FORO DE SEGURIDAD SOCIAL

Julio 2005

Nº 12/13

EDITORIAL **ANÁLISIS** RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA PERSPECTIVA GENERAL ● DELIMITACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: CONCEPTO LEGAL, REQUISITOS Y DISTINCIÓN FRENTE A OTRAS SITUACIONES ● EL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL ● ALTAS Y COTIZACIÓN EN LOS DIFERENTES REGÍMENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES ● LA INTERACCIÓN ENTRE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y OTRAS SITUACIONES PROTEGIDAS ● LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL ● INCAPACIDAD TEMPORAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA ● LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA **DEBATE** ASPECTOS SANITARIOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL ● GESTIÓN Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA GESTIÓN COMPLEJA ● DOS APUNTES SOBRE LAS MUTUAS PATRONALES Y SU GESTIÓN DE LA IT **INFORMACIÓN** ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL: LA INCAPACIDAD TEMPORAL, UNA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL ● RESEÑA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL ● RESEÑA BIBLIOGRÁFICA EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

EDITORIAL

CONTINUIDAD INSTITUCIONAL

Con motivo del cambio producido en la dirección de la revista FORO DE SEGURIDAD SOCIAL, iniciamos con la publicación de este número, dedicado monográficamente al estudio de la prestación de incapacidad temporal, una etapa que, junto con la continuidad institucional, pretendemos se caracterice por una serie de notas distintivas.

● El pluralismo como sistema que acepta o reconoce la variedad doctrinal o ideológica en la información, análisis y debate en torno al presente y al futuro de la Seguridad Social española.

● La consideración de la Seguridad Social como servicio público, cuya gestión es esencialmente pública por imperativo constitucional. Entendemos que el principio de unidad gestora, como titularidad estatal exclusiva, impide que la iniciativa privada pueda asumir la función gestora, permitiendo sólo la mera colaboración al desarrollo de la actividad de servicio público. En consecuencia, los derechos e intereses a proteger, piden inexcusablemente no solamente una ordenación pública, sino una administración pública, en la que el Estado debe jugar un papel decisivo.

● La defensa de los principios informantes del vigente sistema de Seguridad Social, en especial el relativo a la "solidaridad financiera", en sus ámbitos interterritorial, interpersonal e intergeneracional, con la unificación de todos los recursos financieros de la Seguridad Social, con una clara tendencia hacia la creación de un solo organismo de gestión de la Seguridad Social, haciendo realidad la "integración orgánica", prevista en el Pacto de Toledo.

● El respeto de los intereses legítimos de todos los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social, y la específica defensa de los del Cuerpo Superior Técnico, entendiendo, en palabras del profesor Sánchez Morón, "que necesitamos una función pública profesionalizada, un sistema que garantice de manera efectiva la igualdad de oportunidades en el acceso y en la carrera administrativa; una función pública dirigida asimismo por gestores profesionales y responsables de los resultados de su gestión; un sistema de empleo público que retribuya adecuadamente al personal, en sintonía con las retribuciones medias del sector privado, y le imponga similares exigencias de dedicación y adaptabilidad a las circunstancias cambiantes, en el que se introduzcan métodos de organización y gestión probados con éxito en las grandes empresas y en el que se establezcan estímulos individuales al trabajo bien hecho".

Finalmente, la Revista FORO DE SEGURIDAD SOCIAL no podía dejar de tener unas palabras, no por breves menos intensas, de reconocimiento y afecto hacia las personas que hasta el último número publicado han dirigido la Revista: Bernardo Gonzalo y Mario Gómez-Aller, quienes con su conocimiento gestor, paciente sabiduría y generoso esfuerzo han construido una revista especializada que se sitúa en la cima de las mejores de sus características. A ellos, nuestro más cariñoso agradecimiento por su dedicación y entrega profesional. ●

JULIO 2005

Edita:
Asociación Profesional
del Cuerpo Superior de
Técnicos de la Administración
de la Seguridad Social

Apartado de Correos nº 4.048
28080 MADRID.
www.foross.org

Director:
Domingo A. Sánchez Navarro

Subdirector:
Juan José Sanjuán Marín

Jefes de Área
Política Asistencial de la Seguridad Social:
Juan José Sanjuán Marín
Política Organizativa y de Gestión de la Seguridad Social:
Carlos Manuel Abad Ruiz
Economía de la Seguridad Social:
Emilio Miralles Crespo
Política de Garantía de los Derechos de la Seguridad Social:
Pedro Gete Castrillo
Asistencia Sanitaria:
Fernando de Benito Anguita
Protección por Desempleo:
Bernardo Díez Rodríguez
Seguridad Social Internacional:
Carlos García de Cortázar y Nebrera
Tribuna Abierta:
Juan Pablo Nieto Mengotti

Relaciones Institucionales:
Ernesto Fernández-Xesta y Vázquez

Administración:
Alejandro Slocker Torres

Coordinación Editorial
Concha Hernández Carazo

Documentación y Secretariado de Redacción
Rosario Cabezuelo Jiménez

Edición en Internet:
José Eduardo Pérez Madrid

Consejo Editorial
Domingo A. Sanchez Navarro *(Presidente),*
Bernardo Gonzallo González *(Presidente de Honor),*
Luis Enrique de la Villa Gil, Aurelio Desdentado Bonete, José Vida Soria, José Eduardo Pérez Madrid, Juan Chozas Pedrero, Danny Pieters, Alberto Palomar Olmeda, Antonio Ojeda Avilés, Manuel Aznar López, José Montalvo Correa, Jesús María Galiana Moreno, Faustino Cavas Martínez, Ernesto Fernández Xesta *(Secretario del Consejo y Delegado de ATASS)*

Imprime: Artegraf, S.A.
Tfno.: 91 475 42 12. Fax: 91 476 85 47
Depósito Legal: M. 12.287 - 2000
ISSN: 1578-4193

Esta publicación no se hace necesariamente solidaria con las opiniones expresadas en las colaboraciones firmadas.

Prohibido reproducir los contenidos de esta revista a no ser que se citen las fuentes o se pida permiso expreso de los responsables de la publicación.

SUMARIO

PRESENTACIÓN

4 **Fidel Ferreras Alonso**

ANÁLISIS

5 RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA PERSPECTIVA GENERAL

José Luis TORTUERO PLAZA

14 DELIMITACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: CONCEPTO LEGAL, REQUISITOS Y DISTINCIÓN FRENTE A OTRAS SITUACIONES

Guillermo L. BARRIOS BAUDOR
Aurelio DESDENTADO BONETE

22 EL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Jesús Mª GALIANA MORENO
Alberto CÁMARA BOTÍA

31 ALTAS Y COTIZACIÓN EN LOS DIFERENTES REGÍMENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES

Emilio J. MIRALLES CRESPO
Alberto SENDÍN BLÁZQUEZ

43 LA INTERACCIÓN ENTRE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y OTRAS SITUACIONES PROTEGIDAS

Juan MARTÍNEZ MOYA
Joaquín SAMPER JUAN

ANÁLISIS

56 LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL

Faustino CAVAS MARTÍNEZ

74 INCAPACIDAD TEMPORAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

82 LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Pilar GARCÍA PEREA

DEBATE

94 ASPECTOS SANITARIOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (I)

Mª Jesús MONTERO CUADRADO
JUNTA DE ANDALUCÍA

100 ASPECTOS SANITARIOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (II)

José María VERGELES BLANCA
José Manuel PAJUELO MORÁN
Fermín ALONSO NÚÑEZ
Dimas DÍAZ LÓPEZ
JUNTA DE EXTREMADURA

107 ASPECTOS SANITARIOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (III)

Manuel LAMELA FERNÁNDEZ
COMUNIDAD DE MADRID

113 ASPECTOS SANITARIOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (Y IV)

Pablo FERNÁNDEZ ABELLÁN
REGIÓN DE MURCIA

DEBATE

120 GESTIÓN Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA GESTIÓN COMPLEJA

María Dolores SANTA-MARÍA

124 DOS APUNTES SOBRE LAS MUTUAS PATRONALES Y SU GESTIÓN DE LA IT

Antonio V. SEMPERE NAVARRO
José L. TORTUERO PLAZA

INFORMACIÓN

141 ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

LA INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Bartolomé RÍOS SALMERÓN
Francisca Mª FERRANDO GARCÍA
Belén GARCÍA ROMERO
Mª Carmen LÓPEZ ANIORTE

159 RESEÑA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Francisca Mª FERRANDO GARCÍA
Belén GARCÍA ROMERO
Mª Carmen LÓPEZ ANIORTE

182 RESEÑA BIBLIOGRÁFICA EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Francisca Mª FERRANDO GARCÍA
Belén GARCÍA ROMERO
Mª Carmen LÓPEZ ANIORTE

PRESENTACIÓN

Fidel FERRERAS ALONSO

Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social

La prestación por incapacidad temporal dentro de la acción protectora de la Seguridad Social es una de esas prestaciones que en los últimos tiempos ha experimentado más modificaciones respecto de su gestión. Hasta el año 1996, estaba nítidamente diferenciada la gestión entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Social de la Marina como únicas y exclusivas Entidades Gestoras responsables de la gestión de las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Esas mismas Entidades Gestoras compartían la gestión de esa misma prestación con las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales cuando se derivaba de accidente de trabajo.

A partir del año 1996 la situación ha cambiado radicalmente, pues las Mutuas concurren con las dos Entidades Gestoras en el aseguramiento y gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Además, a partir del año 1998, los trabajadores autónomos que deseen estar asegurados contra la incapacidad temporal no tienen otra opción que hacerlo con las Mutuas de Accidentes. Los trabajadores por cuenta ajena, además de ser su aseguramiento obligatorio, pueden estar asegurados bien en el INSS/ISM, bien en una Mutua de Accidentes de Trabajo que, si decide el empresario hacerlo con una Entidad de éstas, tiene necesariamente que coincidir con la que tenga concertado el riesgo de accidentes de trabajo. Por si fuera poco esa dispersión gestora, en el año 2002 se produce la transferencia de toda la gestión sanitaria a las Comunidades Autónomas que hasta esa fecha no la tenían.

El cuadro resultante, dicho en términos generales, pues están previstas más singularidades gestoras, es que una Institución, el Servicio Periférico de Salud de la respectiva Comunidad Autónoma, es el competente en exclusiva para decidir qué trabajador se encuentra incapacitado para trabajar, y existen otras tres instituciones que son las que tienen que decidir sobre el derecho a la prestación y las que tienen que hacer económicamente efectivo ese derecho. Probablemente, no exista otra prestación económica de la Seguridad Social en donde se haya concentrado mayor complejidad de gestión por el número de instituciones que intervienen en el reconocimiento del derecho a la misma.

La importancia de esta prestación, medida desde el punto de vista económico, es intrínsecamente importante, pues supone, para el año 2005, el 4,2% del presupuesto del INSS destinado a prestaciones económicas. En el año 2002, supuso el 3,9%. Lo preocupante no es, sin embargo, ese dato, sino el incremento del gasto que, año tras año, se viene produciendo. Así, por ejemplo, en los últimos tres años, 2002, 2003 y 2004, el crecimiento interanual del gasto en incapacidad temporal del INSS ha sido del 11,82%, del 12,45% y del 14,38%, respectivamente. El crecimiento neto anual de la prestación es evidentemente más bajo, pues hay que descontar el incremento de las bases de cotización (salarios) y el mayor número de cotizantes; sin embargo y a pesar de ello, el crecimiento bruto antes indicado no parece que esté racional y socialmente justificado, es más, daña la credibilidad de la prestación en sí y del sistema en general.

Creo que es muy oportuna la publicación de un número monográfico dedicado a esta prestación, que si bien jurídicamente no es de las prestaciones que más conflictividad jurisdiccional genera, sí lo es desde el punto de vista de la gestión. El INSS en los últimos tiempos está reforzando los procedimientos y sistemas de control de esta prestación, porque considera necesario ese control para que el disfrute de la misma llegue sólo a aquellos ciudadanos que cumplan todos los requisitos exigidos y para las circunstancias para las que fue concebida. Los propios convenios de colaboración para el control del gasto de la incapacidad temporal que el INSS tiene suscritos con las respectivas Comunidades Autónomas persiguen ese mismo objetivo. ■

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA PERSPECTIVA GENERAL

José Luis TORTUERO PLAZA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

I. Introducción

Por encargo del Director de la Revista, me corresponde realizar un estudio introductorio sobre la incapacidad temporal, lo que me traslada a la década de los años ochenta, cuando realizaba mi Tesis Doctoral sobre "La incapacidad temporal para el trabajo en la seguridad social", que integraba bajo la vieja contingencia de incapacidad laboral transitoria, la situación de incapacidad en sentido estricto y la de maternidad, así como la invalidez provisional.

Veinte años después, muchas cosas han cambiado pero gran parte de la problemática continúa vigente, quizás porque las reformas legislativas, que en gran medida comparto por coincidir con los planteamientos que en su día defendí, fueron insuficientes, carecieron del necesario desarrollo reglamentario y singularmente no han sido objeto de replanteamiento, en el sentido de corregir o completar las insuficiencias originarias. Ambas cuestiones son un mal endémico en la ordenación de nuestro sistema: por un lado, parece existir "un miedo escénico" a la elaboración de normas reglamentarias, generales o particulares, en materia de prestaciones y, por otro lado, son anecdóticos los supuestos en los que el legislador, corrige o completa las insuficiencias y desajustes observados en la norma originaria, e incluso, su utilización desviada o indebida. Los ejemplos serían innumerables.

El conjunto de trabajos que componen este número monográfico, me permite abstraerme de la problemática concreta – tomada lógicamente en consideración- para afrontar una exposición con vocación globalizadora.

En las páginas que siguen, pretendo escenificar el estado de la cuestión, realizando las valoraciones críticas que correspondan y, como suele ser costumbre en mi actividad investigadora nunca neutra, proponer fórmulas de solución que permitan reflexionar y avanzar en aquellos aspectos de ordenación jurídica que resultan más controvertidos. Todo ello en el convencimiento íntimo de que los investigadores no sólo estamos para reflexionar sobre "la pulmonía del cangrejo" o sobre la "maraña de las decisiones jurisprudencia-

les", sino también para aportar "conceptos e ideas" que permitan avanzar, evolucionar, abrir espacios de reflexión, aunque sea desde una óptica que algunos denominan "académicamente incorrecta", desprestigiando y vulgarizando el espacio propio y honorable de la "academia". Claro está que lo anterior no lo puede hacer cualquiera, es necesario conocimiento, madurez intelectual, dominio y visión global de las instituciones y su problemática y, sobre todo, tener ideas, en definitiva tener algo que decir mas allá de lo que debe ser conocido.

Éste fue el encargo que recibí y al que procuraré dar respuesta con las limitaciones propias de mi condición y oficio.

II. La estructura normativa de la incapacidad temporal y su problemática

La incapacidad temporal tiene una ordenación sumamente compleja, caótica y desordena, que dificulta su comprensión y aplicación, situándonos a todos – trabajadores, empresarios, facultativos, entidades colaboradoras, representantes de trabajadores y empresarios, órganos de la jurisdicción social, asesores y profesionales del derecho laboral y de la seguridad social– en un espacio de inseguridad jurídica difícilmente justificable.

Las razones de esta dura crítica son múltiples y serán analizadas a lo largo de este trabajo.

Las viejas y nunca pacíficas contingencias de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional, fueron reformadas por la Ley 42/1994, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que procedió a la redenominación de la contingencia –incapacidad temporal– y a reformar parcialmente su régimen jurídico, suprimiendo formalmente la invalidez provisional. A la referida reforma habría que añadir otras anteriores (por ejemplo, la efectuada en materia de cuantía de la prestación y responsables del pago por la Ley 42/1992, de 24-XI, cuya constitucionalidad fue declarada por STCO 34/1994, de 10-II) y posteriores (por ejemplo, la efectuada en materia de extinción de la prestación económica por las Leyes 66/1997, de 30 de diciembre y 24/2001, de 27 de diciembre y por el RDL 6/2000, de 23 de junio). Junto a ellas, han existido otras múltiples reformas directas de alcance reglamentario y otras indirectas que proceden de la reforma de otras contingencias, de materias e instituciones que son comunes al Sistema, o finalmente, de normas procedentes de otras parcelas del ordenamiento, singularmente del Estatuto de los Trabajadores.

Toda esta complejidad normativa se ha producido manteniéndose la ordenación reglamentaria procedente del desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966 (singularmente el D 3158/1966, de 23-XII y la O. 13-X-1967, que han encajado múltiples reformas) que convive con todo un elenco de normas reglamentarias posteriores de distinta procedencia y alcance (desde el D 1646/1972, de 23-VI, pasando por el RD 53/1980, de 11-I, hasta los más recientes sobre gestión y control, el RD 575/1997, de 18-IV, modificado por el RD 1117/1998, de 5-VI), incluida la aplicación de las modernas tecnologías para la presentación en soporte informático de los partes médicos (O Tas/399/2004, de 12-II). Sobre esta anacrónica y compleja estructura normativa, han impactado reformas procedentes de la invalidez permanente, la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la jubilación parcial, el desempleo…, lo que dificulta su comprensión. Finalmente, algunas de las reformas producidas, singularmente las que han afectado a la LGSS, no han tenido desarrollo reglamentario, dejando vacíos normativos que se resuelven por circulares internas de las entidades gestoras o por decisiones jurisprudenciales no siempre afortunadas.

Esta caótica ordenación no sólo alcanza al régimen general, sino también a los especiales, cuya normativa está anclada en la historia y que en gran medida remiten a la ordenación del régimen general, sin perjuicio de reformas que incorporan novedades y extensiones de la protección (por ejemplo, el régimen de autónomos), remitiéndose para ello al régimen general, esto es, al caos normativo, donde sus titulares no tienen presencia.

En esta contingencia, como en las restantes que integran el Sistema, es inaplazable y urgente la elaboración de un reglamento general de prestaciones económicas que ofrezca una ordenación modernizada, unitaria, armonizada, coherente y sistemática.

Otra de las asignaturas pendientes es la coordinación entre contingencias, que adquiere especial significación en la incapacidad temporal. En efecto, se trata de una materia minimizada en la vieja ordenación del conjunto de contingencias, cuando no inexistente, y sin embargo, su escenografía es de extremada complejidad. En este orden, la incapacidad temporal es el mejor ejemplo para poner de manifiesto que el conjunto de contingencias que integran el Sistema no constituyen espacios cerrados y yuxtapuestos, sino espacios abiertos e interrelacionados entre sí. Así, la incapacidad temporal puede producirse durante la situación de desempleo, tanto en su nivel contributivo como asistencial, durante los períodos de descanso por maternidad y en las licencias parentales, durante las situación de riesgo durante el embarazo…, el beneficiario puede ser un pensionista de invalidez, en sus distintos grados, de viudedad, de orfandad, de jubilación parcial…, puede estar en situación de pluriempleo o pluriactividad. En pocas ocasiones, salvo en las reformas más recientes, por ejemplo en materia de maternidad, nos encontramos con reglas que coordinen los supuestos referidos y, cuando lo hacen, la variada finalidad de la norma, minusvalora o entorpece

la coordinación, baste como ejemplo el inacabado y disparatado artículo 222 de la LGS, que pretende coordinar las situaciones de incapacidad temporal y maternidad con el desempleo.

III. Control-gasto: un binomio complejo e incompleto

El incremento constante y alarmante del gasto en incapacidad temporal ha propiciado que las principales reformas de los últimos años se hayan centrado casi en exclusividad sobre la ordenación de los mecanismos de control, bajo la hipótesis de que un mayor control conducirá a una reducción del gasto. No obstante, las reformas no se plantearon la problemática existente en forma sosegada y reflexiva, sino más bien conducidas por la obsesión razonable del gasto y la idea de que el fin justifica cualquier medio. En este orden, el aluvión normativo, producido entre el año 1997 y el año 2000, buscó la reordenación de los mecanismos de control con la finalidad de alcanzar el resultado económico deseado.

