

## EL CAOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

**GEMMA GRACIA ALEGRÍA**

*Letrada de la Administración de la Seguridad Social  
Profesora asociada. Universidad Jaime I de Castellón*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, doña Teresa Díez MERIEL, don Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, don Eugenio LANZADERA ARENCIBIA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE y doña Rosa María VIROLÉS PIÑOL.

### **Extracto:**

LA prestación por incapacidad temporal se ha transformado en una de las prestaciones más complicadas de nuestro Sistema de Seguridad Social. Esta complicación es el resultado de la intervención de diversos sujetos (Instituto Nacional de la Seguridad Social, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, empresas, Servicios Públicos de Salud y el Servicio Público de Empleo), de un complicado mecanismo de gestión (los primeros días de incapacidad son a cargo de la empresa, pago delegado y pago directo), de diversas cuantías a reconocer (el porcentaje difiere en función de la duración del proceso y de la situación de desempleo o no del trabajador). Todo ello es consecuencia de una regulación intermitente, parcial e insuficiente que delega en la doctrina judicial la solución de controversias que se generan debido a una normativa precaria.

La presente obra pretende poner de manifiesto cómo han sido los últimos ámbitos de reforma en esta materia, cómo se gestiona y controla el subsidio de incapacidad temporal, cómo se aborda la duración de los procesos tras las dos últimas modificaciones de las Leyes 30/2005 y 40/2007, y cuáles son las cuestiones que se han resuelto jurisprudencialmente en cuanto a las distintas responsabilidades de los sujetos intervinientes en la prestación. Por último, se concluye haciendo mención a aquellos aspectos de la prestación que deberían ser objeto de reforma para lograr una mayor eficiencia y claridad, ante todo, para mejorar la caótica situación en la que nos encontramos.

**Palabras clave:** incapacidad temporal, reconocimiento, gestión y control.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. Modificaciones del régimen jurídico del subsidio de IT.
  - a) Medidas de disminución de la protección.
  - b) Medidas de cambio en la gestión del subsidio.
  - c) Medidas de mejora en el control de la prestación.
- III. Gestión de la IT: colaboración y control.
  - a) Colaboración en la gestión.
  - b) Control médico.
  - c) Expediente sancionador.
- IV. Pago y responsabilidad.
- V. El artículo 128 de la LGSS.
  - a) Regulación anterior a la Ley 40/2007.
  - b) Regulación tras la reforma operada por la Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social.
- VI. Artículo 131 bis de la LGSS.
  - a) Redacción anterior a la Ley 30/2005.
  - b) Redacción del artículo 131 bis tras la Ley 30/2005.
  - c) Regulación del artículo 131 bis tras la Ley 40/2007.
- VII. Problemática de la gestión de IT y los sujetos intervinientes.
  - a) Determinación de contingencia de la IT.
  - b) Responsabilidad del INSS en abono de la IT vigente cuando se extingue el contrato de trabajo.
  - c) Realización de actividad laboral durante la percepción del subsidio.
  - d) Extinción del subsidio de IT por no comparecer a reconocimiento médico.
  - e) Competencia para expedir partes de alta y baja.
- VIII. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

La incapacidad temporal <sup>1</sup> es aquella situación en la que el trabajador recibe asistencia sanitaria y está impedido para el trabajo, esta situación tiene una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. Dentro de las condiciones exigidas para causar subsidio de IT se exige un impedimento para el trabajo debido al padecimiento de una enfermedad común o profesional, o un accidente sea o no de trabajo, y la recepción de asistencia sanitaria, además de este criterio médico debe añadirse un criterio temporal, que la duración de esta situación no exceda de doce meses prorrogables por otros seis.

Esta teórica definición del subsidio de IT contrasta con la realidad con la que nos encontramos. La IT se ha convertido, con la permisividad del legislador, de los órganos judiciales y de los técnicos de la Administración, en una prestación refugio, en un cajón de sastre al que acudir cuando ante una situación de ausencia de rentas o bien de ausencia de justificación para ausentarse en el trabajo se acude a percibir subsidio de IT con la finalidad de resolver la situación de conflicto.

Obviamente esta situación fraudulenta no se originaría si nos encontrásemos ante una prestación bien definida y correctamente gestionada, si el legislador hubiese intervenido para lograr una prestación más uniforme y menos expuesta a cambios, si los órganos judiciales hubiesen sido más valientes para atajar las situaciones de fraude y otorgar mayor potestad a los órganos gestores de la prestación, y si los propios gestores fueran más diligentes en el cometido de sus funciones, posiblemente la exposición crítica del conjunto del subsidio de IT que voy a efectuar a continuación sería innecesaria por carecer de fundamento, pero, es precisamente el caos en el que se ha convertido el subsidio de IT y el abuso que se está cometiendo accediendo al subsidio lo que ha ocasionado que queriendo controlar al máximo los procesos de IT, se haya logrado el efecto contrario, el descontrol de la prestación, debido precisamente a la pluralidad de sujetos intervinientes en su gestión y a la consecución de cambios normativos en la materia.

<sup>1</sup> En adelante IT.

Al margen de críticas, un hecho innegable y estadísticamente demostrable lo encontramos en el aumento imparable e injustificado del gasto público en IT, que ha motivado distintas líneas de reforma y la intención de lograr una mejor gestión de la prestación, definiendo cada vez más las competencias de los sujetos que participan en la prestación y efectuando un mayor control durante la duración del subsidio.

## II. MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SUBSIDIO DE IT

La regulación del subsidio de IT ha sido una preocupación constante de los poderes públicos, con la finalidad de obtener la mayor eficiencia en la gestión del subsidio, ha sido objeto de modificaciones que han ido variando su naturaleza. Unas medidas modificadoras se han enfocado hacia una disminución de la protección, otras medidas se han orientado hacia un cambio en la gestión del subsidio, y otras hacia una mejora en el control de la prestación optando por una mayor implicación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) en el control del subsidio.

### a) Medidas de disminución de la protección.

Este conjunto de medidas ha comportado una disminución de la protección que en un inicio otorgaba el régimen jurídico establecido para el subsidio de IT, así, el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre <sup>2</sup>, por el que se aprobó el Reglamento General que determinó la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General estableció que la cuantía de la IT consistía en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base de cotización del trabajador en la fecha en que se declarara iniciada legalmente la incapacidad, y si la incapacidad procedía de accidente de trabajo o enfermedad profesional se calculaba sobre las remuneraciones efectivamente percibidas.

Los primeros tizeretazos al subsidio de IT se produjeron con el Real Decreto 1646/1972 <sup>3</sup>, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General, que modificó el cálculo de la base reguladora estableciendo que sería el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador del mes anterior a la fecha de inicio de la incapacidad, por el número de días a que la cotización se refiera. Igualmente estableció que la prestación económica por IT en caso de enfermedad común o accidente no laboral se percibiría a partir del cuarto día de la baja para el trabajo, es decir, no se percibiría desde el inicio de la IT sino desde el cuarto día.

Posteriormente, el Real Decreto 53/1980 <sup>4</sup>, de 11 de enero, que modificó el Reglamento General de prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, respecto al

<sup>2</sup> BOE de 30 de diciembre de 1966.

<sup>3</sup> BOE de 28 de junio de 1972.

<sup>4</sup> BOE de 16 de enero de 1980.

subsidio de IT afectó a la cuantía a percibir en el subsidio de IT derivado de enfermedad común o accidente no laboral desde el cuarto día hasta el vigésimo, pasando de percibir el 75 por 100 de la base reguladora, a percibir el 60 por 100, a partir del vigésimo primer día se pasaría a percibir el 75 por 100. Es de resaltar que este Real Decreto recordaba que la finalidad específica de la IT es compensar en parte la pérdida de retribución en las situaciones derivadas de enfermedad o accidente, y la finalidad de la norma es solventar las importantes y grandes desviaciones originadas por determinadas conductas, con la consiguiente repercusión en la economía nacional. Con la reducción del porcentaje a percibir durante los primeros dieciséis días del subsidio de IT el Real Decreto pretendió corregir el nivel de absentismo manteniéndose la cuantía en los procesos de mayor duración que justifican una protección más intensa y reduciéndose durante los primeros días de baja, con la finalidad de incentivar la vuelta al trabajo. El Real Decreto 53/1980 ya tuvo en cuenta los abusos que se producían en el percibo de la prestación y por ese motivo limitó su cuantía.

Por otra parte, la Ley 42/1994 <sup>5</sup>, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que fue la Ley de acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, suprimió la invalidez provisional y la incapacidad laboral transitoria reuniéndolas en la IT, la invalidez provisional consistía en aquella situación que podía prolongarse con una duración máxima de seis años sumando el período de IT y que se encontraba a medio camino entre la IT y la incapacidad permanente, con la modificación de la Ley 42/1994, tras el período de IT se pasaría en su caso a incapacidad permanente, sin existir la situación intermedia de invalidez provisional. Conviene recordar que la misma Ley de acompañamiento escindió la maternidad de la IT.

Finalmente, la Ley 24/2001 <sup>6</sup>, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, estableció una limitación en aquellos supuestos en que estando en situación de IT se extinguía el contrato de trabajo, con la Ley 24/2001 la cuantía de IT se limita en función de la cuantía del desempleo cuando se extingue el contrato de trabajo y el período transcurrido en IT desde la extinción del contrato se descuenta como período ya consumido cuando se pase a percibir prestación de desempleo.

## **b) Medidas de cambio en la gestión del subsidio.**

La gestión del subsidio de IT se lleva a cabo mediante el reconocimiento de la prestación y su pago, el pago se puede hacer de forma directa por parte del INSS o de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional <sup>7</sup>, o bien en pago delegado a través de la empresa que abona el subsidio al trabajador y posteriormente se deduce en la cotización a la Tesorería General de la Seguridad Social el importe de la IT abonada. En ocasiones la empresa es autocolaboradora y se encarga del pago de la prestación de IT e incluso de la gestión de la asistencia sanitaria al trabajador.

<sup>5</sup> BOE de 31 de diciembre de 1994.

<sup>6</sup> BOE de 31 de diciembre de 2001.

<sup>7</sup> En adelante Mutuas.

La intervención en el pago ha ido variando con diferentes reformas, ha variado la implicación de las Mutuas de Accidentes que han visto incrementadas sus posibilidades de actuación aunque, como veremos más adelante, se trate de una actuación limitada, y también ha sufrido modificaciones el conjunto de responsables en el pago de la prestación, así, la Orden de 16 de enero de 1992 amplió las empresas que pueden colaborar voluntariamente en la gestión de la IT por contingencias comunes.

El Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes<sup>8</sup> procedió a modificar el artículo 129.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social disponiendo que el abono de la IT en supuestos de enfermedad común o accidente no laboral, desde el cuarto hasta el decimoquinto día, ambos inclusive, correspondería de forma exclusiva al empresario, sin posibilidad de deducción posterior, igualmente, esta norma permitió que en el caso de empresas que colaboraran voluntariamente en la gestión de la IT lo hicieran colaborando en el pago de la prestación sin tener que prestar necesariamente la asistencia sanitaria al trabajador.

Otra medida de modificación de la gestión del subsidio tuvo lugar con la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo<sup>9</sup>, mediante la que se permitió que los trabajadores autónomos pudieran optar por formalizar la cobertura de la IT con una Mutua de Accidentes de Trabajo, es conveniente recordar que a fecha de la ley, los trabajadores autónomos no disfrutaban de la posibilidad de asegurar contingencias profesionales. El Real Decreto 2110/1994<sup>10</sup>, de modificación de determinados aspectos de la regulación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o autónomos, agrarios y empleados de hogar, en desarrollo de la Ley 22/1993, determinó la voluntariedad para la protección de la IT de los trabajadores autónomos, lo que ha venido a denominarse mejora de IT, el trabajador autónomo que decide cubrir la IT por contingencias comunes efectúa un suplemento en su cotización<sup>11</sup>.

