, que puede ser dispuesto por el empresario a cargo de personal médico

se negase a someterse a dichos controles privados, la empresa estará facultada para proceder a la imposición de una sanción que normalmente supone la retirada de la mejora voluntaria por IT⁵³. Con referencia al valor probatorio de esas pruebas en sede judicial, los resultados no producen valor vinculante alguno o superior a la certificación médica del sanitario del trabajador, por lo que no pueden ser alegados como causa que justifique el despido o la suspensión de la prestación económica⁵⁴.

Al margen de lo anterior, cabe destacarse también otras particularidades más que se producen dentro de esta *prismática* laboral, así, por ejemplo, una primera cuestión que surge es la relativa a qué ocurre con el devengo de los correspondientes salarios de tramitación y, en segundo lugar, si se genera o no derecho al percibo de las mejoras voluntarias hasta la declaración firme de la sentencia. Sobre el primero de los temas, el Tribunal Supremo viene ya reiterando⁵⁵ la improcedencia del devengo de los salarios generados desde que el trabajador es despedido hasta que la sentencia resulte firme⁵⁶. Ahora bien, en lo que respecta al abono del subsidio por IT, este tribunal ha afirmado que será la entidad gestora de la Seguridad Social la responsable de su pago cuando se hubiese producido esta durante el periodo en el que trabajador debiese haber recabado los salarios de tramitación por despido improcedente o nulo, liberándose por consiguiente al empresario de dicha obligación⁵⁷.

de su confianza». Vid. GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, op. cit., pág. 234. En este línea, MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social...*, op. cit., pág. 294. Afirman estos autores que los únicos derechos económicos que puede suspender el empresario son los derivados de la mejora voluntarias de la Seguridad Social, pero no los de la prestación básica.

⁵³ GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., op. cit., pág. 83. GARCÍA NINET, J. I.: *Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal...*, op. cit., págs. 85 y 86.

⁵⁴ GOÑI SEIN, J. L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador...*, op. cit., págs. 243 y 244.

⁵⁵ Vid. la STS de 28 de mayo de 1999 (rec. núm. 2646/1998); 11 de febrero de 2003 (rec. núm. 1801/2002); 10 de febrero de 2009 (rec. núm. 3672/2007) y 21 de septiembre de 2010 (rec. núm. 3704/2009).

⁵⁶ Puesto que no hay remuneración dejada de percibir durante la tramitación de la acción contra el despido, no surte el derecho al abono de los salarios de tramitación por parte del empresario. Vid. en este sentido, MORENO CÁLIZ, S.: «Incapacidad temporal y despido disciplinario», *Aranzadi Social*, núm. 21, 2009, pág. 57.

⁵⁷ «Como afirma el Tribunal Supremo, la obligación de la entidad gestora de abonar el subsidio de ILT no puede resolverse en el sentido de que es la entidad gestora la liberada de su obligación y no el empresario y ello por las siguientes decisivas razones: a) la indemnización por ILT es una prestación contributiva que solo está condicionada a la imposibilidad de trabajar y a la necesidad de recibir asistencia médica... b) esta prestación no se pierde por no tener otros ingresos y sí por trabajar... c) es una situación que suspende el contrato de trabajo, artículo 45 c) TRET, que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo; d) por último, no puede desconocerse que la única previsión legal que contemple la percepción por parte del trabajador de una cantidad que cubra lo adeudado por salarios de tramitación libera al empresario deudor de estos salarios, y no al que satisface la cantidad, artículo 56.1 b) TRET». Vid. BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...*, op. cit., pág. 98.

En cuanto al segundo de los asuntos mencionado, el Alto Tribunal ha afirmado⁵⁸ que «dado que el periodo correspondiente a los salarios de tramitación se considera como "ocupación cotizada a todos los efectos"⁵⁹, y si, durante el mismo subsiste la obligación de cotización, hasta la fecha en que se extingue el contrato de trabajo, es clara consecuencia que el trabajador tiene derecho a la mejora voluntaria de la Seguridad Social durante el periodo correspondiente a los repetidos salarios de tramitación, –que no percibió por encontrarse en situación de incapacidad temporal– y que se califican de ocupación cotizada».

Desde la vertiente de la Seguridad Social los efectos que produce el trabajar por cuenta propia o ajena mientras se está de baja por IT no son otros que la suspensión de la prestación económica por un periodo de tres meses como máximo o la extinción del subsidio [art. 47.1 c) LISOS], así como el posible reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas (art. 47.3 LISOS)⁶⁰.

Uno de los problemas más conflictivos que se plantean es principalmente determinar quién es el órgano o la entidad competente para declarar esta suspensión de la IT, pues, como ya sabemos, los encargados de hacerse cargo del pago de la prestación pueden ser: el INSS, la MCSS o incluso la empresa. El artículo 132 de la LGSS no precisa ni aclara esta cuestión, sino que es el artículo 11.2 de la Orden de 13 de octubre de 1967, por el que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la IT, el único que se pronuncia a este respecto al indicar que la suspensión del derecho al subsidio podrá llevarse a cabo por la entidad gestora, mutuas colaboradoras

⁵⁸ Vid. STS 10 de febrero de 2009 (rec. núm. 3672/2007).

⁵⁹ Merece la pena leer con detenimiento la STS de 19 de enero de 2011 (rec. núm. 1137/2010), en la que se debate sobre el reintegro o no al empresario de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a los periodos de IT concurrentes con la tramitación demorada del despido. Prueba de lo complejo de la cuestión es el elaborado voto particular que contiene.

⁶⁰ En la práctica el INSS tramita de manera diferenciada el procedimiento de sanción por el desempeño de otra actividad incompatible con el trabajo habitual y el de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Es decir, se trata de dos procedimientos distintos aunque consecutivos a un mismo tiempo. De un lado, se encuentra la suspensión del subsidio por tres meses como máximo. Y de otro lado, una vez que finalice el procedimiento sancionador por el que se suspende la prestación, entonces es cuando el INSS podrá solicitarle al sujeto el reintegro de las prestaciones indebidas desde el mismo día en que se efectuó la visita por parte de la Inspección de Trabajo, hasta el día en que esta entidad gestora hubiese decidido suspenderle «cautelamente» el subsidio por IT. Solo en algunos supuestos muy particulares, como por ejemplo cuando se trata de trabajadores autónomos, se podrá solicitar el reintegro de la IT desde el inicio del disfrute del derecho. Por ejemplo, se ha dado el caso de que a través de facturas de luz, agua, ingresos bancarios, pago de otros recibos, firma de correspondencia, etcétera, el INSS ha tenido conocimiento de que un trabajador de baja por enfermedad seguía desempeñando su actividad. Siempre que un autónomo caiga en IT deberá acudir al INSS para comunicar cuál es la decisión que ha adoptado respecto al porvenir de su negocio, es decir, si decide cerrarlo temporalmente o si por el contrario continuar con la actividad colocando en su lugar a otra persona para que se ocupe del mismo durante su ausencia.

con la Seguridad Social⁶¹ o empresa a la que corresponda el reconocimiento del derecho⁶². No obstante, en la actualidad, se ha discutido mucho en sede judicial esta previsión para el concreto supuesto de que el beneficiario trabaje estando de baja por IT, encontrándose en este último sentido divida la jurisprudencia en tres grandes posturas⁶³.

