

ASPECTOS CLAVE DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y ANÁLISIS DE SU PROBLEMÁTICA: LA GESTIÓN Y EL CONTROL COMO TELONES DE FONDO

MIGUEL ÁNGEL PURCALLA BONILLA

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad
Rovira i Virgili (Tarragona)*

Extracto:

EL trabajo reproducido recoge los principales aspectos, teóricos y prácticos, que configuran el régimen jurídico de la incapacidad temporal en nuestro país. Por ello, se abordan materias como: el concepto; la duración; la cobertura sanitaria y económica; las causas de denegación, pérdida, suspensión y extinción del subsidio económico; las peculiaridades de los regímenes especiales y de los casos de pluriempleo y pluriactividad; la gestión médica (partes) de la prestación; y las vías de control y seguimiento de la incapacidad temporal. A tal efecto, el estudio presentado aporta un elenco de criterios jurisprudenciales, de planteamientos teóricos y de soluciones prácticas a las diversas cuestiones problemáticas que se plantean, y señaladamente en su gestión y control. Ha sido redactado con la intención de resultar de utilidad para los profesionales que afrontan, diariamente o de forma más esporádica, los problemas ligados a la incapacidad temporal (absentismo estratégico, gestión económica y sanitaria, medios de control).

Palabras clave: incapacidad temporal, absentismo, control y gestión.

Sumario

- I. Idea o noción inicial de la incapacidad temporal.
- II. Duración de la incapacidad temporal.
- III. Cobertura de la situación de incapacidad temporal.
- IV. Beneficiarios de la prestación económica de incapacidad temporal.
- V. Importe económico de la prestación.
- VI. Denegación, suspensión y anulación del subsidio económico por incapacidad temporal.
- VII. Extinción de la prestación económica.
- VIII. Incapacidad temporal de autónomos y empleados de hogar.
- IX. Incapacidad temporal, pluriempleo y pluriactividad.
 - X. La expedición de partes médicos de control de la incapacidad temporal.
 - XI. El parte médico de baja.
 - XII. Los partes de confirmación de la baja médica.
 - XIII. Los partes médicos de alta.
 - XIV. La expedición de partes de alta por la Entidad Gestora o colaboradora.
 - XV. Las propuestas motivadas de alta médica.
 - XVI. La expedición de partes de alta y baja en caso de recaída.
- XVII. El control de la incapacidad temporal por los facultativos de Entidades Gestoras y de Mutuas.
- XVIII. El control de la incapacidad temporal por parte de las empresas.

I. IDEA O NOCIÓN INICIAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La incapacidad temporal no es otra cosa que la suspensión temporal de la prestación de trabajo por una causa justificada y legalmente regulada. Dicha causa se identifica como una situación de incapacidad para trabajar (de ahí la «suspensión» indicada), que se caracteriza por varios factores concurrentes (un total de siete, por cerrar desde este momento su número):

- Primero: la existencia previa de un accidente (laboral o no –común–) o de una enfermedad (profesional o no –común–) que cause dicha imposibilidad y que precise, para la reparación de los efectos derivados, de asistencia sanitaria. Lugar y momento es ya de avanzar que si la incapacidad temporal deriva de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional (hechos causantes que se identifican en la práctica como «contingencias profesionales») o, en menor medida, de un accidente común (no laboral), los requisitos de acceso a (y el nivel de protección de) la incapacidad temporal son más flexibles que si se trata de una enfermedad común, según se verá más adelante. Un caso particular de incapacidad temporal es el que coincide con el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional, siempre que sea preciso aplazar el diagnóstico definitivo: me refiero a lo que se conoce, en la práctica médica y jurídica, como «período de observación por enfermedad profesional». Este, como se sabe, va acompañado de la baja médica, pero desde el punto de vista sanitario no conlleva necesariamente un tratamiento singular porque el proceso patológico en curso no se encuentra confirmado; cuando exista diagnóstico definitivo, es claro que desaparecerá el período de observación indicado, sin perjuicio de los posibles efectos anudados (que prosiga la incapacidad temporal, o que se proponga el pase a situación de incapacidad permanente o, sencillamente, que se curse el alta del trabajador para su reincorporación a la actividad).
- Segundo: dicha situación se caracteriza como temporal o transitoria y no como definitiva o permanente, pues de otro modo entraríamos en un terreno diverso, el de la incapacidad permanente. No obstante, es claro que una incapacidad temporal puede ser perfectamente el antecedente cronológico de una futura incapacidad permanente (o al revés: una incapacidad permanente parcial o total para la profesión habitual, no es obstáculo para una futura incapacidad temporal, en el mismo –parcial–o distinto –total– trabajo), como también puede ser antecedente o coetánea de una lesión permanente no invalidante.

- Tercero: se trata de una situación protegida por la normativa laboral (suspensión del contrato laboral –cuando se trabaja para otro, esto es, por «cuenta ajena»–, con el cese subsiguiente de la obligación de trabajar y del derecho al percibo del salario, con reserva, claro es, del puesto de trabajo –subsiste, en principio, el derecho a volver al mismo–), y también por la normativa de Seguridad Social (pues se trata, en terminología específica, de una «contingencia» protegida con la tutela sanitaria –prestación «en especie»– y con la económica –en forma de subsidio que sustituye a los ingresos derivados del trabajo– que se anudan a dicha situación).

La asistencia sanitaria aludida, será la fijada por los servicios sanitarios públicos, aunque no debe descartarse que la presten también, por supuesto, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, o incluso las propias empresas, en virtud de su colaboración voluntaria. Todo ello no excluye tampoco que pueda existir una asistencia privada concurrente, si bien los partes de baja y de confirmación los ha de expedir, como no puede ser de otro modo y según se dirá más adelante, el facultativo de los Servicios Públicos de Salud o de la Mutua que atienda al beneficiario. Así está diseñado el Sistema y así debe remarcarse desde este momento.

- Cuarto: que para activar dicha protección es requisito *sine qua non* una decisión médica, que no es otra que la extensión del correspondiente parte médico de «baja». Se trata de un criterio sanitario que tiene consecuencias, desde luego, sobre el entramado administrativo y técnico (Seguridad Social) y, por ejemplo, sobre las relaciones laborales en empresas y Administraciones (y sus efectos anudados, como el absentismo laboral).
- Quinto: la incapacidad temporal existe no solo para el trabajo sujeto a contrato laboral con una empresa o Administración (lo que se conoce en Derecho de la Seguridad Social como «Régimen General») o a relación de empleo público (funcionarios), sino también para otras circunstancias de prestación de servicios retribuidos por cuenta propia (autónomos y empleados de hogar).
- Sexto: la situación de suspensión de la relación de trabajo entre empresa y trabajador, no es obstáculo para la pervivencia de ciertas obligaciones recíprocas durante la incapacidad temporal. Así y junto al respeto a la buena fe contractual (por ejemplo, la no utilización fraudulenta por el trabajador de esta protección jurídica –lo que ha motivado una abundante casuística ligada al despido por transgresión de la buena fe contractual–), el trabajador tiene la obligación de presentar a la empresa los partes médicos de baja, de confirmación y de alta (sobre los cuales se tratará en un próximo epígrafe); de someterse al tratamiento médico prescrito (sin contraindicaciones, como ejemplo también de la buena fe contractual); así como el de asistir a los reconocimientos médicos a requerimiento de la Entidad Gestora, de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o del propio empresario. Me refiero, en cuanto a esto último, a la posibilidad de verificación del estado de enfermedad o accidente, en los términos del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores. Esta vía, sobre la cual volveremos en un próximo epígrafe, es factible siempre que concurren tres elementos que justifican esta actividad de comprobación: el primero, verificar que la situación de enfermedad o accidente y la incapacidad causada por la misma para el desempeño del trabajo sea real y no simulada; el segundo, comprobar que el trabajador colabore con su conducta a su recuperación, siguiendo las prescripciones médicas y las recomendaciones conducentes a la

superación del estado de incapacidad; y el tercero, cerciorarse de que el trabajador no utilice la situación de incapacidad protegida mediante prestaciones para desarrollar otras actividades productivas, por cuenta propia o ajena, que le reporten un lucro personal.

El empresario está obligado a cumplir con las obligaciones de alta y cotización del trabajador; de abonar el subsidio, en régimen de pago directo o de pago delegado; de cotizar durante la situación de incapacidad temporal y de practicar las retenciones fiscales procedentes; del cómputo del tiempo que el trabajador esté en situación de incapacidad temporal a efectos de antigüedad en la empresa ¹; y de cumplimentar los datos oportunos en los partes médicos, remitiéndolos a la Entidad Gestora o a la Mutua.

- Séptimo y último (aunque no por ello menos importante): no debe confundirse la incapacidad temporal con otras situaciones protegidas (recuérdese: contingencias), que pueden entrañar también la incapacidad para el trabajo (riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia, por ejemplo), pues estas tienen su marco normativo propio, diferenciado y singular de referencia.

La Declaración de la Comisión de Deontología de la Organización Médica Colegial sobre ética y deontología de los partes y certificados de bajas y altas laborales en atención primaria y especializada y la función de los médicos inspectores en su control y supervisión (febrero de 2001) ², señala que por incapacidad temporal debe entenderse «La situación en la que se encuentra un asegurado que por enfermedad (común o profesional), o accidente está incapacitado para el desempeño de su trabajo, en general por un tiempo superior a las 72 horas, mientras reciba asistencia por la Seguridad Social. La ausencia al puesto de trabajo por un período de tiempo inferior al citado se considera inasistencia menor y la percepción económica durante la misma se regula, generalmente, en los convenios colectivos de cada empresa pudiendo ser obligado el presentar un justificante de inasistencia en cuyo caso el certificado de baja podría interpretarse como tal».

Como cierre de este epígrafe, baste señalar que, para nuestros tribunales ³, la incapacidad temporal constituye una de las causas primarias de necesidad social, consistente en la incapacidad de ganancia (por defecto de ingresos) debido a la incapacidad patológica y sobrevenida para trabajar. Así, tres caracteres auténticamente definitorios son los que configuran su morfología, en el parecer de nuestra jurisprudencia: a) la falta o disminución de la integridad psicosomática, que ha de ser patológica, sobrevenida y genéricamente involuntaria, y que precisa asistencia médica; b) la transitoriedad, en cuanto a límite temporal establecido legalmente para una mejor ordenación protectora; y c) que concurren de forma conjunta, para que el sistema despliegue su acción protectora, la merma fisiológica que necesita tratamiento médico y la imposibilidad de ejecución de las tareas profesionales. Esto es así en tanto que cabe la asistencia ambulatoria compatible con la actividad profesional (que no sería pues incapacidad temporal), de la misma forma que no es incapacidad temporal aquella situación psicofísica que no requiera asistencia sanitaria.

¹ STSJ Madrid de 27-1-1997 (AS 1997/137).

² Consultada en <http://www.unav.es/cdb/ccdomc01a.html>

³ Por todas, STSJ La Rioja de 13-7-2006 (AS 2006/2531) y STSJ Cataluña de 14-11-2006 (AS 2007/1249).

II. DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La incapacidad temporal que derive de una enfermedad, común o profesional, o de un accidente, laboral o no, dura un máximo de 12 meses, prorrogables por otros 6 meses cuando se presume que, durante dicha prórroga, el paciente puede ser dado de alta médica por curación. Es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador (Equipos de Valoración de Incapacidades, Institut d'Avaluacions Mèdiques en Cataluña), la única instancia competente para:

- Reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de 6 meses más. Recuérdese que, durante el tiempo de dicha prórroga, a partir del día primero del mes siguiente al de la resolución de reconocimiento de la misma, la prestación económica es abonada, en régimen de pago directo, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o por la entidad colaboradora responsable (Mutua), sin que el trabajador tenga que presentar partes de confirmación. No obstante, subsiste la obligación de cotizar por parte de la empresa por la cuota que le corresponde, descontando la entidad responsable del pago la denominada «cuota obrera» al trabajador.
- Iniciar un expediente de incapacidad permanente.
- Emitir el alta médica por agotamiento del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal.

Los Equipos de Valoración de Incapacidades han ido asumiendo las competencias referidas, en cuanto atañe a las prórrogas citadas, en las diferentes provincias y en plazos distintos, conforme a las normas administrativas de Seguridad Social que han ido aprobándose. Así y en un primer momento (desde enero de 2006), en Ávila, Palencia, Segovia, Soria, Teruel y Zamora y en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla; después (diciembre de 2006), en Álava, Alicante, Castellón, La Coruña, Guipúzcoa, Lugo, Murcia, Orense, Asturias, Las Palmas, Pontevedra, Santa Cruz de Tenerife, Valencia y Vizcaya; en una tercera fase (enero de 2007), en Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona; y en una última fase (enero de 2008), en Albacete, Almería, Badajoz, Baleares, Burgos, Cáceres, Cádiz, Cantabria, Ciudad Real, Córdoba, Cuenca, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, León, Madrid, Málaga, Navarra, La Rioja, Salamanca, Sevilla, Toledo, Valladolid y Zaragoza.

Hasta aquí hemos visto la regla general sobre la duración de la incapacidad temporal. Sin embargo, algunas excepciones deben traerse aquí y ahora a colación:

- A) Primera: los períodos de observación profesional, a los que antes he hecho mención, tienen una duración máxima de 6 meses, prorrogables por otros 6 meses cuando se estime necesario para el análisis, estudio y diagnóstico de la enfermedad que aqueja al paciente. El período de observación profesional computa a los efectos de aplicar la duración máxima fijada en la regla general (12 + 6 meses), de forma que si una persona está, por ejemplo,

12 meses en observación profesional, podrá seguir hasta 6 meses más de baja médica (vía prórroga).