La Ley 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, permitió que las empresas concertaran la cobertura de la IT por contingencias comunes con una Mutua de Accidentes<sup>12</sup>.

Igualmente se permitió a las Mutuas de Accidentes que hicieran propuestas de alta médica en aquellos procesos por contingencias comunes en los que no teniendo competencias para controlar médicamente el proceso mediante partes de baja, confirmación y alta, sí que se veían afectadas al ser

<sup>8</sup> BOE de 23 de julio de 1992.

<sup>9</sup> BOE de 31 de diciembre de 1993.

<sup>10</sup> BOE de 10 de diciembre de 1994.

<sup>11</sup> El artículo 1 disponía que «los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, en el momento de causar alta en el mismo podrán acogerse voluntariamente a la cobertura por la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad laboral transitoria o excluir la misma, dentro del ámbito de la acción protectora dispensada».

<sup>12</sup> El artículo 35 dio nueva redacción a la disposición adicional undécima de la LGSS, «cuando el empresario opte por formalizar la protección respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, podrá, asimismo, optar por que la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de ese mismo personal se lleve a efecto por la misma Mutua».

las responsables en el pago de la prestación. La Ley 13/1996<sup>13</sup>, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, permitió la realización de estas propuestas de alta médica y también previó que a efectos de la necesaria cooperación y coordinación en la gestión de la IT, el INSS, las Mutuas y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas podían establecer Acuerdos.

Otra modificación tuvo lugar mediante la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social<sup>14</sup>, en su disposición adicional decimocuarta determinó que los trabajadores por cuenta propia que a partir de la entrada en vigor de la norma solicitaran el alta en el Régimen por cuenta propia y optasen por acogerse a la cobertura de IT deberían formalizarla con una Mutua, y los que hubieran optado ya por una Mutua solo podrían modificar su opción a favor de otra Mutua. Tras la modificación de esta norma, el INSS únicamente gestionaría los procesos de IT de trabajadores autónomos que a fecha 1 de enero de 1998 hubieran optado por contratar la mejora de IT con el INSS, el resto de trabajadores autónomos (sin mejora de IT que la contratasen a partir de esta fecha, nuevos trabajadores autónomos o trabajadores autónomos que ya habían optado por una Mutua) únicamente podían cubrir la IT con una Mutua. Con esta modificación la intervención del INSS en el abono de la IT a un trabajador autónomo adquirió un carácter residual en vías de extinción.

Si la Ley 13/1996 permitió a las Mutuas hacer propuestas de alta, el Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, de modificación del Real Decreto 575/1997 sobre gestión y control de la prestación económica por IT<sup>15</sup> permitió que las Mutuas plantearan iniciativas de alta al INSS cuando el Servicio Público de Salud no atendiese una propuesta de alta tras haberle reiterado una propuesta inicial.

Siguiendo con la modificación de la gestión en materia de altas, el Decreto-Ley 6/2000<sup>16</sup>, de 23 de junio, de Medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, reconoció la posibilidad de que los médicos de las Mutuas pudieran extender partes de alta a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas, esta posibilidad se supeditó a un desarrollo reglamentario que nunca se produjo, como igualmente estaba supeditado a desarrollo reglamentario el artículo 131 bis 2.º párrafo, al que remitía el artículo 44 del Decreto-Ley<sup>17</sup>.

Finalmente, el Real Decreto 428/2004, de 12 de marzo, que modificó el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>18</sup>, principalmente para incorporar la posibilidad de que las Mutuas cubrieran las contingencias

<sup>13</sup> BOE de 31 de diciembre de 1996.

<sup>14</sup> BOE de 31 de diciembre de 1997.

<sup>15</sup> BOE 18 de junio de 1998.

<sup>16</sup> BOE de 24 de junio de 2000.

<sup>17</sup> El artículo 131 bis 2.º párrafo disponía que «sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al INSS podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan» y el artículo 44 del Decreto-Ley 6/2000 dispuso que «a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 131 bis de la LGSS, sobre expedición de altas médicas en los procesos de IT, se entiende referido a los médicos de las Mutuas respecto del personal al servicio de los asociados de estas en los términos que reglamentariamente se establezcan».

<sup>18</sup> BOE de 30 de marzo de 2004.

profesionales de los trabajadores autónomos, atribuyó a las Mutuas la posibilidad de declarar el derecho al subsidio de IT, así como la denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción del derecho. La declaración del derecho se efectuará previa determinación de contingencia por la mutua. Como se verá posteriormente, la referencia a la previa determinación de contingencia fue suprimida con una modificación reglamentaria posterior a los efectos de aclarar que el INSS es la Entidad competente para determinar la contingencia de los procesos de IT.

### c) Medidas de mejora en el control de la prestación.

Las medidas de mejora en el control de la prestación trae su causa en el hecho constatado de que desde el año 1999 se fue incrementando paulatinamente el gasto en IT hasta el año 2006, fecha en que comenzó a reducirse tras estar vigentes el conjunto de reformas en materia de control que comenzaron a producir efectos <sup>19</sup>.

La primera medida de control se implantó mediante el Real Decreto 2319/1993 <sup>20</sup>, de 29 de diciembre, sobre revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994, mediante este Decreto, los trabajadores autónomos que inicien un proceso de IT deben declarar la persona que se va a encargar de la gestión del negocio durante la duración del proceso de IT, en caso contrario deben proceder al cese del negocio durante el período de percepción del subsidio. En la actualidad la regulación se encuentra en el Real Decreto 1273/2003 <sup>21</sup>, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por IT para los trabajadores por cuenta propia.

Quizá la norma más innovadora en materia de control en la IT lo fue el Real Decreto 575/1997 <sup>22</sup>, 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 <sup>23</sup>. Esta norma estableció el contenido del parte de baja y la necesidad de extender partes de confirmación cada siete días, estableció el informe complementario que acompaña al tercer parte de confirmación, y los sucesivos informes complementarios con una periodicidad de cuatro semanas. A efectos de control fijó un informe de control trimestral por parte de la Inspección Médica, se facultó a las Entidades Gestoras y Mutuas a realizar aquellas actividades que tuvieran por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y la situación que origi-

<sup>19</sup> Un interesante estudio sobre el gasto y control de los procesos de IT viene recogido en «La gestión y el control de la incapacidad temporal», J.M. PAREDES RODRÍGUEZ Doctor y R. SÁNCHEZ-MINGUILLÓN, *Aranzadi Social*, n.º 22, abril 2007.

<sup>20</sup> BOE de 31 de diciembre de 1993.

<sup>21</sup> BOE de 22 de octubre de 2003.

<sup>22</sup> BOE de 24 de abril de 1997.

<sup>23</sup> El Real Decreto dice que «con él se procede a regular la forma de expedición de los partes de baja o alta médicas, de manera que exista un mayor rigor en la constatación de la enfermedad y de su incidencia en la capacidad de trabajo del interesado. En definitiva, se trata de dotar de una mayor eficacia y transparencia a la gestión de la incapacidad temporal, evitando los riesgos de abusos y fraudes, pero respetando, al mismo tiempo, los derechos de quien efectivamente esté en situación de incapacidad prevista en la ley».



nó el derecho al subsidio, se reguló la propuesta de alta de las Entidades Gestoras y Mutuas al Servicio Público de Salud, la posibilidad de requerir a los trabajadores para efectuar reconocimientos médicos, y las iniciativas de alta de los médicos de la Mutua al INSS cuando no se hubiera atendido una propuesta de alta anterior efectuada al Servicio Público de Salud. Este Decreto fue desarrollado por Orden de 19 de junio de 1997<sup>24</sup>.

Posteriormente, el Real Decreto 1117/1998<sup>25</sup>, de 5 de junio, modificó el Real Decreto 575/1997, sobre gestión y control de la prestación económica por IT<sup>26</sup>, para adaptarlo a la posibilidad de que los médicos adscritos al INSS puedan expedir alta médica a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas y sin incidir en la posibilidad de que el trabajador continúe sometido a tratamiento sanitario, se estableció también que las bajas sucesivas a un alta médica expedida por el INSS por la misma patología solo la podría expedir la Inspección Médica<sup>27</sup>.

Otra novedad enmarcada en las medidas de control la estableció la Ley 50/1998<sup>28</sup>, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modificó la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones del orden social, para tipificar como infracción grave el no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por la Entidad Gestora, en los supuestos así establecidos, así como no presentar ante la misma los antecedentes, justificantes o datos que no obren en la Entidad, cuando a ello sean requeridos y afecten al derecho a la continuidad en la percepción de la prestación.

Finalmente, siguiendo con la dinámica de incidir en el control del subsidio de IT, las dos últimas grandes reformas se han llevado a cabo con la Ley 30/2005<sup>29</sup>, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, y la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social.

La Ley 30/2005 atribuyó al INSS la competencia para determinar los efectos que deben producirse en la situación de IT, una vez agotado el plazo de doce meses de duración, pudiendo expedir alta a los exclusivos efectos económicos, así como para decidir si una nueva baja médica por la misma o similar patología, producida en los seis meses siguientes al alta médica tiene o no efectos económicos. Asimismo, en supuestos de recaída una vez agotado el plazo máximo de duración de la IT, solo podría generarse un nuevo proceso, cuando hubiese mediado un período de actividad inferior a seis meses, si el INSS emitiese la baja a los exclusivos efectos de la prestación de IT.

<sup>24</sup> BOE de 24 de junio de 1997.

<sup>25</sup> BOE de 18 de junio de 1998.

<sup>26</sup> El Real Decreto reconoce que «se enmarca en las medidas de racionalización y efectividad en la gestión de la prestación económica de IT, que pretende, garantizando el derecho de las personas que se encuentran realmente en la situación de incapacidad protegida, combatir las actuaciones de abuso de fraude, mediante un control más preciso de la incidencia de las dolencias padecidas en la capacidad laboral del interesado, todo ello en el marco del programa del Gobierno de lucha contra el fraude fiscal».

<sup>27</sup> Sobre las novedades de esta norma, «De nuevo el control de la incapacidad temporal: el Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio», J.A. PANIZO ROBLES, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 185-186, agosto-septiembre 1998.

<sup>28</sup> BOE de 31 de diciembre de 1998.

<sup>29</sup> BOE de 30 de diciembre de 2005.

La Ley 40/2007 ha modificado nuevamente la regulación del subsidio de IT para que el alta expedida en el duodécimo mes de IT extienda sus efectos en el ámbito de Seguridad Social y el ámbito laboral, estableciendo un procedimiento en el que intervienen los Servicios Públicos de Salud para evitar que se expida una nueva baja médica.

### III. GESTIÓN DE LA IT: COLABORACIÓN Y CONTROL

#### a) Colaboración en la gestión.

La gestión de la IT no corresponde en exclusiva al INSS, con él colaboran empresas y Mutuas. Y aunque no es propiamente una forma de colaboración, se puede afirmar que los distintos Servicios Públicos de Salud también colaboran en la gestión de la IT puesto que cuando la contingencia es común, a ellos les corresponde extender los partes médicos de baja, confirmación y alta.

El INSS es una Entidad Gestora con personalidad jurídica a la que le corresponde el reconocimiento y control del derecho a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social. En el ámbito de la IT le corresponde:

- El reconocimiento del derecho al subsidio de IT por contingencias comunes y en ocasiones proceder al abono de la prestación.
- Declarar la extinción de la prórroga de efectos económicos de la IT cuando recaiga resolución que reconozca o deniegue derecho a la prestación de incapacidad permanente.
- Reconocer o no efectos económicos a aquellas bajas médicas que por la misma o similar patología tengan lugar dentro de los seis meses siguientes a un alta médica producida agotado el plazo máximo de doce meses de IT.
- Determinar la contingencia de los procesos de IT

Las Mutuas colaboran en la gestión de las contingencias profesionales y comunes del Régimen General y en la prestación económica en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La Mutua asume la gestión de la prestación económica de IT con el mismo alcance que las Entidades Gestoras correspondiéndoles la declaración, suspensión, anulación y extinción del derecho al subsidio en los procesos de IT correspondientes a trabajadores dependientes de empresas asociadas y de los trabajadores por cuenta propia adheridos.