La primera de las líneas reconoce a las MCSS el poder de suspender la IT cuando el beneficiario lleve a cabo una actividad laboral, con base en que se trata de un acto de gestión, no de sanción y que, por tanto, le viene conferida a la mutua como entidad colaboradora en la gestión del sistema de Seguridad Social por el artículo 80 del [Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre](#), sobre colaboración de las mutuas⁶⁴. La segunda de las líneas admite no solo la competencia de las mutuas para suspender la prestación por IT, sino también para sancionar. La MCSS deberá comunicar su decisión al final al beneficiario de forma escrita y motivada siguiendo el procedimiento sancionador previsto en los artículos 51 y 52 de la [LISOS](#)⁶⁵.

En la tercera de las líneas, se afirma que no cabe atribuir a las mutuas la facultad de suspender el subsidio por IT, pues únicamente atribuye la [LISOS](#) competencia en materia sancionadora al INSS⁶⁶. De hecho, para más inri, a tenor de lo dispuesto por la disposición adicional decimo-

⁶¹ De acuerdo con los artículos 80 y 81 del Reglamento de Colaboración de las Mutuas ([RD 1993/1995, de 7 de diciembre](#)), se le reconoce a las mutuas, en relación con la prestación por IT, las facultades de suspensión, anulación o extinción de una IT concedida. Este artículo, cabe señalar que ha sido por reformado en el año 2004 por el [Real Decreto 428/2004, de 12 de marzo](#), por el que se modifica el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

⁶² *Vid.* el artículo 11.2 de la [Orden de 13 de octubre de 1967](#), por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1967; corrección de errores en BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1967).

⁶³ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena», *Actualidad Laboral*, núm. 08-2.ª quincenal de abril de 2007, págs. 4 y 5.

Vid. también la STSJ de Andalucía/Sevilla de 15 de febrero de 2007 (rec. núm. 3066/2006).

⁶⁴ En esta línea, *vid.* las SSTSJ de Madrid de 3 de septiembre de 2002 (rec. núm. 95/2002), 25 de abril de 2003, 7 de mayo de 2003, 22 de octubre de 2003 y 26 de noviembre de 2003.

⁶⁵ *Vid.* STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2005 (rec. núm. 877/2004) a propósito de un supuesto en el que la mutua suspende del derecho a la prestación económica sin especificar la duración total de la misma. Aclara este tribunal que dada la confusión que produce el artículo 132 de la LGSS al no especificar el plazo máximo de este acto interruptorio, ello podría conllevar a suspender *sine die* la IT, o lo que es lo mismo, a extinguir la prestación. Así pues al no determinarse un plazo de duración se entiende que la IT se ha extinguido. El plazo de suspensión que debe aplicar la Mutua es el de tres meses (tal y como se deduce de la puesta en conexión del artículo 132.1 LGSS con la LISOS).

⁶⁶ *Vid.* las SSTSJ de Cataluña de 28 de abril de 2004 y 22 de septiembre de 2006 (rec. núm. 3299/2005). Añade en este sentido la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 15 de febrero de 2007 (rec. núm. 3066/2006) que en esta línea «... no ha reconocido la competencia de la Mutua para ejercitar tales facultades de gestión, al menos de manera definitiva,

sexta bis de la [LGSS](#) solo la entidad gestora podrá adoptar medidas preventivas de suspensión de la prestación económica de IT en tanto se verifiquen por parte de los interesados el cumplimiento de los requisitos que dan lugar al reconocimiento de la prestación⁶⁷. Finalmente, este dilema ha sido resuelto por el Tribunal Supremo⁶⁸ quien de hecho ha señalado que esa facultad que le viene atribuida a las mutuas por el artículo 80.1 del [Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social](#) para declarar el derecho al subsidio, así como para la denegación, suspensión, anulación y extinción de los procesos de IT, tan solo se corresponde respecto de los trabajadores dependientes de empresa de trabajo asociado y de los trabajadores por cuenta ajena adheridos⁶⁹.

Además, añade el Tribunal Supremo que «de entre las facultades de extinción, denegación, anulación o suspensión del subsidio de IT que se contempla en los artículos 131 bis y 132, únicamente carece la mutua de toda posibilidad de extinguir el subsidio o suspender su percepción por tiempo superior al del trabajo, en el concreto supuesto de actividad laboral por cuenta propia o ajena realizada por el beneficiario; medida que únicamente puede adoptar la entidad gestora (art. 48.4 [LISOS](#)), que ha de ejercitarla en el oportuno procedimiento sancionador (arts. 51 y ss. [LISOS](#)). Como tampoco se extiende –la competencia de la mutua– a decidir la causa extintiva cuya apreciación comporta valorar clínicamente la situación existente (alta médica), y que en la actualidad está atribuida a los facultativos del Servicio Público de Salud (art. 1.4 del extinguido

bien por considerarlo una sanción, bien por entender que únicamente cabría instar propuesta de alta médica o por entender que la Mutua no tendría facultades para resolver de manera definitiva en vía administrativa la cuestión sino que tendría que ser el INSS en caso de reclamación del trabajador... Luego aunque la Mutua pudiera resolver como gestión o extinción del derecho, nunca podrían resolver definitivamente la cuestión, pues según el artículo 71 de la LPL cabe impugnar ante el órgano correspondiente de la entidad gestora o servicio común la resolución expresa dictada por una entidad colaboradora, por una Mutua o empresa colaboradora. Así pues en definitiva siempre quedará la competencia omnicompreensiva del INSS, por lo que las decisiones de las Mutuas en relación con la gestión de prestaciones deben ser refrendadas por la entidad gestora...».

⁶⁷ TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: «Capítulo XXIII. Las mutuas y su lugar en los conflictos jurídicos derivados de la incapacidad temporal», en AA. VV., *Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, 2013, pág. 345.