La problemática del control de la incapacidad temporal, compleja en sí misma, exige clarificar los condicionamientos sociales y jurídicos sobre los que opera, con la finalidad de fijar el rumbo de las posibles reformas futuras o, al menos, evidenciar algunos de los elementos que proporcionan la complejidad anunciada.

La construcción del binomio control-gasto hace referencia a una problemática extensa y variada. En efecto, cuando para reducir el gasto apostamos por un mayor control, estamos poniendo de manifiesto varias cuestiones, por un lado, que el controlador no ejerce satisfactoriamente su función y, por otro, que el controlado utiliza el instituto de forma no siempre correcta.

1. La incapacidad temporal como "refugio protegido".

Al margen de eufemismos, es frecuente imputar a los trabajadores el uso incorrecto de la incapacidad temporal, en el sentido de que es utilizada o mantenida temporalmente, al margen del efecto incapacitante que la caracteriza. La imputación no es nueva, más bien es consustancial a la contingencia misma y de ella hemos hecho un tópico que incluso constituye guía y razón de las reformas legislativas. No obstante, sería conveniente dar un paso más y preguntarse cuáles pueden ser las causas de la utilización presuntamente indebida del instituto y cuáles podrían ser las soluciones.

Al margen de episodios fraudulentos, lo cierto es que la incapacidad temporal constituye una especie de "refugio protegido" para los trabajadores, al que acuden para dar respuesta a un sin fin de problemas que carecen de cauces adecuados en la ordenación de la relación laboral. En efecto, circunstancias personales, familiares, laborales…, que exigen disponer de un tiempo para su resolución o encauzamiento, carecen normalmente del cauce adecuado. Basta con traer a colación la parquedad de permisos regulados en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Las circunstancias descritas conducen, posiblemente, a que los trabajadores busquen el tiempo necesario en institutos impropios que sin embargo, les ofrecen "coartada", "protección económica", "protección jurídica", "confidencialidad"…

> LA IT TIENE UNA ORDENACIÓN SUMAMENTE COMPLEJA, CAÓTICA Y DESORDENADA, QUE DIFICULTA SU COMPRENSIÓN Y APLICACIÓN, SITUÁNDONOS A TODOS –TRABAJADORES, EMPRESARIOS, FACULTATIVOS, ENTIDADES COLABORADORAS, REPRESENTANTES DE TRABAJADORES Y EMPRESARIOS, ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL, ASESORES Y PROFESIONALES DEL DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL– EN UN ESPACIO DE INSEGURIDAD JURÍDICA DIFÍCILMENTE JUSTIFICABLE

Igualmente, la incapacidad temporal se ha convertido en un instrumento de respuesta ante los vicios del mercado laboral. En efecto, la incapacidad temporal se utiliza para mitigar los efectos de la temporalidad, para cubrir la ausencia de protección por desempleo o para complementar el tiempo acreditado de protección, ante las dificultades de encontrar empleo. No debemos olvidar la función social impropia que cumple el instituto, cuyo lugar de imputación se encuentra en el uso y abuso de la contratación temporal, poniendo al trabajador en una situación límite que justifica socialmente la búsqueda de espacios de protección.

Finalmente, la defectuosa ordenación de otras contingencias, como por ejemplo, la complejidad del riego durante el embarazo, la inexistencia de cobertura en el riesgo durante la lactancia, la defectuosa ordenación de la relación entre incapacidad temporal e invalidez permanente, la imputación a la incapacidad temporal de las anomalías durante la gestación…, convierten a la incapacidad temporal en lugar de recepción de situaciones ajenas.

Las situaciones descritas constituyen tan sólo la ca-

beza del iceberg y su resolución no se consigue simplemente con medidas endurecedoras de los mecanismos de control. Sin duda, éstos podrán producir sus efectos, pero la existencia de la problemática de fondo continuará propiciando la búsqueda de soluciones impropias por parte de los afectados.

Posiblemente y sin perjuicio del perfeccionamiento de los mecanismos de control, debamos dar un paso más en el sentido de ofrecer soluciones que permitan un planteamiento global. En este orden, podrían ser objeto de reflexión las siguientes consideraciones:

- Incorporar la problemática sobre la incapacidad temporal al debate sobre la temporalidad.
- Penalizarse la cotización por incapacidad temporal en los contratos temporales, en sentido similar a la prevista para el desempleo.
- Acomodar la protección por desempleo a la contratación temporal, para lo cual ya existe una cotización penalizadora.
- Reformar la contingencia de riesgo durante el embarazo con la finalidad de facilitar la protección, al tiempo que se dé solución a los problemas de riesgo durante la lactancia.
- Imputar a la maternidad, y no a la incapacidad temporal, los episodios que afecten a la gestación.
- Crear un permiso anual retribuido y de duración razonable (por ejemplo, 6 días) por asuntos propios, no acumulable a puentes, vacaciones u otros permisos. En forma complementaria o alternativa, incorporar la reducción de jornada por asuntos propios, durante un tiempo razonable.

2. Los mecanismos de control y la distribución de competencias.

Las reformas conducentes a potenciar los mecanismos de control no han resuelto el problema originario, que afecta básicamente a las incapacidades derivadas de enfermedad común y accidente no laboral. En efecto, en estos supuestos las funciones de control están residenciadas en los facultativos y en los servicios de inspección sanitaria del sistema público de salud y sin embargo, las prestaciones económicas se ubican en el ámbito competencial de la seguridad social, bien a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social, del Instituto Social de la Marina o de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Si bien, el nacimiento, duración, extinción, control y pago de la prestación, son las dos caras de una misma moneda, nuestro ordenamiento las contempla competencialmente como dos monedas distintas, que constantemente se pretenden unir, pero bien es sabido que los polos del mismo signo se repelen.

Cierto es, que se han realizado convenios de colaboración con resultados más o menos significativos. Cierto es también, que el control de la incapacidad temporal se incorpora y se desincorpora de los programas de objetivos de las instituciones sanitarias, con los correspondientes efectos. Sin embargo, es difícil programar y ejecutar una política global, razonable y controlada mientras las competencias estén disociadas.

> EL INCREMENTO CONSTANTE Y ALARMANTE DEL GASTO EN INCAPACIDAD TEMPORAL HA PROPICIADO QUE LAS PRINCIPALES REFORMAS DE LOS ÚLTIMOS AÑOS SE HAYAN CENTRADO CASI EN EXCLUSIVIDAD SOBRE LA ORDENACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL, BAJO LA HIPÓTESIS DE QUE UN MAYOR CONTROL CONDUCIRÁ A UNA REDUCCIÓN DEL GASTO

Las posibles soluciones pasarían por unificar las competencias, lo que no es sencillo con el actual sistema de reparto competencial. Por lo tanto, la solución debería buscarse en un espacio intermedio. En este orden, una posible solución consistiría en otorgar todas las competencias (baja, confirmación, alta, controles periódicos...) a un equipo compuesto por facultativos especializados en medicina del trabajo que actúen en representación del INSS, de las Mutuas y de la Inspección Sanitaria. Esta fórmula ofrecería las siguientes ventajas:

- El facultativo que atiende al trabajador quedaría liberado de una competencia que le es "profesionalmente extraña".
- La actuación en forma colegiada ofrece mayores garantías de objetividad, dificultando las denominadas "bajas de complacencia".
- Ofrece mayores niveles de rigor en la valoración y permanencia del efecto incapacitante y en la resolución de la problemática clínica (listas de espera para pruebas, intervenciones quirúrgicas...) que afecta al trabajador.
- Permite y facilita la aplicación de criterios y objetivos generales, en la medida en que están representados todos aquellos que tienen competencias.
- Eliminaría los niveles de subjetividad, inevitables cuando actúan una pluralidad de facultativos en actuaciones individuales.
- Reduciría o eliminaría los problemas en la calificación del riego originario, al estar presentes el INSS y las Mutuas.
- Reduciría la superposición actual de mecanismos de control, al quedar incorporados los servicios de la inspección sanitaria.

● A nivel general, obtendríamos una mayor información, mejor elaborada, más rigurosa…, que permitiría realizar estudios y análisis con diferentes finalidades.

Los planteamientos realizados tan sólo constituyen elementos de reflexión, que deberán ser completados o armonizados con las medidas a las que se hizo referencia, en el entendimiento de que no es suficiente, ni conveniente, actuar simplemente en la obsesiva esfera del control. No obstante, éste, además, debe estar basado en la racionalidad, el rigor y la objetividad, donde el derecho y las garantías referidas a la salud del trabajador, constituyan el principio informador de las posibles reformas.

IV. Las relaciones entre la incapacidad temporal y la invalidez permanente: la temporalidad algo más que un calificativo

La reforma operada por Ley 42/1994, de 27 de diciembre, redenominó la contingencia de incapacidad laboral transitoria, pasado a denominarse incapacidad temporal, y suprimió la contingencia de invalidez provisional. Los cambios exigían un nuevo planteamiento de la contingencia que no llegó a desarrollarse en su totalidad, bien porque la reforma fue incompleta, bien porque careció del necesario desarrollo reglamentario. La cuestión está en que los problemas de aplicación que fueron anunciados entonces hoy continúan, si bien acrecentados por el silencio normativo existente y las variadas y complejas respuestas dadas por las jurisprudenciales.

Uno de los elementos característicos de una contingencia (se denomine como se denomine), destinada a la recuperación del equilibrio del estado de salud del trabajador y a su protección económica, es la temporalidad. Ya he dicho en múltiples ocasiones, que la temporalidad es una característica externa, rígida, impuesta por el ordenamiento, que determina el tiempo máximo que el trabajador puede estar en la referida contingencia. Con todo, la temporalidad es algo más, constituye una característica que informa y ordena la contingencia de incapacidad en su conjunto, esto es, tanto la temporal, como la permanente. En efecto, si fijamos una temporalidad larga, el tránsito a la incapacidad permanente tiene carácter rígido, se plantea desde unas secuelas totalmente consolidadas, donde los planteamiento rehabilitadores y de revisión pierden vitalidad, en definitiva, la incapacidad permanente se constituye en una contingencia a través de la cual simplemente se pagan pensiones. Por el contrario, si la temporalidad es corta, el tránsito a la incapacidad permanente tiene carácter flexible y dinámico, donde se revitalizan los procesos referidos de rehabilitación y de revisión del estado incapacitante del trabajador.

La reforma optó por una temporalidad corta (12 meses), mantuvo una tradicional primera prórroga (6 meses), otorgada por el facultativo y sometida a la condición de que el trabajador tenga posibilidades de curación (LGSS, art. 128.1). Junto a ella, se incorporó una segunda prórroga (hasta 30 meses desde el inicio de la i.t.), otorgada por el órgano competente para calificar la invalidez permanente, que recoge los supuestos en que el proceso curativo (en su expresión más completa) no hubiera finalizado, o dicho de otra forma, cuando las lesiones del trabajador sean todavía susceptibles de curación o mejoría (LGSS, art. 131.bis.2, párrafo segundo).

La segunda prórroga (a la que en alguna ocasión he denominado por su importancia temporal la "contingencia sin nombre") que podría constituir el espacio de flexibilidad de la temporalidad, esto es, de tránsito entre contingencias, es de escasa utilización, y lo que es más importante carece de la necesaria ordenación jurídica propia. En esta ocasión se entremezclan dos viejos regímenes jurídicos, el de la incapacidad temporal y el de la invalidez permanente (O 13-X-1967 y O 15-IV-1969, entre otras), y una figura nueva sin régimen jurídico. Su construcción con múltiples dudas e interrogantes se construye – y tan sólo en sus perfiles mas genéricos– sobre las mas recientes normas de calificación de la invalidez permanente (RD 1300/1995, de 21-VII, y O de 18-I-1996).

La anómala situación descrita ha provocado que los conflictos se ubiquen en el espacio del agotamiento de la incapacidad temporal (18 meses), donde las respuestas jurisprudenciales de todo orden y sentido son inexplicables e ininteligibles, en un intento de cubrir el teórico espacio dejado vacante por la extinta invalidez provisional hace más de diez años (entre otras, STSud. 22-10-2002, 28-10-2003 y 30-IV-2004, que confirman la STSud. 10-II-1998).

Se hace, por tanto, imprescindible la construcción jurídica de la segunda prórroga en todos sus efectos y relaciones. No obstante, otra opción posible consistiría en la supresión de la segunda prórroga y la ordenación de la invalidez permanente como un espacio no definitivo, al menos mientras las lesiones no estén consolidadas, sometido a los correspondientes controles. En cualquiera de las opciones, es necesario que el tiempo de suspensión del contrato de trabajo sea razonable, para no volver a la disparatada situación de la invalidez provisional.

V. La recaída: una asignatura pendiente

Otra de las materias ubicadas en la vieja Orden de 13 de abril de 1967 y reconstruida por la jurisprudencia, es la referida a la "recaída". El sencillo pero complejo tenor del artículo 9.1 párrafo segundo de la O 13-IV-1967, siempre planteó problemas interpretativos, a

pesar de lo cual su redaccion no ha variado. Una vez más, la función legislativa ha sido asumida por la intervención de los Tribunales, cuya doctrina unificada se ha inclinado por una interpretación salomónica, razonable o irrazonable, según el prisma de análisis.

La jurisprudencia ha afirmado que cuando entre el alta médica de un proceso y la baja médica de otro han transcurrido menos de seis meses de actividad, adquirirá protagonismo la tipología de las lesiones, esto es, si las lesiones son las mismas, continuará el proceso cerrado en falso (recaída), y si las lesiones son distintas, se abrirá un nuevo y completo proceso de incapacidad temporal, por lo tanto, no habrá recaída (STS 8-V-1995, 15-XII-1997 y 5-VII-2000).

Desde la óptica protectora del trabajador, la respuesta jurisprudencial es totalmente razonable: el padecimiento de diferentes patologías no debe mermar sus derechos. Sin embargo, desde la óptica de una ordenación coherente y razonable del instituto, la solución es cuando menos dudosa. La jurisprudencia no aplica uno de los principios de nuestro sistema, cual es la "conjunta consideración de las contingencias protegidas", tan complejo en su ordenación, como olvidado o inaplicado en la práctica. Esto quiere decir que un trabajador, bien o mal intencionado, podría estar toda su vida en incapacidad temporal. La mera hipótesis, aunque exagerada y desproporcionada, advierte sobre la existencia de una inmensa puerta abierta al fraude y exige un replanteamiento de la ordenación en clave de equilibro entre la garantía del derecho y la racionalidad del instituto protector.

En este orden, el establecimiento de un órgano colegiado, según propuse como alternativa al régimen actual, con funciones omnicomprensivas en la materia, eliminaría o reduciría las situaciones abusivas. Y ello, sin perjuicio de que una construcción razonable y flexible de la temporalidad pueda incorporar un tratamiento unitario de la recaída cualquiera que fuera la sintomatología de las lesiones.

VI. Las altas médicas indebidas y su problemática

Uno de los problemas históricos no resuelto satisfactoriamente es el concerniente a las altas médicas y sus instrumentos de impugnación.

La tradicional solución de judicializar la problemática, si bien es irreprochable y así debe continuar, origina todo un cúmulo de problemas que deben corregirse o al menos intentar minimizarse. En efecto, la judicialización del problema debe constituirse en una última instancia.

La disconformidad del trabajador con el alta médica expedida por el facultativo del servicio público de salud o de la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ya sea por curación o para iniciar el expediente de declaración de invalidez permanente, sitúa al trabajador en una situación compleja desde todas las órbitas. Complejidad que se acrecienta, cuando al cabo de los meses obtiene una sentencia favorable a sus pretensiones, que anula el alta médica indebida con todas sus consecuencias, o bien una declaración de invalidez que nada tiene que ver con la propuesta originaria.

Una fórmula alternativa a la situación vigente y no enteramente novedosa, sería la siguiente:

- Constituir un órgano colegiado que conociera en vía administrativa y en procedimiento rápido de las impugnaciones.
- El órgano colegiado estaría constituido por especialistas que representen a las Mutuas, a la Inspección Sanitaria y al INSS.
- El procedimiento debe ser necesariamente ágil para que sea efectivo. A este fin, el alta médica debería ir acompañada del correspondiente informe clínico.
- Mientras se resuelve la impugnación, el alta médica quedaría en suspenso y el trabajador seguiría percibiendo la correspondiente prestación económica, manteniéndose, en su caso, la obligación de cotizar.
- La Resolución del órgano colegiado sería inmediatamente ejecutable, sin perjuicio de su impugnación judicial.
- La Resolución del órgano colegiado deberá incorporar un informe clínico detallado que, por su carácter independiente, informará al juez con presunción de veracidad.

La fórmula propuesta afectaría a todos los procesos. No obstante, si utilizamos la fórmula propuesta para los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes, el filtro del nuevo órgano colegiado, prácticamente reduciría el espacio material a las altas expedidas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Finalmente el nuevo procedimiento de impugnación del alta médica, aportaría toda una serie de ventajas, que con carácter ejemplificador serian las siguientes:

- Minimizaría la importante problemática existente hoy.
- Crearía un mayor espacio de seguridad jurídica para empresario y trabajador.
- Reduciría considerablemente las impugnaciones judiciales y, por tanto, aliviando la carga de los juzgados de lo social, facilitando, además, la resolución de las posibles controversias.
- Liberaría al trabajador de los costes actuales de la impugnación, informes médicos, asistencia jurídica…
- Se racionalizarían las propuestas de invalidez permanente, facilitando la función de los Equipos de

Valoración de Incapacidades, hoy puesta en tela de juicio.

La simple hipótesis de las ventajas anunciadas, justifica la apertura de nuevas reflexiones sobre la materia.

VII. Algunos ejemplos sobre la defectuosa coordinación de contingencias y situaciones

Ya me he referido a la importancia que tiene una adecuada ordenación de la coordinación entre contingencias, importancia que no siempre es asumida por el legislador. Como ejemplo de tal afirmación he elegido las relaciones entre la incapacidad temporal, la maternidad y el desempleo, en sus distintas secuencias temporales. Igualmente me referiré, también como ejemplo, a las situaciones de incapacidad temporal en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad.

1. Las relaciones con el desempleo

La materia esta regulada en la LGSS, artículo 222 y ha sido modificada en varias ocasiones, la última efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con una clara orientación antifraude, como analizaré más adelante.

A) Incapacidad temporal-maternidad-desempleo.

La primera secuencia temporal regulada en el artículo 222.1 y 2, refiere a los supuestos en que el contrato de trabajo se extinga mientras el trabajador o la trabajadora se encuentren en situación de incapacidad temporal o de maternidad. Analicemos ambas situaciones separadamente.

Cuando la situación es de incapacidad temporal, afirma el precepto, que "el trabajador continuará percibiendo la prestación de incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que dicha situación se extinga, pasando entonces a percibir la prestación por desempleo…".

Los efectos de la coordinación efectuada por el artículo 222.1 son los siguientes:

- El tiempo que hubiera permanecido en incapacidad temporal a partir de la extinción del contrato se descontará del período que acredite de protección por desempleo.

- Como consecuencia de lo anterior, durante este tiempo subsiste la obligación de cotizar a cargo de la entidad gestora del desempleo, con la singularidad de que asume la aportación correspondiente al trabajador en su totalidad.

Los interrogantes que el precepto ofrece son múltiples y variados, a saber:

- Qué ocurre si no hay derecho al desempleo.

LA CONSTRUCCIÓN DEL BINOMIO CONTROL-GASTO HACE REFERENCIA A UNA PROBLEMÁTICA EXTENSA Y VARIADA. EN EFECTO, CUANDO PARA REDUCIR EL GASTO APOSTAMOS POR UN MAYOR CONTROL, ESTAMOS PONIENDO DE MANIFIESTO VARIAS CUESTIONES: POR UN LADO, QUE EL CONTROLADOR NO EJERCE SATISFACTORIAMENTE SU FUNCIÓN Y, POR OTRO, QUE EL CONTROLADO UTILIZA EL INSTITUTO DE FORMA NO SIEMPRE CORRECTA

- Qué ocurre si el tiempo acreditado de desempleo es inferior al tiempo de incapacidad temporal.