- B) Segunda: en caso de recaída (entendiendo por tal la situación en la que, dentro de un proceso patológico de la misma naturaleza, la incapacidad temporal se ve interrumpida por uno o varios períodos de actividad de duración inferior a 6 meses⁴), el período máximo (18 meses) es el mismo (por tanto, se computan los períodos de recaída como un único proceso de incapacidad temporal), salvo que hayan transcurrido más de 6 meses desde la anterior baja médica (o cuando la dolencia sea patológicamente distinta, claro es y aunque no hayan transcurrido esos 6 meses), en cuyo caso se abre un nuevo período de 12 meses (o 18, en su caso)⁵, con el consiguiente nuevo cálculo de la base reguladora⁶. De todas formas, interesa ahora precisar que el Instituto Nacional de la Seguridad Social es competente para decidir si se concede o no la baja médica, por la misma o similar patología, a quien haya agotado la duración máxima de incapacidad temporal sin haber acreditado un nuevo período de ocupación cotizada de 6 meses.
- C) Tercera: el agotamiento del plazo máximo de 18 meses obliga a la Administración (Seguridad Social) a examinar la situación del interesado en el plazo de 3 meses. En este caso, será la Inspección Sanitaria del correspondiente Servicio Público de Salud la que deberá formular el alta médica por curación o por agotamiento de la incapacidad temporal, justificando, en este segundo caso, bien la posible existencia de una situación constitutiva de incapacidad permanente, bien la necesidad de que el trabajador continúe con el tratamiento médico prescrito.

Ahora bien, si continúa la necesidad de tratamiento médico y existe una razonable expectativa de recuperación o de mejora del trabajador, puede dilatarse este procedimiento durante un máximo de 6 meses en lugar de 3, de forma que la duración total de la situación de incapacidad temporal no puede exceder de 24 meses (18 + 3 + 3). Durante esta prórroga de efectos, el trabajador sigue percibiendo, además de asistencia sanitaria, subsidio económico de incapacidad temporal, pero la obligación de cotizar de la empresa se extingue con el final de la duración ordinaria (12 meses) o en su caso prorrogada (12 + 6) de la incapacidad temporal, pues no hay obligación de cotizar durante el procedimiento de declaración de invalidez permanente por parte de la Seguridad Social, aunque se perciba un subsidio económico. Subsidio que abonará la Entidad Gestora o colaboradora, y no la empresa, de modo directo (Instituto Nacional de la Seguridad Social o Mutua, según el origen de la contingencia, común o profesional).

Por último, es claro que si la Entidad Gestora (o la Mutua⁷) deja transcurrir el plazo de 24 meses sin dictar resolución, las consecuencias económicas van a su cargo por su propia inacción⁸.

⁴ Ilustrativa al respecto es la STS de 14-5-2007 (RJ 2007/6960).

⁵ STS de 10-12-1997 (RJ 1997/9311).

⁶ En este sentido, STS de 2-10-2003 (RJ 2003/7375).

⁷ STSJ Cataluña de 6-2-2001 (AS 2001/978), cuando la duración máxima era no de 24, sino de 30 meses.

⁸ Así lo señaló hace años el Tribunal Supremo, en SSTs de 1-12-2003 (RJ 2004/1932) y de 20-9-2005 (RJ 2006/1932).

III. COBERTURA DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La cobertura de la prestación de incapacidad temporal puede concertarse, a opción del empresario, con el Instituto Nacional de la Seguridad Social, con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o directamente, mediante la colaboración voluntaria en la gestión de la prestación.

El empresario puede optar por formalizar la cobertura de la prestación económica por la incapacidad temporal, tanto respecto de las contingencias profesionales, como de las contingencias comunes, con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (salvo en el caso de los trabajadores del mar, régimen especial de Seguridad Social en el cual no es posible la cobertura de las contingencias comunes con una Mutua). La opción se realiza por el empresario en el momento de formalizar el convenio de asociación con la Mutua, mediante anexo, y con su misma vigencia (por períodos anuales tácitamente prorrogables). Con igual periodicidad anual, el empresario puede renunciar a la citada cobertura, sin modificación respecto al resto de los derechos y obligaciones como asociado, notificándolo con una antelación mínima de un mes a la fecha de vencimiento.

Para el cumplimiento de sus obligaciones, las Mutuas tienen una serie de facultades, entre las cuales destacan las siguientes:

- Instar la actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios.
- Realizar reconocimientos complementarios a los de los Servicios Públicos de Salud, pruebas médicas, informes, tratamientos e intervenciones quirúrgicas.
- En caso de demora en la práctica de pruebas de diagnóstico o en los tratamientos prescritos por los Servicios de Salud, transcurridos más de 15 días de la baja, si se prolonga la situación de incapacidad temporal, las Mutuas pueden llevar a cabo dichas pruebas o tratamientos, previo consentimiento del trabajador y mediando conformidad de la autoridad sanitaria.
- A través de los médicos adscritos a ellas, pueden formular propuestas de alta médica a los Servicios Públicos de Salud, así como, a efectos económicos, a los facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- Declarar la existencia de cantidades indebidamente percibidas por prestaciones económicas de incapacidad temporal, gestionadas por ellas. Para su reintegro, deben comunicar a la Tesorería General la existencia de tales cantidades y acreditar la procedencia de la reclamación para que esta proceda a exigir dicho reintegro, que será transferido por la propia Tesorería a la Mutua correspondiente.

La colaboración voluntaria de las empresas respecto al abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal, se inicia mediante solicitud, formalizada antes del 1 de octubre de cada año y con efectos desde el 1 de enero del año siguiente, dirigida a la Tesorería General de la Seguridad Social donde la empresa tenga cuenta de cotización o su domicilio. Aprobada dicha colaboración

voluntaria, las empresas contraen una serie de obligaciones: pagar directamente y a su cargo la prestación económica de la incapacidad temporal de sus trabajadores; destinar los posibles excedentes económicos a una reserva de estabilización, hasta el 25% de las compensaciones obtenidas por la colaboración durante el ejercicio, con la finalidad de atender los posibles resultados negativos; dar cuenta a los representantes legales de los trabajadores, al menos semestralmente, de la aplicación de las cantidades deducidas de la cuota de la Seguridad Social; y llevar en su contabilidad una partida específica que recoja todas las operaciones relativas a la colaboración. En contrapartida, las empresas pueden reducir la cuota a pagar, aplicando un coeficiente reductor que fija anualmente el Ministerio de Trabajo e Inmigración (para 2008, el 0,055 para contingencias comunes por gestión de incapacidad temporal ⁹).

Las condiciones que deben reunir las empresas para ser autorizadas a prestar su colaboración voluntaria respecto a las contingencias profesionales, son las siguientes: tener más de 250 trabajadores fijos afiliados y en alta (o más de 100, si poseen instalaciones médicas adecuadas, por dedicarse la empresa a prestar asistencia sanitaria); y poseer instalaciones sanitarias eficaces para prestar la asistencia sanitaria que corresponda a la incapacidad temporal por causas profesionales, excepto la hospitalización quirúrgica. En compensación por el coste que supone esta colaboración voluntaria sobre contingencias profesionales, las empresas, a la hora de liquidar la cotización mensualmente, pueden retener la parte de la cuota que corresponde a las prestaciones sanitarias y económicas por incapacidad temporal, debiendo ingresar, empero, una cantidad, fijada anualmente, en concepto de aportación a servicios comunes, sociales y demás gastos generales de la Seguridad Social.

Por último, una cuestión de interés: ¿qué sucede si se modifica la entidad aseguradora por parte de una empresa (de Mutua a Mutua, o de Mutua al INSS), cuando el trabajador está percibiendo prestaciones por incapacidad temporal? La respuesta es sencilla: si se trata de contingencias comunes derivadas de un hecho causante anterior a dicho cambio, la obligación de pago corresponde a la Mutua que ha pasado a ser la aseguradora (o al INSS, si fuera el caso), ya que desde el momento en que se hizo cargo de la gestión de la incapacidad temporal en la empresa, comenzó a recibir la fracción de las cotizaciones de todos los trabajadores, incluida la del incapacitado; mientras que si se trata de contingencias profesionales, es responsable del abono de las prestaciones la Mutua (o el INSS, si fuera el caso) que cubría la contingencia en el momento del hecho causante ¹⁰.

IV. BENEFICIARIOS DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Como noción previa, debe tenerse en cuenta que el nacimiento de la prestación económica correspondiente a la situación de incapacidad temporal, no está condicionada a la previa solicitud del beneficiario ¹¹ (a diferencia de lo que sucede con otras prestaciones de Seguridad Social), sino que

⁹ La Orden TAS/76/2008 de 22-01 (BOE 28-01-2008) y la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 4-8-2008 (BOE 21-8-2008), establecen el coeficiente a aplicar por parte de las Mutuas que gestionen contingencias comunes de las empresas (de 0,059 a 0,061).

¹⁰ STS de 19-1-2004 (RJ 2004/1365).

¹¹ STS de 17-2-1994 (RJ 1994/1057).

se hace efectiva de modo directo y automático, una vez presentados los correspondientes partes médicos de baja y de confirmación de la situación incapacitante y verificado el cumplimiento de los dos requisitos que a continuación se indican.

A trazos gruesos y esquemáticos, son beneficiarios quienes reúnan los dos siguientes requisitos:

Primer requisito: que estén afiliados y en alta o situación asimilada. Por situación asimilada se hace referencia a una serie de situaciones concretas. A saber: desempleo contributivo¹²; traslado por la empresa fuera del territorio del Estado; período de vacaciones –aunque no se hayan disfrutado en el momento de la finalización del contrato de trabajo–¹³; períodos de reincorporación al trabajo de los trabajadores fijos discontinuos, si en el momento en que corresponda su llamamiento por antigüedad se encuentran en incapacidad temporal; la situación de incapacidad temporal por enfermedad común, aunque el contrato laboral ya se haya extinguido¹⁴; y la llamada alta especial (que no es propiamente una situación asimilada) en caso de los conflictos laborales de huelga y cierre patronal, situaciones en las que médicamente se iniciaría el proceso de incapacidad temporal, pero sin efectos económicos hasta que finalicen dichos conflictos.

Cuando la incapacidad temporal deriva de contingencias comunes (accidente o enfermedad común), si el trabajador no está en alta porque la empresa ha incumplido con dicha obligación, la responsabilidad del pago del subsidio económico recae, directa y exclusivamente, sobre la empresa incumplidora. En este caso, no existe obligación alguna de anticipo para el Instituto Nacional de la Seguridad Social ni para la Mutua (sí la hay en el caso de contingencias profesionales, desde luego), puesto que aquí no rige el principio de automaticidad de las prestaciones que regula el artículo 126.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Solución diversa sería la de un trabajador en alta en una empresa con descubiertos de cotización: en tal caso sí estaría obligada la Entidad Gestora o la Mutua a anticipar el pago del subsidio, sin perjuicio de su derecho de reclamación contra la empresa y de su responsabilidad subsidiaria (de la Mutua, si es la aseguradora) en caso de que esta sea declarada insolvente. Insisto en que en caso de contingencias profesionales, sí hay automaticidad, pues se presume el alta de pleno derecho del trabajador (art. 125.3 de la LGSS), debiendo las Mutuas asumir el pago anticipado de las prestaciones correspondientes a las empresas asociadas, o la Entidad Gestora, si fuera ella quien hubiera asumido el aseguramiento de los riesgos profesionales

En este orden de cosas, es interesante saber que si la baja médica se produce por contingencias comunes durante el período de vacaciones retribuidas y no disfrutadas, en caso de extinción del contrato de trabajo, la cuantía de la prestación económica es igual a la de la prestación por desempleo desde la finalización de las vacaciones¹⁵.

¹² No así el subsidio por desempleo: STS de 16-4-1997 (RJ 1997/3393).

¹³ Han señalado nuestros tribunales que la responsabilidad del pago del subsidio generado durante este período de vacaciones no disfrutado, corresponde a la entidad que debía hacer frente al mismo durante la vigencia del contrato. Por lo tanto, dicho subsidio puede correr a cargo de la Mutua (STSJ de Cataluña de 15-11-2006, AS 2007/1154; y SSTs de 18-9-2007 y de 21-2-2008, RJ 2007/7875 y RJ 2008/2600, respectivamente).

¹⁴ En este sentido se ha pronunciado la STS de 8-2-1996 (RJ 1996/861).

¹⁵ Criterio establecido por la STS de 19-6-2007 (RJ 2007/6827).

Segundo requisito: que tengan un período mínimo de cotización (la llamada «carencia») de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se produzca la baja, si se trata de incapacidad temporal por enfermedad común. En cuanto a las restantes contingencias (enfermedad profesional, accidente laboral, accidente común) no se exige período de cotización alguno. En el caso de trabajadores a tiempo parcial, hay ciertas diferencias: en concreto, el tiempo de carencia parte del cómputo de las cotizaciones realizadas por horas trabajadas (tanto ordinarias como complementarias –que son las propias del trabajo a tiempo parcial, si se han pactado con la empresa, dado que este no permite horas extras salvo que obedezcan a fuerza mayor–), calculando su equivalencia en días teóricos de cotización, mediante una simple operación aritmética: el número de horas trabajadas se divide por 5 (que no es sino el equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales). Además, el Tribunal Supremo ha señalado que los 180 días de cotización, en el caso del trabajador a tiempo parcial, no deben estar necesariamente comprendidos dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante, pues ese lapso temporal siempre debe ampliarse en proporción inversa a la jornada reducida; o, dicho de otra forma, dicho lapso de 5 años debe ampliarse justo en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectiva respecto de la jornada habitual, asimilándose cualquier fracción de día que pueda existir a un día completo ¹⁶.

Por otro lado, si se trata de un trabajador autónomo debe precisarse que, en el momento de solicitar la prestación económica por incapacidad temporal, tienen la obligación de estar al corriente en el pago de las cuotas de cotización. Así las cosas, el disfrute del subsidio de incapacidad temporal para un autónomo está condicionado al hecho de que acredite que se halla al corriente del pago de las cuotas, sin que tal defecto pueda subsanarse por la solicitud de aplazamiento efectuada con anterioridad al hecho causante de la incapacidad temporal (aunque sí procede el cobro de la prestación si el aplazamiento había sido ya concedido) ¹⁷.