Cuando una empresa opta por formalizar la protección de las contingencias profesionales del personal a su servicio con una Mutua, también puede optar por que la cobertura de la prestación eco-

nómica por IT derivada de contingencias comunes de ese mismo personal se lleve a cabo por la misma Mutua. Esta opción es obligatoria en aceptación para la Mutua, y comprende la totalidad de los trabajadores de los centros de trabajo de la empresa, afectando también a los procesos de IT en que se encuentre el personal de la empresa que ejercita la opción.

La colaboración de las empresas en la gestión de la IT puede ser obligatoria o voluntaria.

La colaboración obligatoria consiste en que las empresas deben proceder al pago delegado de la prestación de IT a partir del decimosexto día de la baja (desde el cuarto día al decimoquinto es responsabilidad exclusiva de la empresa el abono del subsidio de IT) y posteriormente se deducen en los boletines de cotización que presentan ante la Tesorería General de la Seguridad Social el importe abonado por subsidio de IT.

La colaboración obligatoria se exceptúa en dos supuestos:

- Las empresas empleadoras de menos de diez trabajadores y que llevan más de seis meses consecutivos abonando a alguno de sus trabajadores un subsidio de IT, pueden trasladar la obligación de pago al INSS o a la Mutua por cuya delegación actúen, siempre que coincida con una antelación mínima de quince días (art. 14.5 Orden 25 de noviembre de 1966)
- Cuando se ha autorizado a la empresa al aplazamiento o fraccionamiento en el ingreso de cuotas de Seguridad Social, se puede exceptuar durante el período que abarque el fraccionamiento, de la obligación de pago delegado.

La colaboración voluntaria (art. 77 LGSS) es la que asume la empresa de cualquiera de las formas siguientes:

- Asumiendo la gestión de la asistencia sanitaria y la IT derivada de enfermedad común y accidente no laboral.
- Asumiendo el pago de la IT por enfermedad común o accidente no laboral a partir del decimosexto día de la baja.

## **b) Control médico.**

El control médico de la IT se lleva a cabo por el Servicio Público de Salud, por las Entidades Gestoras y por las Mutuas.

Cuando la contingencia del proceso es profesional, la facultad para controlar el proceso corresponde a la Mutua de accidentes si es ella la responsable del abono del subsidio, a la Mutua le corresponde el control médico del proceso y la extensión de los correspondientes partes de baja, confirmación y alta.

La dificultad surge cuando tratándose de un proceso derivado de contingencia común interviene el Servicio Público de Salud, porque a él le corresponde el control médico del proceso sin que bajo ningún concepto vaya a ser responsable en el abono del subsidio, al Servicio Público de Salud le corresponde el control sanitario de las altas y bajas médicas. En este caso, el Servicio Público de Salud controla médicamente un proceso de IT cuya responsabilidad en el pago corresponderá al INSS o a una Mutua.

El Servicio Público de Salud controla el proceso mediante los datos que constan y fundamentan el parte médico de baja y los partes médicos de confirmación del parte de baja, así como aquellos datos que consten en todos los reconocimientos realizados. Para ello se pone a disposición de los facultativos tablas de duración media de los distintos procesos patológicos y tablas sobre el grado de incidencia de los procesos en las diversas actividades laborales. Con el tercer parte de confirmación, en el mismo documento, se debe informar sobre las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias en el curso de la situación de la IT y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado; este informe médico complementario debe formalizarse en los sucesivos partes de confirmación, cada cuatro semanas, a partir del anterior.

Antes de alcanzar los doce meses en situación de IT, para que pueda prorrogarse esta situación, en el parte de confirmación, el facultativo debe pronunciarse sobre las dolencias padecidas por el interesado, las limitaciones de la capacidad funcional y la presunción médica de que en el plazo de los seis meses siguientes puede ser dado de alta por curación.

A su vez, con carácter trimestral desde el inicio de la situación de IT, la Inspección de Servicios Sanitarios expide un informe médico de control de la IT en el que deben constar todas las cuestiones médicas que justifican la necesidad de mantener el proceso de IT.

En los procesos controlados médicamente por el Servicio Público de Salud resta una pequeña parcela de actuación a las Entidades Gestoras (INSS e ISM) y a las Mutuas, pueden realizar actividades para comprobar el mantenimiento de la situación que originó el reconocimiento del subsidio reconociendo médicamente a los trabajadores por sus servicios médicos, sin perjuicio de las facultades que tienen para declarar, suspender, anular o extinguir el derecho al subsidio de IT.

Los reconocimientos médicos de comprobación de la situación de IT se basan en toda la documental médica que acompaña al proceso y para ello debe el trabajador que sea llamado a reconocimiento médico aportar su historial clínico, pudiendo además los servicios médicos de las Entidades Gestoras o de las Mutuas acceder a la documentación clínica necesaria para controlar los procesos de IT. Dichas Entidades y las Mutuas pueden tras reconocer médicamente al trabajador, emitir una propuesta de alta médica que las Unidades de Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud remitirán al facultativo que expidió el parte de baja o confirmación, este, en el plazo de 10 días desde que se recibió la propuesta de alta en la Inspección, debe pronunciarse confirmando la baja médica o admitiendo la propuesta de alta extendiendo un parte de alta médica. Esta actuación se permite sin perjuicio de las competencias de la Inspección Sanitaria para acordar el alta, con independencia de la existencia o no de propuesta de alta médica. La incomparecencia del trabajador al reconoci-

miento médico es causa de extinción de la prestación, según el artículo 131 bis.1 de la LGSS, la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la Mutua es causa de extinción del subsidio, así, cuando se cite a un trabajador a reconocimiento médico por parte del INSS, se le informa de las consecuencias de la incomparecencia, si no acude y no justifica su incomparecencia en el plazo de diez días hábiles siguientes al día del reconocimiento, se extingue la prestación desde el día siguiente al transcurso del plazo de diez días, y si en reclamación previa se justifica la incomparecencia, se repone la prestación y se cita nuevamente a reconocimiento médico. Esta posibilidad es independiente a la extinción directa de la prestación del artículo 133 bis de la LGSS.

También los servicios médicos del INSS pueden emitir un alta médica tras el reconocimiento médico del trabajador <sup>30</sup>, en ese caso, si el facultativo considera que debe formalizar el alta debe rellenar el modelo de comunicación de la intención del facultativo del INSS de expedir el parte médico de alta de IT, que se enviará a la Inspección de Servicios Sanitarios con la finalidad de que la Inspección pueda mostrar su disconformidad en el plazo de los tres días hábiles siguientes al de la comunicación, y también del parte médico de alta del que entrega dos ejemplares, unos para el trabajador y otro para la empresa, como este parte de alta está condicionado al pronunciamiento de la Inspección Médica se indica como fecha de efectos el quinto día hábil siguiente al de la expedición del parte de alta. Si la Inspección Médica discrepa del alta médica el parte no despliega su eficacia y queda anulado y se le notifica al trabajador para que continúe en situación de IT. Si la Inspección está conforme con el parte como el trabajador no recibirá por parte del INSS comunicación sobre disconformidad del Servicio Público de Salud deberá presentar ante la empresa la copia del parte de alta destinada a la empresa, y el facultativo del INSS enviarán al Servicio Público de Salud un ejemplar del parte médico de alta con la causa que motiva el alta en la situación de IT.

Cuando el alta médica expedida por el facultativo del INSS es consecuencia de una iniciativa de alta de una Mutua, la extinción de la prestación se lleva a cabo basándose en el alta del INSS pero con efectividad en el día del alta.

Las iniciativas de alta son posibles hasta que el proceso de IT alcance el mes doce ya que posteriormente la competencia para controlar el proceso y emitir alta médica es exclusiva del INSS <sup>31</sup>.

Hay que tener presente que, aunque el artículo 44 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, otorgó a los facultativos de las Mutuas la posibilidad de emitir alta médica para los trabajadores de empresas que tienen concertada la cobertura de IT por contingencias comunes con una Mutua, lo dispuesto en el artículo 44 no ha entrado en vigor por ausencia de desarrollo reglamentario.

Otra medida de control médico de los procesos de IT la introdujo la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 que modificó la disposición adi-

<sup>30</sup> El artículo 1.4 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, regulador de determinados aspectos de la gestión y control de la IT, en la redacción dada por Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio, los partes de alta médica pueden ser extendidos por el facultativo del INSS.

<sup>31</sup> Criterio 2007/16 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, ampliado en 7 de marzo de 2008.

cional cuadragésima de la LGSS posibilitando que la Entidad Gestora pueda solicitar, en el ejercicio de sus competencias de control y reconocimiento de prestaciones, la remisión de los partes médicos expedidos por los Servicios Públicos de Salud y por las Entidades Colaboradoras. Aunque en la redacción anterior de la disposición adicional ya se preveía la presunción del consentimiento del interesado a efectos de la remisión a las Entidades Gestoras por parte de las instituciones sanitarias de los datos médicos relevantes para la resolución de los procedimientos de reconocimiento o mantenimiento de prestaciones económicas, no se consideraban incluidas las Mutuas y las empresas colaboradoras.

### **c) Expediente sancionador.**

La realización de trabajos estando en situación de IT o la incomparecencia a reconocimiento médico constituyen sanciones graves tipificadas por la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y comportan la tramitación del correspondiente expediente sancionador por el INSS puesto que a esta Entidad le corresponde la imposición de las sanciones por infracciones leves y graves a los trabajadores en materia de Seguridad Social. La posibilidad de incoar y resolver un expediente sancionador es otra medida de control de los procesos de IT.

La tramitación de estos expedientes se lleva a cabo según las instrucciones de la Circular 21/1994, de 22 de julio, y el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social.

Con el inicio del expediente sancionador se adopta la suspensión cautelar del abono de la prestación otorgando un plazo de quince días hábiles para oponerse a la suspensión, además el trabajador puede solicitar el examen de la documentación que fundamenta la iniciación del expediente. La Resolución del procedimiento sancionador pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutiva y recurrible mediante reclamación previa y posterior demanda ante los órganos jurisdiccionales del orden social.

Cuando un trabajador comete infracción leve o grave y la protección de la IT que percibe la ostenta una Mutua, es el INSS quien tramitará el expediente sancionador que dará traslado de su resolución a la Mutua que colabore en la gestión.

## **IV. PAGO Y RESPONSABILIDAD**

El pago de la IT se lleva a cabo por la empresa, por la Entidad Gestora o por la Mutua.

El pago se lleva a cabo por la empresa por delegación como pago delegado o como pago directo en el supuesto de colaboración voluntaria:

- El pago delegado <sup>32</sup> se lleva a cabo por la colaboración obligatoria en la gestión de la IT que a las empresas impuso la Orden de 25 de noviembre de 1966, y consiste en que la empresa abona el subsidio de IT al trabajador que se encuentra en esta situación. El subsidio abonado se deduce de las liquidaciones de cuotas a la Seguridad Social, salvo que se trate de una empresa autoaseguradora, y teniendo en cuenta que el abono de la prestación desde los días cuarto y decimoquinto día de baja, son a cargo de la empresa y no pueden compensarse.

Cuando una empresa no ha procedido a descontar en los documentos de cotización el subsidio de IT abonado en pago delegado, puede solicitar el reintegro al INSS, si la empresa se encuentra al corriente en el pago de cotizaciones se le abona el importe directamente, si es deudora se compensa el reintegro con la deuda que ha contraído con la Seguridad Social <sup>33</sup>.