- Qué ocurre si el trabajador no acredita derecho al desempleo contributivo y sí lo acredita en el nivel asistencial. ¿Cómo se coordina una prestación contributiva y una asistencial? ¿La prestación que continuara percibiendo desde la extinción del contrato será la del subsidio asistencial? La única referencia contenida en el apartado número 1 al subsidio por desempleo, no aclara nada.

La reforma silenció estas y otras cuestiones. Posiblemente los defectos de ordenación o sus dificultades, traen su origen en la premura por poner fin a la mala utilización de la incapacidad temporal en la finalización de los contratos temporales, utilizada aquélla como instrumento para extender el tiempo de protección o para obtener protección en los supuestos de carecer de derecho al desempleo. La inoperancia de los mecanismos de control llevo al legislador a utilizar la vía más agresiva, a saber, que el tiempo de incapacidad temporal consuma tiempo de desempleo. De esta forma la efectividad del control y la contención del gasto se imputan al trabajador. El tiempo de protección es único y el trabajador sabrá en qué gasta su tiempo de protección.

Cuando la situación de partida es la maternidad, el articulo 222.2 establece que "seguirá percibiendo la prestación por maternidad hasta que se extinga, pasando entonces a la situación legal de desempleo, si reúne los requisitos, y a percibir la correspondiente prestación…"

Los requisitos y efectos son los siguientes:

- La extinción del contrato de trabajo durante la situación de maternidad, deberá ser por alguna de las causas previstas en la LGSS, artículo 208.1, esto es, deberá constituir una "situación legal de desempleo".

- El tiempo de maternidad no se descuenta del tiempo acreditado de protección por desempleo.

- Según una reiterada doctrina jurisprudencial, tras la extinción del contrato y en la medida en que no se consume prestación por desempleo, se extingue la obligación de cotizar a la seguridad social.

Algunos interrogantes que el precepto ofrece, serian los siguientes:

- ¿Qué ocurre si la extinción del contrato no constituye situación legal de desempleo?

- ¿Qué ocurre si durante la maternidad se produce una situación de incapacidad temporal, cuya duración sobrepasa aquella contingencia?

- ¿Es razonable la extinción de la obligación de cotizar cuando es la entidad gestora la que asume el pago de la prestación en su totalidad?

Estos y otros interrogantes traen su origen de un tradicional y defectuoso planteamiento, a saber, meter en el mismo saco a la incapacidad temporal y a la maternidad, como si la independencia de la maternidad estuviera pendiente de alcanzar la "mayoría de edad". La maternidad debe tener un tratamiento propio y singular, donde su construcción jurídica refleje los intereses jurídicos objeto de protección, así como su relevancia social. Es evidente, por no decir ofensivo, que las estrategias anti-fraude no son aplicables a la coordinación de la maternidad y el desempleo.

B) Desempleo-Incapacidad temporal y maternidad.

El artículo 222.3 regula la coordinación de las contingencias cuando las situaciones de incapacidad temporal y maternidad se produzcan mientras el trabajador esté percibiendo la prestación de desempleo total. Nuevamente la ordenación del precepto se enfrentó a una realidad constatable, a saber: un porcentaje no justificable de los perceptores de desempleo finalizaban el tiempo acreditado de prestación en situación de incapacidad temporal. Como en los supuestos anteriores, la incapacidad temporal cumple una función impropia, extender el período de protección ante las dificultades de obtener empleo o ante el escaso tiempo acreditado como consecuencia de la sucesión de contratos temporales. Ante este panorama, la norma se proyecta con una finalidad clara: la restricción del espacio protector.

Antes de iniciar el analisis de cada contingencia, conviene hacer referencia a la ausencia de regulación en los supuestos en que las contingencias se produzcan mientras el trabajador percibe el subsidio de desempleo asistencial. La ausencia de regulación ha sido completada por la doctrina jurisprudencial de unificación, que desde hace tiempo conceptúa el nivel asistencial en términos de exclusión (STSud. 26-VII-1993 y 28-IV-1995). La doctrina es más que discutible, por un lado, el nivel asistencial es parte inseparable de la protección contributiva por desempleo, aunque para la extensión de la protección se exija carencia de rentas y, por otro, los componentes teóricos se reproducen en los mismos términos, a saber: la situación incapacitante impide responder al compromiso de actividad y se mantiene el efecto sustitución aunque el subsidio tenga el calificativo de asistencial. En definitiva, silencio normativo y doctrina jurisprudencial se empeñan en negar una realidad innegable, que roza lo socialmente reprochable cuando la negativa refiere a los procesos de maternidad.

Veamos ahora las reglas de coordinación con las contingencias de incapacidad temporal y maternidad.

Por lo que refiere a los procesos de incapacidad temporal, la regla general es que el tiempo de incapacidad consume tiempo de desempleo. Nuevamente, el trabajador deberá decidir en qué "consume su tiempo de protección". La singularidad está en los supuestos en que el tiempo de incapacidad sobrepase el tiempo acreditado de desempleo, diferenciándose las soluciones según el proceso constituya recaída o no, términos de prestación o de subsidio asistencial.

Especial consideración merece la coordinación con las situaciones de maternidad. La solución dada por el articulo 222.3 párrafo cuarto es tajante e insólita: "el período de percepción de la prestación por desempleo no se ampliará por la circunstancia de que el trabajador pase a la situación de incapacidad temporal o maternidad". Esto quiere decir que el tiempo de maternidad consume tiempo de desempleo.

Nuevamente la norma otorga un mismo tratamiento a las contingencias de incapacidad temporal y maternidad, pensando que la madre o el padre son los responsables de que "el hijo recién nacido, adoptado, acogido…, tarde más o menos en ser autónomo o en aprender a comer bocadillos". En definitiva, la norma penaliza la maternidad producida en un momento inadecuado.

2. Las situaciones de incapacidad temporal en los supuestos de pluriempleo y pluriactividad.

Una vez más estamos en presencia de una situación conocida, relativamente frecuente e ignorada por el ordenamiento jurídico, que tras admitir y conceptuar las situaciones de pluriempleo y pluriactividad, silencia en la mayoría de los casos el impacto de tales situaciones en materia protectora.

Por lo que refiere a la incapacidad temporal, la solución ha venido dada por la jurisprudencia de unificación en las Sentencias de 19 de febrero de 2002 y 7 de abril de 2004. La respuesta se ha producido en los siguientes términos:

"… ante un supuesto de pluriactividad, derivada del

ejercicio de dos actividades completamente diferentes, –una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria–, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal (art. 128.1 LGSS), que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro. Bajo esta perspectiva, negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador, que ejerce una pluriactividad, por la que está en alta y cotiza, en estado de clara desprotección. Y, además, semejante conclusión sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al "efecto útil" de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social. 3.-Aplicar estrictamente el artículo 132 LGSS pudiera conducir a la picaresca de que el trabajador en activo aproveche la situación de baja en una actividad que no puede realizar por la dolencia que le aqueja de carácter temporal, y que le impide por ejemplo realizar un trabajo de esfuerzo, para, igualmente, "provocar la baja" en otra actividad que le permite su capacidad residual. Igualmente conduciría al absurdo admitir la compatibilidad entre la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual y la realización de otros trabajos que permitan la capacidad residual del trabajador ya incapacitado y negar esta compatibilidad en la situación hoy controvertida; situación que no se refiere a un trabajador afiliado al régimen de Seguridad Social, que, encontrándose en la situación de incapacidad temporal protegida por este régimen, comienza un nuevo trabajo, que da lugar a una segunda afiliación, sino a un trabajador, que, previamente, a suceder el hecho causante, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y al Régimen de Autónomos, en virtud de realizar simultáneamente dos trabajos diferentes –uno por cuenta propia y otro bajo dependencia ajena– y que causa baja por enfermedad, que le inhabilita realizar la actividad propia del trabajador por cuenta propia, pero que no le impide desarrollar el trabajo por cuenta ajena, que, consecuentemente, sigue realizando…".

Las consideraciones ofrecidas por el Tribunal para justificar su fallo, no son convincentes en términos de unificación de doctrina.

La extensión o no de los efectos de la baja médica al conjunto de actividades que realiza quien está en situación de pluriactividad, no es una cuestión conceptual en términos de acción protectora, ni en términos del "efecto útil" de las cotizaciones efectuadas, menos aún, en términos comparativos con la incapacidad permanente total donde las secuelas están consolidadas y calificadas. La extensión o no de los efectos de la baja médica, constituye un juicio clínico que debe efectuar el facultativo que presta atención sanitaria al trabajador. En efecto, las lesiones padecidas pueden provocar un "efecto incapacitante" para un solo trabajo, para varios trabajos o para todos los trabajos. Incluso, según la naturaleza de las lesiones, el trabajo en otras actividades puede ser "conveniente" o "perjudicial" para el correcto desarrollo del proceso curativo. En definitiva, el trabajador, las entidades gestoras o colaboradoras y los empresarios, son sujetos receptores del juicio clínico, que podrá ser acertado o no y, por tanto impugnable. Incluso, si no existe tal juicio clínico, la solución más razonable es la nulidad de las actuaciones y la exigencia del mismo, ya que el juicio clínico no puede ser sustituido por valoraciones jurídicas sobre el instituto protector, menos aun cuando la controversia se enmarca en un contexto erróneo. El juez, que no es médico, no puede dar una solución mínimamente razonable sin disponer de los informes clínicos necesarios.

> AL MARGEN DE EPISODIOS FRAUDULENTOS, LO CIERTO ES QUE LA INCAPACIDAD TEMPORAL CONSTITUYE UNA ESPECIE DE "REFUGIO PROTEGIDO" PARA LOS TRABAJADORES, AL QUE ACUDEN PARA DAR RESPUESTA A UN SIN FIN DE PROBLEMAS QUE CARECEN DE CAUCES ADECUADOS EN LA ORDENACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

No debemos olvidar, aunque sea más teoría que práctica, que el juicio clínico cumple en estos casos distintas funciones, por un lado velar por el correcto desarrollo del proceso curativo (en términos de realización o no de otras actividades) y, por otro, ejercer una función de control que evite la extensión indebida de la baja médica y/o la presión del empresario para que el trabajador continúe prestando su actividad, a costa de su salud.

Como se puede observar la importancia del juicio médico es incuestionable, en el nacimiento, extensión, duración y extinción del proceso de incapacidad temporal, de manera que su replanteamiento es inevitable si queremos avanzar hacia una construcción razonable y equitativa de la contingencia. En caso contrario, las soluciones serán necesariamente restrictivas y afectaran a todos. ■

DELIMITACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: CONCEPTO LEGAL, REQUISITOS Y DISTINCIÓN FRENTE A OTRAS SITUACIONES

Guillermo L. BARRIOS BAUDOR

Profesor Titular de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Aurelio DESDENTADO BONETE

Magistrado del Tribunal Supremo

1. La incapacidad temporal

A) Delimitación de la contingencia

a) Problemas técnicos de organización de la protección.

La incapacidad temporal es una situación protegida que presenta una cierta complejidad en su configuración. Esta complejidad se debe, en primer lugar, a que su protección, como ha sucedido en gran medida con la incapacidad permanente y la muerte, se ha abordado históricamente en atención a los distintos riesgos (enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, enfermedad profesional), lo que ha determinado cierta dispersión en la ordenación de la cobertura (DE LA VILLA/DESDENTADO). Con el nuevo Sistema de la Seguridad Social esta protección por riesgos se unifica en dos situaciones protegidas (la incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional) que se organizan de forma sucesiva en atención a un criterio temporal, pero que integran, en principio, las distintas contingencias determinantes. Ahora bien, esa unificación resultó más aparente que real ya que dentro de cada una de estas situaciones protegidas se mantuvieron las especialidades de la protección de los procesos derivados de las contingencias profesionales

que tenían y tienen un régimen claramente privilegiado frente a las de carácter común. Luego, a partir de la reforma de la Ley 42/1994, la maternidad aparecerá como situación protegida independiente de la incapacidad temporal y con la Ley 39/1999 surgirá una nueva situación, el riesgo durante el embarazo. Con todo, la eliminación en 1994 de la invalidez provisional determinará una simplificación.

El segundo elemento de complejidad debe relacionarse con una de las características fundamentales de la situación protegida: su carácter temporal. La fijación del elemento temporal presenta dificultades notables. En realidad, la situación de incapacidad temporal debería mantenerse mientras las lesiones que sufre el trabajador no se conviertan en definitivas. Pero este criterio funcional se suele combinar con otro cronológico o de plazo, según el cual a partir de un determinado momento la incapacidad temporal deja de serlo para convertirse o no en permanente. Esta limitación se debe, por una parte, a la desconfianza en los mecanismos normales de control con la tendencia a hacer indefinidas determinadas incapacidades temporales y, por otra, a la voluntad de restringir los efectos suspensivos del contrato de trabajo, sobre todo cuando éstos suponen la continuidad de la obligación de cotizar. Esto plantea problemas importantes en algunos casos, porque mientras que durante las situaciones de incapacidad temporal se mantiene la relación laboral suspendida, con la declaración de incapacidad permanente total o absoluta el contrato se extingue, lo que puede tener efectos graves para el trabajador con la tendencia a hacer revisables las incapacidades permanentes, proceso inverso al anterior que tiende a convertir en temporales las incapacidades permanentes.

La antigua invalidez provisional, inspirada en la larga enfermedad del Mutualismo Laboral, era una solución de compromiso, pues, por una parte, intentaba reforzar el control de paso desde la incapacidad laboral transitoria y, por otra, eliminaba la obligación de cotizar durante la nueva situación reduciendo costes para las empresas, aunque permitía que las situaciones de incapacidad temporal acumuladas pudieran llegar hasta seis años. Con todo, las dificultades de control, el espectacular incremento de procesos (de 46.685 en 1988 a 80.878 en 1993, según el AEL) y su repercusión sobre el gasto llevaron a la supresión de la situación en la Ley 42/1994. La Ley no es muy explícita sobre las finalidades de la reforma, pero parece claro que el objetivo fue frenar la expansión del gasto mediante una reducción de su duración máxima, que de seis años ha pasado a treinta meses. Pero con ello surgirán nuevos problemas que afectan al alcance de la suspensión del contrato de trabajo y a la previsión y aplicación de las revisiones de la incapacidad permanente. La incapacidad temporal se ha acortado de forma notable, pero a costa de "temporalizar" la incapacidad permanente y la suspensión excepcional del art. 48.2 ET no compensa suficientemente el cambio.

En realidad, el control de las bajas y del gasto, en relación con el absentismo, ha sido siempre el problema fundamental de las prestaciones de incapacidad temporal y la explicación última de las sucesivas innovaciones legislativas. En la protección de la incapacidad temporal –como en el desempleo– hay siempre una tensión dialéctica entre la búsqueda de la eficiencia en la protec-ción y la prevención del fraude. Si la renta de sustitución es alta, se incentiva el absentismo; pero si aquélla se reduce demasiado, se corre el riesgo de generar desprotección de las situaciones reales de necesidad. El equilibrio no es fácil. Las vías de contención del gasto son múltiples. Una de ellas es la eliminación del denominado "pequeño riesgo", que consiste en la exclusión del subsidio durante los primeros días de baja; medida que previene el absentismo "corto", disminuye el coste para las gestoras y no resulta difícil de soportar por el beneficiario. Otra fórmula se basa en reducir la tasa de sustitución durante el período inicial de la prestación. Esta medida se adoptó en 1980, que redujo el porcentaje aplicable del 75% al 60%. Pero el aumento del gasto –565.144 millones de ptas. en 1992 frente a 290.903 millones en 1988– llevó a una solución más drástica en 1992: la renuncia a la cobertura pública de los primeros días de incapacidad –del cuarto al decimoquinto– para encomendarla a los empresarios.

> EL CONTROL DE LAS BAJAS Y DEL GASTO, EN RELACIÓN CON EL ABSENTISMO, HA SIDO SIEMPRE EL PROBLEMA FUNDAMENTAL DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA EXPLICACIÓN ÚLTIMA DE LAS SUCESIVAS INNOVACIONES LEGISLATIVAS. EN LA PROTECCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL –COMO EN EL DESEMPLEO– HAY SIEMPRE UNA TENSIÓN DIALÉCTICA ENTRE LA BÚSQUEDA DE LA EFICIENCIA EN LA PROTECCIÓN Y LA PREVENCIÓN DEL FRAUDE

Con todo, los problemas de control ya de por sí importantes se han agravado a partir de los años ochenta como consecuencia de la división de la gestión: las decisiones sobre las bajas y las altas sanitarias corresponden a la Administración sanitaria autonómica, mientras el coste financiero en contingencias comunes lo soporta el INSS en la parte no transferida

a los empresarios. Esta separación entre la decisión sobre el gasto y su financiación no favorece precisamente la motivación para un control eficaz. Las soluciones han sido, por una parte, duplicar el control, atribuyendo al INSS y a las mutuas de accidentes determinadas competencias en esta materia (PANIZO ROBLES) y, por otra, admitir la gestión de las mutuas de accidentes en la incapacidad temporal por contingencias comunes. Con la primera medida se corrigen en parte los efectos negativos de la separación, pero a costa de duplicar los costes de gestión y producir una zona de posible conflicto entre las gestoras; con la segunda hay un nuevo retroceso de la gestión pública que parte de un reconocimiento de la ineficiencia del control público. La acumulación de medidas de control y de reducción de la cobertura logró reducir el gasto. De la cota de 565.111 millones de ptas. en 1992 se pasó en 1998 a 526.536 millones, pero en los últimos años el gasto ha vuelto a crecer con 629.65 millones en 2000, según las cifras del AEL.

b) La definición legal de la situación protegida.

El concepto legal de incapacidad temporal se aborda en el art. 128.1 LGSS, a tenor del cual "tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: *a)* Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación" y "*b)* los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad".

De entrada, los elementos típicos de la situación protegida serían, por tanto, dos: la incapacidad para el trabajo y su carácter temporal. Ello no obstante, para la situación protegida ordinaria o normal juega además una tercera exigencia: la necesidad de asistencia sanitaria, que no opera para los períodos de observación.

El primero de los elementos típicos, *la incapacidad para el trabajo,* se define de manera muy simple: el beneficiario tiene que estar "impedido para el trabajo". Esta simplicidad resalta frente a la complejidad de la definición de la incapacidad permanente y sus diversos grados. Se ha dicho que se trata de una incapacidad específica, porque lo que la define es la imposibilidad de realizar las tareas propias del puesto de trabajo que se viene desempeñando. Pero esto es sólo un mínimo, pues la incapacidad que tiene en cuenta el art. 128.1. *a)* LGSS puede ser más amplia y cubrir lo que dentro de la incapacidad permanente sería una incapacidad total o una absoluta o, incluso, una gran invalidez. Esta flexibilidad explica algunas decisiones aparentemente sorprendentes en caso de pluriempleo o pluriactividad, pues el mismo trabajador por la misma enfermedad puede estar impedido para un trabajo y ser apto para otro y en tal caso la prestación y el trabajo no serían necesariamente incompatibles, pese a la previsión del art. 132.1. *b)* LGSS (SSTS 19.2.2002, RJ 4364 y 7.4.2004, RJ 3651).

En los períodos de observación puede que no exista incapacidad en sentido funcional, pero lo hay en sentido legal o administrativo, pues la baja se prescribe para evitar el riesgo de que el medio enfermante no cause efectos más graves mientras se produce el estudio y diagnóstico de la enfermedad, y por ello el trabajador afectado no puede trabajar. Esta regla preventiva se limita a la enfermedad profesional, con lo que surge la duda sobre el tratamiento que hay que dar a aquellos casos no previstos en que la incapacidad para el trabajo no se deriva directamente del estado actual del paciente, sino de indicaciones terapéuticas o preventivas (TORTUERO).