Un aspecto práctico de interés en este punto, es el siguiente: en caso de impago de la prestación, ¿qué plazo hay para reclamar por parte del beneficiario? La solución presenta dos hipótesis: si se trata de reclamar el impago, el plazo es de 1 año desde el primer día del mes natural siguiente al vencimiento de cada mensualidad ¹⁸; pero si lo que se reclama son diferencias aritméticas en el importe de la prestación (y no la falta de pago), el plazo es de 5 años ¹⁹.

V. IMPORTE ECONÓMICO DE LA PRESTACIÓN

En este punto, las cinco reglas de juego son claras:

- Primera regla: en caso de contingencia común (accidente o enfermedad común), el punto de partida es fijar la base reguladora, que no es otra cosa que el resultado de dividir la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la baja (dato que, como es sabi-

¹⁶ Así lo ha determinado la STS de 10-7-2007 (RJ 2007/8513).

¹⁷ Criterio consolidado por la STS de 17-4-2007 (RJ 2007/3982).

¹⁸ Así lo señalan las SSTS de 1-2-1999 (RJ 1999/85) y de 5-12-2005 (RJ 2006/1226).

¹⁹ Criterio acogido por STS de 8-2-2007 (RJ 2007/3481).

do, se refleja en la nómina), por el número de días a que se refiere dicha cotización (si el salario es mensual, por 30; si el salario es diario, por el número de días naturales del mes en cuestión –28, 29, 30 ó 31–). En el bien entendido que el resultado no podrá ser nunca inferior a la base de cotización mínima que el Estado fija anualmente (los llamados «grupos de cotización») para las diversas categorías profesionales de trabajadores. Si el contrato es a tiempo parcial, la base reguladora diaria de la prestación se obtiene dividiendo la suma de las bases de cotización de los 3 meses anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y cotizados en dicho período.

- Segunda regla: en caso de contingencia profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional), la fijación de la base reguladora es el resultado de dos operaciones: a.- Dividir la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior a la baja, excluyendo la fracción de la base que en dicho mes corresponda a horas extraordinarias, por el número de días a que se refiere dicha cotización (si el salario es mensual, por 30; si el salario es diario, por el número de días naturales del mes en cuestión –28, 29, 30 ó 31–); b.- Suma de las bases de cotización correspondiente a las horas extras realizadas durante los 12 meses anteriores al mes de la baja, dividido por 365.
- Tercera regla: obtenidas las bases reguladoras, se aplican a las mismas unos porcentajes para obtener la cuantía de la prestación. Si la incapacidad temporal deriva de enfermedad común o accidente común, el porcentaje a aplicar es el 60% de la base reguladora (desde el día 4.º al día 20.ª, ambos incluidos, pues los tres primeros días no se cobra, salvo que por convenio colectivo se establezca otra cosa), y del 75% (desde el 21.ª día). Si la incapacidad temporal deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el porcentaje es el 75% desde el día siguiente al de la baja en el trabajo (corriendo a cargo de la empresa el salario correspondiente al día de la baja). Los convenios colectivos pueden mejorar estos importes (normalmente, cubriendo el 100% de la base reguladora, durante un plazo o mientras dure la incapacidad temporal, y en ocasiones vinculando dicha mejora a la no superación, individual o colectiva, de ciertos niveles de absentismo por morbilidad), siendo a cargo de la empresa o Administración empleadora el diferencial económico del subsidio ligado a dicha mejora.
- Cuarta regla: el pago del subsidio económico corresponde a la entidad con la que se haya formalizado la cobertura de las contingencias profesionales (Mutua o INSS); mientras que el pago del subsidio por contingencias comunes corresponde a la empresa (o a la Mutua, de ser el caso) desde los días 4.º a 15.º (pago directo a cargo de la empresa, avalado por el Tribunal Constitucional ²⁰), y al Instituto Nacional de la Seguridad Social o Mutua a partir del día 16.º de la baja (aunque la empresa efectúa un pago delegado, del que se resarce con el descuento correspondiente en las liquidaciones de cuotas de Seguridad Social).

Esta regla de pago tiene algunas excepciones: por ejemplo y sin ánimo exhaustivo, en el caso de empresas de menos de 10 trabajadores que lleven pagando delegadamente el subsidio más de 6 meses, previa solicitud de pago directo a la entidad correspondiente –comunicándolo con una antelación mínima de 15 días para que surta efectos al comienzo del mes

²⁰ STC 37/1994, de 10-02.

natural– o por autorización de la autoridad laboral a empresas que tengan concedido un aplazamiento de ingreso de cuotas a la Seguridad Social, mientras dure dicho aplazamiento; o en caso de prórroga de la situación de incapacidad temporal, transcurridos los 12 primeros meses (o cuando se inicia el expediente de incapacidad permanente).

- Quinta regla: el importe de la prestación de incapacidad temporal tiene ciertos matices cuando se solapa con situaciones de desempleo. Así, si la relación laboral se extingue mientras el trabajador está en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, cobrará un subsidio de importe idéntico a la prestación por desempleo ²¹ (hasta que obtenga el alta médica, en cuyo caso cobrará desempleo, descontándose el tiempo de solapamiento de la duración del desempleo); mientras que si la incapacidad temporal deriva de contingencias profesionales, la diferencia es importante, pues cobrará el subsidio de incapacidad temporal íntegro (y no el desempleo), y cuando obtenga el alta médica cobrará el desempleo, sin descuento del tiempo que haya estado de baja médica.

Por último, quien coja la baja médica estando en el paro, puede encontrarse ante dos supuestos distintos: uno, cuando el proceso de incapacidad temporal sea una recaída de un proceso anterior en el tiempo (que tuvo mientras estaba en activo), seguirá cobrando, pero por el importe de la prestación de desempleo, mientras esta dure y, una vez finalizada, seguirá cobrando el mismo importe mientras siga en incapacidad temporal; en cambio, si es una situación de incapacidad temporal que no constituye recaída, la diferencia radica en que, cuando acabe el período de desempleo, seguirá cobrando mientras está en incapacidad temporal, pero una cantidad equivalente al 80% del Indicador de Renta de Efectos Múltiples mensual fijado por el Estado para el año en curso.

VI. DENEGACIÓN, SUSPENSIÓN Y ANULACIÓN DEL SUBSIDIO ECONÓMICO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

El derecho al subsidio económico por incapacidad temporal puede ser denegado, anulado (esto es, extinguido unilateralmente) o suspendido por parte de quien sea responsable del pago (INSS o empresa colaboradora), con base en las siguientes causas:

- Actuación fraudulenta del beneficiario para obtener la prestación. En este caso, es claro que la denegación (inicial por no concurrencia real de los requisitos) o la anulación (sobrevvenida, por desaparición de los requisitos) de la prestación debe ser la consecuencia jurídica aplicable frente al fraude detectado ²². La anulación, denegación y suspensión del subsidio puede ser acordada tanto por los facultativos del Servicio Público de Salud, como por los facultativos de la Mutua ²³.

²¹ Durante los 180 primeros días, el beneficiario percibirá el 70% de la base reguladora de desempleo (que es el promedio de las bases por las que se haya cotizado por desempleo, excluida la retribución por horas extraordinarias, durante los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo); a partir del día 181, pasará a cobrar el 60%.

²² STSJ Cataluña de 11-12-2003 (AS 2004/1253).

²³ STS de 5-10-2006 (RJ 2006/6620).

- Imprudencia temeraria del beneficiario que motiva la obtención o la prórroga de la situación de incapacidad temporal. No lo es la realización de actividades lúdicas que no perjudiquen la recuperación o la salud de forma contraria a lo médicamente prescrito.
- Realización de trabajos por cuenta ajena o propia que sean incompatibles con el tratamiento prescrito y que dificulten la recuperación del beneficiario, y que pueden llegar a ser causa de despido disciplinario (tema polémico, porque, por ejemplo, no procede el despido cuando la baja médica cursa por depresión, ansiedad o estrés que no requiere reposo absoluto y la persona se dedica a otras actividades para superar dicho estado psicológico: en estos casos, los tribunales suelen declarar, a mi juicio de modo acertado, como improcedente, salvo que exista concurrencia desleal, el despido practicado). Desde el punto de vista práctico y de gestión, lo habitual en estos casos es la suspensión del pago de la prestación (normalmente, por 3 meses ²⁴).

En cuanto a la posibilidad de que las Mutuas puedan acordar la denegación o la suspensión del subsidio en estos casos, el Tribunal Supremo ha señalado que corresponde a sus competencias de gestión siempre que tal denegación o suspensión no exceda temporalmente de la actividad desarrollada (tantos días de suspensión como de actividad laboral), ya que en otro caso se estaría ante una actuación sancionadora vedada a la Mutua y solo atribuible a la Entidad Gestora en el oportuno procedimiento sancionador ²⁵. Se trata, empero, de una solución que no oculta la tremenda disfunción que significa una gestión limitada de las contingencias por parte de quien tiene atribuido su pago y el control (la Mutua), por lo que no han faltado voces que han reclamado, con base en cierta doctrina judicial, que las Mutuas deben ser competentes para instar tanto la actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, como para formular propuestas motivadas de altas médicas, si consideran que el trabajador puede no estar impedido para el trabajo, además de denunciar ante la Inspección de Trabajo al beneficiario que compatibiliza el cobro de la prestación con la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena, la cual debe dar traslado de lo actuado a la Entidad Gestora ²⁶.

- Rechazo o abandono, sin causa razonable, del tratamiento médico. En este supuesto, el subsidio puede ser suspendido o, también, anulado, según las circunstancias de cada caso. La negativa del beneficiario a seguir el tratamiento, en particular si es de tipo quirúrgico o penoso, se formaliza ante la Entidad Gestora o ante la Mutua (que resolverá al respecto, pudiendo impugnar después el beneficiario ante la jurisdicción social), y debe ir acompañada de informes médicos que fundamenten su pretensión. Debe tenerse en cuenta, además, que el artículo 9.2 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999 ²⁷, señala que «El médico ha de respetar el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o el tratamiento. Deberá informarle de manera comprensible de las consecuencias que puedan derivarse de su negativa».

²⁴ Un ejemplo, en STSJ Cataluña de 2-5-2005 (AS 2005/1880).

²⁵ SSTs de 5-10-2006 (RJ 2006/6620) y 9-10-2006 (RJ 2007/204); STSJ Islas Canarias-Santa Cruz de Tenerife de 14-4-2008 (JUR 2008/197624).

²⁶ FERREIRO REGUEIRO, C.: «Sobre la potestad sancionadora de las mutuas en la gestión del subsidio de incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, núm. 3/2007.

²⁷ Consultado en <http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>

VII. EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

El derecho a la prestación económica por incapacidad temporal se extingue (no se suspende, ni anula, ni deniega por decisión del pagador, sino que finaliza por imperativo legal) por las siguientes causas legales:

- Alta médica del trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente. Ahora bien, si el trabajador es dado de alta sin propuesta de incapacidad permanente, tiene derecho a cobrar el subsidio del día de alta. Sin embargo, que el Instituto Nacional de la Seguridad Social deniegue la incapacidad permanente, cuando todavía no se ha agotado el plazo de duración ordinario o normal de la incapacidad temporal, no implica la extinción de dicha situación. Quiero con ello decir que solo el alta médica puede ser causa de extinción de la incapacidad temporal, mas no la simple denegación de la incapacidad permanente, siempre que no se haya agotado, insisto, el plazo máximo de duración de la incapacidad temporal.

Por otro lado, si el alta va ligada a propuesta de incapacidad permanente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogan hasta el momento de calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de esta, salvo que las mismas sean superiores a las que venía percibiendo el trabajador. En tal caso, se retrotraen las prestaciones al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal.

¿Qué sucede si el trabajador está disconforme con el alta médica emitida por el Servicio Público de Salud tras el agotamiento del plazo máximo inicial de 12 meses? Frente a tales altas, el interesado puede reclamar por escrito, en el plazo máximo de 4 días, ante la Inspección Médica del Servicio Público de Salud, que, de discrepar de la Entidad Gestora (puede no hacerlo, desde luego, o sencillamente no contestar en el plazo de 11 días naturales siguientes a la fecha de la resolución, de forma que el alta médica adquiere plenos efectos), tiene la facultad de proponer en el plazo máximo de 7 días naturales su «reconsideración», que de ser aceptada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (que también tiene 7 días para decidir si revoca o no el alta cursada en su día) daría lugar a la prórroga de la situación de incapacidad temporal. Durante el transcurso de todo este procedimiento, se mantiene al interesado en situación de incapacidad temporal. Además, finalizado el proceso administrativo indicado de impugnación del alta con resultado negativo para la petición del impugnante, el trabajador interesado puede impugnar el alta ante la jurisdicción social.

La duda razonable, empero, surge de inmediato: la necesidad o no de reclamación previa adicional, pese al trámite de impugnación ya descrito. Si entendemos que hace falta reclamación previa, este trámite aquí descrito no tendría más efecto que el de prolongar la incertidumbre sobre la validez o nulidad del alta, demorando la valoración sobre el estado de salud del trabajador²⁸, pero no liberando de la obligación de presentar reclamación previa.

²⁸ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentados de trabajo», *Actualidad Laboral* núm. 11, 2008.

En este sentido, comparto la opinión de quienes entienden que nos hallamos ante un trámite de audiencia o de alegaciones previa, que no sustituye a la reclamación previa ²⁹.