⁶⁸ Vid. las SSTs de [5 de octubre de 2006](#) (rec. núm. 2966/2005) y de [9 de octubre de 2006](#) (rec. núm. 2905/2005); también las sentencias de los TSJ de Andalucía/Sevilla de 15 de febrero de 2007 (rec. núm. 3066/2006), de Cataluña de 14 de noviembre de 2006 (rec. núm. 618/2004) y 29 de noviembre de 2007 (rec. núm. 172/2006) y de Galicia de 17 de marzo de 2009 (rec. núm. 2639/2006).

⁶⁹ Tal y como establece en su redacción actual el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 del [Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social](#), modificado por el [Real Decreto 428/2004, de 12 de marzo](#).

RD 575/97)⁷⁰, al no haber tenido desarrollo reglamentario la previsión de atribuírselo también a las Mutuas de Accidente (art. 44 del RD-Ley 5/2000, RCL 2000, 1804, 2136)»⁷¹.

Por tanto, de una parte el Alto Tribunal reconoce la potestad de suspender la prestación y sancionar únicamente al INSS por un periodo máximo de tres meses⁷² siguiendo el procedimiento que viene establecido en la LISOS⁷³. Debe comprobar la entidad gestora, antes de proceder a suspender e iniciar el procedimiento sancionador, la efectividad de ese trabajo por cuenta propia o ajena mediante la actuación de la Inspección de Trabajo (art. 48 LISOS)⁷⁴. Sin embargo, el Tribunal Supremo sí le reconoce a las MCSS la posibilidad de interrumpir el disfrute de la prestación únicamente por el tiempo de acreditación efectiva de desempeño real del trabajo por el beneficiario que resulte verificado a través de un detective privado u otro medio probatorio⁷⁵. En ningún caso puede la mutua sancionar al trabajador, aunque sí puede instar al INSS a que inicie el correspondiente procedimiento sancionador de acuerdo con la LISOS⁷⁶.

⁷⁰ TORTUERO PLAZA, J. L.: «El proyecto del Real Decreto de Gestión y Control de la incapacidad temporal y la generalización del procedimiento de revisión de altas médicas emitidas por las Mutuas de dudosa legalidad», en AA. VV., *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, 2013, págs. 355 a 361. MORENO ROMERO, F.: «El papel de las Mutuas en la gestión de la incapacidad temporal: previsiones sobre la nueva ordenación», en AA. VV., *Público y privado en el sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, 2013, págs. 365 y siguientes.

⁷¹ Vid. la [STS de 9 de octubre de 2006](#) (rec. núm. 2905/2005) y la STSJ de Galicia de 17 de marzo de 2009 (rec. núm. 2639/2006).

⁷² «La sanción que al ser legalmente una suspensión, según establece el artículo 132.1 b) de la Ley General de la Seguridad Social, y no una extinción no puede tener "per se" una duración indefinida en el tiempo, ya que entonces se confundirían ambas en sus efectos» (STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2005 –rec. núm. 3828/2004–).

⁷³ «No cabe justificar las facultades de las Mutuas atendiendo a la diferenciación –artificial– de dos planos en la regulación de la materia: la normativa de Seguridad Social (artículos 131 bis y 132 LGSS) y la sancionadora (LISOS). Y ello, porque las consecuencias jurídicas que por una y otra vía se pueden derivar para el beneficiario y por un mismo hecho resultan ser las mismas (pérdida o suspensión del derecho)». Vid. la [STS de 5 de octubre de 2006](#) (rec. núm. 2966/2005).

⁷⁴ MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 221. PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena»..., op. cit., pág. 6.

Puede también el empresario denunciar ante el INSS la posible realización de trabajos por cuenta ajena o propia por parte del trabajador de baja por IT. Sin embargo, no toda denuncia del empresario conlleva que el INSS traslade hasta la Inspección de Trabajo la petición de verificación de tal situación posiblemente fraudulenta, sino solamente llegan a surtir efectos aquellas denuncias que el INSS «considere suficientemente relevantes».

⁷⁵ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena»..., op. cit., pág. 5. En esta línea, las sentencias de los TSJ de Sevilla de 15 de febrero de 2007 (rec. núm. 3066/2006) y de Galicia de 17 de marzo de 2009 (rec. núm. 2639/2006).

⁷⁶ Para lo cual, la entidad gestora habrá de seguir el Criterio Interno núm. 2001/51 emitido el 31 de diciembre de 2001 por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, el cual prevé la actuación a seguir en los casos en los que la Mutua aseguradora solicite el inicio del expediente sancionador. Vid. PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.:

No obstante a lo expuesto y siguiendo lo previsto en el artículo 5 del [Real Decreto 575/1997, de 18 de abril](#), puede la mutua a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de baja seguir considerando que el trabajador no está impedido para el trabajo y efectuar una propuesta motivada de alta médica en la que se aporten todos los elementos de prueba que justifiquen dicho juicio. Dicha propuesta de alta médica «se hará llegar, a través de las Unidades de Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, a los facultativos o servicios médicos correspondientes, los cuales deberán pronunciarse en el plazo de diez días, bien confirmando la baja médica, señalando las atenciones o controles médicos que consideren necesarios, o admitiendo la propuesta de alta, a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica». De no recibirse alguna de dichas contestaciones de los facultativos o de los servicios médicos, en el plazo señalado, o en caso de discrepar con las mismas, la Inspección Médica del correspondiente Servicio Público de Salud podrá acordar el alta médica, efectiva e inmediata, y comunicará, en todo caso y dentro del plazo de los cinco días siguientes, la actuación realizada a la Entidad Gestora de la Seguridad Social o a la Mutua, según corresponda» (apdo. 2 art. 5 del derogado [RD 575/1997](#)).

De otra parte, siguiendo con lo expuesto por el Tribunal Supremo en cuanto al segundo de los temas debatidos, esto es, la extinción por alta médica, considera este tribunal que cuando se trate de contingencias comunes las mutuas no podrán extender altas médicas por curación o mejoría, en cambio, si se trata de contingencias profesionales estas sí estarían habilitadas para ello⁷⁷.

2.3. RECHAZO O ABANDONO DEL TRATAMIENTO MÉDICO POR PARTE DEL TRABAJADOR SIN QUE MEDIE CAUSA RAZONABLE

A diferencia de los otros supuestos enumerados aquí, el artículo 132.2 de la [LGSS](#) tan solo alude a la posibilidad de suspensión del derecho al subsidio cuando se produzca un rechazo o

«Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena»...., *op. cit.*, pág. 8, en su nota al pie número 21.

Cabe destacar, que en ningún caso el INSS valora como prueba fehaciente los informes elaborados por detectives privados, ya que siguiendo la exposición que hace el Tribunal Supremo en su Sentencia de lo Contencioso-Administrativo de 12 de mayo de 1998 (rec. núm. 2920/1995), entiende esta entidad gestora que con ello se vulnera la intimidad del trabajador. Y, además, como precisa el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su Sentencia de 5 de febrero de 1987, «... el valor del informe del detective no tiene valor documental, sino puramente testimonial...».