En concreto, el problema del origen de la incapacidad se ha planteado en relación con las enfermedades anteriores al alta. ¿Quedan éstas incluidas en la protección? Se aplica aquí, para la incapacidad temporal, el mismo criterio que la jurisprudencia ha seguido en materia de incapacidad permanente: lo relevante a efectos de protección no es el momento en que se origina la enfermedad, sino aquel en que se manifiesta el efecto incapacitante y si éste es posterior al alta debe otorgarse la protección (SSTS 27.7.1992, RJ 5664 y las que en ella se citan; más ampliamente sobre la cuestión, *vid.* GARCÍA NINET, ROQUETA BUJ y DESDENTADO).

El segundo de los elementos típicos, *el carácter temporal* de la situación, es el elemento diferencial frente a la incapacidad permanente. Hay dos planos en la temporalidad, que a veces se han diferenciado como "temporalidad" y "transitoriedad" (TORTUERO). Un plano es el plazo máximo de duración de la incapacidad que actúa como un límite último de la situación protegida (18 y 30 meses en la incapacidad temporal normal). El segundo plano se refiere a cada proceso de incapacidad considerado en sí mismo. Éste debe aparecer como una incapacidad previsiblemente no definitiva, de forma que el tratamiento sanitario aplicado sea susceptible de superarla, mediante una curación que, aunque no sea completa, permita recuperar la capacidad para el trabajo habitual. Si no es así, es decir, si a partir de un determinado momento hay constancia de que la capacidad de trabajo no va a recuperarse, habrá que formular propuesta de declaración de incapacidad permanente, aunque la asistencia sanitaria siga siendo necesaria a efectos paliativos y por ello no se curse el alta médica. Así se

desprende claramente del art. 136.1, párrafo tercero LGSS, a tenor del cual "no será necesaria el alta médica para la valoración de la incapacidad permanente en los casos en que concurran secuelas definitivas" (especialmente indicativa de cuanto se acaba de señalar resultaría la STS 17.11.1987, RJ 8009).

Un problema particularmente complejo en la medida de la temporalidad es el de las recaídas, con la posibilidad de que se abran nuevos procesos de forma sucesiva que acaban convirtiendo la incapacidad temporal en permanente. En el período de observación rigen también estos criterios de temporalidad: hay un plazo máximo (6 meses con prórroga hasta 12) y una temporalidad derivada de la concreta duración del diagnóstico en cada caso.

En fin, las consideraciones anteriores conducen al tercer elemento de la situación protegida: *la necesidad de que el beneficiario reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social* [art. 128.1. *b)* LGSS]. Se trata de un requisito de control (ALONSO OLEA/TORTUERO, GARCÍA NINET), que no excluye una asistencia privada concurrente (ALARCÓN/GONZÁLEZ ORTEGA, BARBA). Hay que entender esta exigencia de forma flexible de acuerdo con su finalidad y en esta línea pueden distinguirse varias hipótesis: 1) la asistencia sanitaria sin incapacidad, que no da lugar a protección; 2) la asistencia sanitaria con incapacidad permanente, que, como se acaba de decir, debe protegerse por esa vía; 3) la asistencia sanitaria con incapacidad temporal, que responde plenamente al tipo legal; y 4) la incapacidad temporal sin asistencia sanitaria, que es la que en determinados supuestos puede plantear problemas. Así puede suceder que la asistencia sanitaria no se reciba porque el beneficiario se niegue a acudir a los servicios sanitarios de la Seguridad Social. En este caso se incumple un requisito y el subsidio debe ser denegado. Pero puede ocurrir también que se produzca una situación de incapacidad temporal y se acuda a los servicios sanitarios de la Seguridad Social, pero éstos no puedan prestar asistencia sanitaria porque el supuesto no lo requiera, aunque, de forma directa o indirecta, derive de una enfermedad o un accidente. Por supuesto, por asistencia sanitaria de la Seguridad Social hay que entender tanto la prestada directamente, como la de las mutuas de accidentes de trabajo y las empresas en régimen de colaboración voluntaria, que gestionan la incapacidad temporal (GARCÍA NINET).

B) Requisitos

a) Afiliación y alta

a´) Exigencia del alta

El art. 130 LGSS dispone que para poder acceder a las prestaciones de incapacidad temporal, los beneficiarios habrán de reunir la condición "general exigida en el número 1 del art. 124" LGSS. Parecida remisión se contiene en el art. 4 D 3158/1966. Expresamente, además, indica el art. 3.1 OM 13.10.1967 que serán beneficiarios del hoy subsidio de incapacidad temporal los trabajadores que, junto con los demás requisitos, cumplan "el requisito general de estar afiliados a la Seguridad Social y en alta o en situación asimilada a ella".

EL PRIMERO DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS, LA "INCAPACIDAD PARA EL TRABAJO", SE DEFINE DE MANERA MUY SIMPLE: EL BENEFICIARIO TIENE QUE ESTAR "IMPEDIDO PARA EL TRABAJO". ESTA SIMPLICIDAD RESALTA FRENTE A LA COMPLEJIDAD DE LA DEFINICIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y SUS DIVERSOS GRADOS. SE HA DICHO QUE SE TRATA DE UNA INCAPACIDAD ESPECÍFICA, PORQUE LO QUE LA DEFINE ES LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR LAS TAREAS PROPIAS DEL PUESTO DE TRABAJO QUE SE VIENE DESEMPEÑANDO

Esta exigencia debe acreditarse en el momento de actualizarse la contingencia que determina la baja médica (STS 22.11.1999, RJ 9191). Y debe tenerse en cuenta que lo que se exige es el alta material –es decir, la prestación de servicios o situación equiparable–, de forma que el incumplimiento de la obligación de solicitar el alta por parte del empresario no determina la exclusión de la protección, sino la responsabilidad del empresario sin que juegue para las contingencias comunes el principio de automaticidad con anticipo por parte de la gestora.

b´) Flexibilización de la exigencia de alta

1.º Las situaciones asimiladas al alta y sus límites

Existen, sin embargo, ciertos mecanismos –legales y jurisprudenciales– que han permitido cierta flexibilización en la exigencia del alta. El primero puede referirse a las denominadas situaciones asimiladas al alta, si bien su incidencia aquí resulta muy limitada. Nótese que la finalidad de la incapacidad temporal es la de cubrir la ausencia de rentas dejadas de percibir durante la situación de cese temporal en el trabajo. En concreto, pueden citarse como tales las siguientes situaciones:

● Consideración de días cotizados y en alta para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos (arts. 9 y 15.1 RD 2621/1986, de 24.12; art. 36.1.10 RD 84/1996, de 26.1). Según dispone el art. 3 OM

30.11.1987 que, aunque específicamente dictado para los artistas, cabe extender también a los profesionales taurinos, "los días que se consideren cotizados dentro de cada año natural por aplicación de las reglas contenidas en el art. 9 RD 2621/1986 y que no se correspondan con los de prestación de servicios, se considerarán asimilados al alta tanto para causar derecho a prestaciones como a efecto de completar el período mínimo de cotización exigible, ... y para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones" (sobre el alcance de esta situación cfr. las SSTSJ Galicia 20.2.1995, AS 601 y 8.7.1999, AS 1978).

● Convenios especiales (art. 36.1.6 RD 84/1996). La incapacidad temporal no es una de las prestaciones generalmente protegidas por el convenio especial, pero se incluye en algunos convenios especiales (diputados y senadores de las Cortes Generales, art. 1.2 OM 29.7.1982; diputados al Parlamento Europeo, art. 1.2 OM 1.6.1988; miembros de los Gobiernos y Parlamentos de las Comunidades Autónomas y de las Asambleas de las ciudades de Ceuta y Melilla, art. 2.2 RD 709/1999). En realidad, estos convenios cubren verdaderas situaciones de alta.

● Desempleo involuntario total y subsidiado (art. 4.1 OM 13.10.1967; arts. 125.1 LGSS y 36.1.1 RD 84/19961). La asimilación alcanza sólo la prestación contributiva, no al subsidio asistencial (SSTS 26.7.1993, RJ 5980, 28.4.1995, RJ 4439 y 16.4.1997, RJ 3393). Por otra parte, la referencia al desempleo "total" excluye de aquella consideración al desempleo "parcial". Repárese, sin embargo, que, al consistir esta modalidad en la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo en, al menos, una tercera parte (art. 203.3 LGSS), subsiste el contrato de trabajo y, por tanto, la situación de alta. Mayores dudas presenta, en cambio, la percepción del desempleo en la modalidad de pago único, ya que su devengo no mantiene en el tiempo el beneficio de la asimilación al alta. En su caso, deberá renacer la situación de alta real. Precisamente por ello, nada debiera impedir causar la prestación de incapacidad temporal (STS 15.12.1992, RJ 10240).

● Movilidad geográfica internacional (OM 27.1.1982; arts. 125.2 LGSS y 36.1.5 RD 84/1996). A pesar de no aparecer mencionado en el art. 4 OM 13.10.1967, no cabe duda de que, de conformidad con su regulación específica, el traslado del trabajador por su empresa al extranjero dejando de residir y ejercer su actividad en España permite acceder a la prestación de incapacidad temporal. Entre otras cosas porque durante el mismo el trabajador continúa en activo, aspecto este que permitirá que la protección dispensada provenga tanto de contingencias comunes como de contingencias profesionales. Lógicamente, las meras estancias accidentales en el extranjero por motivos de trabajo no darán lugar a asimilación alguna si el trabajador sigue residiendo y ejerciendo de forma habitual su actividad en España; en tal caso, el trabajador continuará estando comprendido a todos los efectos en el sistema español de Seguridad Social.

● En fin, más recientemente, al elenco de situaciones asimiladas al alta para la prestación de incapacidad temporal habría que incorporar la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato (arts. 125.1 y 210.4 LGSS).

La flexibilización del alta no se admite, sin embargo, en los siguientes supuestos:

● Trabajadores en huelga o cierre patronal (art. 131.3 LGSS). En similares términos a los utilizados por los arts. 6.3 y 12.2 RDL 17/1977, el art. 131.3 LGSS prevé que "durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal". El art. 2 OM 30.4.1977 establece, además, que en los supuestos de incapacidad derivada de enfermedad común o accidente no laboral no se percibirá el subsidio mientras el trabajador se encuentre en la situación de alta especial que la misma conlleva. Con ello se pretende evitar la compensación salarial de las rentas dejadas de percibir con motivo del ejercicio de la huelga o del cierre patronal, compensación que, en ocasiones, podría dar lugar a la aparición de situaciones fraudulentas. El que no pueda causarse subsidio por incapacidad temporal en absoluto impide que se genere derecho a la asistencia sanitaria.

Exceptuados de las reglas anteriores quedan los trabajadores que durante la huelga desempeñen servicios de seguridad y mantenimiento en la empresa (art. 6.7 RDL 17/1977) o los esenciales para la comunidad (art. 10.2 RDL 17/1977), así como los que se encuentren pluriempleados respecto a las contingencias, comunes o profesionales, producidas en aquellas actividades en las que no exista huelga o cierre patronal. En los supuestos de huelga parcial es posible, asimismo, acceder a la prestación económica por incapacidad temporal, si bien en estos casos "el importe del subsidio se reducirá en la misma proporción en que se haya reducido la jornada ordinaria de trabajo" (regla tercera RDGSS 5.3.1985).

Mayores problemas se presentan, sin embargo, en relación con los accidentes sufridos por los representantes sindicales, unitarios y miembros del comité de huelga cuando, hallándose en situación de alta especial, se encuentran ejerciendo sus respectivas funciones representativas, principalmente la de negociar el fin del correspondiente evento suspensivo. ¿Cabría en tal caso acceder a la prestación económica de incapacidad temporal? Dado que el art. 2 OM 30.4.1977 restringe el acceso a esta prestación cuando la inca-

pacidad deriva de accidente no laboral, la solución a semejante interrogante ha de venir delimitada por la calificación, laboral o no, que dichos accidentes merezcan. Dicho de otro modo, se trata de averiguar si en estos supuestos en los que se mantiene el alta especial es posible apreciar la existencia de un accidente de trabajo. Hay que tener en cuenta que expresamente se consideran accidentes de trabajo los sufridos con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en donde se ejerciten las funciones propias de dichos cargos [art. 115.2. *b)* LGSS]. Pero es dudoso que esta asimilación siga manteniéndose durante la huelga y en todo caso debería limitarse a los accidentes que deriven del ejercicio de las funciones representativas. Sea como fuere, la prestación de incapacidad temporal podrá surgir, igualmente, en el supuesto de enfermedad profesional.

Una vez finalizada la situación de alta especial, la percepción del subsidio se regulará de acuerdo con las normas generales vigentes en la materia [art. 2 *b)* OM 30.4.1977]. De haberse producido una situación de incapacidad, la activación del subsidio coincidirá, generalmente, con la finalización de la huelga o del cierre patronal, puesto que con ella desaparece la situación de alta especial.

En caso de cierre patronal ilegal no existe verdadera suspensión del contrato del trabajo, por lo que las relaciones laboral y de Seguridad Social deberán permanecer inalteradas, incluso, para causar prestaciones de incapacidad temporal.

● Trabajadores excedentes por cuidado de familiares (art. 17.1 RD 356/1991 y disp. final 3.ª RD 1251/2001). Expresamente dispone el art. 17.1 RD 356/1991, que durante la situación de excedencia laboral para el cuidado de hijos con reserva del puesto de trabajo prevista en el art. 46.3 ET, se considerará a los beneficiarios "en situación de alta, para acceder a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, salvo en lo que se refiere a la incapacidad laboral transitoria". La disposición final 3.ª RD 1251/2001 establece con toda claridad que, tanto durante esta situación como durante la excedencia por cuidado de familiares, no se podrá causar derecho a las hoy prestaciones de incapacidad temporal.

● Trabajadores perceptores del subsidio por maternidad a tiempo completo (art. 9 RD 1251/2001). Durante la percepción del subsidio por maternidad a tiempo completo no es posible acceder a la prestación por incapacidad temporal. Cuestión distinta es que, agotado aquél, pueda accederse, caso de reunirse los requisitos exigidos, a esta otra; también que, al concurrir una situación real de alta, el disfrute del subsidio de maternidad a tiempo parcial permita compatibilizar ambos subsidios.

UN PROBLEMA PARTICULARMENTE COMPLEJO EN LA MEDIDA DE LA TEMPORALIDAD ES EL DE LAS RECAÍDAS, CON LA POSIBILIDAD DE QUE SE ABRAN NUEVOS PROCESOS DE FORMA SUCESIVA QUE ACABAN CONVIRTIENDO LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN PERMANENTE. EN EL PERÍODO DE OBSERVACIÓN RIGEN TAMBIÉN ESTOS CRITERIOS DE TEMPORALIDAD: UN PLAZO MÁXIMO (6 MESES CON PRÓRROGA HASTA 12) Y UNA TEMPORALIDAD DERIVADA DE LA CONCRETA DURACIÓN DEL DIAGNÓSTICO EN CADA CASO

● Trabajadores fijos discontinuos. Para los trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en empresas de estudios de mercado y opinión pública, señala expresamente el párrafo tercero del art. 4.3 OM 6.11.1989 que "cuando el hecho causante de la incapacidad laboral transitoria se hubiera producido durante los períodos de inactividad del trabajador, no se devengará el subsidio". Esta previsión resulta, asimismo, predicable de todos los períodos de inactividad entre trabajos de temporada, cualesquiera que fueran éstos. Adviértase, sin embargo, que, al hallarse obligado el empresario a dar de alta a los trabajadores fijos discontinuos al iniciarse la correspondiente temporada (párrafo segundo art. 4.3 OM 6.11.1989), dichos trabajadores podrán acceder desde tal situación a la prestación por incapacidad temporal (SSTSJ Baleares 3.5.1995, AS 1781 y Galicia 2.7.1998, AS 2417). Durante los períodos de inactividad entre campañas, los trabajadores fijos discontinuos podrán acceder a la prestación de incapacidad temporal si se encuentran percibiendo prestaciones por desempleo o si se hallan dados de alta en razón a otra actividad distinta.

2.º Alta de pleno derecho

Para aquellos supuestos en los que, a pesar de existir una efectiva prestación de servicios, el empresario no ha cumplido con sus obligaciones de afiliar y/o dar de alta al trabajador, el art. 4.2 OM 13.10.1967 contempla, a los solos efectos de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales y de conformidad con lo hoy dispuesto en los arts. 125.3 LGSS y 29.2 RD 84/1996, la aplicación del alta de pleno derecho. Concretamente, dispone dicho precepto que "los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del Régimen General se considerarán de pleno dere-

cho afiliados y en alta, a efectos de incapacidad laboral transitoria derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones al respecto y sin perjuicio de las responsabilidades de todo orden que de ello se deriven para el mismo" (SSTS 24.5.1996, RJ 4616 y 15.12.1997, RJ 9317).

3.º La flexibilización judicial

La doctrina judicial también ha flexibilizado en algunas ocasiones el requisito de alta. Así en el caso de las recaídas, que dan lugar a la protección, aunque el trabajador no esté en alta, pues el requisito se cumple si se estaba en esta situación cuando se inició el proceso inicial (STS 5.7.2000, RJ 8325).

La percepción, en su caso, de salarios de tramitación también determina una situación equivalente a la de alta a efectos de causar derecho a las prestaciones de incapacidad temporal (SSTS 16.6 .1994, RJ 5442 y 3.10 1994, RJ 7740 y 17.1.1995, RJ 356), sin perjuicio del régimen de incompatibilidades existente entre ambas prestaciones (SSTS 24.7.1995, RJ 6329, 24.6.1996, RJ 5388 y 28.5.1999, RJ 5002). Con todo la situación resulta algo confusa. Si la incapacidad temporal es anterior al despido y se mantiene durante la tramitación, no debería haber condena a salarios de tramitación. Si la incapacidad temporal es posterior al despido, pero se produce en el período cubierto por los posibles salarios de tramitación, debería haber pago del subsidio, pero sin abono de los salarios de tramitación. En este caso el problema surge por la retroactividad del reconocimiento del derecho, pues el empresario ya ha sido condenado a pagar los salarios de tramitación y si el INSS paga también el subsidio, el trabajador cobrará dos veces (SSTS 11.2.2003, RJ 3310 y 22.7.2004, RJ 7116).

El agotamiento de la prestación de incapacidad temporal y el paso a maternidad cuando se ha extinguido el contrato de trabajo y la trabajadora ha sido dada de baja también se ha considerado situación equivalente al alta (STS 20.1.1995 y otras posteriores). No así el desempleo involuntario no subsidiado (SSTS 18.9.2002, 12 y 19.9.2003, RJ 2003, 499, 6428 y 7052).

b) Cumplimiento del período previo de cotización

a´) Exigencia del período de cotización

Para las prestaciones de incapacidad temporal derivada por enfermedad común el art. 130. *a)* LGSS exige que los beneficiarios hayan cumplido "un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante". El art. 3.1. *a)* OM 13.10.1967 exige, con mayor exactitud, el mismo período de cotización en los cinco años anteriores a la baja. Este precepto extendía la exigencia del período de cotización a los supuestos de incapacidad temporal derivados de accidente no laboral, para los que fue eliminada a partir de la Ley 24/1972. El período de cómputo de cinco año juega con rigidez, sin que se aplique la doctrina del paréntesis (STS 11.3.2002, RJ 4679). En cuanto al límite del período de cómputo, debe tenerse en cuenta lo que para los trabajadores a tiempo parcial establece el art. 3.1, párrafo segundo, del RD 1131/2002, a tenor del cual "cuando para poder causar la prestación de que se trate, [...], el período mínimo exigible deba estar comprendido dentro de un lapso de tiempo inmediatamente anterior al hecho causante, este lapso se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente", añadiendo que "la fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo".