- El pago directo <sup>34</sup> del subsidio procede en los supuestos siguientes:
  - Al colectivo de los extinguidos Regímenes Especiales integrados en el Régimen General que perciben las prestaciones de IT a través de la Entidad Gestora o Colaboradora, según Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre.
  - En empresas de menos de diez trabajadores que durante más de seis meses consecutivos han estado abonando un subsidio de IT <sup>35</sup>. La empresa debe solicitar por escrito el pago directo.
  - En el supuesto de incumplimiento empresarial del pago delegado <sup>36</sup>. Cuando una empresa incumple su obligación de pago delegado, la Entidad Gestora o Mutua asumen el pago que les corresponde y que habían delegado en la empresa.
  - Tras el alta médica por agotamiento de dieciocho meses, inicia el período de tres meses de prórroga para calificar al trabajador en situación de incapacidad permanente.
  - Aquellas entidades y organismos excluidos de colaboración obligatoria, el INSS cuando abone el subsidio mientras el trabajador esté de alta en la empresa, se le retiene del subsidio la aportación a cargo del trabajador por las contingencias que debe cotizar.
  - En la situación de desempleo-IT cuando se haga un alta médica con propuesta, o se agoten los dieciocho meses, el trabajador pasará a pago directo, iniciándose el pago directo por el INSS y suspendiéndose la prestación por desempleo. Se abona la prestación en la cuantía reconocida por el Servicio Público de Empleo. El inicio del pago directo procede a partir del primer día del mes siguiente a la fecha de la resolución en la que se haya reconocido la prórroga expresa <sup>37</sup>.

<sup>32</sup> Artículo 129 de la LGSS y OM de 25 de noviembre de 1966.

<sup>33</sup> Circular 11/92, de 28 de abril y criterios 1991/34 y 1992/74.

<sup>34</sup> Circular 5/1996, de 27 de septiembre.

<sup>35</sup> Artículo 16.2 OM de 25 de noviembre de 1966.

<sup>36</sup> Artículo 19 OM 25 de noviembre de 1966.

<sup>37</sup> Escrito Dirección General del INSS n.º 60698 de 23 de noviembre de 2007.

- Cuando se extingue el contrato de trabajo y el trabajador continúa de baja médica se inicia pago directo de la prestación de IT, el pago directo lo abonará el INSS o la Mutua en contingencias comunes o profesionales en función de la responsabilidad de cada Entidad en el pago, o la empresa colaboradora si asume el pago de la IT. En este supuesto se asume el pago de la prestación desde el día siguiente a la extinción de la relación laboral aunque no se haya alcanzado el decimosexto día de la baja <sup>38</sup>.
- También perciben la IT en pago directo los trabajadores autónomos que estén acogidos a la mejora de IT, los empleados de hogar y los trabajadores del Régimen Especial Agrario por cuenta ajena cuando la IT deriva de contingencias profesionales, y en contingencias comunes a partir del decimosexto día de la baja médica, salvo que finalice el contrato con anterioridad al decimoquinto día.

La responsabilidad en el pago de la prestación <sup>39</sup> recae en la Entidad Gestora, Mutua o empresa colaboradora voluntaria y la determinación del responsable procede en función de que se trate de:

- Contingencias comunes: la responsabilidad en el pago de la prestación corresponde:
  - Al INSS.
  - A la Mutua si la empresa ha optado por cubrir la contingencia común de IT con Mutua.
  - A las empresas colaboradoras en la gestión de asistencia sanitaria y prestación de IT, artículo 77.1 b) de la LGSS.
  - A las empresas autorizadas al pago de la prestación económica de IT, artículo 77.1 d) de la LGSS.
- Contingencias profesionales:
  - Al INSS si cubre los riesgos profesionales de la empresa.
  - A la Mutua, si la empresa ha optado por cubrir las contingencias con ella.
  - A la empresa que colabora en la gestión de asistencia sanitaria y prestación de IT por contingencias profesionales, artículo 77.1.<sup>a</sup> de la LGSS.

El subsidio de IT también tiene garantizado el anticipo de la prestación si existe alta en Seguridad Social cuando se cause el subsidio, y tratándose de alta de pleno derecho en el supuesto de contingencias profesionales. El anticipo del subsidio consiste en abonar el sujeto responsable (INSS

<sup>38</sup> Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 4 de junio de 1996.

<sup>39</sup> Artículo 68.2 de la LGSS, artículo 1.1 Real Decreto 1300/1995, de 21 julio, y Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.



o Mutua) al trabajador el subsidio cuando se incumple la obligación de pago, cuando la empresa incumple el pago delegado se abonará la cuantía del subsidio con el límite de 2,5 veces la cuantía del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM). En supuestos de contingencia común y falta de alta del trabajador, no cabe el anticipo de la prestación <sup>40</sup>.

Además de la responsabilidad directa en el pago de la prestación, legalmente también está prevista la responsabilidad subsidiaria cuando se trate de una IT por contingencias profesionales o si deriva de contingencia común cuando el trabajador estuviera en alta al producirse el hecho causante. Si no se trata de uno de estos dos supuestos no cabe responsabilidad subsidiaria <sup>41</sup>.

La responsabilidad subsidiaria opera con la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia del empresario responsable principal, y en su caso de la Mutua, del modo siguiente:

- En el supuesto de contingencias profesionales, el INSS asume la responsabilidad subsidiaria ante la insolvencia de la empresa y con independencia de que tenga asegurada la contingencia con el INSS o una Mutua, o de que el trabajador se encuentre de alta en el momento del accidente.
- El INSS en este caso es responsable subsidiario cuando el trabajador estaba de alta en el momento del hecho causante. Si la empresa tenía asegurada la IT por contingencia común con una Mutua la responsabilidad del INSS es subsidiaria respecto de la Mutua, es decir, en caso de insolvencia de la Mutua respondería el INSS subsidiariamente <sup>42</sup>. La responsabilidad subsidiaria se mantiene también en caso de impago por parte de la empresa del cuarto al decimoquinto días de la baja <sup>43</sup>.

La responsabilidad subsidiaria de la Mutua opera en contingencias comunes, en contingencias profesionales no se asume responsabilidad subsidiaria, anticiparán la prestación y posteriormente podrán solicitar el reintegro al INSS como responsable subsidiario.

## V. EL ARTÍCULO 128 DE LA LGSS

Las últimas reformas en materia de IT se han orientado hacia un mayor control de la prestación y hacia una mayor intervención del INSS en ese control. El artículo 128 de la LGSS ha sido clave en este sentido puesto que su modificación mediante la Ley 30/2005 centró el control de los procesos antes del duodécimo mes de la prestación, y atribuyó al INSS las facultades necesarias para decidir sobre esos procesos.

<sup>40</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1994 y 06 de junio de 1995.

<sup>41</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1994.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998.

### a) Regulación anterior a la Ley 40/2007.

La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, recogió en sus disposiciones adicionales la modificación de la regulación de la prestación de IT que contenía el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social <sup>44</sup>. La IT había sufrido en los últimos años diversas modificaciones orientadas principalmente a mejorar la gestión de la prestación a efectos de lograr un mejor control de la misma, la reforma tenía como eje fundamental conseguir otro avance en el control de la IT.

La primera modificación de la disposición adicional 48.<sup>a</sup> de la LPGE afectó a la letra a) del apartado 1 del artículo 128 de la LGSS en lo referente a la prórroga de la IT cuando hubieran transcurrido doce meses desde el inicio del período de IT. La anterior redacción disponía que la prestación de IT tenía una duración de doce meses, prorrogables por otros seis meses, cuando se presumiera que el trabajador durante ese tiempo podía ser dado de alta por curación. El Real Decreto 575/1997 estableció que, transcurridos los doce meses de IT, se adjuntara al parte de confirmación de baja un informe médico con una declaración expresa de que el trabajador podía ser dado de alta por curación en los siguientes seis meses.

La modificación operada con la Ley 30/2005 estableció como novedad que, cuando se agotaran los doce meses de IT el INSS, a través de los Equipos de Valoración de Incapacidad, sería el único competente para:

- Reconocer la situación de prórroga de IT con un límite máximo de seis meses.
- Determinar que se iniciara un expediente de incapacidad permanente.
- Emitir el alta médica por IT a los exclusivos efectos de la prestación económica, en este caso, el INSS pasaba a ser la única Entidad competente para determinar si una nueva baja por la misma o similar patología, originada en los seis meses posteriores a alta médica, tenía o no, efectos económicos.

De la redacción literal del artículo 128.1 a) de la LGSS que disponía que el INSS sea el «único competente» para reconocer la prórroga de la IT durante seis meses más, para iniciar expediente de incapacidad permanente o para emitir alta médica, se deducía que esta posibilidad que se hacía operativa a través de los Equipos de Valoración de Incapacidad, pudiera aplicarse a todos los procesos de IT con independencia de quién fuera el responsable del pago de la prestación <sup>45</sup> y de que el origen fuese de contingencia común o profesional. Esta asunción por parte del INSS del reconocimiento de la prórroga de IT comportaba la necesidad de unos medios materiales y personales que a

<sup>44</sup> Hasta entonces el artículo 128.1 a) de la LGSS disponía que tenía la consideración de situación determinante de IT la debida a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación.

<sup>45</sup> INSS o una Mutua de Accidentes de Trabajo.

fecha 1 de enero de 2006 no se disponían, por ese motivo, se determinó que se establecería mediante Resolución, a propuesta del INSS, la fecha en que se irían asumiendo las nuevas competencias.

## **b) Regulación tras la reforma operada por la Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social.**

### *i) Reparto competencial.*

La situación creada con la reforma de la Ley 30/2005 originó una permanente confusión durante los dos años de vigencia de la modificación (años 2006 y 2007), puesto que cuando el INSS emitía un alta a efectos económicos y extinguía la prestación de IT, el facultativo del Servicio de Salud podía emitir un nuevo parte de baja médica, o continuar con los partes de baja anteriores, de tal manera que el trabajador no podía reanudar su actividad profesional aunque se le hubiese extinguido la prestación de IT como consecuencia del alta producida por el INSS.

Desde el 1 de enero de 2006, el plazo legal de duración de los procesos de IT es de doce meses, con la reforma de la Ley 40/2007, alcanzado ese período, el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, es el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien, para emitir el alta médica. Igualmente, el INSS es el único competente para determinar si una nueva baja médica por la misma o similar patología, tiene o no efectos económicos cuando se produzca en un plazo de los seis meses posteriores al alta médica.

Cuando el INSS emite un alta médica se ha establecido un procedimiento específico en el artículo 128.1 a) de la LGSS, de tal forma que el alta médica supone la extinción de la IT, pero, contra esta decisión el interesado puede, en un plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la Inspección Médica del Servicio de Salud, que si discrepa del INSS en un plazo máximo de siete días naturales, puede proponerle de forma razonada y fundamentada, la reconsideración de su decisión.

La Inspección Médica puede:

- Confirmar la decisión de la Entidad Gestora y adquiere plenos efectos el alta médica. Durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella fecha en que adquiere plenos efectos se considera prorrogada la situación de IT.
- Manifestar su discrepancia con el alta de la Entidad Gestora. En ese caso la Entidad se pronunciará reconsiderando el alta médica y reconociendo la prórroga al interesado de la situación de IT, o reafirmando en su decisión, para ello aportará las pruebas que fundamentan su decisión y solo se prorroga la situación de IT hasta la fecha de la última resolución.