Ligado a lo anterior, uno de los problemas que se plantean en estos casos es el hecho de que el trabajador, cuando impugna el alta médica tras los 12 meses de incapacidad temporal, debe comunicar dicha actuación a su empresa, pues sabido es que las resoluciones de alta médica debe comunicarlas a la empresa en el plazo de 24 horas, para evitar especialmente posibles consecuencias disciplinarias por la no reincorporación al puesto de trabajo; y ello pese a que la Ley General de Seguridad Social, desde la redacción dada por Ley 40/2007, señala claramente que la persona sigue en situación de incapacidad temporal. Quizás en este caso sea de aplicación el criterio flexible que la jurisprudencia ha establecido en cuanto a la reincorporación al trabajo tras el alta médica que haya sido impugnada por el trabajador: me refiero a que, si el trabajador, de forma diligente, hace ver al empresario su predisposición a incorporarse, a pesar de su imposibilidad física (sobre la cual debe ofrecer medios que acrediten su estado y la impugnación, claro es), la decisión de aceptar o no la demora en la reincorporación corresponderá, en última instancia, a la empresa ³⁰.

Con todo, el tema, en el momento de cierre de estas líneas, está pendiente de desarrollo reglamentario, que deberá regular cómo se efectúa dicha comunicación a las empresas y, a mi modo de ver, deberá precisar si la impugnación descrita ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social sustituye o no a la reclamación previa a la vía judicial (algo que, en buena lógica, sería deseable).

Importante ahora es precisar que, aunque el alta médica sea impugnada judicialmente por el trabajador, debe reincorporarse al puesto de trabajo, pues en caso contrario es motivo de extinción del contrato, bien como dimisión tácita, bien como abandono del puesto de trabajo o, incluso, como despido disciplinario.

- Por transcurso del plazo máximo de incapacidad temporal.
- Reconocimiento al beneficiario del derecho al percibo de la pensión de jubilación.
- Incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para exámenes y reconocimientos médicos, efectuadas por los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, también, de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales ³¹. Baste ahora con señalar que la negativa infundada del trabajador a someterse a tales requerimientos, da lugar a la extinción de la prestación y podrá acordarla la Mutua en el ejercicio de sus facultades de gestión ³².
- Fallecimiento del beneficiario.

²⁹ TOSCANI JIMÉNEZ, D. y ALEGRE NUENO, M.: «Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2008.

³⁰ SSTs de 15-4-1994 (RJ 1994/3249) y 29-1-1997 (RJ 1997/642).

³¹ Véase sobre el particular la STS de 5-11-2007 (RJ 2007/9212).

³² STS de 15-3-2007 (RJ 2007/2147).

La incapacidad temporal no se extingue por la situación de privación de libertad del beneficiario ³³. De darse el caso, el trabajador preventivamente detenido o que esté cumpliendo condena, conserva el derecho a las prestaciones adquiridas antes de su detención o de su ingreso en prisión, al margen de que se extinga la obligación de pago delegado para la empresa en la que trabajaba cuando se extinga el contrato de trabajo. En este sentido, recuérdese que solo la condena penal firme es causa de extinción del contrato de trabajo, pues las otras situaciones de privación de libertad son únicamente causa de suspensión de la relación laboral.

VIII. INCAPACIDAD TEMPORAL DE AUTÓNOMOS Y EMPLEADOS DE HOGAR

Desde el 1 de enero de 2008, la cobertura de las prestaciones de incapacidad temporal de los trabajadores autónomos es obligatoria, con dos salvedades: primera, para aquellos trabajadores en situación de pluriactividad (sobre la cual se tratará en el siguiente epígrafe) que coticen por incapacidad temporal en otro Régimen de la Seguridad Social, en cuyo caso será voluntaria, debiendo formalizarse necesariamente esa cobertura con alguna Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; segunda, para los trabajadores por cuenta propia agrarios, para quienes es voluntaria la cobertura de la incapacidad temporal.

La protección de las contingencias profesionales continúa siendo, para los trabajadores autónomos, voluntaria. Con una salvedad, también en este caso: los trabajadores autónomos dependientes, que deben incorporar, obligatoriamente, la cobertura de la incapacidad temporal y la de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Se entiende por trabajador autónomo dependiente a aquel que realiza una actividad económica o profesional, a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Deberá reunir simultáneamente, además, las siguientes condiciones: no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros; no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente; disponer de infraestructura productiva y material propios; desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas de carácter general que pueda recibir de su cliente; percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente ³⁴.

Así las cosas, nos encontramos con las siguientes alternativas:

- Si el trabajador autónomo (excluido el dependiente) no se acoge a la cobertura de contingencias profesionales, está protegido por enfermedad o accidente, sea cual sea su causa, pero con el

³³ STSJ País Vasco de 16-4-2002 (AS 2002/1628).

³⁴ Especialmente recomendable para profundizar en el tema resulta la lectura de MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: «El trabajo autónomo dependiente. Reflexiones para un debate ¿laborizador?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 304, julio 2008.

tratamiento único que reciben las contingencias comunes. Para ello, deben estar, en el momento del daño sufrido, afiliados, en alta o situación asimilada; acreditar el período de cotización de 180 días dentro de los últimos 5 años; hallarse al corriente en el pago de las cuotas en el régimen de autónomos; presentar la documentación, dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la baja, mediante una declaración firmada en modelo oficial, sobre la persona que gestiona directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza (indicando el nombre de la persona que durante el tiempo de baja va a gestionar el mismo, pudiendo la Mutua requerirles para que semestralmente aporten la declaración sobre la situación de la actividad, pues esta es la que paga), o el cese temporal o definitivo de la actividad desarrollada.

La prestación por incapacidad temporal de los trabajadores autónomos en el caso de que la presentación de la declaración sobre la persona que gestione el establecimiento mercantil sea extemporánea, aunque dentro de la situación vigente de incapacidad temporal, únicamente puede dar lugar a la suspensión cautelar del subsidio, pero no, si se reúnen los requisitos precisos para lucrarlo, a la pérdida del correspondiente al período anterior a la presentación de dicha declaración³⁵. Por el contrario, si la declaración se presenta cuando la situación de incapacidad temporal ya ha llegado a su término, se produce la pérdida de la íntegra prestación³⁶. Esta interpretación se sostuvo, por parte del Tribunal Supremo, con base en la disposición adicional 10.^a del Real Decreto 2319/1993, que sancionaba dicha falta de presentación con el no reconocimiento del derecho. Sin embargo, la norma de 1993 señalada ha sido sustituida por el Real Decreto 1273/2003, que ha modificado el tema en los siguientes términos: la falta de presentación de la declaración dará lugar a que por la Entidad Gestora o colaboradora (Mutua) se suspenda cautelarmente el abono de la prestación, iniciándose las actuaciones administrativas oportunas a efectos de verificar que se cumplen los requisitos condicionantes de acceso y percibo de la prestación, de lo que se deduce que, en el momento actual, la falta de presentación de la declaración de actividad no produce la pérdida instantánea de la prestación, sino exclusivamente la suspensión cautelar en su abono³⁷.

- Si el trabajador autónomo se acoge a la cobertura de las contingencias profesionales (voluntaria u obligatoriamente –autónomo dependiente–), está protegido por enfermedad profesional o accidente de trabajo, sin que se le exija período de cotización alguno, y con la misma duración y prestación económica que la expuesta más arriba para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General.

El contenido de la prestación y su duración, se presenta para los autónomos en los mismos términos que han sido expuestos más arriba para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General.

En el caso de los empleados de hogar, la protección jurídica por incapacidad temporal no distingue entre contingencias comunes y profesionales, lo que sin duda constituye un cierto anacronismo que parte de la base del domicilio u hogar familiar como centro de trabajo *sui generis* (algo que, por ejemplo, lleva aparejada la inviolabilidad constitucional del domicilio

³⁵ STS de 15-2-2005 (RJ 2005/3542).

³⁶ STS de 2-12-2005 (RJ 2006/405).

³⁷ STSJ Cataluña de 12-2-2008 (RJ 2008/1102).

familiar, o la exclusión aplicativa de la normativa de prevención de riesgos laborales a los empleados de hogar). De todas formas, el régimen jurídico es el que es y, por consiguiente, debe señalarse que la protección opera como si cualquier situación fuera un accidente o enfermedad común, exigiéndose los siguientes requisitos: afiliación, alta o situación asimilada; período de cotización de 180 días dentro de los últimos 5 años en caso de enfermedad común; y hallarse al corriente en el pago de las cuotas. Las peculiaridades en este caso son las siguientes: el subsidio económico se cobra a partir del 29.º día desde que se inició la enfermedad o accidente; el porcentaje que se cobra sobre la base reguladora (base de cotización fija del mes anterior al de la baja, dividida entre 30), es el 75%; el Instituto Nacional de la Seguridad Social paga directamente el subsidio.

IX. INCAPACIDAD TEMPORAL, PLURIEMPLEO Y PLURIACTIVIDAD

El pluriempleo es la situación de un trabajador por cuenta ajena que presta sus servicios profesionales a dos o más empresarios distintos, en actividades que den lugar a su alta obligatoria en un mismo Régimen de la Seguridad Social (normalmente, el General). En este supuesto, la base reguladora de la situación de pluriempleo se determina computándose todas las bases de cotización de las distintas empresas, y se aplica al tope máximo de cotización establecido anualmente por el Estado. El subsidio por incapacidad temporal, así las cosas, corre a cargo, en proporción a las bases por las que se cotice, bien del Instituto Nacional de la Seguridad Social, bien de la Mutua, bien de la empresa colaboradora. El subsidio se abona al trabajador por las empresas, en régimen de pago delegado, por la parte que les corresponde según la base de cotización de cada una.

Pluriactividad es la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena, cuyas actividades dan lugar al alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social (por ejemplo, Régimen General y Régimen de Autónomos).

En un principio, nada impide que en situación de pluriempleo o pluriactividad se produzcan dos procesos de incapacidad temporal con bases reguladoras y prestaciones distintas, y el alta médica se dé solo para uno de ellos, lo que no es incompatible con el mantenimiento de la incapacidad en el otro empleo, si en este no procede a su vez el alta médica.

En un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio profesional de dos actividades completamente diferentes, ¿es posible que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del primer trabajo, pero no para las del segundo? La jurisprudencia ha aceptado esta posibilidad, en casos bien diversos (por ejemplo, encargado de taller de baja por ruptura traumática del supraespinoso que, por cuenta propia, es responsable de la edición de una revista³⁸; de un auxiliar administrativo de una empresa que está en incapacidad temporal por hernia discal como autónomo agrario³⁹; o, en fin, asistente social por cuenta ajena de baja por lumbalgia que es, al tiempo, administrador único de una sociedad)⁴⁰.

³⁸ STSJ Cataluña de 1-10-2004 (AS 2004/3353).

³⁹ STS 19-2-2002 (RJ 2002/4364).

⁴⁰ STS de 7-4-2004 (RJ 2004/3651).

En casos de pluriempleo, también la jurisprudencia ha permitido la percepción de subsidio económico por baja médica en una actividad y permanencia en alta en la otra. Así se ha establecido, por ejemplo, en el caso de un ingeniero técnico que está de baja en su actividad principal, pero no así en otra empresa en la que trabaja solo dos horas a la semana ⁴¹; de una camarera que sigue de alta pero cursa baja médica por depresión como vigilante de seguridad ⁴²; o la posibilidad de instar dos bajas médicas, una en cada empresa, por dolencias, momentos temporales sucesivos, aunque superpuestos, y contingencias distintas (enfermedad común y accidente de trabajo) ⁴³. Aunque, desde luego, también hay pronunciamientos que obligan al reintegro de la prestación a trabajadores que, estando de baja por una actividad (ATS-DUE) durante cinco meses, sigue de alta y en activo en otra empresa y con la misma actividad, en turnos distintos ⁴⁴.

X. LA EXPEDICIÓN DE PARTES MÉDICOS DE CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Los partes de baja, de confirmación de la baja y de alta médica, son los actos que inician las actuaciones conducentes a la declaración, o denegación, de la situación de incapacidad temporal y su doble vía de tutela: la sanitaria y la económica. Los partes de baja (inicial y de confirmación) y de alta, son documentos oficiales y el médico está deontológicamente obligado a expedirlos con autenticidad y veracidad, tal y como expresa el artículo 11.1 del Código de Ética y Deontología Médica.

Estos documentos se convierten, además, en importantes instrumentos de control del fraude, una de las mayores preocupaciones para las empresas y para el servicio sanitario en general, por los costes derivados que acarrea como fórmula de absentismo estratégico (a modo de prestación-refugio de situaciones familiares y laborales diversas ⁴⁵), y para el propio presupuesto de las Entidades Gestoras, de las Mutuas o de las empresas en régimen de colaboración voluntaria, pues los costes de la incapacidad temporal crecen año tras año. En este sentido, como con acierto se ha escrito con relación al control de la incapacidad temporal, la verdadera eficacia y eficiencia de un sistema de Seguridad Social no se mide solamente por la intensidad de la protección, sino también porque las prestaciones reguladas en las propias normas sean percibidas por sus legítimos destinatarios, puesto que la situación contraria conduce al fraude ⁴⁶.

Los partes médicos de incapacidad temporal deben confeccionarse con arreglo a un modelo que permita su gestión informatizada, con participación coordinada de los Servicios Públicos de Salud, las

⁴¹ STSJ País Vasco de 28-10-2003 (AS 2003/3783).

⁴² STSJ Islas Baleares de 4-12-2000 (AS 2001/1290).

⁴³ STSJ Navarra de 21-3-2003 (AS 2003/1758).

⁴⁴ STSJ Andalucía-Granada, de 22-7-1998 (AS 1998/3807).

⁴⁵ PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: «La gestión y el control de la incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006.

⁴⁶ PANIZO ROBLES, J.A.: «El control de la situación de incapacidad temporal», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número 4, 1997, pág. 81.

Entidades Gestoras de la Seguridad Social, las Mutuas y las empresas. Las empresas incorporadas al Sistema RED han de utilizar el procedimiento informático para remitir a la Entidad Gestora o Mutua las copias de los partes médicos. Las empresas incorporadas al Sistema RED, tienen la obligación, en consecuencia, de remitir en soporte informático las copias de los citados partes dirigidos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, quien en las 48 horas siguientes las reenviará al Instituto Social de la Marina o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, según corresponda.