Para cubrir el período de cotización exigido sólo serán computables las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas legal o reglamentariamente (art. 124.2 LGSS). Pues bien, siempre con el límite de referencia situado en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, podrán tenerse en cuenta las siguientes cotizaciones:

- Cotizaciones (por contingencias comunes) efectivamente realizadas por el trabajador en la misma o distinta empresa al sistema de Seguridad Social, ya resulten éstas de la realización de servicios por cuenta ajena (a tiempo completo o parcial e, incluso, cuando el trabajador sea trasladado por su empresa fuera del territorio nacional) o propia, de la suscripción de los convenios especiales a los que anteriormente se ha hecho referencia, de la percepción de prestaciones contributivas por desempleo, de la huelga parcial, de los salarios de tramitación o, incluso, de la propia prestación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad mientras el contrato de trabajo permanezca en suspenso o, en su caso, la prestación contributiva por desempleo no se haya extinguido (STSJ Comunidad Valenciana 20.2.1992, AS 924).

Caso de haberse cotizado a diferentes regímenes del sistema de Seguridad Social, podrán entrar en juego las reglas del cómputo recíproco de cotizaciones conforme a lo previsto en el D 2957/1973 y en el RD 691/1991. Concretamente, la disposición adicional 5.ª de este último dispone que "para causar derecho a prestaciones económicas en situación de incapacidad laboral transitoria en un régimen en el que se exija un período previo de carencia, se podrán totalizar las cotizaciones acreditadas en otros regímenes, siempre que no se superpongan con las efectuadas en aquél y que dichas prestaciones estén incluidas en la acción protectora del régimen cuyas cotizaciones se tengan en cuenta para causar tal derecho".

Aunque medie cómputo recíproco de cotizaciones

con el Régimen Especial Agrario, si la incapacidad temporal se causa en el Régimen General de la Seguridad Social resulta inaplicable la exigencia de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a aquél (SSTS 9.6.1997, 24.7.1997, 25 y 29.11 1997, RJ 4697, 6485, 8261 y 8634). Esta exigencia se mantiene, sin embargo, en relación a los representantes de comercio, artistas y profesionales taurinos (arts. 2 y 4 OM 30.11.1987).

● Cotizaciones anteriores a la declaración de una incapacidad permanente total pensionada. En efecto, el trabajador afecto de una incapacidad permanente con derecho a la correspondiente pensión que sigue trabajando no tiene que acreditar un nuevo período cotizado de 180 días entre la declaración de invalidez permanente y la ulterior baja por enfermedad común para lucrar el subsidio por incapacidad temporal, pudiendo computarse de nuevo las cotizaciones que sirvieron para reconocerle la invalidez permanente (STS 10.2.1998, RJ 1797).

● Cotizaciones efectuadas con posterioridad a la denegación del subsidio por incapacidad temporal por no reunir la carencia exigida. El reconocimiento de la situación de incapacidad temporal subsidiada procede aun cuando en la primera baja por enfermedad común no estuviera cumplido el período de carencia, pero sí en la baja posterior por igual dolencia; y ello aunque no se hubieran trabajado más de seis meses antes de la segunda recaída (SSTS 24.11.1998, RJ 10031 y 18.2.1999, RJ 2016).

● Cotizaciones por pagas extraordinarias reglamentarias, comúnmente denominadas "días-cuota". Se computan hasta un máximo de 60 días al año (STS 20.6.2002, RJ 9897).

● Los períodos de actividad desarrollada en otros países cuando así derive de las normas internacionales suscritas por España en materia de Seguridad Social (Convenios Bilaterales de Seguridad Social) o de su pertenencia a la Unión Europea.

Sin embargo, no se computan a efectos de completar la carencia exigida:

● Las cotizaciones por pagas extraordinarias no reglamentarias, así como las derivadas de otros conceptos retributivos periódicos de vencimiento superior al mes tales como, por ejemplo, las correspondientes a las pagas de beneficios (STSJ Galicia 31.3.1992, AS 1260).

● En virtud de la totalización que deriva de las reglas del cómputo recíproco de cuotas, las cotizaciones superpuestas que no permitan causar subsidio en más de un Régimen (disp. ad. 5.ª RD 691/1991).

● Las cotizaciones correspondientes a períodos en los que el trabajador estuvo indebidamente dado de alta (STSJ Cataluña 3.2.1997, AS 716).

EL TRASLADO DEL TRABAJADOR POR SU EMPRESA AL EXTRANJERO DEJANDO DE RESIDIR Y EJERCER SU ACTIVIDAD EN ESPAÑA PERMITE ACCEDER A LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL. ENTRE OTRAS COSAS PORQUE DURANTE EL MISMO EL TRABAJADOR CONTINÚA EN ACTIVO, ASPECTO ESTE QUE PERMITIRÁ QUE LA PROTECCIÓN DISPENSADA PROVENGA TANTO DE CONTINGENCIAS COMUNES COMO DE CONTINGENCIAS PROFESIONALES

● El período durante el cual se hubiera permanecido en situación de paro involuntario no subsidiado (STS 10.10.1994, RJ 7762).

● El período de cotización efectiva (prestación no económica por cuidado de familiares) que se predica del primer año con reserva del puesto de trabajo a que da lugar la excedencia para el cuidado de familiares prevista en el art. 46.3 ET [disp. ad. 3.ª1. *a)* RD 1251/2001, de 16.11].

Un problema de gran interés práctico se ha suscitado en relación con los procesos de incapacidad temporal sucesivos en el sentido de si agotado el período máximo de percepción de una situación de incapacidad temporal era necesario para abrir un nueva situación de incapacidad temporal protegida reunir de nuevo el período de cotización de 180 días. Tras pronunciamientos de diverso sentido, se impuso la tesis de que bastaba que se cumpliera ese período en los cinco años anteriores del nuevo proceso, ya que en el Derecho español de la Seguridad no existe con carácter general ningún principio que impida computar el mismo período de cotización para prestaciones sucesivas (STS 20.2.2002, RJ 4535 y posteriores).

b´) Inexigencia del período previo de cotización

El requisito de la carencia previa no se exige cuando la incapacidad temporal tiene su origen en un accidente, sea o no de trabajo, o en una enfermedad profesional. Siguiendo a lo dispuesto con carácter general en el art. 124.4 LGSS, así lo reitera el artículo 130 b) LGSS, al señalar expresamente que "en caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional no se exigirá ningún período previo de cotización".

En fin, parece lógico pensar que, habiéndola acreditado en un momento anterior, la exigencia de una carencia previa se dispensa, asimismo, en los supuestos de recaídas, se deban éstas a contingencias comunes o profesionales [STSJ Galicia 30.9.2000, AS 2848]. ■

EL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

Jesús M.ª GALIANA MORENO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Alberto CÁMARA BOTÍA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

I. Las prestaciones de incapacidad temporal

En los supuestos de incapacidad temporal[(1)] (art. 128 LGSS), como es bien sabido, el accidente o la enfermedad causantes generan una situación de necesidad que implica tanto un exceso de gastos (asistencia sanitaria) como un defecto de ingresos, pues la relación laboral se suspende mientras permanecen los efectos incapacitantes [art. 45.1. *c)* ET], exonerando "de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo" (art. 45.2 ET). Esta situación de necesidad es atendida por el sistema de Seguridad Social mediante prestaciones sanitarias (arts. 98 a 108 LGSS-1974) y prestaciones económicas que, aproximadamente, actúan como sustitutivas del salario. Como recuerda la STS de 2 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7375) la finalidad de este subsidio "no es otra que la de suplir [...] la falta de rentas derivada de una situación de baja laboral". En estas páginas se analizará el régimen jurídico del subsidio de incapacidad temporal, limitándonos a los elementos determinantes de su cuantía (base reguladora y coeficiente aplicable) y remitiendo a otros capítulos de este número monográfico el estudio de los restantes aspectos de su regulación (duración, control, incompatibilidades, interacción con otras situaciones protegidas). El precepto clave en la materia de nuestro interés es el art. 129 LGSS[(2)], bajo la precisa rúbrica de "prestación económica":

(1) Para un estudio de conjunto véase J. L. TORTUERO PLAZA e Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva, Mapfre, Madrid, 1996. Recientemente, T. SALA FRANCO: La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; J. MUÑOZ MOLINA: La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005.

(2) Véase el comentario de R. CRISTÓBAL RONCERO y P. CHARRO BAENA en VV. AA.: Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social, Laborum, Murcia, 2003, págs. 628 a 635.

La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria[3] consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esta Ley y en los Reglamentos generales para su desarrollo.

La prestación económica por incapacidad temporal consiste, por tanto, en la atribución al beneficiario de una cantidad de dinero de forma periódica y temporal. La determinación del subsidio se realiza, como es normal, aplicando un coeficiente a una base reguladora (art. 120 LGSS).

II. La base reguladora del subsidio de incapacidad temporal

El art. 129 LGSS remite a la misma LGSS y sus reglamentos generales de desarrollo la determinación de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal. Circunstancias normativas sobre las que ahora sería impertinente detenerse hacen que la norma vigente en esta materia sea el art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, de desarrollo de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, conforme al cual:

1. La base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad laboral transitoria será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador, correspondiente a la contingencia de la que aquélla se derive, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, excluidos, en su caso, los conceptos remuneratorios comprendidos en el número 4 del presente artículo, por el número de días a que dicha cotización se refiera.

2. A efectos de lo dispuesto en el número anterior, cuando el trabajador perciba retribución mensual y haya permanecido en alta en la Empresa todo el mes natural al que el mismo se refiere la base de cotización correspondiente se dividirá por treinta.

3. Para el trabajador que haya ingresado en la empresa en el mismo mes en el que se inicie la situación de incapacidad laboral transitoria se aplicará lo dispuesto en los números anteriores, referido al indicado mes.

4. El importe anual de las pagas extraordinarias de 18 de julio y Navidad y de aquellos otros conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tengan carácter periódico se computará, a efectos de lo dispuesto en los números anteriores, mediante el promedio de la base de cotización correspondiente a tales conceptos durante los doce meses naturales inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación de la situación de incapacidad.

De ser menor la antigüedad del trabajador en la Empresa o de no haber cotizado durante alguno de los aludidos doce meses, las bases de cotización se complementarán promediando las que hubieran correspondido al trabajador si hubiese cubierto dicha antigüedad o trabajado los doce meses completos en la misma Empresa.

PESE A QUE LA LEY DE BASES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 1963 HICIERA DE LA "CONJUNTA CONSIDERACIÓN DE LAS SITUACIONES O CONTINGENCIAS PROTEGIDAS" UNO DE SUS PRINCIPIOS CARDINALES SIGUE HABIENDO UNA NOTORIA FALTA DE HOMOGENEIDAD ENTRE LA COBERTURA DE LAS CONTINGENCIAS PROFESIONALES Y DE LAS COMUNES

Pese a que la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 hiciera de la "conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas" uno de sus principios cardinales sigue habiendo una notoria falta de homogeneidad entre la cobertura de las contingencias profesionales y de las comunes[4], lo que obliga a una exposición separada.

1. Incapacidad temporal por contingencias comunes.

La fórmula legal de la base reguladora recién transcrita podría compendiarse fácilmente por referencia simple a "la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior" en promedio diario, sin embargo es necesario hacer algunas precisiones. Como señala la STS de 14 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 519) dentro del art. 13 Decreto 1646/1972 opera un doble criterio "según la naturaleza de la retribución que a su vez haya servido para determinar la base de cotización", pues:

[3] *Recuérdese que según la disposición final tercera de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, "las referencias que en la legislación vigente se efectúan a las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional se entenderán realizadas a la situación de incapacidad temporal".*

[4] *A. MONTOYA MELGAR (coord.): Curso de Seguridad Social, Thomson-Civitas, Madrid, 32005, capítulo III.*

a) Por una parte hay una regla general de mensualización (art. 13.1) que se aplica a cualesquiera retribuciones que en el mes anterior a la baja fueren computables para cotizar;

b) Por otra hay una regla especial de anualización (art. 13.4) para:

i) las "pagas extraordinarias";

ii) los "conceptos retributivos que tengan una periodicidad en su devengo superior a la mensual";

iii) los conceptos retributivos "que no tengan carácter periódico".

En virtud de esta regla de anualización los conceptos anteriores [*i), ii)* y *iii)*] se computarían no en la cantidad cobrada el mes anterior a la baja, sino mediante el promedio de los "doce meses naturales inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación de la situación de incapacidad". La finalidad de la regla de anualización es obvia: trata de evitar las distorsiones que se producirían sobre la cuantía del subsidio si se integrara dentro de un mes una partida salarial pagada en él pero devengada durante un período superior. Por tanto, de la base de cotización del mes anterior habrá que restar lo percibido por los tres conceptos anteriores y sustituirlos por sus homólogos "anualizados". Sin embargo, la regla de la anualización (¡recuérdese de 1972!) ha perdido parte de su virtualidad al cambiar el sistema de cotización, pues de acuerdo con el art. 109.1 LGSS las percepciones de vencimiento superior al mensual, como son las pagas o gratificaciones extraordinarias (art. 31 ET), se prorratearán a lo largo de los doce meses del año[(5)]. La regla reglamentaria ha generado dudas interpretativas[(6)], con notorias consecuencias económicas, sobre las partidas salariales subsumibles dentro de los conceptos retributivos que deben anualizarse. En la citada STS de 14 de diciembre de 1999 se planteó si lo cobrado el mes anterior a la baja en concepto de plus de actividad debía integrarse en la base reguladora del subsidio. Como sólo se excluyen los conceptos retributivos de vencimiento periódico superior al mes o los que no tengan carácter periódico el plus de actividad sí se debe tener en cuenta, pues tiene periodicidad mensual "con independencia de que la cuantía real devengada cada mes sea más alta o más baja, o hasta que no exista ocasionalmente", lo cual es "además algo que pone de manifiesto la inevitable aleatoriedad a que se sujetan las operaciones de cálculo prestacional".

La base reguladora se calcula en módulo diario, por lo que la base de cotización del mes anterior (debidamente "anualizada" en su caso) se dividirá "por el número de días a que dicha cotización se refiera" (art. 13.1) con las siguientes precisiones:

- Si el trabajador recibe retribución mensual y ha estado en alta en la empresa todo el mes natural al que se refiere la base de cotización, ésta se dividirá por treinta con independencia del número de días que tenga el mes (art. 13.2). Según la STS de 29 de abril de 2004 (RJ 2004, 4362) esta regla "evidencia la voluntad del legislador de establecer una base reguladora del subsidio de IT que, en cada caso, coincida con el salario realmente percibido. Para ello tiene en cuenta, sin duda, que el salario que en realidad se pacta en los convenios colectivos no es el mensual sino el anual, y que aquél se obtiene dividiendo éste por doce, a fin de que el trabajador perciba todos los meses la misma proporción del salario pactado".

- Si el trabajador ha ingresado en la empresa en el mismo mes en que se inicia la incapacidad temporal faltará el elemento de referencia en que consiste "lo cotizado durante el mes anterior en la empresa". En estos casos se dividirá por el número de días cotizados en este mes antes de la baja[(7)].

- No se regula expresamente el caso del trabajador que no ha prestado servicios durante todos los días laborables del mes anterior a aquel en que se inicia la incapacidad temporal. En estos supuestos, en expresión de la STS de 30 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 7680), la cuestión que se plantea es "si para el cálculo de la base reguladora de la prestación de IT cuando la relación laboral no se extiende a todo el mes, los días efectivamente cotizados deben dividirse sólo por el número de días a que dicha cotización se refiere […] o por el contrario el divisor debe estar integrado por todos los días naturales del mes". Una u otra opción se traducirán económicamente, pues si se optara por la segunda la base reguladora resultante sería menor. Según la sentencia citada "el divisor lo constituyen los

---

(5) Art. 23.1.A) RD 2064/1995, de 22 de diciembre (Reglamento General de Cotización y Liquidación). Para el año 2005: art. 1 Orden TAS/77/2005, de 18 de enero.

(6) Sobre la no inclusión del importe de las guardias médicas en el subsidio de la antigua incapacidad laboral transitoria: SSTS de 30 de enero, 22 de febrero, 20 de septiembre, 13 y 14 de octubre, 1 de diciembre y 14 de diciembre 1993 (RJ 1993, 386; 1264; 6890; 7597; 8050; 9621; 9783) y 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 10694).

(7) Supuestos de accidente el primer día de trabajo: SSTS de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999, 3749) y 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9309).

días a que la cotización se refiere y no todos los días del mes". Las razones de esta solución se expresan en la STS de 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 10652): "el artículo 13 del Real Decreto 1646/1972, regula, de forma clara y precisa, la manera de calcular la base reguladora para el subsidio litigioso, determinando que tal base será el cociente que resulte de dividir la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad por el número de días a que dicha cotización se refiera. Este precepto no distingue, al efecto mencionado de fijar la base reguladora de incapacidad temporal, entre trabajadores que prestan su actividad laboral durante todo ese mes anterior a la baja o lo hagan sólo durante unos días […] por lo que no cabe una interpretación distinta a la que resulta de la propia literalidad del precepto, que sólo contempla en su número 3 la excepción referida al trabajador que inicia el período de incapacidad temporal en el mismo mes en el que empieza a trabajar, supuesto en el que, lógicamente, se aplican las bases de cotización correspondientes a dicho mes […]".

2. Incapacidad temporal por contingencias profesionales.

Si la incapacidad temporal deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional se realizarán las operaciones descritas en el apartado anterior sobre la base de cotización de contingencias profesionales. Además hay que tener en cuenta que la retribución de las horas extraordinarias sí se integra en la base de cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional [art. 109.2.*g)* LGSS], por lo que habrá que someterla a la regla de "anualización" antes expuesta. Por tanto para el cálculo de la base reguladora se tendrá en cuenta el promedio de las horas extraordinarias realizadas en los doce meses anteriores a la baja, porque " las horas extraordinarias no son una percepción periódica por su propia naturaleza, incluso aunque en ocasiones sea frecuente o reiterado su utilización" [SSTS de 21 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8801) y 14 de diciembre de 1999 (RJ 2000, 519)].

3. Modificación de la base reguladora.

Una vez determinada la base reguladora del subsidio rige una "regla general de invariabilidad"[(8)] que tiene dos excepciones. Por una parte el viejo art. 2.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967 reguladora de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad laboral transitoria ordenaba que "si encontrándose el trabajador en esta situación [percibiendo el subsidio] se produjese una modificación de las bases tarifadas de cotización, la cuantía de la prestación se calculará a partir de la iniciación de los efectos de dicha modificación sobre la nueva base que le corresponda". Traduciendo la regla transcrita al vigente sistema de cotización debe entenderse que variará la base reguladora si lo hacen las bases mínimas o máximas de cotización y éstas fueran las aplicables al beneficiario[(9)]. Así lo recoge expresamente la Orden TAS/77/2005, de 18 de enero: "el subsidio por incapacidad temporal […] se actualizará a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima de cotización". La regla es consecuencia obligada del mantenimiento de la obligación de cotizar durante la situación de incapacidad temporal.

LA FINALIDAD DE LA REGLA DE ANUALIZACIÓN ES OBVIA: TRATA DE EVITAR LAS DISTORSIONES QUE SE PRODUCIRÍAN SOBRE LA CUANTÍA DEL SUBSIDIO SI SE INTEGRAN DENTRO DE UN MES UNA PARTIDA SALARIAL PAGADA EN ÉL PERO DEVENGADA DURANTE UN PERÍODO SUPERIOR. POR TANTO, DE LA BASE DE COTIZACIÓN DEL MES ANTERIOR HABRÁ QUE RESTAR LO PERCIBIDO POR LOS TRES CONCEPTOS ANTERIORES Y SUSTITUIRLOS POR SUS HOMÓLOGOS "ANUALIZADOS"

Por otra parte también afectarán a la determinación de la base reguladora los incrementos salariales posteriores a la incapacidad temporal que retrotraigan sus efectos a fecha anterior a la baja. Así se desprende con toda claridad de la STS de 27 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9637), dictada a propósito de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total pero con razonamiento generalizable: "los efectos retroactivos fijados sobre Tablas Salariales en un Convenio Colectivo […] deben desplegar sus efectos no solamente en la esfera salarial, en cuanto repercuta sobre el elemento real del contrato de trabajo, facultando al trabajador para reclamar diferencias salariales, sino tam-

(8) TORTUERO y SÁNCHEZ-URÁN: cit., pág. 45.