⁷⁷ La doctrina considera sobre esto último, es decir, la prohibición de que la mutua no puede extender altas médicas por curación o mejoría cuando se trate de una IT originada por contingencias comunes, que el Tribunal Supremo está confundiendo dos planos completamente independientes en la gestión, por una parte el de conceder altas médicas y por otra parte el de suspender el procedimiento, máxime cuando ambos pueden llevarlos a cabo la mutua cuando se trate de una IT por contingencias profesionales. *Vid.* PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: «Incompetencia de la mutua para extinguir el subsidio por Incapacidad Temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena»...., *op. cit.*, pág. 5.

abandono por parte del beneficiario del tratamiento médico prescrito. Ello supone que únicamente cuando el trabajador decida obedecer a someterse al tratamiento indicado se reanudará entonces, nuevamente, el disfrute de la prestación⁷⁸.

Como ya se ha visto, la IT consiste en una contingencia protegida por nuestro ordenamiento jurídico que precisa para el percibo del correspondiente subsidio que la persona reciba asistencia sanitaria, de tal manera, que si no concurre este requisito no será posible el disfrute de ese derecho. Por tanto se pretende, de una parte, restablecer la salud del sujeto con el fin de que pueda reanudar su actividad laboral y, de otra parte, controlar la normal evolución de esas dolencias incapacitantes para lo cual resultará imprescindible la expedición de los partes de baja y confirmación de la baja por parte del personal médico, pues precisamente serán estos los que marquen el inicio y el final de la IT⁷⁹.

En todo este entramado se entrecruzan una triplicidad de intereses, de un lado se encuentran los del empleador, quien tratará de suplir temporalmente esa ausencia en la empresa mediante el recurso a otros compañeros de trabajo, incremento de tareas o incluso contrataciones temporales, ya que de lo que se trata es de evitar el menor daño posible a su nivel de ingresos. De otro lado, el trabajador lucha entre su deber por recuperarse y su libertad para decidir sobre el sometimiento a determinadas intervenciones cuando estas resulten ser demasiado peligrosas o contrarias a sus principios. Y, por último, el sistema de Seguridad Social busca que el empleado mejore lo más rápidamente posible de sus dolencias no solo para que pueda volver a reincorporarse a su puesto de trabajo, sino también para descargarse de los gastos que esta situación le origina⁸⁰.

Históricamente, nuestro ordenamiento jurídico ha partido de la idea clave de que el beneficiario está obligado a «observar las prescripciones de los facultativos que le asistan conforme dispone el número uno del artículo ciento dos de la Ley de la Seguridad Social» [art. 17 [Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre](#), por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, (RAS)]⁸¹. De lo contrario, es decir, cuando rechace o abandone sin causa razonable el trata-

⁷⁸ GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 88. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal»..., *op. cit.*, pág. 88. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 314.

⁷⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*..., *op. cit.*, págs. 314 y 315.

⁸⁰ GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 88. GARCÍA NINET, J. I.: «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal»..., *op. cit.*, pág. 88.

⁸¹ Publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 284 de 28 de noviembre de 1967. *Vid.* también el artículo 102.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por [Decreto 2065/1974, de 30 de mayo](#) (BOE de 20 y 22 de julio de 1974).

miento indicado, el trabajador será sancionado con la suspensión de los derechos económicos que pudieran corresponderle (art. 132.2 [LGSS](#)).

No obstante, el punto más conflictivo de esta controversia es el relativo al derecho del enfermo a disponer de su propio cuerpo⁸². Y es que, el paciente no solo tiene que ser siempre informado por el médico que le asista de las distintas opciones clínicas posibles, sino que, además, deberá decidir libremente cuál de todas aquellas técnicas recomendadas desea que le sea aplicada. Ahora bien, para que el facultativo sanitario pueda llevar a cabo dicho tratamiento necesitará, previamente, del consentimiento del sujeto, salvo en caso de que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública⁸³; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas y; c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento (art. 10.6 [Ley 14/1986, de 25 de abril](#), General de Sanidad).

Cuando el trabajador se niegue a recibir el tratamiento señalado se deberá instar el alta voluntaria, pues de lo contrario la Dirección del correspondiente centro sanitario, con el consentimiento del facultativo encargado del caso, podrá expedir el alta forzosa⁸⁴. Sin embargo, en el caso de que existan tratamientos alternativos, aunque estos fuesen de carácter paliativo, no procederá el alta forzosa debiendo ser informado el paciente sobre cada uno de ellos y, en caso de que se opusiese a recibirlos, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oír al paciente y, si persistiese en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.

Si el rechazo del trabajador a recibir el tratamiento prescrito se refiere en particular a aquellos de tipo quirúrgico o especialmente penoso, entonces el procedimiento que habrá de seguirse será el que describe el artículo 17.2 del [RAS](#). Únicamente resultará exigible este mecanismo para el supuesto de que sea beneficiario de la asistencia sanitaria quien haya solicitado de la entidad gestora o colaboradora autorización, bien para no someterse al tratamiento que le haya sido prescrito o abandonarlo ulteriormente. Junto a esta petición de desistimiento el paciente deberá

⁸² TORTUERO PLAZA, J. L.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social* (tesis doctoral), Madrid: Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1987, pág. 349. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad»..., *op. cit.*, pág. 11.

⁸³ En ese caso se llevarán a cabo las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986, págs. 15.207 a 15.207). *Vid.* TORTUERO PLAZA, J. L.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social* (tesis doctoral)..., *op. cit.*, pág. 350.

⁸⁴ *Vid.* el artículo 10.9 y 11.4 de la [Ley General de Sanidad](#). En esta línea, el artículo 21.1 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: «En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley...».

adjuntar cuantos documentos médicos considere pertinentes y justifiquen su pretensión. La entidad gestora, MCSS o empresa colaboradora, previos los informes técnicos que considere preciso solicitar de los facultativos, adoptará la decisión que estime procedente. El sujeto podrá recurrir esta decisión ante las Comisiones Técnicas Calificadoras provinciales constituidas al efecto en Tribunales Médicos⁸⁵. Sin embargo, cuando el individuo simplemente se haya limitado a acudir por vía de hecho al abandono del tratamiento, sin solicitar autorización de la deudora de la prestación, no podrá requerirse la tramitación de procedimiento alguno, pudiendo en este caso el INSS proceder a sancionar al trabajador mediante la suspensión de la IT (arts. 132 actual LGSS y 102 LGSS de 1974). Si el trabajador entiende que la sanción impuesta no se ajustada a derecho podrá acudir a la jurisdicción competente en ejercicio de su derecho para impugnar la decisión de la gestora⁸⁶, pues late aquí el derecho del enfermo a disponer de su propio cuerpo⁸⁷.