Con la actual regulación del artículo 128 de la LGSS se diferencian dos grandes bloques competenciales:

- IT hasta el mes doce en el que las competencias de los sujetos intervinientes se mantienen conforme a lo dispuesto en la regulación vigente a 31 de diciembre de 2005.
  - El Servicio Público de Salud <sup>46</sup>, que emitirá partes de baja, confirmación y alta en contingencias comunes y emitirá si es preciso, antes del mes doce, alta con propuesta de incapacidad permanente.
  - El INSS competente para emitir propuestas de alta, intenciones de alta y para iniciar de oficio expedientes de incapacidad permanente.
  - El Instituto Social de la Marina (ISM), competente para emitir partes de baja y alta cuando la asistencia sanitaria no esté transferida, propuestas de alta e intención de alta cuando la asistencia sanitaria esté transferida. Igualmente, puede iniciar de oficio expediente incapacidad permanente para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial del Mar.
  - Mutuas, competentes para emitir partes de baja, confirmación y alta en procesos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, propuesta de altas por contingencias comunes al Servicio Público de Salud e iniciativas de alta al INSS por contingencias comunes.
  - Empresas colaboradoras, competentes para emitir partes médicos de baja, confirmación y alta respecto de sus trabajadores, con independencia de la contingencia determinante del proceso de IT y siempre que asuman la colaboración en materia de asistencia sanitaria.
- La IT después del mes doce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 1 a), el control de la situación de IT a partir del mes doce corresponde en exclusiva al INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente. El equipo de valoración de incapacidades <sup>47</sup> efectuará propuesta de Resolución al Director Provincial del INSS en los términos siguientes:
  - Alta médica. En este caso el INSS es el único competente para emitir una nueva baja médica, por la misma o similar patología, producida sin que haya transcurrido un período de seis meses de actividad laboral tras el alta médica.
  - Prórroga expresa de la situación de IT durante un plazo máximo de seis meses, si se presume que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta por curación.
  - Alta por agotamiento con propuesta de iniciación de expediente de incapacidad permanente. Si el expediente de incapacidad permanente se denegara por no acreditar carencia

<sup>46</sup> En adelante SPS.

<sup>47</sup> En adelante EVI.

pese a existir reducciones que determinan grado de invalidez, se otorga nueva baja médica por recaída que incapacita al trabajador, el subsidio de IT se reabre con el límite máximo de dieciocho meses.

*ii) Evaluación de la situación médica del trabajador antes del mes doce.*

Con anterioridad al agotamiento de la IT al objeto de evaluar correctamente la situación del beneficiario de IT, se siguen las actuaciones siguientes:

- Reconocimiento médico. Para que los trabajadores que alcancen el mes duodécimo tengan un historial médico que permita al EVI efectuar una propuesta correcta, las Unidades Médicas de las Direcciones Provinciales deben citar a los trabajadores a los reconocimientos médicos oportunos en función de las características del proceso patológico, debiendo en todo caso efectuar al menos un reconocimiento médico en el noveno mes y recabar las pruebas e informes complementarios oportunos para que en el reconocimiento médico que se efectúe superado el undécimo mes se disponga de la documentación que permita una correcta evaluación del trabajador. En los reconocimientos previos al undécimo mes, el facultativo del INSS puede efectuar propuestas de alta por curación o mejoría, altas médicas con propuesta de incapacidad permanente, o intenciones de alta.
- Elaboración del informe médico de evaluación de IT. Cuando se haya citado al trabajador a reconocimiento médico en el mes undécimo, el facultativo del INSS elaborará el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal del Trabajador lo más cerca posible del mes duodécimo y expresará el juicio clínico-laboral, aportándolo al EVI para que emita propuesta de resolución al Director Provincial.
- Propuesta de Resolución del EVI. El EVI examinará el informe médico de evaluación de la IT y toda la documentación clínica del trabajador para efectuar una Propuesta de Resolución al Director Provincial del INSS, preceptiva y no vinculante, sobre:
  - Reconocimiento de prórroga expresa de IT, determinando la fecha a partir de la cual se podrá efectuar un nuevo reconocimiento médico.
  - Iniciación de expediente de incapacidad permanente.
  - Alta médica.
- Resolución. El Director Provincial del INSS o del ISM para los afiliados al Régimen Especial del Mar, debe dictar Resolución expresa en los siguientes términos:
  - Emitiendo alta médica extinguendo la IT el mismo día del alta. Se notifica al trabajador, al SPS y, en su caso, a la empresa y a la Mutua.
  - Iniciando expediente de incapacidad permanente. Junto con la notificación al trabajador se adjuntará el cuestionario de incapacidad permanente. Durante la tramitación del

expediente se abona la prestación de IT en prórroga de efectos como pago directo. La iniciación de expediente se notifica al trabajador, al SPS, y en su caso, a la empresa y a la Mutua.

- Acordando la prórroga de IT. En este caso se percibe la prestación en pago directo por el INSS, ISM o Mutua, o bien por la empresa si es colaboradora voluntaria. Se notifica al trabajador, al SPS, y en su caso, a la empresa y a la Mutua. Si el SPS expide un alta médica, no tendrá efecto en la situación de prórroga.

Cuando el proceso de IT derivado de contingencias comunes lo protege una Mutua o empresa colaboradora, en el momento en que se superen los once meses de proceso se debe remitir a la Dirección Provincial del INSS el expediente médico para que las Unidades Médicas del INSS puedan citar médicamente al trabajador. Si se efectúa reconocimiento médico se elabora el Informe de Evaluación de Incapacidad Temporal que será aportado al EVI que a su vez elaborará la propuesta de resolución al Director Provincial.

### *iii) Prórroga de IT hasta un máximo de seis meses.*

Es competencia del INSS el reconocimiento de la prórroga de IT por contingencias comunes desde el duodécimo mes en adelante, siempre hasta alcanzar un máximo de seis meses, si se expide un alta médica por el SPS carece de efectos en la prórroga reconocida.

Durante este tiempo la prestación se abona en pago directo por la Entidad Gestora o Colaboradora, y en el supuesto de empresas colaboradoras le corresponde a la empresa el pago de la prestación. Para facilitar la gestión del subsidio, el pago directo se inicia a partir del primer día del mes siguiente a la fecha de la Resolución por la que se reconozca la prórroga de la IT.

En el supuesto de contingencias profesionales la competencia también corresponde al INSS, salvo que la cobertura se lleve a cabo por una Mutua, en este caso la Mutua hace una propuesta y si el INSS no se pronuncia en cinco días se entiende aceptada la propuesta.

La prórroga de la IT se reconoce durante un máximo de seis meses y exclusivamente por el tiempo que se estime que puede producirse la curación.

Durante este período subsiste la obligación de cotizar y la empresa viene obligada a ingresar la cuota patronal y la Entidad que abone el subsidio debe descontar e ingresar la cuota obrera.

### *iv) Iniciación de expediente de incapacidad permanente.*

Cuando al agotar el plazo de doce meses el trabajador presenta lesiones definitivas y objetivadas, se inicia expediente de incapacidad permanente y si reúne los requisitos (grado y carencia) se reconoce incapacidad desde la fecha de la Resolución, salvo que la cuantía de la pensión sea superior a la cuantía del subsidio de IT, en este caso se retrotraen los efectos a la fecha del agotamiento del mes duodécimo.

La prórroga de efectos de la IT se abona en régimen de pago directo por la Entidad Gestora o Entidad Colaboradora, pero el pago directo se inicia el primer día del mes siguiente a la fecha de la Resolución del Director Provincial del INSS que haya acordado iniciar el expediente de incapacidad permanente, de esta forma se simplifica la gestión y se atiende de forma más adecuada los intereses de los trabajadores, que ven garantizada la interrupción en el cobro, y los intereses de las empresas que abonan la IT en pago delegado que verán facilitada su colaboración en la gestión del subsidio <sup>48</sup>. En el supuesto de empresas que hayan asumido la colaboración voluntaria en la gestión continúan abonando a su cargo la prestación hasta la calificación, con independencia del momento en que se produzca la calificación <sup>49</sup>.

v) *Alta médica.*

Alcanzado el duodécimo mes el trabajador puede ser dado de alta médica y reincorporarse a su actividad laboral. La regulación anterior hablaba de alta a los exclusivos efectos económicos. El resultado es el mismo, se extiende el alta médica del trabajador para que se reincorpore a su actividad laboral y cese la suspensión del contrato de trabajo y el abono de la prestación.

## VI. ARTÍCULO 131 BIS DE LA LGSS

Este artículo de la LGSS se refiere a la extinción del derecho al subsidio, dentro de las causas de extinción figuran modos de control de la prestación. Este artículo también fue modificado por la Ley 30/2005 y ha sido objeto de nueva reforma tras la Ley 40/2007. Es conveniente para lograr una mejor exposición diferenciar y comparar las últimas tres redacciones que ha sufrido el citado artículo.

### a) Redacción anterior a la Ley 30/2005.

Comenzaba el artículo refiriendo las causas de extinción del derecho al subsidio:

- El transcurso del plazo máximo de la situación de IT.
- Alta médica con o sin declaración de incapacidad permanente.
- Por haber sido reconocida al beneficiario pensión de jubilación.

<sup>48</sup> Criterio de aplicación 2006/17 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

<sup>49</sup> El criterio 2002/54, ampliado 13 de abril de 2007 ha dispuesto que cuando alcanzado el mes doce se acuerde iniciar expediente de IP, aunque corresponda al INSS el control de la situación de IT a partir del mes doce, la empresa colaboradora continúa pagando el subsidio hasta la calificación, con independencia de la fecha en que se produzca, incluso aunque se superase el mes dieciocho.

- Por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico establecido por los médicos adscritos al INSS o a la Mutua.
- Por fallecimiento.

Cuando la situación de incapacidad se extinguiera por transcurrir doce meses o dieciocho si la IT había sido prorrogada, en un plazo de tres meses se calificaba el estado del incapacitado para calificar su situación en el grado de incapacidad que correspondiera. En aquella redacción se preveía la demora de la situación de IT hasta un máximo de treinta meses desde su inicio cuando continuando la necesidad de tratamiento médico la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación.

### **b) Redacción del artículo 131 bis tras la Ley 30/2005.**

La reforma introducida con la Ley 30/2005 mantuvo las causas de extinción de la IT, y la calificación del trabajador dentro de los tres meses siguientes al agotamiento de la situación, pero estableció que cuando el derecho al subsidio se extinguiera sin declaración de incapacidad permanente solo podía generarse un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología si mediaba un período de actividad laboral superior a seis meses o si el INSS, a través de sus servicios médicos emitiera baja a los efectos exclusivos de la prestación económica de IT.

Con la nueva regulación adquirió rango legal la interpretación que en su día sostuvo el INSS de que, en el supuesto de comenzar un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología que la correspondiente a un proceso de IT anterior que se hubiera agotado, era necesario acreditar un nuevo período de cotización de 180 días entre el alta médica y el nuevo proceso de IT. La nueva redacción dejó sin efecto la interpretación que sostuvo en unificación de doctrina el Tribunal Supremo, que tuvo que pronunciarse porque en ocasiones, cuando se agotaba el período máximo de duración de la IT y se resolvía que el trabajador no estaba afecto de lesiones incapacitantes y era dado de alta médica del proceso de IT, en un corto período de tiempo el trabajador volvía a causar un nuevo proceso por los mismos padecimientos o similares dolencias que el proceso anterior. En esta situación el INSS exigía que para generar prestación de IT se acreditase un período de 180 días de cotización posteriores al alta médica del anterior proceso de IT. El Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de febrero de 2002<sup>50</sup> resolvió contradiciendo al INSS que, para generar un nuevo proceso de IT aunque se tratase de las mismas dolencias, era suficiente con acreditar una carencia de 180 días de cotización en los cinco años anteriores al hecho causante del segundo período de IT, es decir, que entre ambos períodos de IT no era necesario que mediara un período de cotización de 180 días.

La última modificación en materia de IT afectó a la denominada demora de la IT que operaba cuando agotado el período de dieciocho meses de duración de IT se tenía que calificar al trabajador en el plazo máximo de tres meses a los efectos de declarar su situación de incapacidad permanente o emitir alta médica, con excepción de que en atención a las dolencias padecidas se aconsejara la

<sup>50</sup> En igual sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2004 (rec. 6144/2003).



demora en la calificación de la incapacidad, pudiendo prolongarse la duración de la IT hasta un período máximo de treinta meses, es decir, durante doce meses más que se añadían a la duración máxima de dieciocho meses de IT.