(9) Sin embargo, MUÑOZ MOLINA: cit., pág. 117 ("ante la ausencia de previsión legal expresa que obligue a ajustar la cotización a base máxima entendemos que no procede modificar la base reguladora").

bién en la esfera de la Seguridad Social, en cuanto repercute sobre la prestación sustitutoria de la renta real". Solución que, además, resulta coherente con las normas de cotización en los supuestos de abono de salarios con carácter retroactivo (arts. 16.2.3.º RD 2064/1995, de 22 de diciembre y disposición adicional primera Orden TAS/77/2005, de 18 de enero).

3. Reglas especiales.

a) Trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos.

El RD 131/2002, de 31 de octubre, desarrollo de la disposición final séptima de la LGSS, regula las peculiaridades en materia de seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos (art. 1). Para determinar la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal hay que distinguir tres supuestos:

i) Si la incapacidad temporal incide sobre un contrato de trabajo que continúa vigente, el supuesto "ordinario por estar vigente el contrato de trabajo durante el abono de la prestación económica"[(10)], la base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período. La prestación económica que corresponda se abonará durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal [art. 4.1.*a)* RD 1131/2002]. A la hora de determinar los días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período durante los tres últimos meses[(11)] se plantea la duda de si se trata: *a)* de días en los que se ha prestado trabajo con independencia del número de horas trabajadas[(12)]; o *b)* de días teóricos de cotización, resultado de dividir entre cinco el número de horas efectivamente trabajadas[(13)] (art. 3.1 RD 1131/2002). Puesto que en este supuesto el subsidio se abonará durante los "días contratados como de trabajo efectivo" en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal, parece razonable que en la fórmula de la base reguladora el divisor venga constituido por esta misma noción, de modo que la suma de las bases de cotización de los tres últimos meses se dividirá entre el número de días en que se prestó servicios. Se rompería la necesaria correlación entre salario y subsidio si para formar la base reguladora se tuvieran en cuenta los días teóricos de cotización y luego para abonar la prestación los días de prestación de servicios[(14)]. En definitiva, si no se cobra por días teóricos sino de prestación de servicios: ¿por qué se va a calcular el subsidio sobre el número de días teóricos y no de días de prestación de servicios?

ii) Si la actividad se interrumpe con situación de incapacidad temporal la Entidad gestora o colaboradora asumirá el pago del subsidio, calculándose de nuevo su base reguladora. A dicho fin, la base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan. La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal [art. 4.1.*b)* RD 1131/2002].

- Si el contrato se extingue el pago de la prestación será asumido directamente por la Entidad gestora o colaboradora y la cuantía del subsidio será equivalente a la que correspondería por prestación por desempleo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 222 LGSS [art. 4.1.*c)* RD 1131/2002][(15)].

---

(10) MUÑOZ MOLINA: cit., pág. 108.

(11) La misma fórmula se utiliza para el cálculo de la base de cotización de los trabajadores a tiempo parcial en situación de incapacidad temporal: arts. 65.4 RD 2064/1995, de 22 de diciembre y 33 Orden TAS/77/2005, de 18 de enero. I. GONZÁLEZ DEL REY: La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 87 a 91. J. A. RUIZ SALVADOR: Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social, Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 46 y 47.

(12) MUÑOZ MOLINA: cit., págs. 108 y 109.

(13) S. GONZÁLEZ ORTEGA: "Novedades de la protección social del trabajo a tiempo parcial contenidas en el RD-L 15/1998 y en el RD 144/1999", RMTAS 18 (1999), pág. 186. R. ROQUETA BUJ: La protección social de los trabajadores a tiempo parcial, CES, Madrid, 2002, págs. 130 y 131.

(14) La correlación se mantiene expresamente en el supuesto del art. 4.1.b) RD 1131/2002 [en el texto apartado ii)]: para calcular la base reguladora se divide la suma de las bases de cotización de los tres últimos meses "entre el número de días naturales comprendidos en dicho período" y el subsidio se abonará "durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal".

(15) Véase en esta misma obra el estudio sobre "La interacción entre la incapacidad temporal y otras situaciones protegidas".

b) Trabajadores contratados para la formación.

Los trabajadores contratados para la formación tienen derecho a las prestaciones de incapacidad temporal [arts. 11.2.*i)* ET y 15.1 RD 488/1998, de 27 de marzo]. A efectos de determinar la base reguladora del subsidio "se tomará como base de cotización el 75 por 100 de la base mínima de cotización que corresponda" (art. 16 RD 488/1998, de 27 de marzo). Remisión a la base de cotización "que corresponda" enigmática por cuanto en el contrato para la formación, como medida de fomento del empleo, rige un sistema de cotización de cuota única mensual (art. 37 Orden TAS/77/2005, de 18 de enero), resultando "una cantidad fija considerablemente inferior a la que correspondería"[(16)]. La indeterminación se ha intentado resolver entendiendo que "la base de cotización a tener en cuenta, será la base mínima correspondiente al grupo de cotización en que esté encuadrada la categoría profesional del trabajador"[(17)]. No obstante hay que tener en cuenta que de los once grupos de cotización existentes en función de la categoría profesional (art. 26.2 RD 2064/1995, de 22 de diciembre):

- Los trabajadores en formación no resultarán encuadrables en los grupos 1 y 2, pues se refieren a titulados universitarios [art. 11.2.*a)* ET].

- Como regla general [excepciones en el art. 11.2.*a)* ET] el contrato para la formación se celebra con trabajadores menores de veintiún años, por lo que buena parte de los mismos se incluirán en el grupo 11 (trabajadores menores de dieciocho años cualquiera que sea su categoría profesional).

- Los grupos 4 a 7 tienen una base mínima común [para 2005: 598,50 euros/mes (art. 3 Orden TAS/77/2005, de 18 de enero)].

- Los grupos 8 a 11 también tienen una base mínima común en cómputo diario (19,95 euros/día) coincidente con la mensual de los grupos 4 a 7 (19,95 x 30 = 598,50).

Sólo quedaría el grupo 3 con una base mínima diferente (603 euros/mes), pero las categorías profesionales que integra (jefes administrativos y de taller) resultan inapropiadas para un contrato de formación. Puede concluirse, por tanto, que la base mínima que corresponda a la que se refiere el art. 16 RD 488/1998 es la base mínima del sistema.

c) Pluriempleo.

Si el trabajador se encuentra pluriempleado para la determinación de la base reguladora se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización (art. 7.1 Orden 13 de octubre de 1967).

d) Huelga.

Durante las situaciones de huelga y de cierre patronal el trabajador permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social (art. 125.6 LGSS) y se suspenderá la obligación de cotizar (arts. 106.5 LGSS y 6.3 RD-Ley 17/ 1977, de 4 de marzo[(18)]). Si durante la huelga o cierre patronal se produce la alteración de la salud con efecto incapacitante el trabajador no tendrá derecho al subsidio de incapacidad temporal (art. 131.3 LGSS). Una vez finalizada la huelga sí tendrá derecho al subsidio en la cuantía que resulte aplicable según los días transcurridos desde la baja médica. A estos efectos la base reguladora se determinará en función de la base de cotización del mes anterior al inicio de la huelga. Si la baja se produjera una vez terminada la huelga se aplicará igual regla[(19)], ex-

SI EL TRABAJADOR RECIBE RETRIBUCIÓN MENSUAL Y HA ESTADO EN ALTA EN LA EMPRESA TODO EL MES NATURAL AL QUE SE REFIERE LA BASE DE COTIZACIÓN, ÉSTA SE DIVIDIRÁ POR TREINTA CON INDEPENDENCIA DEL NÚMERO DE DÍAS QUE TENGA EL MES. SI EL TRABAJADOR HA INGRESADO EN LA EMPRESA EN EL MISMO MES EN QUE SE INICIA LA IT FALTARÁ EL ELEMENTO DE REFERENCIA EN QUE CONSISTE "LO COTIZADO DURANTE EL MES ANTERIOR EN LA EMPRESA". EN ESTOS CASOS SE DIVIDIRÁ POR EL NÚMERO DE DÍAS COTIZADOS EN ESTE MES ANTES DE LA BAJA

[(16)] *M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA: Instituciones de Seguridad Social, Civitas, Madrid, [18]2002, pág. 500.*

[(17)] *MUÑOZ MOLINA: cit., pág. 107.*

[(18)] *Desarrollado en esta materia por la Orden de 30 de abril de 1977 (RCL 1977, 1036).*

[(19)] *TORTUERO y SÁNCHEZ-URÁN: cit., pág. 47.*

cepto si durante el mes anterior ha habido días trabajados, en cuyo caso se aplicaría la regla general del art. 13.1 Decreto 1646/1972.

En los casos de huelga parcial la Resolución de 5 de marzo de 1985[20] fija las reglas siguientes:

a) En el supuesto de producirse la situación de incapacidad temporal durante los días de permanencia en esta situación, el importe del subsidio se reducirá en la misma proporción en que se haya reducido la jornada ordinaria de trabajo.

b) Cuando la situación de incapacidad temporal se inicie dentro del mes siguiente a aquel en que se produjo esta situación de huelga, para la determinación de las bases reguladoras de la prestación y de cotización, se tendrá en cuenta el promedio de cotización de aquellos días en que no hubiese existido cotización parcial por esa causa. Si la situación abarcara todo el mes o meses completos, se tomará el último en que hubiese existido obligación de cotizar plenamente.

SI LA IT INCIDE SOBRE UN CONTRATO DE TRABAJO QUE CONTINÚA VIGENTE, EL SUPUESTO "ORDINARIO POR ESTAR VIGENTE EL CONTRATO DE TRABAJO DURANTE EL ABONO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA", LA BASE REGULADORA DIARIA DE LA PRESTACIÓN SERÁ EL RESULTADO DE DIVIDIR LA SUMA DE LAS BASES DE COTIZACIÓN ACREDITADAS EN LA EMPRESA DURANTE LOS TRES MESES INMEDIATAMENTE ANTERIORES A LA FECHA DEL HECHO CAUSANTE ENTRE EL NÚMERO DE DÍAS EFECTIVAMENTE TRABAJADOS Y, POR TANTO, COTIZADOS EN DICHO PERÍODO

e) Recaídas.

Conforme al art. 128.2 LGSS las recaídas se computarán a efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal. El art. 9 Orden de 13 de octubre de 1967 permite distinguir dos supuestos[21]: *a)* si entre el día de la última alta médica y la nueva baja ha transcurrido un período de actividad superior a seis meses se iniciará un nuevo período de incapacidad temporal; *b)* si el período de actividad es inferior o igual a seis meses habrá que estar a la naturaleza de la nueva patología determinante de la incapacidad. Si es una enfermedad idéntica o similar continuará la situación anterior de incapacidad temporal. Si es diferente se abrirá una nueva situación de incapacidad temporal.

En los supuestos de recaída en la situación de incapacidad temporal se plantea la duda sobre si la prestación ha de seguir abonándose sobre la base reguladora inicial o si, por el contrario, ha de ser abonada sobre una nueva base en el caso de que entre el alta y la nueva baja se hayan producido modificaciones en la base de cotización. La cuestión ha sido resuelta por la STS de 2 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7375)[22]. Para esta sentencia se trata de una cuestión no contemplada expresamente ni en el art. 13 Decreto 1646/1972 ni en el art. 9 Orden de 13 de octubre de 1967, por lo que debe ser resuelta atendiendo a la naturaleza y finalidad de la prestación. En función de estos criterios "la solución lógica a la cuestión planteada no puede ser otra que la de entender que la prestación habrá de estar conectada con la situación más próxima a la de la última baja, que es además el período más próximo por el que se ha cotizado […] una recaída supone el inicio de una nueva situación que determinará la aplicación del régimen jurídico que en ese momento corresponda […] Esta nueva situación es la que determina […] el reconocimiento del derecho y la cuantía del mismo, lo que significa que, a salvo lo previsto, en cuanto a su duración […] es en el momento de la recaída en el que habrá que volver a calcular la base reguladora de la prestación en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento". De este modo, a juicio de la sentencia, se mantiene la proporción entre cotización y prestación y se evitan compensaciones superiores al salario perdido por la incapacidad temporal. La solución es coherente con la jurisprudencia que permite acceder al subsidio en caso de recaída si en este momento se alcanza el período mínimo de cotización aunque en la primera baja no se hubiera cumplido [SSTS de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9311) y 18 de febrero y 23 de julio de 1999 (RJ 1999, 2016 y 6465)].

---

[20] *RCL 1985, 570.*

[21] *Véase A. MONTOYA MELGAR (coord.): Curso de Seguridad Social, cit., capítulo XVIII.*

[22] *En el caso resuelto el beneficiario estaba pluriempleado en el proceso inicial de incapacidad temporal, pero no al iniciar la nueva baja.*

III. Cuantía del subsidio

El art. 129 LGSS remite la determinación del "tanto por ciento" aplicable a la base reguladora a la misma LGSS y sus reglamentos de desarrollo. Al igual que sucede en materia de base reguladora la norma aplicable es un reglamento anterior a la vigente LGSS. El art. 2.1 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (Reglamento General de Prestaciones Económicas de la Seguridad Social) dispone lo siguiente:

> *"La prestación económica en cualquiera de las situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria que se señalan en el artículo 126 de la Ley de la Seguridad Social, consistirá en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base de cotización del trabajador en la fecha en que se declare iniciada legalmente la incapacidad [...]".*

Dicho precepto fue modificado por el RD 53/1980, de 11 de enero, cuyo artículo único dispuso:

> *"La cuantía de la prestación económica por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral a que se refiere el artículo segundo del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, será, durante el período comprendido entre el cuarto día a partir del de la baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente y hasta el veinteavo día, inclusive, de permanencia en tal situación, de un subsidio equivalente al sesenta por ciento de la base reguladora correspondiente".*

De una y otra normas resulta la siguiente situación:

a) Si la incapacidad temporal deriva de contingencias profesionales se recibirá un subsidio del 75 % de la base reguladora desde el día siguiente a aquel en que se expida el parte médico de baja.

b) Si la incapacidad temporal deriva de contingencias comunes:

- durante los días primero a tercero a partir de la baja no se cobra subsidio;
- del cuarto al vigésimo día se cobrará el 60% de la base reguladora;
- del vigésimo primero en adelante se cobrará el 75% de la base reguladora.

Además si se trata de contingencias comunes hay que tener en cuenta que estará a cargo del empresario el abono del subsidio desde los días cuarto al décimoquinto de la baja, ambos incluidos (art. 131.1 LGSS)[(23)], sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS [STS de 15 de junio de 1998 (RJ 1998, 5796)].

LOS TRABAJADORES CONTRATADOS PARA LA FORMACIÓN TIENEN DERECHO A LAS PRESTACIONES IT. A EFECTOS DE DETERMINAR LA BASE REGULADORA DEL SUBSIDIO "SE TOMARÁ COMO BASE DE COTIZACIÓN EL 75 POR CIENTO DE LA BASE MÍNIMA DE COTIZACIÓN QUE CORRESPONDA. EN EL CASO DE ESTOS CONTRATOS, QUE SON DE FOMENTO DEL EMPLEO, RIGE UN SISTEMA DE COTIZACIÓN DE CUOTA ÚNICA MENSUAL

Como puede apreciarse los riesgos comunes reciben una cobertura notoriamente inferior a los profesionales, resultado de la "tensión dialéctica entre la búsqueda de la eficiencia de la protección y la prevención del fraude"[(24)], que en materia de incapacidad temporal por contingencias comunes lleva a excluir la protección de las bajas de muy corta duración (de uno a tres días) y a reducir la cuantía de la prestación (del 75% al 60%)[(25)], con lo que se reduce el coste de la prestación para la entidad gestora o colaboradora y se desincentiva el absentismo[(26)]. Última medida drástica en esta línea[(27)] fue responsabilizar del pago del

---

(23) Opción constitucional según SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 129/1994, de 5 de mayo.

(24) G. L. BARRIOS BAUDOR y A. DESENTADO BONETE: "La incapacidad temporal, el riesgo durante el embarazo y la maternidad", en A. DESENTADO BONETE (coord.): Seguridad Social. Manual de formación, CGPJ, Madrid, 2002, pág. 716.

(25) La exposición de motivos del RD 53/1980 es clara al respecto al referirse a la necesidad de corregir "las importantes y graves desviaciones originadas por determinadas conductas, con la consiguiente repercusión en la economía nacional", añadiendo: "se hace necesario adoptar las medidas oportunas para corregir las citada conductas y reducir el actual nivel de absentismo".

(26) Téngase también en cuenta que las bajas intermitentes de corta duración por contingencias comunes permitirían acudir al despido por causas objetivas [art. 52.d) ET].

(27) RD-Ley 5/1992, de 21 de julio (luego Ley 28/1992, de 24 de noviembre).

subsidio al empresario durante los días cuarto al décimoquinto de la baja (art. 131.1 LGSS). Por otra parte no puede olvidarse que se trata de materia de frecuente mejora voluntaria[(28)].

En caso de incumplimiento de las obligaciones empresariales de afiliación, alta y cotización serán de aplicación las correspondientes normas sobre responsabilidad prestacional (arts. 126 LGSS y 94 a 96 LSS-1966)[(29)]. La reciente STS de 16 de febrero de 2005 (recurso núm. 136/2004) realiza una clarificadora síntesis del estado de la cuestión:

● Para las contingencias profesionales "rige el principio de automaticidad de las prestaciones, en todos los casos y cualquiera que sea el grado (ausencia de alta, descubiertos de cotización o supuestos de infracotización) de incumplimiento patronal. Además, y como garantía última del sistema, el INSS en su condición de continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, responde subsidiariamente en caso de insolvencia, tanto de la empresa, como de la Mutua aseguradora". Por tanto "es la Mutua que cubre la contingencia (o en su caso el INSS, si es que la empresa incumplió totalmente su obligación y no ha suscrito la correspondiente póliza con una Mutua) la que está obligada a anticipar el pago del subsidio de IT, sin perjuicio de su derecho de repetición frente a la empresa".

● Para las contingencias comunes:

i) Si el trabajador no está en alta, la responsabilidad del pago del subsidio recae directa y exclusivamente sobre la empresa. No existe obligación alguna de anticipo para el INSS (ni para la Mutua, si es ésta la que cubre en la empresa tales contingencias), puesto que en tal caso no rige el principio de automaticidad de las prestaciones. Y tampoco surge ninguna responsabilidad subsidiaria para el INSS (o la Mutua en su caso) por la insolvencia patronal.

SI EL TRABAJADOR SE ENCUENTRA PLURIEMPLEADO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA BASE REGULADORA SE COMPUTARÁN TODAS SUS BASES DE COTIZACIÓN EN LAS DISTINTAS EMPRESAS, SIENDO DE APLICACIÓN A LA BASE REGULADORA ASÍ DETERMINADA EL TOPE MÁXIMO ESTABLECIDO A EFECTOS DE COTIZACIÓN

ii) Pero si el trabajador está en alta y lo que se produce es sólo un defecto de aseguramiento (bien por cualificados descubiertos reiterados, bien por infracotización), la entidad que cubre las contingencias comunes (INSS o, en su caso, la Mutua) sí está obligada a anticipar el pago del subsidio, sin perjuicio de su derecho de repetición frente a la empresa y de su responsabilidad subsidiaria por la insolvencia de ésta. Pero cuando es la Mutua la aseguradora, el INSS responde subsidiariamente sólo de la insolvencia de ésta, mas no de la insolvencia de la empresa. ■

(28) Véase en esta misma obra el estudio sobre el tratamiento de la incapacidad temporal en la negociación colectiva en TORTUERO y SÁNCHEZ-URÁN: cit., capítulos III y IV. Un planteamiento general en R. AGUILERA IZQUIERDO; G. BARRIOS BAUDOR; Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: Protección social complementaria, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2003.