De ahí que resulte tan difícil compaginar el respeto a determinados derechos constitucionales⁸⁸ con la obligación del individuo de acelerar el proceso curativo para su más pronta reincorporación al puesto de trabajo⁸⁹. Quizás por ello, aunque también por la redacción tan ambigua que ofrece el artículo 17 del RAS y que claramente contradice lo que dispone la LGSS, se haya discutido en sede doctrinal y judicial la determinación de a quién le corresponde la probanza de la irracionalidad de la decisión adoptada por el trabajador. Incliniéndose la opinión mayoritaria por la inversión de la carga de la prueba, esto es, porque sea la entidad gestora o colaboradora

⁸⁵ Vid. el artículo 17.4 del RAS. Tras desaparecer las Comisiones Técnicas Calificadoras provinciales, es ahora el INSS el único competente para resolver sobre este procedimiento tal y como dispone el artículo 3.4 del Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de incapacidad permanente en la Seguridad Social (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 1982. Corrección de errores en BOE núm. 283, de 25 de noviembre): «Será competencia del Instituto Nacional de la Salud, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: 4. Resolver las reclamaciones que se promuevan por los beneficiarios de la asistencia sanitaria contra las decisiones en las que se haya calificado de no razonable la negativa de aquellos a seguir los tratamientos que les hubieran indicado los facultativos que les asisten, en los supuestos previstos en el artículo 17 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre».

⁸⁶ Vid. el fundamento de derecho tercero de la STS de 22 de abril de 2002 (rec. núm. 410/2001) y el fundamento de derecho primero de la STSJ de Castilla y León/Burgos de 23 de noviembre de 2006 (rec. núm. 917/2006).

⁸⁷ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad»..., *op. cit.*, pág. 11. BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 97.

⁸⁸ No solo el derecho al propio cuerpo, sino también a la libertad religiosa, ideológica, etc.

⁸⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 317.

Vid. la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de junio de 2005 (rec. núm. 214/2005). Considera este tribunal que los derechos a la integridad física, psíquica, así como a la dignidad, prevalecen incluso por encima de la obligación de recibir un determinado tratamiento quirúrgico, y todo ello con independencia de si dicha intervención se llegase a efectuar o no con éxito.

(según en caso) la responsable de demostrar el sinsentido que supone el comportamiento abusivo del sujeto respecto al tratamiento prescrito⁹⁰.

Determinar cuándo una conducta es racional y cuándo constituye abandono no es tarea sencilla, pues no aparecen delimitados en la ley unos criterios concretos a seguir, sino que por el contrario se evalúa esa actitud en función de las circunstancias precisas⁹¹. Durante años lleva ya la jurisprudencia tratando de colmar esa laguna existente en nuestro sistema jurídico. No obstante, la enorme litigiosidad que ofrece ese juego de intereses contrapuestos entre las partes conduce a que, en ocasiones, para un mismo supuesto existan pronunciamientos muy contradictorios. A este respecto entienden los tribunales que no existe causa de abandono cuando: sufriendo simultáneamente una patología de tipo traumático y otra de carácter psíquico, el médico recomiende al trabajador, como terapia, regresar por un tiempo a su país de origen y continuar allí el tratamiento rehabilitador aprovechando su estancia⁹²; o habiendo agotado otras posibilidades terapéuticas sin conseguir mejora alguna y siempre que no entrañe peligro inminente para el enfermo la intervención quirúrgica solicite el alta médica⁹³; o por no acudir a las sesiones de rehabilitación prescritas a consecuencia de un suceso accidental ocurrido durante el transcurso de una intervención quirúrgica de cirugía estética⁹⁴; o cuando el paciente se oponga a recibir una intervención qui-

⁹⁰ En esta línea *vid.* ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal y maternidad»..., *op. cit.*, pág. 11. GARCÍA NINET, J. I.: «La incapacidad temporal»..., *op. cit.*, pág. 91. SALA FRANCO, T.: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*..., *op. cit.*, pág. 63. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 225. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 317. BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*..., *op. cit.*, pág. 96. En contra, *vid.* STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2000 (rec. núm. 2097/2000).

⁹¹ MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*..., *op. cit.*, págs. 226 y 227.

⁹² *Vid.* la STSJ de Cataluña de 16 de julio de 1999 (sent. núm. 5409/1999): «Sin embargo, la actuación de la recurrente no puede ser calificada como irrazonable, por lo siguiente: 1) Sufriendo simultáneamente una patología de tipo traumático y otra de tipo psiquiátrico, el médico que le atendía por esta última le aconsejó como terapia que regresara una temporada a su país de origen; 2) La recurrente puso en conocimiento del médico que le había operado la mano derecha su intención de ir a Marruecos, manifestándole este que por su parte no existía ningún inconveniente en que la actora realizara allí tratamiento, de modo que esta dejó el tratamiento prescrito en una situación de legítima confianza de que su actuación era correcta, y tenía la aprobación de quien correspondía; y 3) La recurrente en Marruecos siguió efectivamente tratamiento médico rehabilitador de su mano derecha durante 39 sesiones desde el 21 de julio de 1997 al 11 de septiembre de 1997, abonando 150 DH por sesión, de modo que tampoco hubo abandono del mismo, sino continuación por otros medios».

⁹³ *Vid.* la STSJ de Andalucía/Málaga de 22 de junio de 2001 (rec. núm. 135/2001).

⁹⁴ STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2001 (rec. núm. 8880/2000): «En el caso de autos, el abandono se ha producido en efecto, lo cual obliga a examinar si el mismo fue por causa razonable, en otras palabras, si el sometimiento a la intervención quirúrgica de cirugía estética constituye una causa razonable de abandono. Y a tal efecto debe decirse que dicha intervención, en cuanto tenía carácter ambulatorio, no determina en sí necesidad alguna de abandonar el tratamiento rehabilitador prescrito a la actora, habiendo tenido lugar el mismo de forma totalmente ajena a la voluntad de esta, como consecuencia de un suceso accidental acaecido durante el trascurso de la citada interven-

rúrgica arriesgada que no garantice ningún éxito⁹⁵; o en el supuesto de que el trabajador decida ser intervenido en un centro de la Seguridad Social en el que ya se encontraba en lista de espera, en vez del concertado por la mutua⁹⁶; o si a causa de su hepatopatía alcohólica el acreedor de la prestación no cumpliera con las prescripciones médicas aconsejadas, llevando a cabo así hábitos incompatibles con el tratamiento previsto⁹⁷; o cuando no se le requiera de manera formal al sujeto para ser intervenido quirúrgicamente⁹⁸; y, finalmente, en caso de que el paciente se niegue a someterse a una intervención quirúrgica que trae su causa en unas secuelas que son ocasionadas durante el trascurso de una prueba practicada con la misma aseguradora, aportando este como prueba al juicio otros informes médicos que así lo corroboran⁹⁹.