Se reconoce a los médicos del Servicio Público de Salud la competencia para expedir partes médicos de baja y de alta, en caso de que tales situaciones sean debidas a contingencias comunes. Se reconoce a la Mutua el derecho a la expedición de los partes médicos de baja, de confirmación de baja y de alta en los procesos de incapacidad temporal derivados de las contingencias profesionales o por contingencias comunes de los trabajadores de las empresas asociadas que hubieran ejercitado esta opción.

Cuando la incapacidad temporal deriva de contingencias profesionales y su gestión se haya encomendado a una Mutua, a esta le corresponde la gestión de la asistencia sanitaria y el control de la prestación económica, mediante la emisión de los partes de baja, de confirmación y de alta hasta el mes decimosegundo. No obstante, cuando la incapacidad temporal alcanza su duración máxima, los 12 meses fijados en el artículo 128.1 letra a) de la Ley General de Seguridad Social, la Mutua carece de competencia para decidir sobre la situación médica del trabajador incapacitado. Es este un problema sobre el que merece detenerse un poco; en efecto, alcanzado ese plazo de 12 meses, las opciones posibles son:

- La emisión del alta médica. Competencia que puede proponer la Mutua.
- La prórroga de la situación de incapacidad temporal durante 6 meses más. Competencia que solo corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (y no a las Mutuas ni a los Servicios Públicos de Salud).
- El inicio de expediente de incapacidad permanente, con los consiguientes efectos en la prestación de asistencia sanitaria y en el subsidio económico. Competencia cuya propuesta corresponde a la Mutua y cuya decisión final compete al Instituto Nacional de la Seguridad Social, previa propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades.

Por una vía reglamentaria, sin embargo, se había reconocido de forma indirecta la capacidad de las Mutuas para participar en la adopción de la decisión de prórroga de incapacidad temporal por contingencias profesionales. En efecto, las Resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 16 de enero, 26 de noviembre y 15 de diciembre de 2006, y la de 14 de enero de 2008, incorporaron un apartado conforme al cual, cuando la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una Mutua, esta podrá presentar una propuesta de actuación sobre la prórroga de la incapacidad temporal. Esta propuesta, claro es, debe contar con el visto bueno del Instituto Nacional de la Seguridad Social (o del Instituto Social de la Marina, si fuera el caso de un trabajador del mar), que puede ser tácito si en un plazo de 5 días no indicaban nada en contrario respecto a la propuesta de prórroga.

En el caso de las contingencias comunes, la situación es bien distinta, porque la asistencia sanitaria durante la incapacidad temporal se presta por los Servicios Públicos de Salud y ello da lugar a una gestión diferenciada, en la que se distingue el plano de la asistencia médica y el de la prestación económica. Así las cosas, mientras el primero corresponde a los Servicios Públicos de Salud, el segundo corresponde a la Mutua. De este modo, la competencia para emitir los partes de alta médica corresponde a los facultativos de los Servicios Públicos de Salud, tras el reconocimiento médico del trabajador, bien porque se acredita su aptitud para realizar la actividad laboral, bien porque la ineptitud deviene definitiva, en cuyo caso el alta médica lo es con propuesta de incapacidad permanente. En este caso, pues, las facultades de la Mutua son más reducidas que las que poseen en el caso de las contingencias profesionales, pues la prestación económica pende del criterio médico previo de los Servicios Públicos de Salud.

Finalmente, cuando la incapacidad temporal alcanza el período máximo de 12 meses, la competencia de la Mutua queda en los mismos términos que los señalados para las contingencias profesionales. De este modo, solo el Instituto Nacional de la Seguridad Social tiene competencia para decidir sobre la situación del trabajador y, en su caso, expedir el alta médica; sin que esté prevista, ni siquiera reglamentariamente, la posibilidad de propuesta de alta por parte de la Mutua.

XI. EL PARTE MÉDICO DE BAJA

La declaración de la baja médica, a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, se formula en el correspondiente parte médico de baja, que debe expedirse en cuadruplicado ejemplar. La expedición de los partes de baja se efectúa tras la realización del correspondiente reconocimiento médico por el facultativo del correspondiente Servicio Público de Salud. A través de dicho reconocimiento médico, debe poderse determinar objetivamente la incapacidad temporal para el trabajo, para lo que el facultativo ha de requerir al trabajador los datos necesarios que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico. La *lex artis* entra aquí en juego. Con todo, la cuestión no está ni exenta de aristas polémicas, ni libre de críticas fundadas. Así y por ejemplo, un trabajo muy bien fundamentado ha señalado, con dureza compartible o no, que, en la práctica, el facultativo que emite el parte de baja, a la hora de evaluar el estado de salud del enfermo suele centrarse en la integridad corporal del sujeto y en su capacidad funcional genérica, haciendo abstracción de su capacidad para la profesión habitual. Dicho de otra forma, «lo que se toma en consideración es la dolencia objetivamente considerada, cuando lo que debería tomar en consideración no es tanto en sí la dolencia que se sufre, sino cómo incide cada concreta dolencia en el concreto trabajador que desempeña un trabajo o profesión específica»⁴⁷.

Ligado a lo anterior, se ha señalado que la carga de trabajo a la que están expuestos los médicos de atención primaria, que serán quienes cursarán la baja médica por contingencias comunes, con la presión asistencial que sufren, hace que en muchas ocasiones expidan la baja por criterios que no

⁴⁷ MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 26.

responden a los estrictamente médicos⁴⁸. Es por ello que en la Declaración de la Comisión de Deontología de la Organización Médica Colegial sobre ética y deontología de los partes y certificados de bajas y altas laborales en atención primaria y especializada y la función de los médicos inspectores en su control y supervisión (febrero de 2001)⁴⁹, se dice:

«Tanto en la expedición de los partes de incapacidad temporal, como en la prescripción del tratamiento que estime oportuno, el médico debe tener absoluta libertad e independencia (...) y no recibir presiones ni del asegurado ni de las Instituciones o de la Administración Sanitaria (...), pero a su vez el médico ha de ser consciente de sus deberes profesionales para con la comunidad, saber que es un gestor de recursos ajenos, y que está éticamente obligado a conseguir el rendimiento óptimo de los medios que la sociedad pone a su disposición (...) por lo que en su actuación profesional siempre deberá primar el principio de justicia sobre el de beneficencia.

Lo anterior significa que los médicos que gestionan la incapacidad temporal están éticamente obligados a no prolongar la baja laboral y proceder al alta del asegurado una vez que haya desaparecido la causa que motivó la misma, hubieran comprobado la inexistencia de la dolencia argumentada por el paciente como causa de incapacidad temporal, o en los demás casos legalmente contemplados. Si sospechasen un acto fraudulento deberían ponerlo, con discreción, en conocimiento de los servicios de inspección sanitaria sin que esto suponga vulnerar el secreto profesional, adoptando las medidas oportunas y necesarias para preservar la confidencialidad de los datos médicos».

Señala también la referida Declaración de la Comisión de Deontología de la Organización Médica Colegial que «Con el fin de asegurar la autenticidad y veracidad del documento de baja o alta del paciente, pero también por el derecho que todos los pacientes tienen a una atención médica de calidad humana y científica (...), el médico tiene el deber, antes de darle el correspondiente parte de baja, de intentar comprobar mediante la exploración física y reconocimiento del paciente la dolencia por él alegada para solicitar la incapacidad temporal aun sabiendo que muchas de las causas más frecuentemente alegadas como solicitud de baja laboral son de difícil comprobación en la exploración realizada en el consultorio o centro de salud, ya que, por ejemplo, una lumbalgia puede o no cursar contractura de la musculatura paravertebral, una artralgia no tiene por qué ir acompañada de signos de flogosis o de impotencia funcional, una cefalea o migraña no tiene por qué cursar con signos de focalidad neurológica, o una gripe estar acompañada de auscultación pulmonar patológica».

Si de la exploración semiológica practicada no obtuviera datos suficientes para una correcta decisión profesional o si lo considerase conveniente para el estudio del paciente, el médico deberá solicitar las exploraciones o informes complementarios que estime oportunos, pero durante los períodos de observación por enfermedad común o profesional estaría obligado a prescribir la baja si el ejercicio del trabajo fuese perjudicial para el trabajador.

⁴⁸ PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: «La gestión y el control de la incapacidad temporal», *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006.

⁴⁹ Consultada en <http://www.unav.es/cdb/ccdomc01a.html>

Cuando la expedición del parte de baja se cursa por el médico de atención primaria, si el médico de atención especializada entiende que el beneficiario no debería estar en situación de incapacidad temporal, señala la Declaración de la Comisión de Deontología de la Organización Médica Colegial antes aludida que «(...) se lo hará saber con discreción al médico de atención primaria que directamente estuviese gestionando la misma para que tomase las medidas que considerase oportunas, sin interferir en la asistencia que este último estuviera prestando al asegurado (...), entendiendo que aquel es el responsable directo del paciente y que, en ese caso concreto, el médico especialista actúa como médico consultor».

El parte de baja no puede expedirse con efectos retroactivos, pues el facultativo solo puede emitir el parte inmediatamente después del reconocimiento de una persona y en la fecha que se produce ese reconocimiento (STSJ de Santa Cruz de Tenerife de 26-4-2007, AS 2007/1970).

La Declaración de la Comisión de Deontología de la Organización Médica Colegial citada, señala también lo siguiente: «Es contrario a la Ética y Deontología Médica recibir comisión o incentivación económica alguna, al margen de la remuneración que, en cada caso, tenga el médico establecida en función de las circunstancias del servicio prestado y de su cualificación profesional (...). Por ello, el control de las situaciones de bajas y altas no puede estar motivado por la incentivación económica que algunas mutuas o empresas auto-aseguradoras pudieran tener con los médicos que redujeran el tiempo de baja del asegurado, o dieran un mayor número de "altas a efectos económicos" en las que el asegurado aun continuando de baja laboral, dejaría de percibir el subsidio económico correspondiente a dicha situación».

El original del parte debe contener, de forma obligatoria:

- El diagnóstico.
- La descripción de las limitaciones funcionales.
- Una previsión acerca de la duración del proceso patológico.

El parte original irá destinado a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud autonómico.

La tramitación del parte supone:

- La remisión de una copia directamente por el servicio médico que los haya expedido a la Entidad Gestora o la Mutua que hayan asumido la cobertura de la incapacidad temporal, según el caso, en el plazo de 5 días. Esta copia se podrá entregar al trabajador, en sobre cerrado, si el médico careciera de datos para determinar cuál haya de ser la Entidad Gestora o colaboradora que corresponda. En este caso, será el trabajador quien asuma la obligación de hacerla llegar a la Entidad Gestora o Mutua, bien directamente (dentro del plazo de 5 días, por cualquier medio que permita dejar constancia de su recepción), bien a través de la

empresa, adjuntándola a la copia a esta destinada, debiendo la empresa remitirla en el plazo de 5 días.

- La entrega por el aludido servicio médico, en el momento de la expedición, de dos copias al trabajador, una de las cuales debe ser a su vez entregada por este a la empresa en el plazo de 3 días contados a partir de la fecha de la expedición del parte. Cuestión distinta es la implementación de prácticas en las empresas para agilizar la remisión del parte: por ejemplo, la empresa Opel dispone de un protocolo mediante el cual se señala que, en el plazo de 24 horas, el trabajador debe avanzar telefónicamente la baja al denominado «centro de absentismo» de la empresa, sin perjuicio de remitir en plazo, personalmente, por fax o por correo certificado, la baja médica.

¿Qué ocurre cuando el trabajador incumple –por las razones que sean– total o parcialmente con la obligación de entregar el parte médico de baja a la empresa en el plazo de 3 días, contados a partir de la fecha de la expedición del parte? Ante la falta de previsión legal al respecto, son aún escasos los convenios colectivos que tipifican como falta laboral de los trabajadores la no presentación de los correspondientes partes de baja y/o confirmación en los plazos previstos legalmente. Así las cosas, algún convenio califica como falta leve el retraso en el envío de la baja médica oficial en caso de enfermedad o de los sucesivos partes de confirmación de baja sin causa justificada, o el no cursar en tiempo oportuno la baja correspondiente cuando se falte al trabajo por motivo justificado, a no ser que se pruebe la imposibilidad de haberlo efectuado o ambas conductas a la vez. Por el contrario, algún convenio califica como falta grave disciplinaria el no presentar en plazo los correspondientes partes de baja por causas imputables al trabajador.

En defecto de convenio colectivo que disponga algo al respecto, ¿podría una empresa despedir al trabajador que no remite el parte de baja médica o de confirmación en plazo? La solución más sencilla, a la par que la más habitual en la práctica, es la de entender que el incumplimiento de la entrega no es automáticamente una ausencia injustificada motivo de despido, siempre que el trabajador haya comunicado su situación a la empresa (teléfono, fax, telegrama, a través de un familiar o compañero de trabajo...), aun cuando no haya entregado los correspondientes partes en plazo. De forma más esporádica, empero, algunos casos judiciales han acabado en sentencia que califica como procedente el despido de un trabajador que no presentó los partes de baja durante un largo período de tiempo (más de un año); o el de un trabajador que, en lugar de presentar los partes de baja, se limitó a enviar los partes de consulta y hospitalización. Mientras que algún pronunciamiento judicial ha calificado como despido improcedente la conducta de un trabajador que presentó el parte de baja no en la empresa, sino en la gestoría administrativa que llevaba los asuntos de aquella.

- La empresa, tras cumplimentar los datos a ella referidos (verificando especialmente que el número de afiliación del trabajador sea el correcto, y añadiendo los datos sobre cotización del trabajador, a los efectos de determinación de la base reguladora), lo remite sellado y firmado a la Entidad Gestora o la Mutua (si ha cubierto la prestación económica con ella) en el plazo de otros 5 días, salvo que haya asumido ella misma el pago del subsidio en régimen de colaboración voluntaria. Debe tenerse muy en cuenta que la no remisión de los par-

tes médicos a la Entidad Gestora o a la Mutua, puede dar lugar, además de a una multa económica por infracción leve ⁵⁰, a que el Ministerio de Trabajo e Inmigración a propuesta de cualquiera de aquellas, ordene la suspensión de las correspondientes deducciones por incapacidad temporal efectuadas en los boletines de cotización, hasta que no se cumpla por parte de la empresa con aquellas obligaciones.