(29) Una exposición detallada del sistema de responsabilidades en A. MONTOYA MELGAR (coord.): Curso de Seguridad Social, cit., capítulos IX y XVII. Específicamente para el caso de incapacidad temporal, MUÑOZ MOLINA: cit., págs. 276 a 282.

ALTAS Y COTIZACIÓN EN LOS DIFERENTES REGÍMENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES[1]

Emilio J. MIRALLES CRESPO
Del Cuerpo Técnico Superior de la Administración de la Seguridad Social

Alberto SENDÍN BLÁZQUEZ
Del Cuerpo Técnico Superior de la Administración de la Seguridad Social

1. Introducción

Respondiendo a la temática propuesta por los gestores de la revista FORO, en este número monográfico sobre la incapacidad temporal, vamos a dedicar las siguientes páginas a las *"altas y cotización en los diferentes Regímenes de la Seguridad Social durante la incapacidad temporal por contingencias comunes"*.

Luego, con el solo enunciado de las cuestiones a tratar, se advierte ya que vamos a ocuparnos de dos materias muy concretas y realmente distintas, entre las que integran dos de las grandes técnicas o mecanismos instrumentales para la organización de la protección en nuestro Sistema de Seguridad Social.

- *Las "altas durante la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes"* se integran en el mecanismo general de la inscripción de empresas y de la afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de

[1] *Se trata de una puesta al día de una ponencia impartida en un curso de la Tesorería General.*

los trabajadores, que, tras la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, ha sido objeto de desarrollo reglamentario por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre "Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social".

● En cambio, la *"cotización durante la incapacidad temporal por contingencias comunes"* se integra en las técnicas instrumentales de la liquidación y de la recaudación de las cuotas que, tras la Ley General de la Seguridad Social, de 20 de junio de 1994, también han sido objeto de desarrollo reglamentario: La "liquidación" mediante el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre "Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social" y la "recaudación" mediante el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social.

Esos tres Reglamentos constituyen las normas fundamentales, las piedras angulares de la regulación que vamos a exponer, sin que nos planteemos aquí especiales problemas técnicos o doctrinales, en función de la singularidad y concreción de las materias que examinamos; en función de que el dador de la norma en el ámbito de la Seguridad Social o, como dijo ya Alberto de Pereda, "el Derecho Positivo parte de la realidad y crea otra realidad normativa sin excesivas preocupaciones de carácter doctrinal"; y, en fin, en función de que se considera que el interés de los destinatarios está en conocer la regulación positiva de estas materias en nuestra legislación y no en referirnos a cuestiones teóricas y planteamientos de "lege ferenda", que podrían adolecer de los riesgos propios de todas las previsiones futuristas, sin perjuicio de que al final de estas páginas llegaremos a unas conclusiones personales sobre la regulación actual de cada una de estas materias.

2. Las altas en los diferentes regímenes de la Seguridad Social durante la incapacidad temporal por contingencias comunes

2.1. El régimen jurídico general de esta materia está contenido básicamente en las siguientes normas:

● De la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, podemos citar aquí sus artículos 13 y 100, que regulan con carácter general las "formas de practicar la afiliación y las altas y bajas" para el Sistema y la "afiliación, altas y bajas" en el Régimen General, respectivamente.

● En el Texto Refundido que regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por Decreto de 23 de julio de 1971, podemos citar sus artículos 6 y siguientes sobre la regulación "del censo", en general.

● En el Texto Refundido por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto de 30 de agosto de 1974, podemos, a su vez, citar sus artículos 12, 13 y 14 que regulan las altas y bajas en este Régimen Especial en la Sección dedicada a la "afiliación de los trabajadores".

Estos artículos de uno y otro Texto Refundido no han sido derogados por la Ley de 20 de junio de 1994, por la simple razón de que este texto no ha refundido las Leyes reguladoras de los Regímenes Especiales.

● Por otra parte, en el Reglamento específico de esta materia, el citado Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, es donde se contiene hoy fundamentalmente la regulación general y la específica de esta materia:

● Como normas generales podemos citar sus artículos 7, 9, 14, 15, 29, 30, 35, 45, 46 y 47, de los que estos dos últimos, además del 14, regulan las particularidades relativas a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario y en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en cuanto a la protección por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, materia ésta ajena a nuestra consideración en este lugar, aunque posteriormente nos ocuparemos de la cotización por esta mejora de la incapacidad temporal.

● Con carácter específico debemos citar los números 1 de los referidos artículos 7 y 9 y, sobre todo, el artículo 29.3, del citado Reglamento General. En cambio, no son normas positivas en esta materia los artículos 17 a 23 (integrantes de la Subsección 2n de la Sección 2n del Capítulo II) de la clásica Orden de 28 de diciembre de 1966, ya que su Capítulo II así como el IV han sido expresamente derogados por la disposición derogatoria única de ese Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Y otro tanto ocurre:

● Con el Capítulo III y el artículo 16 del Decreto de 25 de septiembre de 1969, por el que todavía se regula en parte el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

● Y con los Capítulos III de los Decretos reguladores de los Regímenes Especiales de los

Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (el Decreto de 20 de agosto de 1970), del Agrario (el Decreto de 23 de diciembre de 1972) y de los Trabajadores del Mar (el Decreto de 9 de julio de 1970).

Todos los respectivos Capítulos III han sido expresamente derogados por la citada disposición derogatoria única de dicho Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, que también dejó sin efecto el Capítulo II sobre "afiliación, altas y bajas" de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por el que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos así como el Real Decreto 1258/1987, de 11 de septiembre", que realmente nunca llegó a entrar en vigor.

Luego, desde el punto de vista formal, resulta innegable que en esta materia de altas, con el Reglamento General de 26 de enero de 1996, se ha producido una unificación y simplificación normativa que ha puesto fin a la dispersión anterior y cuyo contenido normativo pasamos a exponer.

2.2. El contenido sustantivo de estas disposiciones de las materias que examinamos es realmente escaso.

● A diferencia de lo que ocurre en orden a la cotización durante la incapacidad temporal por contingencias comunes, para la que las normas reglamentarias son realmente numerosas, en esta materia de las altas durante la incapacidad temporal las normas son realmente mínimas y ello, en nuestra opinión, es debido a que no resultan necesarias normas específicas reguladoras de las altas durante la incapacidad temporal, sea por contingencias comunes o sea por contingencias profesionales, siendo suficiente el régimen jurídico general de las mismas en el Reglamento de 26 de enero de 1996 por las razones que se exponen, una vez examinemos brevemente esa regulación en el citado Reglamento. A estos efectos consideramos como normas de más directa aplicación en esta materia, las de los números 1 de sus artículos 7 y 9 y, sobre todo, su artículo 29.3.

● El artículo 7.1 del Reglamento de 26 de enero de 1996 declara en general que "mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona, que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexa con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes".

Y como "situación conexa" con la actividad determinante de la inclusión en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de dicha actividad o situación, destacan justamente las situaciones determinantes de incapacidad temporal del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social que, como saben, considera ya como tales únicamente "las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación" así como "los períodos de observación por enfermedad profesional, en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad" (art. 128).

> A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN ORDEN A LA COTIZACIÓN DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES, PARA LA QUE LAS NORMAS REGLAMENTARIAS SON REALMENTE NUMEROSAS, EN ESTA MATERIA DE LAS ALTAS DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL LAS NORMAS SON REALMENTE MÍNIMAS Y ELLO, EN NUESTRA OPINIÓN, ES DEBIDO A QUE NO RESULTAN NECESARIAS NORMAS ESPECÍFICAS REGULADORAS DE LAS ALTAS DURANTE LA IT

● A su vez, el artículo 9.1 del mismo Reglamento General establece sin distinciones que "siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y específicos establecidos [...] el alta en el Régimen correspondiente producirá los derechos y obligaciones que para dichas situaciones se establecen en la Ley General de la Seguridad Social y en las normas reguladoras de los distintos Regímenes de la misma, así como en el presente Reglamento y en las demás disposiciones complementarias".

No nos corresponde examinar aquí esos derechos y las obligaciones que el alta, durante la incapacidad temporal por contingencias comunes, conlleva.

Ni nos detendremos a examinar los derechos en materia de protección, porque son ajenos a nuestro cometido y con toda probabilidad serán tratados en otra colaboración de esta revista.

Ni tampoco examinamos ahora, es decir, en esta parte de nuestro trabajo –lo haremos después–, las

obligaciones durante la situación de incapacidad temporal, porque las mismas están referidas básicamente, por un lado, a la prohibición de realizar trabajos por cuenta propia o ajena, en razón de la propia naturaleza de la situación de incapacidad temporal y, de ahí, que el trabajo se configure como causa de extinción del subsidio correspondiente en el artículo 132 de la Ley General de la Seguridad Social y, por otro lado, están referidas a la obligación de cotizar al Régimen correspondiente, obligación de la que nos ocuparemos en particular en la segunda parte de esta intervención, en la que, como veremos, la obligación de cotizar durante la situación de incapacidad temporal no tiene necesariamente la misma duración que el derecho a la percepción del subsidio por incapacidad temporal, el cual puede percibirse después de haberse extinguido la situación determinante de la incapacidad temporal y la obligación de cotizar.

● Por su parte, específicamente el artículo 29.3 del propio Reglamento General de 26 de enero de 1996, entre otras cosas, establece literalmente que *"**a efectos de la promoción de las altas y bajas de los trabajadores [...] no tendrán la consideración de cese, para causar la baja correspondiente, la situación de incapacidad temporal** ni aquellas otras asimiladas a la de alta en la que se mantenga la obligación de cotizar por parte del empresario".*

Luego la norma fundamental en la materia que ahora examinamos es que "La situación de incapacidad temporal no tendrá la consideración del cese en el trabajo o en la prestación de servicios a efectos de causar baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social". Esta regla, que venía ya establecida en el artículo 17.1 de la Orden de 28 de diciembre de 1966, no tenía, sin embargo, una formulación explícita tan general como la de este artículo 29.3 del Reglamento de 26 de enero de 1996 para todo el sistema y tiene sus consecuencias concretas tanto en orden a la obligación de cotizar como en orden a la protección durante la misma, según veremos.

Por ahora baste decir que la situación determinante de la incapacidad temporal, en los términos del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social es un supuesto más de mantenimiento de lo que se ha llamado "alta real" en el ámbito de la Seguridad Social, a pesar de que en el ámbito sustantivo laboral en principio, la "incapacidad temporal de los trabajadores" sea una de las posibles causas de suspensión del contrato de trabajo entre las enumeradas en el artículo 45.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, suspensión de la relación laboral que, como dice el número 2 del propio artículo 45 del Estatuto, "exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo".

Esta regulación positiva de altas en la Seguridad Social, como alta real a todos los efectos, no impedirá que, si durante la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes se extingue la relación sustantiva laboral, proceda la baja en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social y, consiguientemente, se produzca la extinción de la obligación de cotizar al mismo, con independencia de que pueda continuarse en la percepción del subsidio correspondiente no obstante haberse extinguido tanto la situación jurídica de la incapacidad temporal bien por haberse extinguido la situación sustantiva laboral de prestación de servicios por cuenta ajena en los términos que luego expondremos o bien por haberse agotado el período máximo de duración de la incapacidad temporal.

2.3. Lo expuesto hasta aquí creemos que nos permite ya llegar a las siguientes conclusiones generales:

1n. En primer lugar, la de que, como ya decían en 1977 De la Villa y Desdentado (Manual de Seguridad Social, pág. 197), este "análisis del régimen legal de las altas y bajas –incluso durante la situación de incapacidad temporal– resalta la conexión formal de éstas con los presupuestos determinantes de la aplicación de las normas de Seguridad Social y, al mismo tiempo, pone de relieve la inestabilidad que se deriva de un engarce excesivamente mecánico entre la relación de trabajo y las conductas de los sujetos obligados, de una parte, y de otra, el funcionamiento de la cotización y de la acción protectora. Este desajuste –añaden los propios autores– trata de salvarse a través de instituciones estabilizadoras tales como "el alta de pleno derecho", las "situaciones asimiladas al alta", etc., o, añadimos nosotros, la propia situación del alta real "en caso de cese en la prestación de servicios por incapacidad temporal".

Todo ello, por otra parte, es un argumento más para defender que los ámbitos de aplicación del Derecho Laboral y el Derecho de la Seguridad Social no son coincidentes sino que en realidad se trata de dos ramas del Derecho que, aunque íntimamente interrelacionadas, sobre todo en su trayectoria histórica, son hoy claramente independientes en cuanto que, como dijo ya el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de noviembre de 1989 "el ordenamiento jurídico-privado de la relación laboral y el ordenamiento jurídico-público de la Seguridad Social son perfectamente diferenciables".

2n. La segunda conclusión que, en nuestro criterio, se infiere de todo lo expuesto, es que la regulación legal específica, tanto en el pasado como en el presente, de esta situación del alta en la incapacidad temporal y ello tanto por contingencias comunes

como por contingencias profesionales, nos parece suficiente en relación con las relaciones sociales a que está referida, por cuanto que los efectos de ese alta real durante la incapacidad temporal están luego minuciosamente desarrollados tanto en orden a la obligación de cotizar durante la misma, como en orden a la acción protectora del Sistema durante dicha situación de incapacidad. Y ello aparece con mayor nitidez en relación con las situaciones de incapacidad temporal por contingencias profesionales merced a ese especial mecanismo de ajuste conocido con el nombre de "altas de pleno derecho" a todos los efectos pero también en la configuración de la incapacidad temporal por contingencias comunes como alta real.

3n. Por ello mismo, una última conclusión, de índole formal a este respecto, es la de que, en nuestro criterio, no resulta necesario un mayor desarrollo de la regulación general y específica que en materia de altas contiene el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, de 26 de enero de 1996.

En cambio, no pensamos lo mismo respecto de la cotización durante la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, mucho más compleja, y, por ello, más normada pero todavía, en nuestro criterio, no suficientemente normada, como vamos a examinar inmediatamente.

3. La cotización en los diferentes Regímenes de la Seguridad Social durante la incapacidad temporal debida a contingencias comunes

Expondremos primero las fuentes o normas que la regulan, después el contenido jurídico general en la actualidad y finalizaremos con unas conclusiones generales.

3.1. El régimen jurídico general y específico de la cotización en los distintos Regímenes del Sistema durante la incapacidad temporal por contingencias comunes es realmente complejo y, en parte, sobre todo el relativo a base y tipos de cotización, es mutante o variable en cada ejercicio económico.

Como fuentes o normas reguladoras de esta materia, debemos citar las siguientes:

● En la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, las normas fundamentales al respecto son las del número 4 del artículo 106 y las del párrafo tercero del número 2 del artículo 131-bis, cuyo contenido, como el de las demás normas que van a citarse, expondremos inmediatamente.

● En el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1273/ 2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de los trabajadores autónomos y la ampliación de las prestaciones de incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, como norma específica que desarrolla las normas generales sobre el alta de los artículos 9.1 y 29.3 del Reglamento de 26 de enero de 1996, ya examinadas, debemos citar el artículo 13, en sus números 1, de carácter general, y 2, de carácter específico, sobre "duración de la obligación de cotizar".

> ESTA REGULACIÓN POSITIVA DE ALTAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL, COMO ALTA REAL A TODOS LOS EFECTOS, NO IMPEDIRÁ QUE, SI DURANTE LA SITUACIÓN DE IT POR CONTINGENCIAS COMUNES SE EXTINGUE LA RELACIÓN SUSTANTIVA LABORAL, PROCEDA LA BAJA EN EL CORRESPONDIENTE RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SE PRODUZCA LA EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR AL MISMO, CON INDEPENDENCIA DE QUE PUEDA CONTINUARSE EN LA PERCEPCIÓN DEL SUBSIDIO CORRESPONDIENTE

● Las de sus artículos 37 y 39.2 sobre "cotización complementaria –en el Régimen Especial Agrario– de los trabajadores por cuenta propia por mejora voluntaria de la incapacidad" y sobre el "contenido de la obligación de cotizar" en dicho supuesto.

● La de los artículos 44 y 45.3 sobre "cotización –en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos– en los supuestos de mejora voluntaria por incapacidad temporal y por contingencias profesionales y período de liquidación y contenido de la obligación de cotizar" en tal supuesto.

● La del artículo 46.3 sobre "los sujetos de la obligación de cotizar" en el Régimen Especial de Empleados de Hogar.

● Y, sobre todas, como norma común del Sistema, las del artículo 68 sobre "cotización durante la incapacidad temporal y maternidad y riesgo durante el embarazo".

● Al no haber sido desarrollado aún el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros

Derechos de la Seguridad Social, de 22 de diciembre de 1995, resulta necesario dictar en cada ejercicio económico la correspondiente Orden Ministerial de desarrollo y aplicación tanto de aquel Reglamento General como de las normas que "sobre cotizaciones sociales" contiene la Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio y cuyas normas respectivas, tanto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado como en la Orden de Cotización anual, contienen también previsiones sobre esta materia.

● Como tales deben citarse en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado las normas sobre bases máxima y mínima de cotización y fijación y distribución de los tipos aplicables y, en nuestro caso, concretamente deben citarse:

● Por un lado, el artículo 100 de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005.

● Por otro lado, y sobre todo, debemos citar la Orden TAS/77/2005, de 18 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional para 2005, que fija las bases de cotización para el presente ejercicio.

De esta Orden cabe destacar, el artículo 6.º, sobre cotización durante la situación de incapacidad temporal a la que se añaden como contingencias separadas, la de riesgo durante el embarazo y maternidad, si bien, ambas exceden el contenido de esta colaboración.

Los artículos 13.5 y 14.1 sobre distribución y determinación del tipo de cotización en los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, que se hayan acogido a la mejora voluntaria por incapacidad temporal.

Los artículos 17 y 18 sobre "coeficientes reductores aplicables a las empresas excluidas de esta contingencia de incapacidad temporal" y sobre los "coeficientes aplicables a las empresas autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión" de esta contingencia respectivamente.

El artículo 20 relativo a la determinación de la fracción de cuota a efectos de la financiación de las funciones y actividades atribuidas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en relación con la cobertura de la prestación de incapacidad temporal.

El artículo 33 sobre cotización en los supuestos de incapacidad temporal (riesgo durante el embarazo-maternidad) en los contratos a tiempo parcial.

A todos ellos hay que agregar otras normas dispersas en diversas disposiciones relativas a la incapacidad temporal en el supuesto especial de toreros, contenidas en el artículo 17 del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, sobre integración de determinados Regímenes Especiales de la Seguridad Social o las relativas a la base de cotización en la situación de incapacidad temporal en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, contenidas en el artículo 8.1 de la Orden de 3 de abril de 1973.

Hemos querido aludir a esta prolija y dispersa serie de artículos reguladores de la cotización durante la situación de incapacidad temporal debida a contingencias comunes en los diferentes Regímenes justamente para evidenciar la necesidad de una norma unitaria reguladora del desarrollo del Reglamento sobre Cotización en general y en materia de incapacidad temporal en particular, al menos en cuanto a los aspectos permanentes o que no cambian en cada ejercicio económico.

3.2. Contenido de la actual regulación sustantiva de esta materia.

A tal efecto expondremos inicialmente las normas comunes de la Ley General de la Seguridad social y del Reglamento sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, de 22 de diciembre de 1995, y después sistematizaremos las normas singulares en determinadas situaciones especiales y en ciertos Regímenes Especiales.