Hasta la reforma introducida con la Ley 30/2005 en supuestos de demora de la IT se prolongaba la duración de la prestación con todos sus efectos hasta alcanzar un período máximo e infranqueable de treinta meses, con la nueva redacción se modificó la naturaleza de la demora de la IT puesto que dejó de ser propiamente una demora y pasó a ser una figura que se encontraba a medio camino entre la IT y la incapacidad permanente.

La nueva regulación mantuvo que alcanzado el período máximo de IT se califique al trabajador en un plazo máximo de tres meses, durante el plazo de tres meses previsto para calificar la incapacidad si se ha agotado el período máximo de IT, no subsiste la obligación de cotizar <sup>51</sup>. Pero también permitió que en supuestos en que continuara la necesidad de tratamiento médico, por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales que presentara el trabajador, se valorase y calificase la situación de incapacidad permanente en el grado que corresponda, declarando la situación revisable en el plazo de seis meses.

Esta novedosa figura obligó a abandonar el tradicional término de demora de IT puesto que no se trata de prolongar los efectos de la IT, situación que solamente se prevé para los tres meses previstos para calificar la incapacidad permanente y que están exentos de cotización. Tras la duración máxima del período de IT lo que se creaba era una «pensión temporal», puesto que se trataba de una situación revisable en el plazo de seis meses pero que durante esos meses declaraba al trabajador en incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, sin necesidad de que se exigiera el período previo de cotización que la LGSS exige para causar pensión de incapacidad permanente por enfermedad común <sup>52</sup>, cuando se hubiera acreditado el período de cotización exigido para causar IT por enfermedad común.

### **c) Regulación del artículo 131 bis tras la Ley 40/2007.**

La nueva regulación mantiene la necesidad de que para generar un nuevo proceso de incapacidad temporal por igual o similar patología cuando se haya agotado otro proceso previamente, medie un período de actividad laboral superior a seis meses.

Una vez agotado el período máximo de doce meses de situación de IT, o, en su caso, de 18 meses, o un alta médica tras el agotamiento de los 18 meses con el reconocimiento de lesiones permanentes no invalidantes, si el SPS emite una nueva baja médica <sup>53</sup>, se examinará:

<sup>51</sup> La no obligación de cotizar en la regulación anterior afectaba a los tres meses previstos para calificar y a los meses de demora en la calificación, es decir, alcanzados los dieciocho meses de duración máxima de la IT, a continuación cesaba la obligación de cotizar.

<sup>52</sup> Para el reconocimiento de incapacidad permanente por accidente, laboral o no laboral, y por enfermedad profesional no se exige período previo de cotización.

<sup>53</sup> La actuación a seguir viene recogida en el criterio 2006/21.

- Si supera los seis meses, se inicia un nuevo proceso de IT.
- Si no supera los seis meses, se cita al trabajador para determinar si la baja médica se debe a la misma o similar patología o a otra distinta.

Este plazo de seis meses es plazo de aptitud real para trabajar, con independencia de que se haya prestado actividad laboral, se trata de seis meses de fecha de alta a fecha de nueva baja, durante los cuales el beneficiario trabajó o, médicamente, pudo haberlo hecho.

Para este cómputo de seis meses no se pueden tener en cuenta los períodos de tiempo durante los cuales se haya estado cobrando prestación de IT por causa distinta, o prestación de maternidad o de riesgo por embarazo, o pensión de incapacidad permanente en ejecución provisional. Si tras el alta médica se ha tramitado expediente de incapacidad permanente, el cómputo del plazo se inicia desde la resolución denegatoria del expediente.

Para valorar si procede el reconocimiento de la prestación por nueva baja médica se sigue el procedimiento siguiente:

- Cuando se tenga conocimiento de que el SPS ha emitido nuevo parte de baja médica se cita al trabajador para determinar si se trata de recaída del proceso anterior, o se trata de patología distinta. Si no hay baja expedida por el SPS y el trabajador la solicita a la Unidad Médica del INSS, se efectuará reconocimiento médico para determinar si se emite una baja médica por recaída.
- Efectuado el reconocimiento médico al trabajador, se elabora Informe Médico de Valoración de la IT del trabajador. El informe médico se aporta al EVI para que se haga propuesta de resolución al Director Provincial.
- Una vez examinada la documentación clínica emite propuesta al Director Provincial, esta propuesta es preceptiva y no vinculante y difiere en función de:
  - Baja médica del SPS. Puede ocurrir que: 1. Se declare sin efectividad económica la nueva baja emitida por el SPS considerando que el trabajador se encuentra apto para trabajar y que no existe situación de IT. 2. Continuar con la situación de IT mediante prórroga al tratarse de una recaída. 3. Acordar iniciar un expediente de incapacidad permanente. 4. Acordar que la nueva baja es de patología diferente.
  - Cuando el trabajador solicite baja médica sin baja del SPS. Puede ocurrir que: 1. Se declare prórroga de IT por recaída. 2. Se inicie expediente de incapacidad permanente. 3. Se deniegue la expedición de baja médica por recaída.
- El Director Provincial del INSS o del ISM dictará resolución.

Para valorar si se trata de la misma patología, el criterio 2006/21 ha establecido que se trata de un proceso de IT nuevo, distinto, e independiente de otro anterior, cuando su origen patológico

no sea el de la primera etapa, ni derivado de él, con independencia de que el tiempo transcurrido entre la conclusión del primero y la iniciación del siguiente sea de seis meses o menos, o de que no llegue a romperse la continuidad entre ambos procesos.

El problema surge cuando se inicia una situación de IT por una causa y surge una nueva patología, no estamos ante una recaída ni una continuidad de la IT inicial, se trata de un proceso nuevo. El problema consiste en delimitar cuándo nace el nuevo proceso, si nace cuando surge la segunda patología incapacitante o cuando el trabajador se encuentra curado de la primera <sup>54</sup>. En este caso, para reconocer una nueva situación de IT se debe formalizar un alta y una baja simultáneas o sucesivas, con independencia de que durante el período de coexistencia de las dos contingencias (cuando no se ha curado del primer proceso y se precisa asistencia sanitaria por otro motivo) la asistencia sanitaria que precisa el trabajador se preste atendiendo a la causa que la requiera y por la entidad que proteja el riesgo.

En cuanto a la demora en la situación de IT y la figura de la incapacidad permanente no definitiva, la situación generada tras la reforma de la Ley 40/2007 ha sido la de suprimir la incapacidad permanente no definitiva y determinar que cuando se agote el plazo de dieciocho meses y la situación de IT se extinga, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

Cuando continuando la necesidad de tratamiento médico por existir posibilidad de recuperación o mejoría del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del trabajador aconseje demorar la calificación, se puede retrasar por el período preciso, que en ningún caso podrá superar los veinticuatro meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la IT.

La nueva regulación regresa de nuevo a la demora de la situación de IT, pero la sitúa en la duración máxima de veinticuatro meses, a diferencia de los treinta meses que se permitían anteriormente.

En la actualidad la situación de IT puede desarrollarse en diferentes períodos:

- Un primer período que abarca hasta los doce meses.
- Un segundo período que comprende desde los doce meses, hasta los dieciocho, cuando se prorrogue la situación de IT.
- Un tercer período de los dieciocho a los veintiún meses en los que se debe calificar la situación incapacitante del trabajador.
- Un cuarto período hasta los veinticuatro meses por haberse acordado la demora de la calificación por la necesidad de continuar tratamiento médico.

<sup>54</sup> Criterio 2003-2004/69.

## VII. PROBLEMÁTICA DE LA GESTIÓN DE IT Y LOS SUJETOS INTERVINIENTES

La pluralidad de sujetos que intervienen en la gestión de la IT y la complejidad en la que se ha convertido la prestación mediante figuras como el pago delegado, el pago directo, la intervención de una Mutua gestionando IT por contingencia común, la colaboración voluntaria y obligatoria de las empresas, la actuación del SPS prestando asistencia sanitaria sin soportar económicamente el pago del subsidio, ha ocasionado distintas controversias cuya solución se ha logrado judicialmente.

Los intereses de los distintos sujetos intervinientes han ocasionado una interesantísima doctrina judicial en la materia que ha abarcado el estudio y solución de cuestiones como la competencia de los distintos sujetos para declarar, extinguir o suspender el derecho al subsidio, la responsabilidad directa y subsidiaria en el pago, o la obligación de anticipo en el pago del subsidio.

La posibilidad de que las Mutuas cubrieran la IT por contingencia común ocasionó una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo clarificadora de la responsabilidad de cada uno de los sujetos que participan en la relación del trabajador/beneficiario con el Sistema de Seguridad Social. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre 2004 (rec. 3482/2003)<sup>55</sup> afirmó la responsabilidad subsidiaria del INSS para la prestación de IT derivada de contingencias comunes aseguradas con una Mutua, responsabilidad subsidiaria que únicamente se produce cuando la Mutua resulta insolvente, no cuando lo es la empresa, puesto que el artículo 70.2 del Real Decreto 1993/1995 dispone que «la Mutua asumirá la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal por contingencias comunes del personal al servicio de sus asociados, en los mismos términos y con igual alcance que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social», con esta sentencia se aclaró que la Mutua se sitúa en la misma posición que el INSS cuando este es el responsable del pago de las prestaciones por IT. Y también el Tribunal ha matizado que en estos supuestos corresponde a la Mutua el anticipo de la prestación, así en Sentencias de 12 de mayo de 2005 (rec. 2434/2004) y 27 de abril de 2005 (rec. 2130/2004).

Otra situación en la que el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse para determinar las distintas responsabilidades entre Mutuas, INSS y empresas colaboradoras se produjo cuando determinó que en el momento en que una empresa cambia de aseguradora, ya sea porque opte por otra Mutua, o bien porque opte por el INSS, la opción afecta a la totalidad de los trabajadores, aunque se encuentren en situación de IT. La Sentencia de 27 de febrero de 2001 (rec. 1225/2000)<sup>56</sup> dispuso que el artículo 69.1 Real Decreto 1993/1995 prevé que cuando un empresario opte por la cobertura de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes de su personal se lleve a cabo por una Mutua, dicha opción comprenderá a la totalidad de los trabajadores, con ello se impide que la protección se disperse entre diversas Entidades, y así no se excluye de la opción a los trabajadores que ya están de baja. De acuerdo con un principio de gestión eficaz y de lógica la nueva Entidad extenderá su cobertura a

<sup>55</sup> En igual sentido en Sentencias de 26 de enero de 2004 (rec. 4535/2003) 1 de junio de 2004 (rec. 4465/2003), 16 de febrero de 2005 (rec. 136/04), 08 de junio de 2006 (rec. 871/05), 8 de noviembre de 2006 (rec. 3392/2005), 15 de enero de 2007 (rec. 3035/2005) y 10 de julio de 2007 (rec. 812/2006).

<sup>56</sup> En igual sentido en Sentencias de 31 de mayo de 2001 (rec. 4092/2000), 28 de octubre de 2002 (rec. 767/2002), 4 de febrero de 2003 (rec. 2134/2003), 25 de junio de 2003 (rec. 128/2002), 26 de noviembre de 2003 (rec. 3600/2002), 26 de noviembre de 2003 (rec. 2134/2003) y 19 de enero de 2004 (rec. 49/03).

todos los trabajadores de la empresa y deberá hacerse cargo de la prestación económica de todas las IT que existan en ese momento, cualquiera que sea la fecha de su aparición o nacimiento.