Desde mayo de 2004, las empresas incorporadas al sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED), agrupaciones de empresas o profesionales colegiados autorizados para su utilización, deben utilizar el procedimiento informático para remitir a la Entidad Gestora o Mutua que gestione la prestación, las copias de los partes médicos de baja, alta o confirmación de la baja, en la misma forma en que se presentan los documentos de afiliación y cotización en el sistema RED. El plazo de presentación de las copias en soporte telemático es el mismo que el establecido para el modelo en papel; por otra parte, es obligación de las empresas el guardar los modelos de los partes médicos en soporte papel, durante un plazo de 4 años contados desde la fecha de la presentación telemática.

Si la incapacidad temporal se produce como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, si los mismos están cubiertos con una Mutua, el parte médico de baja (y también los de confirmación o alta y, en su caso, los informes médicos complementarios), se formalizarán directamente por los servicios médicos de dicha Mutua, no siendo necesario remitir ninguna copia a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social –u órgano similar del Servicio Público autonómico de Salud correspondiente–, ni tampoco al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Dado que la emisión de los partes es competencia de los facultativos de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, mientras que la gestión y el control de la prestación de incapacidad temporal es competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, ambas Administraciones suelen suscribir convenios de colaboración, cuya finalidad es la de mejorar el control de la situación de incapacidad temporal y, a la vez, la de procurar racionalizar el gasto en este tipo de prestaciones. También se han firmado convenios de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y las Consejerías de Sanidad de las distintas Comunidades Autónomas, para el desarrollo de programas piloto cuyo objeto es el de estudiar el comportamiento de determinados procesos de incapacidad temporal derivados de patologías específicas, con la finalidad última de aminorar el cómputo global de días de baja por incapacidad temporal en relación con el número de afiliados y, en definitiva, de racionalizar el coste de la prestación de incapacidad temporal.

Para finalizar, ténganse presente otras dos ideas. En primer lugar, que la competencia para calificar la contingencia, esto es, para determinar si la situación de incapacidad temporal tiene su origen en un riesgo profesional o en un riesgo común, corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social y no a las Mutuas, conforme a una consolidada línea jurisprudencial ⁵¹.

⁵⁰ Cuyo importe depende de que se califique en grado mínimo (60 a 125 euros), medio (126 a 310 euros) o máximo (de 311 a 625 euros).

⁵¹ SSTs de 26-1-1998 (RJ 1998/1055 y RJ 1998/1139); más, recientemente SSTs de 8 y 27-2-2007 (RJ 2007/2191 y RJ 2007/2465), 18-4-2007 (RJ 2007/3984), 30-5-2007 (RJ 2007/4641), 6-6-2007 (RJ 2007/4646) y de 26-9-2007 (RJ 2007/8604).

En segundo lugar, que la Resolución de 19 de septiembre de 2007 establece las pautas que deben seguir las entidades colaboradoras responsables de la tramitación de la prestación, para facilitar a la Entidad Gestora la correcta determinación de la contingencia, cuando aquellas resuelvan la prestación de incapacidad temporal sin considerar que deriva de enfermedad profesional, pese a contar con indicios que hagan presumir su existencia. En estos casos, las Mutuas deben remitir el expediente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, para que este cuente con información suficiente acerca de las razones en que se amparan las mencionadas resoluciones desestimatorias de la concurrencia de enfermedad profesional. De esta forma, el Instituto Nacional de la Seguridad Social puede, llegado el caso, determinar la contingencia causante, así como resolver en el mismo sentido las posibles reclamaciones que presenten los interesados.

Se considera que hay indicios suficientes cuando obren en el expediente partes médicos emitidos por la propia Mutua, en los que se hubiera consignado la enfermedad profesional; o informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en ese sentido; o informes de los servicios de prevención o de los servicios médicos de la empresa en igual dirección; o, en fin, informes de otros organismos e instituciones con competencia en prevención y cobertura de las enfermedades profesionales, que señalen a una de estas patologías como la contingencia causante. En todo caso, tienen la obligación de remitir al Instituto Nacional de la Seguridad Social todos los expedientes que correspondan a partes de enfermedad profesional, comunicados mediante el sistema CEPROSS (recuérdese que la Orden TAS/1/2007, de 2 de enero ⁵², establece el modelo de parte de enfermedad profesional, que se elaborará y transmitirá exclusivamente por medios electrónicos, desarrollándose a tal fin la aplicación CEPROSS de la Oficina Virtual de la Seguridad Social) ⁵³. También a través de este procedimiento (CEPROSS) se comunicarán las resoluciones que emita la Entidad Gestora, determinando la naturaleza de la contingencia causante.

XII. LOS PARTES DE CONFIRMACIÓN DE LA BAJA MÉDICA

La expedición de los partes de confirmación de la baja se realiza en momentos diferentes en función del origen de la incapacidad. En el caso de que la incapacidad temporal se haya derivado de riesgos comunes, el primero de los partes de confirmación se expedirá al 4.º día del inicio de la situación de incapacidad, y los siguientes cada 7 días contados desde el primer parte de confirmación, durante todo el tiempo que la misma se mantenga. Si la baja tuvo su origen en un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el primero de los partes de confirmación se expide a los 7 días de haberse producido la misma.

Serán expedidos por el facultativo en cuadruplicado ejemplar, haciendo constar el diagnóstico, además de la limitación funcional que, en la fecha a la que corresponda el parte, motive la continua-

⁵² BOE 4-1-2007.

⁵³ Sobre el CEPROSS, IBÁÑEZ PEÑA, J.: «Nueva aplicación CEPROSS de la Oficina Virtual de la Seguridad Social para la presentación telemática de partes de enfermedad», consultado en la dirección electrónica http://www.cisslaboral.com/docs/not_adm_pub/NE0000002059_20070207.HTML

ción de la situación de incapacidad temporal, y también la probable duración del proceso patológico. El original se destinará a la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social –u órgano similar del respectivo Servicio Público de Salud autonómico–, aplicándose, en cuanto a las dos copias a entregar al trabajador –una de las cuales debe la empresa, a su vez, remitirla a la Entidad Gestora o Mutua–, lo ya expresado respecto del parte de baja. Si se extinguiera la relación laboral, deberá el trabajador presentar directamente, ante la Entidad Gestora o Mutua, la copia correspondiente a la empresa, en el plazo fijado para esta. También en estos casos la copia restante será remitida directamente por el Servicio Público de Salud, dentro del plazo de 5 días, a la Entidad Gestora o Mutua correspondiente.

A partir del tercer parte de confirmación, y luego en los sucesivos y con una periodicidad de 4 semanas, debe acompañarse un informe médico complementario, expedido por el mismo facultativo que expida el parte, en el que deben detallarse con claridad los siguientes extremos:

- Las dolencias padecidas.
- El tratamiento médico prescrito.
- La evolución de dichas dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado.
- La duración probable del proceso patológico desde la fecha de expedición del informe.

Las obligaciones en cuanto a la remisión en plazo de dichos partes a la empresa, Entidad Gestora o Mutua son las mismas que he indicado en el apartado relativo al parte de baja. Con carácter trimestral debe expedirse por la Inspección Médica del correspondiente Servicio Público de Salud un informe de control de la incapacidad en el que se justifique la necesidad de mantener al trabajador en la situación de incapacidad temporal. Dicho informe debe ser enviado a la Entidad Gestora o la Mutua. Si durante la baja se produjera la extinción del contrato, el obligado a presentar las copias de los partes de confirmación de la baja ante la Entidad Gestora o la Mutua será el propio trabajador.

XIII. LOS PARTES MÉDICOS DE ALTA

El alta médica, que deberá extenderse en cuádruplicado ejemplar y en modelo oficial (o por quintuplicado, si se extiende a iniciativa de una Mutua), es el resultado de un nuevo reconocimiento médico por parte del facultativo del Servicio Público de Salud correspondiente (o del facultativo del INSS). Ahora bien, como es conocido, en caso de enfermedad común y accidente no laboral cuya prestación económica corresponda a una Mutua, el facultativo de la Mutua puede plantear la iniciativa de alta médica a los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, pero debe quedar claro que, salvo el médico del Servicio Público de Salud o del Instituto Nacional de la Seguridad Social, ningún otro está facultado para conceder el alta cuando la incapacidad temporal se derive de riesgos comunes.

Según la jurisprudencia, procede el alta en el supuesto de que las lesiones se encuentren consolidadas, aunque hayan quedado secuelas, porque los procesos de rehabilitación no son, en sí mismos, parte de la asistencia sanitaria destinada a la curación, que es la modalidad de asistencia sanitaria que justifica la incapacidad temporal ⁵⁴.

Si la decisión de dar el alta la adopta el facultativo adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social, deberá comunicar a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud autonómico, su intención de formalizar el alta, remitiéndole el correspondiente parte médico de alta. La finalidad de ello no es otra que la Inspección de Servicios Sanitarios pueda manifestar su disconformidad motivada, dentro del plazo de los 3 días hábiles siguientes. Igualmente, se hará entrega al trabajador de dos copias del parte, el cual, si en el plazo de 5 días hábiles no recibe del Instituto Nacional de la Seguridad Social comunicación de disconformidad expresa del correspondiente Servicio Público de Salud (lo que supondrá la confirmación del alta), deberá presentar en su empresa, en el plazo de 24 horas, la copia a ella destinada. La tercera copia será remitida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al respectivo Servicio Público de Salud, una vez transcurrido el plazo de 3 días hábiles sin que por parte de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social se haya manifestado disconformidad expresa.

Si la expedición del parte de alta por el facultativo del Instituto Nacional de la Seguridad Social estuvo precedida de la iniciativa de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, una vez transcurrido el plazo para que la Inspección de Servicios Sanitarios pueda manifestar su disconformidad, se hará llegar a la Mutua, en los 5 días siguientes, dos copias del parte de alta, para que una de ellas sea remitida a su vez al Servicio Público de Salud. Por último, si la Inspección de Servicios Sanitarios hubiera manifestado disconformidad, se dará traslado de la misma a la Mutua que planteó la iniciativa de expedición del parte de alta.

Cuando el parte de alta sea expedido por el facultativo del Servicio Público de Salud, destinará el original a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, haciendo constar el resultado y la causa que motiva el alta en la situación de incapacidad temporal. Dos de las tres copias del parte serán entregadas al trabajador, debiendo este, en el plazo de 24 horas, presentar una de ellas en la empresa, quedando en su poder la otra.

A su vez, la empresa, tras cumplimentar los datos pertinentes, remitirá, a través del sistema RED (directamente o a través de los profesionales autorizados), la copia en cuestión a la Entidad Gestora o Mutua, según corresponda, dentro de los 5 días contados desde la recepción. Si se hubiera extinguido la relación laboral, será el propio trabajador quien deba presentar directamente la copia del parte destinada a la Entidad Gestora o Mutua, en el mismo plazo de 5 días. La copia restante será remitida, por el propio Servicio Público de Salud, dentro de los 5 días contados desde la expedición del parte, a la Entidad Gestora o colaboradora que corresponda.

A partir del alta médica, aunque la resolución no sea firme, se genera la terminación de la situación de suspensión del contrato de trabajo, de forma que el empresario, caso de tratarse del alta

⁵⁴ STS de 14-3-2007 (RJ 2007/4996).

de un trabajador por cuenta ajena, puede deducir las consecuencias extintivas por la incomparecencia o no reincorporación al trabajo tras el alta médica, según se ha avanzado en el epígrafe relativo al concepto de incapacidad temporal.

La impugnación del alta médica habrá de articularse en el plazo de 30 días desde su notificación, mediante reclamación previa que ha de interponerse ante el órgano que dictó la resolución o ante el correspondiente de la Entidad Gestora o servicio común, cuando la resolución hubiera sido dictada por una entidad colaboradora. No debe articularse la reclamación previa contra las Mutuas, pues estas son entidades colaboradoras y no tienen la condición de Entidades Gestoras de la Seguridad Social, de forma que, frente a estas, cabe la impugnación directa ante la jurisdicción social.

La disposición adicional 19.^a de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, prevé la instauración de un procedimiento administrativo de revisión de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal, procedimiento que se iniciará a instancia del interesado y que será resuelto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Esta previsión no hará sino regular lo que, en la práctica, es ya un conflicto habitual: me refiero a aquellos supuestos en los que, tratándose de lesiones derivadas de una contingencia profesional, asumida por una Mutua, en cuanto esta emite un parte médico de alta, el trabajador acude posteriormente a los servicios médicos de la sanidad pública que extienden un parte médico de baja por contingencias comunes, aun tratándose de las mismas secuelas. Con posterioridad, mediando la intervención de la Inspección Médica (y en ocasiones, también de la Mutua), que dirigirá la correspondiente solicitud ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, para que este instruya el correspondiente expediente administrativo para determinación de la contingencia de la incapacidad temporal. Un ejemplo claro de lo que acabo de decir, puede consultarse en la interesante Sentencia del Tribunal Supremo de 15-11-2006 (RJ 2006/8366)⁵⁵. Se trata, el asunto aquí expuesto, de una situación harto curiosa y hasta discutible para algunos sectores (afines a las Mutuas, por supuesto), pero la asistencia sanitaria como telón de fondo hace que se active la tutela pública en estos casos.

Con independencia del efecto extintivo que produce un parte médico de alta sobre el subsidio económico, debe quedar claro que es posible la continuación de la prestación de asistencia sanitaria. En efecto, es claro que los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social (y los facultativos de las Mutuas para con sus empresas asociadas), podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social; de forma que la continuación de la prestación de asistencia sanitaria más allá de la fecha de expedición del parte de alta, siempre que lo requiera el estado físico del trabajador, no exigirá una nueva baja médica.