Por el contrario, la doctrina judicial considera que la causa de rechazo al tratamiento es injustificada en los casos en que: la operación quirúrgica que se le ofrece al demandante constituye la única solución a sus dolencias¹⁰⁰ y no se ofrece tratamiento alternativo¹⁰¹; desista el trabajador

ción, que determinó finalmente un resultado inesperado constituido por la necesaria hospitalización para atender a las secuelas de dicho accidente. Y es precisamente este el que provoca la imposibilidad de la actora de acudir a las correspondientes sesiones de rehabilitación que le habían sido prescritas».

⁹⁵ SSTSJ de Cataluña de 7 de marzo de 1996 (sent. núm. 1383/1996), de Andalucía/Granada de 6 de mayo de 1998 (rec. núm. 451/1996) y de Castilla-La Mancha de 16 de octubre de 2002 (rec. núm. 172/2002). En contra, STSJ de Galicia, de 7 de marzo de 1995 (rec. núm. 43/1993).

⁹⁶ Vid. la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 7 de abril de 2004 (rec. núm. 2492/2003): «... partiendo del relato de los hechos probados..., no es absolutamente exacto que el actor rechazara sin causa razonable el tratamiento que le fue indicado, en este caso una intervención quirúrgica, sino que a propuesta por la Mutua Fremap la intervención quirúrgica en un centro concertado para septiembre de 2002, el actor prefirió ser operado en un centro de la Seguridad Social en el que se encontraba ya en lista de espera, operación que tuvo lugar el 6 de noviembre de 2002, por lo que no demoró sustancialmente su curación para lucrar las prestaciones económicas por Incapacidad Temporal más allá de unos días para el supuesto de que la operación propuesta por la Mutua hubiera podido llevarse a cabo en septiembre; reputamos pues razonable y no injustificada la decisión del actor de ser intervenido en un centro de la Seguridad Social máxime cuando ya se encontraba en lista de espera y solo faltaban unos escasos días para ser operado...».

⁹⁷ STSJ de Asturias de 4 de febrero de 2005 (rec. núm. 4128/2003).

⁹⁸ SSTSJ de Andalucía/Granada de 6 de mayo de 1998 (rec. núm. 451/1996) y de las [Islas Canarias/Las Palmas de 27 de enero de 2006](#) (rec. núm. 778/2003).

⁹⁹ STSJ de Andalucía/Granada de 2 de abril de 2008 (rec. núm. 2942/2007).

¹⁰⁰ Vid. la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de noviembre de 1988: «Frente a la antigua doctrina conforme a la cual la negativa a seguir un tratamiento quirúrgico era siempre razonable, en base a que por sencilla que sea siempre implica una serie de riesgos, en el estado actual de la medicina deben tenerse en cuenta los avances de la cirugía, con los consiguientes aumentos de eficacia y disminución de riesgos, de tal modo que la negativa injustificada del trabajador no debe permitir la continuidad en el disfrute de los beneficios de la Seguridad Social, máxime cuando se trata de un supuesto de Incapacidad Laboral Transitoria, cuya finalidad es la de conseguir la plena recuperación del productor...».

¹⁰¹ STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2007 (rec. núm. 1478/2007): «... los facultativos del servicio público de salud advierten de la mejoría experimentada por la recurrente en su vida al margen de lo laboral, pero no se comprometen a diagnosticar una más o menos próxima recuperación de las facultades exigidas por su ocupación laboral

de una intervención quirúrgica por miedo¹⁰² o no acuda a los llamamientos para suministrarle un tratamiento sin mediar causa alguna y alargando, por consiguiente, la duración de la enfermedad¹⁰³; se oponga el enfermo por motivos religiosos a ser intervenido quirúrgicamente debido al alto riesgo de ejecutar una transfusión sanguínea¹⁰⁴; o se compruebe que posee el sujeto en sangre unos niveles de medicación inferiores a los indicados¹⁰⁵.

En este sentido, la doctrina científica ha negado que exista una suspensión del subsidio de IT cuando lo que se produce es una incomparecencia del sujeto a la recogida de los partes de confirmación de la baja¹⁰⁶. Del mismo modo, tampoco cabe justificar como de irracional la negativa del trabajador a ser atendido por un concreto facultativo ya que, en virtud del artículo 13 de la [Ley 41/2002](#) reguladora de la autonomía del paciente¹⁰⁷, podrá este decidir es-

de seguir con el tratamiento rehabilitador (gimnasia). Ello lleva necesariamente a considerar que la única alternativa viable para la vuelta al trabajo de la trabajadora pasa por la intervención pautada por los servicios de la entidad colaboradora, lo que determina, en aplicación del artículo 132.2 de la LGSS, la suspensión del derecho al subsidio por no aceptar el tratamiento establecido para superar la patología incapacitante».

¹⁰² STSJ de Andalucía/Granada de 17 de julio de 1998 (rec. núm. 515/1998).

¹⁰³ STSJ de Galicia de 19 de julio de 2000 (rec. núm. 1778/1997) y de Madrid de 12 de diciembre de 2005 (rec. núm. 3370/2005). En este mismo sentido, *vid.* MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 228.

¹⁰⁴ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 6 de abril de 2001 (rec. núm. 418/2001): «... el actor se niega a ser tratado quirúrgicamente por el INSALUD, por temor de que en el curso de la operación hubiera de ser objeto de una transfusión de sangre, lo que constituye una negativa injustificada a ser objeto del oportuno tratamiento médico, en un caso además que por la sencillez de la operación de que se trataba, existía un mínimo riesgo para su vida y salud, y que por ello no puede ser respaldada por unas creencias religiosas que además no tienen el menor respaldo de la comunidad científica, y si el actor decidió acudir a la medicina particular para ser intervenido sin ningún tipo de transfusión (técnica médica que por cierto es cuestionada por los Médicos de la Seguridad Social), ello constituye un acto voluntario que se realiza «extramuros» del Sistema de Seguridad Social, no solo en lo que respecta a la asistencia sanitaria que no tiene obligación de prestar de la forma que el actor pretende, sino también con referencia a los aspectos económicos que se derivan de la posición del actor, por lo que tampoco la Seguridad Social tiene obligación de asumir unas prestaciones de las que voluntariamente ha renunciado al negarse a ser sometido al correspondiente tratamiento médico para obtener el restablecimiento de su estado sanitario, lo que evidentemente puede hacer y disponer libremente de su salud, pero no puede por ello disponer de los fondos públicos...».