También en el supuesto de colaboración voluntaria de la empresa se planteó si correspondía a esta o al INSS el pago de la prestación de IT durante el tiempo de permanencia en esta situación si ha producido la extinción del contrato de trabajo. La Sala, en Sentencia de 18 de noviembre de 1997 (rec. 4086/1996)<sup>57</sup>, entendió que en la medida en que la empresa asume el pago del subsidio a su cargo con la consiguiente reducción de la cuota, la responsabilidad en el pago no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante, sin que pueda liberarse de esta obligación como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, porque esa extinción no extingue el derecho de subsidio ni altera el sujeto responsable del pago del mismo.

Pero el conjunto de controversias que han recibido solución judicial no han cesado tras resolverse los asuntos que podían plantearse al asumir las Mutuas la gestión de la IT, cuestiones como la competencia para determinar la contingencia, qué aspectos abarca la gestión de la prestación, la realización de actividad laboral durante la percepción del subsidio o la competencia para expedir partes de alta y baja, se han resuelto recientemente por el Tribunal Supremo, que realizando una constante labor decisoria va solucionando a golpe de sentencia cuestiones que surgen como consecuencia de una atomización de sujetos participantes en la vicisitud del subsidio de IT. A continuación paso a examinar las citadas cuestiones:

### **a) Determinación de contingencia de la IT.**

Quizá el tema recurrente en torno a las características del subsidio y la intervención de los sujetos competentes sea el de la competencia para determinar los procesos de IT, la LGSS en sus artículos 57 y 67 y el Real Decreto 1300/1995 han otorgado al INSS competencia para determinar, en su caso, la Mutua o empresa colaboradora responsables del subsidio de IT.

Sin embargo, como esta cuestión no siempre ha estado indiscutida, el Tribunal Supremo se ha encargado de resolverla en numerosos asuntos, partiendo del hecho de que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social constituyen Administración Pública siendo entidades de derecho público, mientras que las Mutuas son entidades colaboradoras sin rango de entidades de derecho público ni Entidades Gestoras.

En dos sentencias dictadas en Sala General el 26 de enero de 1998 (rec. 548/1997 y rec. 1730/1997)<sup>58</sup> se pronunció el Tribunal manifestando que:

<sup>57</sup> En igual sentido en Sentencias de 23 de diciembre de 1997 (rec. 949/1997), 16 de mayo de 2000 (rec. 3517/1999), 30 de abril de 2001 (rec. 4534/1999), 11 de julio de 2001 (rec. 3545/2000) y 14 de junio de 2002 (rec. 654/2001).

<sup>58</sup> En igual sentido en Sentencias de 27 de enero de 1998 (rec. 1351/1997), 28 de enero de 1998 (rec. 1582/1997), 2 de febrero de 1998 (rec. 2152/1997), 6 de marzo de 1998 (rec. 2654/1997), 28 de abril de 1998 (rec. 3053/1997), 12 de noviembre de 1998 (rec. 708/1998), 1 de diciembre de 1998 (rec. 1694/1998), 26 de enero de 1999 (rec. 2040/1998), 19 de marzo de 1999 (rec. 1725/1998) y 22 de noviembre de 1999 (rec. 3996/1999).

- El INSS es la Entidad encargada de la organización, vigilancia y dispensación de las prestaciones, mientras que las Mutuas y empresas tienen un carácter auxiliar como Entidades Colaboradoras.
- La Entidad Gestora ostenta un papel rector desde el Decreto-Ley 36/1978 y que aparece en la normativa reguladora de las prestaciones de incapacidad.
- Aunque Mutuas y empresas colaboradoras pueden reconocer el derecho a prestaciones, con ello completan la facultad rectora del INSS.
- Si se niega al INSS la facultad de determinar la contingencia de los procesos para el reconocimiento de prestaciones, se coloca al INSS, Mutuas y empresas en una situación de igualdad susceptible de producir situaciones de desprotección del beneficiario cuando todas se negaran a asumir la responsabilidad por una contingencia.

El Real Decreto 428/2004<sup>59</sup> modificó el artículo 80 del Real Decreto 1993/1995 disponiendo que la declaración del derecho al subsidio de IT y su mantenimiento se efectuará previa determinación de contingencia por la Mutua. Esta nueva redacción fue interpretada por las Mutuas como el reconocimiento de la competencia para determinar la contingencia y aunque el artículo 80 fue modificado por Real Decreto 1041/2005<sup>60</sup> eliminando la expresión «previa determinación de la contingencia causante»<sup>61</sup>, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a pronunciarse<sup>62</sup> manifestando que de existir controversia sobre la contingencia origen de la IT, corresponde al INSS su determinación mediante la tramitación del oportuno expediente administrativo, con intervención de las partes interesadas que si se hallan en desacuerdo con la decisión de la Entidad Gestora pueden impugnar la decisión administrativa en la vía judicial.

## **b) Responsabilidad del INSS en abono de la IT vigente cuando se extingue el contrato de trabajo.**

Otra controversia resuelta jurisprudencialmente ha consistido en resolver aquellos supuestos en los que un trabajador encontrándose en IT por enfermedad común, ve extinguida la relación labo-

<sup>59</sup> 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, BOE de 30 de marzo de 2004

<sup>60</sup> Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, por el que se modifican los Reglamentos Generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social; de recaudación de la Seguridad Social y sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como el Real Decreto sobre el patrimonio de la Seguridad Social, BOE de 16 de septiembre de 2005

<sup>61</sup> La exposición de motivos del Real Decreto dice que la modificación ha tenido por objeto adecuar la redacción a la competencia de las Direcciones Provinciales de la Seguridad Social para la determinación de la contingencia causante de la referida situación de IT, confirmada mediante reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

<sup>62</sup> Sentencias de 15 de noviembre de 2006 (rec. 1982/2005), 15 de noviembre de 2006 (rec. 2027/2005), 8 de febrero de 2007 (rec. 4429/2005), 27 de febrero de 2007 (rec. 3969/2005), 18 de abril de 2007 (rec. 5478/2005), 30 de mayo de 2007 (rec. 2243/2006), 6 de junio de 2007 (rec. 4640/2005), 11 de junio de 2007 (rec. 5030/2005), 12 de junio de 2007 (rec. 1755/2006), 26 de septiembre de 2007 (rec. 390/2006), y 18 de diciembre de 2007 (rec. 3793/2006).

ral y por ello las cantidades que se venían percibiendo en pago delegado pasan a percibirse en pago directo a cargo de la Mutua responsable. Posteriormente, la empresa para la que prestó servicios cambia de aseguradora optando por el INSS o por una Mutua que abonarán a partir de entonces la IT a los trabajadores que tengan vigente su contrato de trabajo. La Entidad encargada de abonar el pago directo de los subsidios de trabajadores que ya no estaban vinculados por contrato de trabajo con la empresa entendía que la nueva Entidad debía hacerse cargo de esos procesos en curso aunque se tratase de trabajadores que ya no formaban parte de la plantilla de la empresa.

El Tribunal Supremo resolvió mediante Sentencia de 12 de julio de 2006 (rec. 1493/2005) <sup>63</sup> que:

- Es preciso recordar que la obligación de cotizar al Sistema de Seguridad Social no condiciona el derecho a prestaciones ni determina el sujeto obligado a satisfacerlas y que la empresa no queda liberada del pago de la prestación porque tras la extinción del contrato de trabajo ya no exista cotización individualizada, la responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia del aseguramiento en el momento del hecho causante.
- Es contrario a la lógica del aseguramiento y a los criterios de equidad imputar a la nueva Entidad la responsabilidad de un gasto por el que no ha percibido contraprestación.
- La Entidad que asumía el pago de la prestación por IT debe seguir abonando el subsidio pese a que se haya extinguido la relación laboral después de haberse producido el hecho causante de la prestación.
- Si un trabajador en IT extingue su relación laboral y continúa percibiendo subsidio, la Ley no le exige que curse una nueva solicitud de pago de la prestación porque no se trata de un nuevo reconocimiento del derecho sino de una continuación.

### **c) Realización de actividad laboral durante la percepción del subsidio.**

Las facultades de las Entidades Gestoras en los actos de gestión de la IT no se encuentran definidos claramente, como consecuencia de esta indefinición se planteó al Tribunal Supremo la capacidad de una Mutua para extinguir la prestación de IT que estaba percibiendo un trabajador autónomo cuando este trabajador haya realizado actividad laboral durante la percepción del subsidio. El Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de octubre de 2006 (rec. 2966/2005) <sup>64</sup> resolvió que la extinción de la prestación por realizar actividad laboral forma parte de materia sancionadora y es competencia de la Entidad Gestora y no de la Entidad Colaboradora. La fundamentación fue la siguiente:

<sup>63</sup> En igual sentido Sentencias de 19 de julio de 2006 (rec. 5471/2004), 2 de septiembre de 2006 (rec. 2008/2005), 10 de octubre de 2006 (rec. 812/2005), 26 de junio de 2007 (rec. 2403/2006), 2 de octubre de 2007 (rec. 1310/2006), 21 de noviembre de 2007 (rec. 3850/2006).

<sup>64</sup> En igual sentido Sentencia de 9 de octubre de 2006 (rec. 2905/2005).



- A las Mutuas les corresponde el ejercicio del control y seguimiento de la IT <sup>65</sup>, pudiendo realizar las actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio (art. 4 RD 575/1997). La gestión de la IT comprende la denegación, suspensión, anulación o extinción del derecho, motivadamente y por escrito, quedando supeditada su eficacia a la notificación (art. 80 RD 1993/1995).
- El artículo 131.1 bis de la LGSS dispone que el derecho al subsidio se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, por ser dado de alta médica el trabajador, por haber sido reconocida pensión de jubilación al beneficiario, por fallecimiento, o por la incomparecencia injustificada a cualquiera de los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos. Por otra parte, el artículo 132 de la LGSS declara que el derecho a la IT puede ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente, trabaje por cuenta propia o ajena, o sin causa razonable, rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.
- Los supuestos de extinción guardan relación con las vicisitudes del hecho causante, y los supuestos de pérdida o suspensión del derecho tienen carácter sancionador. La capacidad de gestión de la Mutua alcanza a todos los supuestos de extinción del artículo 131.1 bis de la LGSS, que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, y abarca también la denegación de la prestación cuando no concurren los requisitos para generar o conservar el derecho, y la suspensión cuando se rechaza el tratamiento médico.
- En cuanto a la actuación de la Mutua cuando el trabajador que perciba IT preste servicios por cuenta propia o ajena, la Ley dispone que el derecho puede ser denegado, anulado o suspendido, la Entidad Colaboradora no puede imponer sanción puesto que la actividad sancionadora le está vedada ya que se atribuye a las Entidades Gestoras mediante el correspondiente procedimiento sancionador. El trabajo por cuenta propia o ajena evidencia la innecesariedad del subsidio que es sustitutivo del salario, de tal forma que será sancionadora la medida que exceda temporalmente de la actividad laboral desarrollada, la coincidencia entre el número de días de actividad laboral y el número de días de suspensión del subsidio califica el acto como de gestión <sup>66</sup>, si el número de días de suspensión excede al de trabajo estaríamos ante una actuación sancionadora.

#### **d) Extinción del subsidio de IT por no comparecer a reconocimiento médico.**

La incomparecencia injustificada a reconocimiento médico es causa de extinción del subsidio de IT, el artículo 131 bis.1 de la LGSS sostiene que la incomparecencia injustificada a cualquiera de

<sup>65</sup> Referente a la gestión de las Mutuas, «Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal», A. DESDENTADO BONETE. *Actualidad Laboral* n.º 6. Marzo 2008.

<sup>66</sup> Igualmente el Tribunal en Sentencia de 17 de febrero de 1997 (rec. 1790/1996) resolvió que cuando se realiza actividad laboral y se percibe invalidez provisional, nos encontramos ante «una cuestión que afecta a la concurrencia de una circunstancia que determina la existencia del derecho a la prestación, porque la propia situación protegida requiere que el trabajador esté imposibilitado para el trabajo, y en consecuencia, si el beneficiario desarrolla actividad laboral, desaparece la razón de ser de la protección otorgada, al resultar evidente que ha sido recuperada la aptitud laboral para el trabajo».



las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o la Mutua dará lugar a la extinción del subsidio.