El parte de alta médica ha de expresar los hechos que la motivan y los fundamentos que la avalan, pues en caso contrario puede incurrir en nulidad por falta de motivación (motivo del alta médica, en concreto), lo que causa indefensión al beneficiario⁵⁶. Pero no todo defecto de forma de un parte médico de alta es causa de nulidad, pues puede no ser más que una mera irregularidad admi-

⁵⁵ En el mismo sentido, por ejemplo, STSJ Andalucía-Granada de 7-2-2007 (JUR 2008/18792).

⁵⁶ STSJ Granada de 8-2-2000 (AS 2000/1191).

nistrativa que resulta insuficiente para anular el alta médica, si no genera efectiva indefensión; en concreto, la nulidad solo procede por defectos formales cuando carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados, solución que establece la Ley 30/1992, de procedimiento administrativo, y que por analogía (esto es, dado que no hay previsión concreta y expresa, se aplica como solución similar y lógica), ha de ser aplicada a los actos de las Entidades Gestoras ⁵⁷.

XIV. LA EXPEDICIÓN DE PARTES DE ALTA POR LA ENTIDAD GESTORA O COLABORADORA

Las Mutuas, como entidad colaboradora, tienen competencia para la expedición de los partes de baja, confirmación y alta, cuando se trate de incapacidad temporal derivada de riesgos profesionales, o de trabajadores por cuenta propia que hayan concertado con la Mutua la protección por dicha contingencia.

Los facultativos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social pueden extender los partes de alta médica, para lo cual, tras el reconocimiento del trabajador, deben comunicar a la Inspección Médica, u órgano similar del Servicio Público de Salud, su intención de extender dicho parte, a fin de que dichos órganos puedan, en el plazo de 3 días hábiles, manifestar su disconformidad. De no recibirse en el indicado plazo informe en contra, el parte de alta puede ser expedido, conteniendo el resultado del reconocimiento y el motivo del alta. Los efectos de dicho parte son exclusivamente económicos, por lo que se extingue la prestación económica por incapacidad temporal y el trabajador ha de reincorporarse a la empresa, sin perjuicio de que se continúe prestando la asistencia sanitaria. En este supuesto, durante los 6 meses siguientes a la fecha de expedición del parte de alta, recuérdese que los correspondientes partes de baja, en relación con el mismo proceso patológico que originó el alta, solo pueden ser expedidos por la Inspección Sanitaria del Servicio Público de Salud.

XV. LAS PROPUESTAS MOTIVADAS DE ALTA MÉDICA

Los servicios médicos de las Mutuas y de las Entidades Gestoras, a la vista de los informes, dictámenes, informaciones y datos obtenidos tanto al expedir los partes médicos, y/o a resultas de las averiguaciones, comprobaciones y controles realizados con posterioridad, pueden formular propuestas motivadas de alta médica del trabajador en situación de incapacidad temporal. Estas propuestas motivadas deben remitirse a las unidades de Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud.

Las propuestas motivadas de alta médica se hacen llegar a los facultativos correspondientes, que deben efectuar su pronunciamiento en el plazo de 10 días. Su criterio confirmará la baja, o con-

⁵⁷ STS de 17-6-2002 (RJ 2002/7420).

trariamente admitirá la propuesta de alta, mediante la expedición del parte pertinente. Si se confirma la baja, deben señalar las atenciones o controles médicos necesarios. Si no se recibe contestación en el plazo señalado, o existe discrepancia, la Inspección Médica, dentro del plazo de 15 días contados desde el siguiente a aquel en que se pusiera a su disposición la propuesta de alta, puede acordar el alta médica efectiva e inmediata, poniéndolo en conocimiento de la Entidad Gestora o de la Mutua.

Mas no es esa la única posibilidad: también es posible que, si la propuesta inicial proviene de una Mutua, esta, ante el silencio de la Inspección Médica, puede o bien reiterar su propuesta, o bien plantear la misma directamente ante los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

La propuesta médica de alta dirigida a los servicios médicos adscritos a las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social, debe ir acompañada de los siguientes documentos (cuya no presentación es defecto subsanable en el plazo de 10 días, teniéndola por desistida en caso contrario):

- Datos personales identificadores del trabajador, número de DNI y de afiliación a la Seguridad Social, así como los relativos al domicilio de aquel, a los efectos de las oportunas notificaciones.
- Copia del parte médico de baja inicial.
- En su caso, dependiendo de la duración del proceso de incapacidad temporal, copia de los partes médicos de confirmación de la baja en los que se contengan los informes médicos complementarios, así como del informe de control expedido por la Inspección Médica de la Seguridad Social u órgano autonómico equivalente.
- Resultado de los reconocimientos médicos practicados a los interesados por parte de los servicios médicos de la Mutua.
- Puesto de trabajo y descripción de las tareas realizadas por el trabajador, así como otros datos laborales del interesado, que permitan efectuar una valoración objetiva de la incidencia de las dolencias padecidas sobre la capacidad para acudir al trabajo o reanudar la actividad profesional por parte de aquel.
- Copia de la documentación acreditativa de haberse formalizado previamente la propuesta de alta ante el respectivo Servicio Público de Salud, así como, en su caso, reiteración de la misma, en orden a la justificación de que no se ha obtenido respuesta de aquel.
- Informe sobre las causas que, a criterio de la Mutua, justifiquen el planteamiento del alta médica.

Las Comisiones de Control y Seguimiento existentes en las Mutuas han de ser informadas sobre las propuestas de altas realizadas por estas, en orden a seguir la evolución de los procesos de incapacidad temporal.

XVI. LA EXPEDICIÓN DE PARTES DE ALTA Y BAJA EN CASO DE RECAÍDA

La competencia para expedir altas y bajas médicas en situaciones de recaída, reside en la entidad competente que emitió la baja inicial. El Instituto Nacional de la Seguridad Social es la única entidad competente para emitir una nueva baja médica por incapacidad temporal, cuando esa situación se produzca en un plazo de 6 meses posterior al alta médica por agotamiento del plazo máximo de otra incapacidad temporal precedente, y por la misma o similar patología; no obstante, cuando una Mutua concede una baja médica por contingencia profesional, ante una eventual recaída, no es posible que los Servicios Públicos de Salud, al menos explícitamente, expidan un parte de baja por la misma o similar patología. En ocasiones, empero, este obstáculo se supera fácilmente por una vía indirecta: el facultativo del Servicio Público de Salud autonómico, tras el alta médica cursada por la Mutua al interesado, concede, a petición de este, la baja médica por contingencia común, lo que permite al interesado acudir después al Instituto Nacional de la Seguridad Social solicitando que la enfermedad o accidente sean calificados como contingencia profesional ⁵⁸.

XVII. EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR LOS FACULTATIVOS DE ENTIDADES GESTORAS Y DE MUTUAS

Los médicos de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, así como los médicos de las Mutuas, pueden llevar a cabo actos de comprobación, seguimiento y control de la incapacidad temporal. Para ello, claro es, deben basarse en los datos reflejados en los partes médicos (de baja o de confirmación de la baja), y en aquellos derivados de los reconocimientos practicados y de los dictámenes médicos realizados. Las tablas de duraciones medias (las guías prácticas de tiempos estándar –entendiendo por tales el tiempo mínimo óptimo que se requiere para la resolución de un proceso clínico que ha originado una incapacidad para el trabajo habitual, utilizando las técnicas de diagnóstico y tratamiento normalizadas y aceptadas por la comunidad médica y asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria al trabajador–), tipificadas para los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades (por ejemplo, gripe 1 a 7 días; infecciones respiratorias leves 1 a 3 días; esguince 1 a 10 días; amigdalitis 1 a 3 días; bronquitis hasta 7 días, o más si cursan con fiebre; golpe 1 a 21 días; lumbalgia 1 a 28 días; infarto de miocardio agudo 60 a 90 días; cólico nefrítico 2 a 5 días), así como las tablas sobre el grado de incidencia de dichos procesos en las diversas actividades laborales, cobran aquí una importantísima relevancia práctica.

Los mecanismos de control de las bajas y altas laborales recaen, desde el punto de vista sanitario, sobre los inspectores médicos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (o servicio autonómico correspondiente –en Cataluña, por ejemplo, es el Institut Català d'Avaluacions Mèdiques–) y del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en caso de enfermedad común y accidente no laboral (no pudiendo los inspectores médicos llevar la asistencia sanitaria del caso del paciente objeto de inspección), y sobre los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesio-

⁵⁸ SSTS de 15-11-2006 (RJ 2006/9221 y RJ 2006/8366), 8-2-2007 (RJ 2007/2191), 27-2-2007 (RJ 2007/2465) y 29-6-2007 (RJ 2007/5482).

nales, en casos de enfermedad profesional y accidentes laborales, aunque dichas Mutuas pueden también controlar bajas por enfermedad común en los trabajadores cuyas empresas tengan protegido el riesgo con la Mutua correspondiente, pudiendo requerir reconocimientos médicos por parte de sus servicios médicos correspondientes.

Por otra parte, para ejercer el control de la prestación económica, los facultativos pueden comprobar el mantenimiento de los hechos que originaron la situación de incapacidad temporal, a partir del momento en que asuman la gestión del gasto de la prestación económica. En la realización por parte de los médicos de las Entidades Gestoras o de las Mutuas de los citados reconocimientos a los trabajadores que se encuentren en incapacidad temporal, han de respetar el derecho a la intimidad y a la dignidad. El carácter confidencial y reservado de los datos relativos al trabajador se refuerza con el deber de secreto profesional y una prohibición de uso con fines discriminatorios, perjudiciales para el trabajador o sencillamente distintos del control de los procesos de incapacidad temporal. Para preservar la intimidad del interesado, se prevé la posibilidad de proteger esos datos mediante claves codificadas y, en todo caso, según lo dispuesto en la normativa sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Señala la Declaración de la Comisión de Deontología de la Organización Médica Colegial sobre ética y deontología de los partes y certificados de bajas y altas laborales en atención primaria y especializada y la función de los médicos inspectores en su control y supervisión (febrero de 2001) ⁵⁹, que «Todos los actos médicos, tanto de los médicos inspectores del Instituto Nacional de la Seguridad Social como de los médicos al servicio de las Mutuas y de los de las Empresas Auto-aseguradoras, tendrán carácter confidencial, respetarán el derecho a la intimidad del paciente y estarán sujetos al secreto profesional».

En cuanto al secreto médico, el artículo 14 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999 ⁶⁰ señala lo siguiente:

- «1. El secreto médico es inherente al ejercicio de la profesión y se establece como un derecho del paciente a salvaguardar su intimidad ante terceros.
2. El secreto profesional obliga a todos los médicos cualquiera que sea la modalidad de su ejercicio.
3. El médico guardará secreto de todo lo que el paciente le haya confiado y de lo que de él haya conocido en el ejercicio de la profesión.
4. La muerte del paciente no exime al médico del deber del secreto».

Recuérdese también que el Tribunal Constitucional, en Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre ⁶¹, declaró inconstitucional, por atentar contra el derecho a la intimidad, un fichero empresarial de bajas

⁵⁹ Consultada en <http://www.unav.es/cdb/ccdomc01a.html>

⁶⁰ Consultado en <http://www.unav.es/cdb/ccdomccedm1999.html>

⁶¹ Sobre ella, recomendando la lectura de dos interesantes comentarios: GARCÍA MURCIA, J.: «Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: la anotación de las bajas médicas», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13, 2000; y

médicas que reflejaba, en soporte informático, los períodos de ausencia de los trabajadores por enfermedad común y accidentes de trabajo (bajas y altas), así como los diagnósticos médicos correspondientes (sin que estuviera justificada la finalidad de ese almacenamiento masivo de datos médicos); prescindiendo además la empresa del consentimiento expreso de los afectados; sin haber comunicado tampoco su creación a la Agencia de Protección de Datos; sin contar con un responsable de dicho fichero; y al estar dirigido dicho fichero no a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral. Elemento clave adicional en la valoración referida del Tribunal Constitucional, a mi juicio, es el hecho de que la creación empresarial de dicho fichero no superaba el juicio de necesidad y proporcionalidad que puede legitimar el tratamiento de los datos médicos, ya que el control del empresario debe realizarse durante el período de baja, pero no después, y debe versar, únicamente, sobre la autenticidad de la causa de la baja y no sobre el diagnóstico, en tanto dato inserto en la confidencialidad médica.

Sobre la informatización de datos médicos, el artículo 17 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999 se expresa en los siguientes términos:

- «1. Los sistemas de informatización médica no comprometerán el derecho del paciente a la intimidad.
2. Los sistemas de informatización utilizados en las instituciones sanitarias mantendrán una estricta separación entre la documentación clínica y la documentación administrativa.
3. Los bancos de datos sanitarios extraídos de historias clínicas estarán bajo la responsabilidad de un médico.
4. Los bancos de datos médicos no pueden ser conectados a una red informática no médica.
5. El médico podrá cooperar en estudios de auditoría (epidemiológica, económica, de gestión...), con la condición expresa de que la información en ellos utilizada no permita identificar ni directa ni indirectamente, a ningún paciente en particular».

Cuando el trabajador sea llamado a reconocimiento, ha de aportar su historial clínico, y, en todo caso, los servicios médicos tienen acceso a la documentación clínica necesaria para la finalidad de control de la incapacidad temporal. La negativa infundada del trabajador a someterse a tales reconocimientos da lugar, como vimos más arriba, a la expedición de la propuesta de alta.

En cuanto al historial médico, el artículo 13 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999 señala lo siguiente:

- «1. Los actos médicos quedarán registrados en la correspondiente historia clínica. El médico tiene el deber y el derecho de redactarla.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «La intimidad del trabajador en el uso de diagnósticos médicos informatizados», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 101, 2000.