¹⁰⁵ SSTSJ de Galicia de 29 de abril de 2009 (rec. núm. 3987/2006) y 30 de marzo de 2012 (rec. núm. 2872/2010).

¹⁰⁶ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 384. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 228. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, *op. cit.*, pág. 319.

¹⁰⁷ Artículo 13. Derecho a la información para la elección de médico y centro: «Los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrán derecho a la información previa correspondiente para elegir médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes».

coger de manera libre a otro especialista¹⁰⁸. Sin embargo, negarse a practicar una determinada prueba médica sí constituirá una causa poco defendible¹⁰⁹ siempre que no exista otro mecanismo alternativo.

En definitiva, el concepto de lo que se ha de interpretar como razonable y lo que no resulta ser tan sumamente subjetivo que podría conducirnos a incurrir en contradicción ante unos mismos hechos, pues dependiendo de los valores por los que nos inclinemos la resolución al caso podrá ser distinta. Por esta razón, entiendo que resulta estrictamente necesario el examen de todas las piezas que confluyen en un mismo puzzle y, por supuesto, resulta clave la apreciación de si existe o no mala fe del sujeto protegido, con la clara intención de prolongar más allá de lo permitido el disfrute de la prestación¹¹⁰.

3. LA INCLUSIÓN DE NUEVAS CAUSAS SUSPENSIVAS Y EL AUMENTO DEL CONTROL EN LOS PROCESOS DE BAJA POR INCAPACIDAD TEMPORAL

La aprobación de la [LPGE para el año 2014](#) ha hecho estragos en el panorama jurídico y más en materia del IT. De nuevo, el legislador obsesionado por controlar las situaciones de IT que causan fraude en el sistema de Seguridad Social se decide, una vez más y como solución al problema, a incrementar el poder o facultades de supervisión que son reconocidas a los sujetos que gestionan esta prestación. Para ello, la LPGE introduce un nuevo apartado tercero al artículo 132 de la [LGSS](#) que dice así: «El derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido... La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las *Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social* para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos».

¹⁰⁸ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., págs. 385 y 386. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 319.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 318.

¹¹⁰ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., págs. 386 y 387. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 319.

La inclusión de esta cláusula suspensiva no supone una innovación en nuestro ordenamiento jurídico, pues antes de la aprobación de la [LPGE 2014](#) ya aparecía como una causa justificativa de la extinción por IT. De hecho, actualmente, puede este mismo motivo justificar la extinción del subsidio por IT¹¹¹.

Siguiendo la estela de la LPGE, la [Ley 35/2014, de 26 de diciembre](#), por la que se modifica el texto refundido de la LGSS en relación con el régimen jurídico de las mutuas, de nuevo vuelve a incidir en esta materia pero con la sola intención de incrementar, aún más, el protagonismo que en materia de control de los procesos de baja por IT por contingencias comunes podrán llevar a cabo las MCSS (disp. adic. undécima.dos)¹¹².

En esa línea ha incidido también el nuevo [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 365 días de su duración. Normativa que viene a sustituir al [Real Decreto 575/1997, de 18 de abril](#), por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por IT. A este respecto, señala el artículo 9.4 de este real decreto que: «Cuando el trabajador que hubiera sido citado a reconocimiento por la entidad gestora no se personara en la fecha fijada, el director provincial correspondiente dictará resolución, que será inmediatamente comunicada al interesado, disponiendo la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, e indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles, a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma. Cuando el trabajador que hubiera sido citado a reconocimiento médico por una mutua, no acuda al mismo en la fecha fijada, aquella acordará la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, lo que comunicará inmediatamente al interesado indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificarla. La entidad gestora o la mutua comunicará la suspensión acordada por vía telemática a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social».

Queda patente del tenor literal de este precepto, así como de la nueva [Ley 35/2014](#), la facultad que se le concede a las MCSS y al INSS de someter a los trabajadores a constantes reconoci-

¹¹¹ Vid. LÓPEZ INSUA, B. M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada: Comares, 2014, págs. 303 y ss. «Con la publicación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, administrativas y del Orden Social, se introdujo al catálogo de causas extintivas de la IT un nuevo supuesto, la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la MATEP. Dicha previsión se repite nuevamente en el art. 128. 1 a) párrafo 2.º, gracias a la modificación que a este número otorga la disposición final quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 y también en el art. 131.1 bis de la LGSS con la modificación que a esta disposición introduce la Ley 22/2013 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014».

¹¹² En esta línea, TORTUERO PLAZA, J. L.: «El Derecho de la Seguridad Social en una coyuntura crítica», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 1, 4.º trimestre, 2014, pág. 17.

mientos médicos, comenzando el primer día de baja, aun cuando estos estén ya siendo asistidos por los Servicios Públicos de Salud. Por lo que, al final, el trabajador agobiado ante la eterna revisión a la que se encuentra sometido por todos estos sujetos podría llegar a encontrarse desamparado y sin derecho a la prestación por IT, pues no solo el legislador habilita a estas entidades (INSS y MCSS) para suspender, denegar y anular el subsidio por IT, sino también para extinguirlo en caso de incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos impuestos por ellas, de conformidad con lo establecido en el artículo 131.1 bis de la LGSS¹¹³.

Tras esta última reforma, queda patente que el legislador está presumiendo para todos aquellos procesos de IT y, más aún, para todas aquellas situaciones que deriven de contingencias comunes (a diferencia de lo que sucede en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional) el fraude. Efectivamente, queda en evidencia cómo ese miedo por evitar el recurso a posibles situaciones abusivas ha crecido y se ha extendido a lo largo y ancho de todo este articulado, incluso desde mucho antes de que comenzara esta fuerte crisis financiera en la que actualmente nos encontramos inmersos.

Se comprueba como a pesar de todas las reformas acaecidas el problema no solo no ha terminado de solucionarse, sino que, además, no se ha conseguido ese objetivo tan ansiado por el poder público como es el de ahorrar para alimentar, suficientemente, las arcas de las que se nutre el sistema de Seguridad Social. Por supuesto, definiendo que debe perseguirse y castigarse el fraude, ahora bien, no a costa de sospechar de una manera enfermiza que detrás de cada baja que se concede se oculta una situación fraudulenta. Se tiene que examinar cada caso en concreto, analizando de una manera escrupulosa cada una de las circunstancias que se producen, tal y como acertadamente preconizan los últimos pronunciamientos jurisprudenciales habidos en esta materia. Y es que, no todas las circunstancias son iguales, por lo que no puede elevarse una solución única para todas ellas¹¹⁴.