Sin embargo, la redacción de la LGSS ha dado lugar a interpretaciones divergentes que el Tribunal Supremo resolvió mediante Sentencia de 15 de marzo de 2007 (rec. 375/2006)<sup>67</sup>, una interpretación consideraba que desde la Ley 45/2002, que modificó la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, la extinción de la prestación de IT por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico pasa a configurarse como una sanción que ha de acordarse en el correspondiente procedimiento sancionador, la otra interpretación consideraba que la extinción por incomparecencia forma parte de la gestión de la prestación y puede acordarse por la Entidad encargada de la gestión de la prestación. El Tribunal Supremo entendió lo siguiente:

- Debe distinguirse entre extinción del derecho al subsidio, que guarda relación con las vicisitudes del hecho causante y la pérdida o suspensión del derecho, que tiene carácter sancionador.
- El artículo 131.1 bis de la LGSS dispone que el derecho al subsidio se extingue por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la Mutua. La Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social configura esa incomparecencia como una infracción grave, pero por ello no se pueden suprimir las facultades de gestión que derivan de la redacción del artículo 131.1 bis de la LGSS.
- La capacidad de gestión de la Mutua en contingencias comunes alcanza a la dinámica ordinaria de la prestación que se determina por hechos jurídicos como la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, configurada legalmente como una causa extintiva.

Así pues, la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico comporta la extinción del subsidio, mientras que el abandono de tratamiento comporta la suspensión<sup>68</sup>, el abandono por parte del beneficiario del tratamiento prescrito faculta a la Entidad a suspender automáticamente la prestación.

### **e) Competencia para expedir partes de alta y baja.**

La competencia de los servicios médicos para extender partes de alta y baja viene determinada por la contingencia de la que derive el concreto proceso de IT y la Entidad (INSS, Mutua o empresa) que deba asumir el abono del subsidio.

Las vicisitudes de los procesos de IT que pueden tener a un trabajador como sujeto beneficiario son de tal calado que nos podemos encontrar con altas y bajas de distintos períodos de IT que

<sup>67</sup> En igual sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2007 (rec. 1176/06) y 12 de julio de 2007 (rec. 454/2006).

<sup>68</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2002 (rec. 410/01).

posteriormente pueden ser consideradas recaídas y entenderlas como un mismo proceso, y otras pueden configurar procesos independientes pero con un mismo o similar diagnóstico.

La pluralidad de procesos de IT en un trabajador ha ocasionado pronunciamientos del Tribunal Supremo, uno de ellos lo encontramos en la Sentencia de 29 de junio de 2007 (rec. 820/06)<sup>69</sup> en la que el recurso de la Mutua planteaba la incompetencia de los servicios médicos de la sanidad pública para revisar la actuación de los servicios médicos de la Mutua y cursar una nueva baja médica por enfermedad común a un asegurado, si lo hacen al día siguiente o a los pocos días de cursar alta los servicios médicos de la Mutua, por un proceso de IT, en aquellos casos en los que la baja expedida guarde conexión con la patología del anterior proceso de IT por contingencia profesional.

En la Sentencia de 29 de junio de 2007 el Tribunal entiende que es incuestionable que los facultativos de los SPS deben extender baja médica si el trabajador reúne los requisitos del artículo 128 de la LGSS, y si se discute la contingencia del proceso de IT corresponde a los facultativos del INSS calificar el origen común o profesional de la baja por IT. Añade el Tribunal que la negativa a extender baja médica cuando concurren los requisitos para ello podría llevar a una situación de desprotección del beneficiario que sería contraria a los principios que informan el Sistema de Seguridad Social. Ante estos razonamientos el Tribunal desestima el recurso planteado.

## VIII. CONCLUSIÓN

La regulación del subsidio de IT ha sido objeto de modificación básicamente mediante leyes de política económica (leyes de acompañamiento, leyes de presupuestos o decretos-leyes), que han innovado principalmente en el ámbito del control de la prestación ofreciendo una mayor implicación del INSS, es de destacar la intervención de la Entidad Gestora en el duodécimo mes a los efectos de resolver acerca de la continuación del proceso o extender alta médica con o sin propuesta de incapacidad permanente.

Una mayor intervención de la Entidad Gestora en el control de la IT no ha resuelto problemas endémicos de la prestación que la han convertido en una situación plagada de problemas que se retroalimentan dentro del Sistema de Seguridad Social. Cuando normativamente se intenta dar solución a una cuestión, esa misma cuestión ocasiona una nueva problemática, un ejemplo claro lo podemos ver en la introducción de la figura del alta a los exclusivos efectos económicos de la Ley 30/2005, cuando alcanzada la duración máxima del proceso el INSS podía dar de alta al trabajador a los exclusivos efectos económicos, esta posibilidad generó diversas interpretaciones, hay quien consideraba que esa alta impedía la reincorporación laboral del trabajador que veía cómo el SPS le continuaba extendiendo partes de baja médica, y hay quien consideraba que se trataba de un alta médica que permitía la reincorporación laboral del trabajador sin perjuicio de que continuara recibiendo asistencia sanitaria. La solución a la problemática ha venido con la Ley 40/2007 suprimiendo la referencia

<sup>69</sup> En igual sentido sentencias del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2006 (rec. 1982/2005), 15 de abril de 2006 (rec. 2027/2005), 8 de febrero de 2007 (rec. 4429/2005) y 27 de febrero de 2007 (rec. 3969/2005).

de los exclusivos efectos económicos. Sin embargo, esta referencia que ha sido tan polémica ya se introdujo en el artículo 131.1 bis de la LGSS por la Ley 66/1997 al señalar que los médicos adscritos al INSS podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de IT, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, y el Decreto-Ley 6/2000 amplió esta posibilidad a los médicos de las Mutuas, aunque supeditada a desarrollo reglamentario.

Teniendo en cuenta que la complejidad de la prestación es diversa y que está ocasionada por el diseño que el legislador le ha impuesto desde su reconocimiento, hay cuestiones que deberían ser modificadas con premura para lograr una visión más clara y fácil de la prestación que por su propia naturaleza debe estar caracterizada por inmediatez y simplicidad.

Los siguientes aspectos deberían ser objeto de modificación:

- Se ha desvirtuado el fundamento del subsidio de IT, también se ha convertido en una prestación refugio, una especie de cajón de sastre a la que acude el trabajador cuando se encuentra en una situación de conflicto laboral, familiar, o cuando por cualquier causa un trabajador no puede hacer frente a sus compromisos profesionales y no quiere perder su puesto de trabajo. En la actualidad, la realidad demuestra que el subsidio de IT ampara situaciones que no son propiamente de enfermedad sino de imposibilidad (el cuidado de un familiar, una situación conflictiva en la empresa...) y aunque mediante modificaciones se ha limitado esta posibilidad (con la creación de la prestación de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o la imposibilidad de concatenar IT y desempleo posterior), la situación de fraude persiste y es objeto de constante denuncia del legislador el intento de frenar y suprimir el fraude en el acceso a la prestación y en la duración de los procesos.

Sin embargo, la solución de esta situación debería tener doble vertiente, una originada por los propios poderes públicos que deberían adaptar el Sistema para lograr una verdadera conciliación entre vida familiar y laboral, y otra, quizá más importante, que tiene su fuente en el propio trabajador que debería tomar conciencia de que el Sistema se nutre con las aportaciones de empresa y trabajador, y que el abuso repercute en los trabajadores presente y en los pensionistas del futuro, todo ello al margen de que desde la óptica empresarial los procesos de IT injustificados o no, afectan en la competitividad de la empresa y en su cuenta de resultados.

- La actuación de las Mutuas que se ha visto ampliada en los últimos años permitiendo la gestión de la IT por contingencia común de trabajadores por cuenta ajena y asumiendo la IT de los trabajadores autónomos, esta ampliación ha sido generosa en cuanto a gestión pero limitada en cuanto a control, las Mutuas no pueden controlar médicamente estos procesos si no es indirectamente mediante las propuestas de alta y tampoco pueden extinguir la prestación en aquellos procesos en los que tienen conocimiento de que el trabajador está desarrollando una actividad profesional paralela a la percepción del subsidio. La ausencia de desarrollo reglamentario del Decreto-Ley 6/2000 que contempló la posibilidad de que los facultativos de las Mutuas expidieran alta médica ha dificultado que las Mutuas puedan controlar médicamente los procesos en los que son responsables en el abono de la prestación.

- La presencia de los facultativos de los SPS en la expedición de los partes de alta y baja médica y confirmación de baja médica, sin que el SPS sea la Entidad pagadora de la prestación, ocasiona por una parte una sobrecarga de trabajo para el facultativo de atención primaria que debe encargarse del control médico del proceso mientras que su función principal es la de prestar asistencia sanitaria o facilitar que se preste la asistencia sanitaria por el facultativo especialista correspondiente, y por otra parte impide que la Entidad encargada de la gestión pueda controlar médicamente el proceso. Quizá sería preferible que los EVI del INSS se encargaran de extender los partes médicos, sin perjuicio de que la asistencia sanitaria se siguiera prestando por el Servicio Público de Salud, si los EVI se encargan de la valoración del grado de incapacidad, de determinar la contingencia de los procesos de IT y de valorar al trabajador en el duodécimo mes de la IT a los efectos oportunos, no hay motivo para impedir que asuman la expedición de los partes médicos de baja, confirmación y alta, máxime teniendo en cuenta que la situación actual obliga al INSS a firmar acuerdos con los diecisiete SPS, y que dificulta que se puedan adoptar criterios médicos uniformes en cuanto a las patologías susceptibles de determinar el inicio de un proceso de IT, cuestión que en la actualidad generalmente se deja a criterio del facultativo de atención primaria. Aunque otorgar al INSS la competencia para controlar los procesos de IT por contingencia común posiblemente comportaría una discusión competencial, también suprimiría los recelos existentes en la actualidad hacia la posibilidad de que los facultativos de las Mutuas controlen los procesos de IT por contingencia común como controlan los procesos derivados de contingencia profesional, evidentemente esta solución unificaría el control de los procesos en el INSS y aliviaría en gran medida la carga de trabajo asumida por los facultativos de atención primaria; no se puede obviar un hecho importantísimo en esta materia, recibir asistencia sanitaria no está reñido con desempeñar actividad profesional, la IT es algo más que recibir asistencia sanitaria, es una imposibilidad para desempeñar una actividad laboral, cuestión que debe valorarse por un médico evaluador de incapacidades y no por un facultativo que ajeno a la profesión desempeñada por su paciente lo único que valora es la asistencia sanitaria que puede prestar al ciudadano sin entrar a valorar si esa asistencia es incompatible con el desempeño temporal de una profesión.

En la actualidad no existen argumentos ni razones metodológicas que justifiquen el mantenimiento del subsidio de IT tal como está formulado, sería preferible que los interlocutores sociales alcanzaran un gran acuerdo de reforma de la IT que clarifique la actuación a seguir y que haga a los sujetos intervinientes consecuentes con las decisiones que adopten, sin estar supeditados a las decisiones de terceros. Si bien las últimas reformas se ha orientado hacia el control de los procesos de IT, también se ha limitado a los procesos en el tiempo, limitación que es aceptable siempre que la asistencia sanitaria se preste diligentemente sin que el trabajador tenga que sufrir demoras en su asistencia; sin embargo las reformas de los últimos años son insuficientes, es necesario avanzar en el diseño de la prestación sin crear inseguridad jurídica y sin perjudicar a los trabajadores que estando impedidos para el trabajo necesitan recibir asistencia sanitaria que les permita recuperarse para lograr su reincorporación laboral.