2. El médico y, en su caso, la institución para la que trabaja, están obligados a conservar, las historias clínicas y los elementos materiales de diagnóstico. En caso de no continuar con su conservación por transcurso del tiempo podrá destruir el material citado que no se considere relevante, sin perjuicio de lo que disponga la legislación especial. En caso de duda deberá consultar a la Comisión de Deontología del Colegio.
3. Cuando un médico cesa en su trabajo privado, su archivo podrá ser transferido al colega que le suceda, salvo que los pacientes manifiesten su voluntad en contra. Cuando no tenga lugar tal sucesión, el archivo deberá ser destruido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior.
4. Las historias clínicas se redactan y conservan para la asistencia del paciente u otra finalidad que cumpla las reglas del secreto médico y cuente con la autorización del médico y del paciente.
5. El análisis científico y estadístico de los datos contenidos en las historias y la presentación con fines docentes de algunos casos concretos pueden proporcionar informaciones muy valiosas, por lo que su publicación y uso son conformes a la deontología, siempre que se respete rigurosamente la confidencialidad y el derecho a la intimidad de los pacientes.
6. El médico está obligado, a solicitud y en beneficio del paciente, a proporcionar a otro colega los datos necesarios para completar el diagnóstico, así como a facilitarle el examen de las pruebas realizadas».

A efectos de la remisión de datos médicos relacionados con las dolencias y lesiones padecidas por el interesado por parte de las instituciones sanitarias para el reconocimiento de prestaciones, se entiende otorgado el consentimiento del interesado o de su representante legal, salvo oposición expresa y por escrito del beneficiario, conforme señala la disposición adicional 40.^a de la Ley General de Seguridad Social. Además, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus competencias de control y reconocimiento de las prestaciones, pueden solicitar la remisión de los partes médicos de incapacidad temporal expedidos por los Servicios Públicos de Salud, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y las empresas colaboradoras, a efectos del tratamiento de los datos contenidos en los mismos ⁶².

La Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, u órgano equivalente autonómico (o la Mutua, en caso de contingencias profesionales cubiertas con las empresas asociadas), expide, trimestralmente desde el inicio de la incapacidad temporal, un informe médico de control de la incapacidad con los extremos que justifiquen la necesidad de mantener la incapacidad temporal. Estos informes han de ser remitidos, en el plazo de 10 días desde su expedición, por el Servicio de Salud, a la Entidad Gestora o a la Mutua. Por su parte, el empresario puede verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador alegado para justificar la inasistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo del personal médico. La negativa del trabajador a someterse al mismo, puede determinar la suspensión de los derechos económicos.

⁶² PANIZO ROBLES, J.A.: «Presupuestos y Seguridad Social (Comentarios a las novedades en materia de Seguridad Social incorporadas a la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, y de otras disposiciones reglamentarias promulgadas en los últimos meses)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 299, febrero 2008, pág. 57.

XVIII. EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR PARTE DE LAS EMPRESAS

Los tribunales de justicia han señalado que la negativa del trabajador a someterse a un examen médico, a cargo de la empresa (por ejemplo, a través de los médicos del servicio de prevención propio, o del externo concertado por la empresa) y con base en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, supone la presunción de que la enfermedad es simulada, por lo que procede la suspensión de los derechos económicos⁶³. Otra cosa bien distinta es si el trabajador puede negarse a ser sometido a las mismas cuando estas deban realizarse en su domicilio, o si puede imponerse empresarialmente un desplazamiento del trabajador a un hospital o a una Mutua para proceder a las pruebas de confirmación de su estado, cuando existe algún tipo de riesgo de agravamiento de su situación por este desplazamiento. En ambos casos, coincide con la opinión de quienes han sostenido la razonabilidad de la negativa del trabajador en ambos casos⁶⁴.

Una de las vías por las cuales las empresas tratan directamente de controlar los procesos de incapacidad temporal, es el del recurso a empresas externas especializadas (de control del absentismo o de seguimiento de trabajadores en baja médica mediante detectives) y a visitantes médicos. Se trata de un tema espinoso, pues nos plantea la encrucijada entre el interés empresarial y diversos derechos fundamentales del trabajador, tales como la permanencia en el hogar y el rechazo a visitas médicas domiciliarias (la intimidad del domicilio familiar como telón de fondo, pues).

La STSJ Cantabria de 19-7-2003 (AS 2003/1026), a propósito del XIX Convenio Colectivo de BRIDGESTONE FIRESTONE HISPANIA (que establecía un horario de permanencia, salvo para asistencia a consulta médica, de restricciones de salidas y de controles médicos aleatorios en el domicilio), señala que implantar una vigilancia sistemática sobre la vida de los trabajadores de baja mediante la visita a domicilios privados de visitantes médicos, vulnera el derecho a la intimidad. De esta forma, el trabajador no tiene ni que permitir la entrada, ni que informar al visitador sobre su permanencia o no en el domicilio.

Diversas sentencias de la Audiencia Nacional han tenido ocasión de pronunciarse sobre las actividades de las empresas externas y subcontratadas de control del absentismo, previa denuncia sobre la actividad de dichas empresas presentada por trabajadores o de sindicatos ante la Agencia de Protección de Datos. El problema de fondo, común a los diversos pronunciamientos judiciales, es el siguiente: una empresa remite datos a otra empresa (de exploración y diagnóstico médico y de gestión del absentismo por enfermedad), cuyo personal médico visita a las personas que se encuentran en situación de baja, elaborando un informe en el que se recoge un diagnóstico sobre la enfermedad padecida; dichos informes se almacenaban en un fichero, para el que la empresa de gestión no contaba con el consentimiento expreso de los afectados; la Agencia de Protección de Datos multa a las empresas externas subcontratadas, y estas recurren ante la Audiencia Nacional.

⁶³ STSJ País Vasco de 6-7-2004 (AS 2004/3734).

⁶⁴ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pág. 348.

Así las cosas, la Audiencia Nacional descarta que la actividad de estas empresas sea la de prevención o diagnóstico médico, prestación de asistencia sanitaria, tratamiento médico o la gestión de servicios sanitarios, realizado por un profesional sanitario sometido a secreto profesional; siendo, por el contrario, una tarea en la que únicamente se pretende controlar el absentismo laboral de los trabajadores que prestan sus servicios en el arrendador del servicio y, por lo tanto, con fines ajenos a los establecidos en la Ley Orgánica de Protección de Datos ⁶⁵.

El control a través de detectives privados de la situación de incapacidad temporal es, en principio, lícito siempre que el detective no utilice medios ilegales para obtener la información. Normativamente, el artículo 19.1 a) de la Ley 23/1992, de 30 de julio, de seguridad privada, señala que los detectives privados, a solicitud de personas físicas o jurídicas, se encargarán de obtener y aportar información y pruebas sobre conductas o hechos privados. El artículo 101.1 a) del Real Decreto 2364/1994, de 9 de diciembre (reglamento de seguridad privada), reproduce los mismos términos señalados de la ley, mientras que el artículo 101.2 del mismo reglamento indica que «Se considerarán conductas o hechos privados los que afecten al ámbito económico, laboral, mercantil, financiero y, en general, a la vida personal, familiar o social, exceptuada la que se desarrolle en los domicilios o lugares reservados».

Desde el punto de vista judicial, el testimonio de detectives privados contratados para controlar la actividad desarrollada por un trabajador, no es, en principio y salvo que se valga de métodos ilegítimos para obtener la información, medio de prueba testifical que vulnere el derecho a la intimidad ⁶⁶. De hecho, es bastante habitual la utilización de detectives privados para comprobar si un trabajador en situación de incapacidad temporal realiza actividades, profesionales o lúdicas, que puedan incidir negativamente sobre la recuperación de la capacidad laboral ⁶⁷.

Una cuestión diversa debe abordarse en este momento. Me refiero al control de la incapacidad temporal desde el punto de vista de la duración de la misma y de las posibles consecuencias de su cómputo a efectos de la extinción del contrato mediante un tipo muy singular de despido, que en los últimos años está recobrando nueva fuerza. Me refiero no al despido disciplinario por faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo [art. 54.2 a) del ET], sino al llamado despido objetivo por absentismo o morbilidad excesiva, recogido en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores. Señala este precepto que podrá extinguirse el contrato de trabajo «Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos períodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones,

⁶⁵ Es el caso, por ejemplo, de la sentencia de 12-4-2002 (JUR 2002/143466); de 10-5-2002 (JUR 2003\49667); y de 23-11-2006 (RJCA 2006/902).

⁶⁶ STSJ Madrid de 27-10-2003 (AS 2004/532).

⁶⁷ VICENTE PALACIO, M.A.: «El control de la incapacidad temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social», *Tribuna Social*, núm. 168, 2004, pág. 27.

enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda».

El despido objetivo por absentismo tiene, como problema de fondo, la falta de previsión de la norma laboral con respecto al necesario tratamiento integral que ha de dársele al absentismo como fenómeno socio-laboral (y no solo sancionador, que es la única lectura que el ET presenta del tema del absentismo, complementada con los pluses de asistencia de los convenios colectivos –que muchas veces confunden más el tema con la productividad que con la propia lucha contra el absentismo–, que también recogen, siguiendo la estela de los Acuerdos Interconfederales anuales negociados «en la cumbre» por sindicatos y patronal, cláusulas sobre absentismo, por ejemplo sobre el deber de la dirección de la empresa de informar al comité de empresa sobre estadísticas de absentismo), especialmente el relativo al control de las bajas médicas y a la participación empresarial en la vigilancia de la veracidad de las mismas ⁶⁸. Estos son temas clave, sin duda, como también lo es el aumento del absentismo que se registra en los últimos años (en España, de un 3% en 2004 a un 6% en 2007, siendo la media europea en 2007 del 4,6% ⁶⁹), que pone de relieve fallos en el sistema de prevención de riesgos laborales (faceta preventiva del absentismo), tanto en la evaluación de los riesgos, como en la planificación de la actividad preventiva, sobre todo en relación con los riesgos psicosociales y los riesgos ergonómicos ⁷⁰.

Las principales claves aplicativas del despido objetivo por absentismo, pueden resumirse como siguen:

- Una, que para el cómputo del absentismo individual (el 20% o 25% al que hicimos mención), se incluyen tanto las ausencias injustificadas, como las justificadas, siempre que en ambos casos se trate de situaciones intermitentes y por todo el día (no los simples retrasos). Es por ello que una única ausencia continuada por incapacidad temporal por enfermedad o accidente común no puede computarse para este tipo de despido (es decir, se excluye la ausencia única y prolongada por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes). En consecuencia, las bajas médicas de menos de 20 días, por la misma enfermedad y no consecutivas (aunque sea con una mínima interrupción de 1 día) si computan como absentismo individual a los efectos de este tipo de despido objetivo ⁷¹. Dicho de otro modo: aunque existan varios períodos de baja debidos a la misma enfermedad común (recaída), si cada uno de ellos dura menos de 20 días y si concurre la «intermitencia» indicada (que no sean días «consecutivos»), se computan a efectos de este tipo de despido.

⁶⁸ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: «¿Cómo se computan, en el despido del trabajador por absentismo, los dos meses consecutivos a los que se refiere la norma?», *Aranzadi Social*, núm. 10, 2005.

⁶⁹ Según datos ofrecidos por la empresa de trabajo temporal ADECCO en la Jornada sobre «El Control del Absentismo y la Rotación», celebrada el 11 de junio de 2008. Puede consultarse en la dirección electrónica <http://www.adecco.es/Sala-Prensa/SalaPrensa.aspx>

⁷⁰ LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo», *Aranzadi Social*, núm. 7, 2008.

⁷¹ SSTs de 26-7-2005 (RJ 2005/7147) y 24-10-2006 (RJ 2006/8104).

- Dos, dichas faltas de asistencia deben producirse durante las jornadas hábiles para el trabajador (recuérdese, 20% en 2 meses consecutivos, o el 25 % en 4 meses discontinuos dentro de un período de 12 meses), es decir, aquellas en las que el trabajador debe asistir al trabajo, sean o no jornadas hábiles para el resto de la plantilla conforme al calendario laboral.
- Tres, que en el cómputo «colectivo» del absentismo total de la plantilla del centro de trabajo o empresa (5% en el mismo período de tiempo, bastando que sea el promedio de absentismo en los 2 ó 4 meses analizados, pues no es necesario que ese porcentaje exista en cada uno de los meses analizados), se incluye el absentismo del trabajador afectado.
- Cuatro, que determinadas ausencias, por imperativo legal, no se computan a los efectos de este despido (tanto para el cómputo individual como para el colectivo, aunque no ha sido pacífica la cuestión hasta una reciente sentencia del Tribunal Supremo ⁷²). Son los siguientes: huelga legal; cierre patronal; vacaciones; licencias (permisos retribuidos y no retribuidos concedidos por la empresa); días no hábiles; actividades de representación de los trabajadores (crédito horario); embarazo; maternidad; riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (y bajas médicas por enfermedades derivadas de dichas situaciones biológicas); accidente de trabajo y enfermedad profesional; enfermedad común y accidente no laboral (cuya duración supere los 20 días consecutivos); ausencias por la situación física (acreditada por servicios sanitarios) o psicológica (acreditada por servicios sociales) derivada de violencia de género. A este listado, que en principio ha sido declarado como «lista cerrada» por los tribunales ⁷³, debe sin embargo añadirse otros casos, como la paternidad, la adopción o el acogimiento, según ha señalado acertadamente la doctrina laboralista ⁷⁴.

⁷² STS de 23-1-2007 (RJ 2007/1590). La polémica sobre la cuestión, puede consultarse en el excelente resumen de SEMPERE NAVARRO, A.V.: «¿Cómo se calculan los índices de absentismo en el despido objetivo?», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 3, 2007.

⁷³ STSJ Navarra 21-9-2004 (AS 2004/2879) y STSJ País Vasco de 19-12-2003 (AS 2003/4253).

⁷⁴ LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo», *Aranzadi Social*, núm. 7, 2008.