No obstante, a pesar del intento del legislador español por otorgar una mayor eficacia a los mecanismos de gestión y control de la prestación, se dejan aquí de lado algunos problemas interpretativos sin resolver y que podrían acarrear consecuencias negativas para los trabajadores afectados.

En primer lugar, la doctrina plantea que el hecho de que no se fijen unos límites temporales a los requerimientos médicos efectuados por las mutuas y el INSS podría conducir a que los beneficiarios se viesan atosigados ante el continuo reconocimiento. En efecto, aparte de los con-

¹¹³ En este sentido, indica el nuevo apartado 5 de la disposición adicional undécima de la LGSS: «... respecto de las citaciones para examen o reconocimiento médico, la incomparecencia injustificada del beneficiario será causa de extinción del derecho a la prestación económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 bis, en los términos que se establezcan reglamentariamente, sin perjuicio de la suspensión cautelar prevista en el apartado 3 del artículo 132».

¹¹⁴ LÓPEZ INSUA, B. M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social...*, op. cit., pág. 387 y ss.

troles que se efectúan por los facultativos del Servicio Público de Salud cabe añadir los de estas entidades (la gestora y la colaboradora). De modo que, como no quedan determinados cuáles son los prudentes márgenes temporales entre unos y otros el trabajador podría llegar a la situación de encontrarse continuamente siendo examinado¹¹⁵.

Opino que dejar al arbitrio del INSS y de las MCSS el establecimiento de los reconocimientos médicos, sin que queden determinados unos parámetros temporales y una correcta coordinación con respecto a los efectuados por el Servicio Público de Salud, solamente conducirá a dejar al trabajador en una situación de completa indefensión¹¹⁶. Especialmente en el caso de que ese control lo efectúen las mutuas, ya que está comprobado que para estas entidades colaboradoras resulta más preocupante contener las partidas económicas que amparar situaciones necesidad.

En segundo lugar, la doctrina se cuestiona sobre ¿cuándo se entiende que una ausencia es injustificada y cuándo no? Pues podría suceder que el interesado no tuviese conocimiento del requerimiento efectuado para una fecha concreta o que teniendo conocimiento de ello no pudiese acudir por razones médicas. Ante la ausencia de un desarrollo reglamentario en el que se precisen los criterios concretos a aplicar, se establece en la Resolución de la Dirección General del INSS de 2 de enero de 2002¹¹⁷ que cuando un trabajador fuese citado para reconocimiento médico y no acudiese, dispondrá de un plazo de 10 días para justificar su incomparecencia, transcurrido ese periodo sin obtener una respuesta que fundamente su ausencia, se procederá entonces a extinguir el derecho¹¹⁸.

Sobre este punto, la jurisprudencia entiende que cabe apreciar para cada caso las concretas circunstancias concurrentes que imposibilitan para su presentación al control médico requeri-

¹¹⁵ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., págs. 393 y 394. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., págs. 300 y 301.

¹¹⁶ TORTUERO PLAZA, J. L y MORENO ROMERO, F.: «Un nuevo y definitivo giro en la reforma de la incapacidad temporal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2010, págs. 213 y ss.

¹¹⁷ JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...*, op. cit., pág. 394. MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...*, op. cit., págs. 213 y 214. GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 47. FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., págs. 301 y 302.

¹¹⁸ TORTUERO PLAZA, J. L.: «La incomparecencia a los reconocimientos médicos en la incapacidad temporal ¿es constitutiva de fraude?»..., op. cit., págs. 360 a 362. MORENO ROMERO, F.: «El Real Decreto 625/2014, de 18-VII y las nuevas estrategias de control en los procesos de incapacidad temporal», en AA. VV., Ortiz Castillo, F; Sánchez-Rodas Navarro, C. y Rodríguez Iniesta, G. (dirs), *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, 2014, págs. 323 y siguientes.

do¹¹⁹. Así, por ejemplo, se ha considerado que no procede la suspensión y extinción del derecho por concurrir causa justificada: cuando el trabajador avisase por vía telefónica que por una reagudización de su enfermedad no podía personarse el día requerido¹²⁰; o cuando en la fecha señalada por la mutua para su reconocimiento coincidiese con el de una intervención quirúrgica¹²¹; o incluso que por prescripción médica le fuese imposible acudir a su cita de reconocimiento¹²²; o que no constase haber recibido el aviso de la citación efectuada por la entidad colaboradora (ya sea, mediante burofax¹²³, correo certificado¹²⁴ o por vía telefónica)¹²⁵.

Por último, cabe cuestionarse sobre cuál es la naturaleza jurídica de dicha facultad de las MCSS para suspender y extinguir el derecho a la prestación por IT, cuando se deba a la no comparecencia del beneficiario a las citaciones requeridas por los médicos adscritos a estas entidades. Dicha duda interpretativa ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo¹²⁶, quien entiende que esta facultad tiene una naturaleza que se aproxima a la sancionatoria. Por lo que la mutua no podrá actuar de manera deliberada, sino solo a través del oportuno procedimiento. Según el Tribunal Supremo se trata este de acto o facultad que se integra en la gestión de la prestación, no pudiendo ser entendido como un poder de represión de una concreta conducta sancionable. De ahí que la mutua pueda actuar en ese sentido «por expresa imposición legal»¹²⁷, aun cuando la incomparecencia no implique necesariamente que hayan dejado de concurrir los requisitos de la contingencia¹²⁸.

¹¹⁹ En este sentido, BARBA MORA, A: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social...*, op. cit., pág. 104.

¹²⁰ Ver STSJ de Murcia de 17 de octubre de 2005 (rec. núm. 990/2005).

¹²¹ STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2004 (rec. núm. 4082/2003).

¹²² La trabajadora probó ante los tribunales que para el día en que esta fue citada por los médicos de la mutua se encontraba en reposo absoluto por prescripción facultativa debido a lumbalgia aguda.

¹²³ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de noviembre de 2005 (rec. núm. 1681/2005).

¹²⁴ STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2006 (rec. núm. 122/2005).

¹²⁵ STSJ de Andalucía/Granada de 17 de enero de 2007 (rec. núm. 2353/2006).

¹²⁶ Vid. la STS de 17 de marzo de 2007. También la STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 18 de diciembre de 2008 (rec. núm. 289/2006).

¹²⁷ Se refiere a los artículos 6.3 del [Real Decreto 575/1997](#) y el artículo 13.4 de la [Orden](#) que la desarrolla de 19 de junio de ese mismo año.

¹²⁸ En este mismo sentido, FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...*, op. cit., págs. 302 y 303.