3.2.1. En la Ley General de la Seguridad Social, el número 4 de su artículo 106 establece *"que la obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa..."* y el artículo 131-bis en el apartado final de su número 2 dispone que *"durante los períodos señalados en los párrafos precedentes no subsistirá la obligación de cotizar"*, períodos que son exactamente el "plazo máximo de tres meses" para el examen del incapacitado a efectos de calificación como inválido permanente, o *"por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los treinta meses siguientes al inicio de la incapacidad temporal cuando el estado clínico del interesado haga aconsejable demorar la citada calificación como inválido permanente"*.

Luego, en la situación de incapacidad temporal la obligación de cotizar se extiende hasta la duración máxima de la misma. Luego veremos lo que sucede si antes se extinguiere el contrato de trabajo y se produjere la baja correspondiente en el Régimen de la Seguridad Social de encuadramiento.

3.2.2. En el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social:

● En coherencia con lo dispuesto tanto en los citados artículos 106 y 131-bis de la Ley General de

la Seguridad Social y en los artículos 9.1 y 29.3 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, de 26 de enero de 1996, el artículo 13, en su número 1, establece con carácter general que *"la obligación de cotizar a la Seguridad Social se mantendrá por todo el período en que el trabajador o asimilado, comprendido en el campo de aplicación de los distintos Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, desarrolle su actividad, preste los servicios determinantes de su inclusión en los mismos o se encuentre en una situación conexa con dicha actividad o servicios en los términos establecidos en este Reglamento y demás disposiciones complementarias ..."* y el propio artículo 13, en su número 2, explicita literalmente que":

- Y dejando, por ahora, sin exponer el contenido de los artículos 37 y 39.2, 44, 45.3 y 46.3 relativos al contenido de la obligación de cotizar respecto de los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales Agrario, de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y de Empleados de Hogar, son fundamentales para una mejor comprensión de este trabajo los tres primeros números del artículo 68 del Reglamento General de 22 de diciembre de 1995.

- El número 1 de este artículo 68 establece que "*la obligación de cotizar continuará durante la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, así como en la situación de riesgo durante el embarazo, aunque constituyan motivo de suspensión de la relación laboral".*

- Su número 2 remite a futuras reglas para la determinación de las bases en dichas situaciones disponiendo que *"El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dictará las reglas aplicables para la determinación de las bases de cotización para contingencias comunes y profesionales durante las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo".*

Con ello está habilitando específicamente al Ministro del Departamento para dictar Órdenes anuales de cotización en esta materia en armonía con lo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio en el artículo dedicado a regular las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

- Y el número 3 de este artículo 68 establece el límite mínimo de la base de cotización diciendo que *"Salvo en los supuestos en que, por disposición legal, se disponga lo contrario, la base de cotización para las contingencias comunes durante las situaciones de incapacidad temporal y maternidad no podrá ser inferior a la base mínima vigente en cada momento en el Régimen de que se trate".*

EN NUESTRO CRITERIO, NO RESULTA NECESARIO UN MAYOR DESARROLLO DE LA REGULACIÓN GENERAL Y ESPECÍFICA QUE EN MATERIA DE ALTAS CONTIENE EL REGLAMENTO GENERAL SOBRE INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS Y AFILIACIÓN, ALTAS, BAJAS Y VARIACIONES DE DATOS DE TRABAJADORES EN LA SEGURIDAD SOCIAL, DE 26 DE ENERO DE 1996

3.2.3. Con ello llegamos a la regulación de la Orden TAS/77/2005, de 18 de enero que desarrolla las normas de cotización en dicho ejercicio y que, según decíamos, dedica sus artículos 6, 13.5, 14.1, 17, 18, 20 y 33 a regular la materia que examinamos y cuya exposición hacemos ya en forma sistemática para así tener una visión completa de su regulación pero bien entendido que cuanto vamos a exponer está tomado directamente, y no podría ser de otra manera, de la regulación contenida en los artículos ci-tados del Reglamento General de Cotización, de 22 de diciembre de 1995.

De su regulación y de los pronunciamientos de la Dirección General de Ordenación se infiere lo siguiente:

A) Con carácter común al Régimen General y a los Regímenes Especiales podemos decir que la obligación de cotizar durante la situación de incapacidad temporal –y lo mismo ocurre en los períodos de descanso por maternidad y riesgo durante el embarazo– se mantiene y se extingue en los siguientes términos:

a) De conformidad con lo dispuesto en los artículos de la Ley General de la Seguridad Social y Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social ya citados, la obligación de cotizar permanece durante las situaciones determinantes de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en las establecidas en el artículo 128 de dicha Ley General (al igual que durante las de disfrute de los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento previo, a que se refiere el artículo 133-bis de la misma) aunque unos y otros supongan la suspensión de la relación laboral con el alcance previsto en los artículos 45 y 48 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

b) Sin embargo, no subsistirá la obligación de cotizar durante los períodos de incapacidad temporal (ni tampoco de maternidad, ni de riesgo durante el embarazo) respecto de aquellos trabajadores cuya rela-

ción laboral se hubiere extinguido durante dicha situación, con independencia del mantenimiento, en su caso, del derecho al subsidio correspondiente hasta la extinción legal del mismo.

Igualmente, en los casos de trabajadores fijos discontinuos no existirá obligación de cotizar desde la finalización de la temporada, aun cuando el trabajador continúe en situación de incapacidad temporal con derecho a percibir el correspondiente subsidio. Sin embargo, en tal supuesto, la obligación de cotizar a cargo del empresario se reanudará si el trabajador en situación de incapacidad temporal o maternidad debiera ser llamado a prestar sus servicios al reinicio de la temporada de actividad.

B) En cuanto a las bases y tipos de la cotización durante la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes:

En las situaciones de incapacidad temporal (y también en las de riesgo durante el embarazo y maternidad) antes señaladas, la base de cotización aplicable será la correspondiente al mes anterior al de la fecha de la incapacidad, situación de riesgo durante el embarazo o, en su caso, del inicio del disfrute de los períodos de descanso por maternidad.

a) Para la aplicación de esa norma general se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1n. En el supuesto de retribuciones que se satisfagan con carácter diario o cuando, teniendo dicho carácter, el trabajador no hubiere permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior, el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiera la cotización. El cociente resultante será la base diaria de cotización, que se multiplicará por el número de días en que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal (o, en su caso, de riesgo durante el embarazo, o disfrute de los períodos de descanso por maternidad) para determinar la base de cotización durante dicha situación.

2n. Cuando el trabajador tuviera retribución mensual y hubiese permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior al de la iniciación de dicha situación, la base de cotización de ese mes se dividirá por 30.

3n. Cuando el trabajador tuviera remuneración mensual y no hubiera permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior, el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiere la cotización.

El cociente resultante será la base diaria de cotización, que se multiplicará por 30, de permanecer todo el mes en la situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, o de disfrute de los período de descanso por maternidad, o por la diferencia existente entre dicha cifra y el número de días que realmente haya trabajado en dicho mes, en otro caso.

4n. Cuando el trabajador hubiera ingresado en la empresa en el mismo mes en que haya iniciado la situación de incapacidad temporal se aplicará a ese mes lo establecido en las reglas precedentes.

b) Las reglas que se acaban de exponer son también de aplicación para calcular la base de cotización durante la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, si bien a fin de determinar la cotización que por el concepto de horas extraordinarias corresponda efectuar, se tendrá en cuenta el promedio de las efectivamente realizadas y cotizadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha de iniciación de dicha situación y por ello el número de horas realizadas se dividirá por 12 ó 365, según que las retribuciones del trabajador se satisfagan con carácter mensual o diario, pero de esta materia no nos corresponde ocuparnos en esta colaboración.

c) Salvo en los supuestos en que por disposición legal se disponga lo contrario, como sucede en los contratos a tiempo parcial, en ningún caso la base de cotización por contingencias comunes, durante las situaciones de incapacidad temporal, podrá ser inferior a la base mínima vigente en cada momento que corresponda a la categoría profesional del trabajador. A tal efecto, el subsidio por incapacidad temporal (riesgo durante el embarazo o por maternidad) se actualizará a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima de cotización.

d) En cuanto a los tipos aplicables a la base así determinada en este Régimen General, durante la incapacidad temporal, el tipo es el común del 28,30 del que el 23,60 por 100 es a cargo de la empresa y el 4,70 por 100 a cargo del trabajador.

Aunque sea salirnos de los límites de la colaboración, sí queremos decir que, conforme a lo dispuesto en el artículo 68.5 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, a efectos de la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, mientras el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal (riesgo durante el embarazo y maternidad) los sujetos obligados podrán aplicar los porcentajes correspondientes al epígrafe 126 de la tarifa de primas vigente, cualquiera que fuese la categoría profesional y la actividad del trabajador, es decir, los porcentajes del 0,30 y del 0,60 por 100, es decir, del 0,90 por 100, reducidos todos en un 10 por 100 pero no nos incumbe a nosotros examinar aquí esta materia.

C) En cuanto a los obligados al cumplimiento y liquidación de la obligación de cotizar durante la situación

de incapacidad por contingencias comunes, en los supuestos de incapacidad temporal con suspensión de la relación laboral, es el empresario el obligado al cumplimiento de la obligación de cotizar en las condiciones establecidas con carácter general y en los términos siguientes:

● Cuando los documentos de cotización se presenten en plazo reglamentario, se podrá compensar el importe del subsidio de incapacidad temporal que hubiere abonado a sus trabajadores en pago delegado y deducir la aportación del trabajador así como efectuar otras deducciones que tuviere reconocidas en los términos y con el alcance fijados en el artículo 36, de la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos el Sistema de la Seguridad Social, R.D. 1415/2004, de 11 de junio, es decir, que se podrá compensar el subsidio pagado correspondiente al mismo período al que se refiere la cotización y deducir la aportación del trabajador por el mismo período, con la consiguiente incidencia en la aplicación del recargo de mora que únicamente incidirá sobre la diferencia subsistente.

● Si los documentos de cotización se presentasen fuera de plazo reglamentario, el importe de los subsidios de incapacidad temporal que hubieren sido abonados ya no podrán ser compensados aunque sí podrán ser deducidos en dichos documentos en los términos y con el alcance señalados en el apartado 1.*a)*, párrafo quinto del artículo 36 de la citada Orden de 25 de mayo de 2005.

● En las situaciones de incapacidad temporal en que no exista pago delegado del subsidio correspondiente por parte del empresario sino que el mismo es gestionado directamente por la Entidad Gestora o Colaboradora, el empresario únicamente deberá cotizar por la aportación empresarial pero reflejará en la autoliquidación que practique el importe de la aportación del trabajador que deducirá en dicha liquidación, tanto si los documentos de cotización se presentan dentro como fuera del plazo reglamentario.

En cambio, el pago de la fracción de cuota correspondiente a la aportación del trabajador en situación de incapacidad temporal se realizará por la Entidad Gestora o Colaboradora, que descontará la fracción de cuota a cargo del trabajador del importe del subsidio que la misma deba abonar al beneficiario, ingresando aquélla el importe de la cuota retenida en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

● Si el trabajador en situación de incapacidad temporal no tuviere derecho a la percepción del subsidio correspondiente, el empresario deberá ingresar el importe de su aportación empresarial, sin que el mismo haya de efectuar cotización alguna por la aportación de dicho trabajador.

(Estos criterios son básicamente aplicables también en la cotización en la situación de riesgo durante el embarazo y de maternidad con las particularidades que resulten de no existir gestión delegada de estas situaciones.)

EL RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL Y ESPECÍFICO DE LA COTIZACIÓN EN LOS DISTINTOS REGÍMENES DEL SISTEMA DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES ES REALMENTE COMPLEJO Y, EN PARTE, SOBRE TODO LO RELATIVO A BASE Y TIPOS DE COTIZACIÓN, ES MUTANTE O VARIABLE EN CADA EJERCICIO ECONÓMICO

D) Respecto de la cotización al Régimen General de la Seguridad Social durante la situación de incapacidad temporal (y también en las situaciones de riesgo durante el embarazo y de maternidad) en los supuestos de contratos a tiempo parcial, para la determinación de la base diaria de cotización correspondiente a las situaciones determinantes de incapacidad temporal (y también las de riesgo durante el embarazo y de disfrute de los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento previo) se dividirá la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período.

Esta base de aplicará exclusivamente a los días en que el trabajador hubiera estado obligado a prestar servicios efectivos en la empresa, de no hallarse en alguna de las situaciones anteriores.

E) Como otras especialidades a resaltar, tanto respecto del Régimen General como de los Especiales del Mar y de la Minería del Carbón, podemos citar de pasada las siguientes:

1a. Que cuando la empresa esté excluida de la contingencia de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, se aplicará a la cotización el coeficiente reductor del 0,055, del que el 0,046 corresponderá a la cuota empresarial y el 0,010 a la cuota del trabajador.

2b. Que cuando las empresas se hallen autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social, el coeficiente reductor aplicable a las empresas autorizadas para colaborar voluntariamente en la gestión de la prestación económica de in-

capacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, será el 0,055 sobre la cuota que les corresponderá satisfacer de no existir la colaboración.

El importe a deducir en estos casos se determina multiplicando por los coeficientes reductores señalados, o la suma de los mismos en su caso, la cuota íntegra resultante de aplicar el tipo único vigente a las correspondientes bases de cotización. Todo ello en los documentos de cotización correspondientes al mismo período siempre que se hubieren presentado en plazo reglamentario o, con autorización de la Tesorería General, en los documentos de cotización correspondiente a otros períodos distintos que la Tesorería General determine.

F) Otras especialidades en cuanto a la cotización al Régimen General durante la situación de incapacidad temporal y maternidad es la relativa al supuesto especial de toreros.

En efecto, el profesional taurino que se encuentre en situación de incapacidad temporal debida a enfermedad, común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo (y también en situación de maternidad), tendrá que efectuar a su cargo el abono de las cotizaciones correspondientes durante el tiempo que permanezca en dichas situaciones, incluidas las cuotas por accidente de trabajo y enfermedad profesional correspondiente al epígrafe 126 de la tarifa de primas vigente, y a favor de la Entidad Gestora o Colaboradora con la que la última Empresa tenga concertada la cobertura de aquellas contingencias, según los datos figurados en el último "justificante de actuaciones", recibido de dicha empresa.

La base diaria de cotización durante dichas situaciones de incapacidad temporal (y también por maternidad) será la misma que hubiera servido de reguladora para el cálculo del subsidio correspondiente, de haber tenido derecho al mismo, obtenida por el cociente de dividir, entre 365, la cotización efectuada en el transcurso de los doce meses anteriores o el promedio diario de cotización realizada, si desde el día de inscripción en el censo al anterior al de la baja por situación de incapacidad temporal o maternidad no hubieran transcurrido dichos doce meses. A estos efectos se computarán todos los meses como de treinta días.

G) En fin, como peculiaridades de la cotización en las situaciones de incapacidad temporal (y también maternidad), en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, durante las situaciones determinantes de la incapacidad temporal (y también de maternidad), debemos señalar las siguientes:

a) El empresario, además de cotizar por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales así como al Fondo de Garantía Salarial, en las condiciones establecidas con carácter general, ingresará únicamente la aportación empresarial al desempleo respecto de los trabajadores fijos o con contrato de trabajo por tiempo indefinido, en incapacidad temporal.

La aportación del trabajador a la cuota por desempleo, cuando exista derecho al subsidio por incapacidad temporal o maternidad, se abonará por la Entidad Gestora o Colaboradora que tenga concertada o asumida la cobertura correspondiente, deduciendo aquella aportación del importe del subsidio que deba abonar al trabajador. Pero si éste no fuere beneficiario del subsidio por incapacidad temporal o maternidad, ni el empresario ni la Entidad Gestora o Colaboradora abonará la aportación del trabajador al desempleo.

b) Respecto de los trabajadores con contratos de trabajo de duración determinada y de carácter eventual, que se encuentren en las situaciones de incapacidad temporal (o maternidad) el empresario no está obligado a abonar la aportación empresarial.

H) Por otro lado, y al margen de la opción de la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes por parte de los empresarios en general, que está regulada sobre todo en los artículos 12 y 14 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, de 26 de enero de 1996, y en los artículos 69 y 74 del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, de 7 de diciembre de 1995, en los Regímenes Especiales Agrario y de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, todos los trabajadores por cuenta propia incluidos en uno y otro Régimen pueden acogerse voluntariamente a la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y profesionales y en caso de haber optado por la protección de dicha contingencia pueden asimismo optar entre formalizar la cobertura de dicha prestación económica bien con la Entidad Gestora correspondiente –el INSS– o bien con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en los términos y condiciones minuciosamente regulados en los artículos 46.3 y 47.2 y 3 del citado Reglamento de Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de la Seguridad Social, de 26 de enero de 1996, según nueva redacción dada a este último precepto por el R.D. 1273/2003, de 10 de octubre, ya citado, con la singularidad prevista para los que soliciten el alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social a partir del 1 de enero de 1998 y opten por la cobertura de la incapacidad temporal, los cuales deberán formalizar la misma con una Mutua de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales (disposición adicional undécima 2. párrafo segundo de la Ley General de la Seguridad Social), cuya exposición sería ajena al contenido de este trabajo, correspondiéndonos, en cambio, estudiar el contenido de la obligación de cotizar en tales supuestos y que es el que se re-

gula con cierta extensión en el número 2 del artículo 39 y en el artículo 44, y en el número 3 del artículo 45 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de Otros Derechos de la Seguridad Social, de 22 de diciembre de 1995, según nueva redacción dada asimismo por el R.D. 1273/2003, de 10 de octubre. Y, en concreto:

a) En el Régimen Especial Agrario.

● La obligación de cotizar de los trabajadores por cuenta propia o autónomos que hayan optado por incluir en el ámbito de la acción protectora la prestación de incapacidad temporal, requiere precisar su nacimiento, duración y extinción que es lo que respectivamente hacen los apartados 2.1, 2.2 y 2.3 del artículo 39 del citado Reglamento sobre Cotización y Liquidación. Por ello diremos muy brevemente que:

i) En cuanto al nacimiento, cuando la solicitud de mejora se presente simultáneamente con la petición de alta en este Régimen Especial, la obligación de cotizar nacerá desde el día primero del mes en que surta efectos el alta en este Régimen, a saber, el día primero del mes natural en que se produzca la inscripción en el censo.

Cuando el trabajador que estuviere ya en alta en este Régimen Especial Agrario formulare su petición de mejora de la prestación económica por incapacidad temporal en los términos establecidos en el artículo 46.3 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores de la Seguridad Social, de 26 de enero de 1996, es decir, una vez transcurridos tres años naturales desde la fecha de efectos del alta y antes del día primero del mes de octubre del ejercicio correspondiente, la obligación de cotizar por dicha mejora nacerá desde el día primero de enero del año siguiente al de la presentación de la solicitud.

ii) En cuanto a la duración de la obligación de cotizar por dicha mejora de incapacidad temporal la misma se mantendrá por un período mínimo de tres años y se prorrogará automáticamente por períodos de igual duración, sin interrupción, mientras el trabajador siga reuniendo las circunstancias determinantes de su inclusión en este Régimen Especial.

iii) En cuanto a la extinción de la obligación de cotizar por la mejora voluntaria de incapacidad temporal, se extinguirán tanto por renuncia de la misma solicitada por escrito antes del primer día del mes de octubre correspondiente y que surtirá efectos desde el día uno de enero del año siguiente, como por la baja en este Régimen Especial, la cual surtirá efectos desde el día primero del mes siguiente a producirse la misma, *"baja que llevará consigo la renuncia a la opción de la prestación por incapacidad temporal, sin perjuicio de mantener el percibo de la prestación que se viniere recibiendo en el momento de la baja, hasta que se produzca una causa legal de extinción"*, como dice el artículo 46.3.4.º del Reglamento General de 26 de enero de 1996.

NO SUBSISTIRÁ LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR DURANTE LOS PERIODOS DE IT (NI TAMPOCO DE MATERNIDAD, NI DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO) RESPECTO DE AQUELLOS TRABAJADORES CUYA RELACIÓN LABORAL SE HUBIERE EXTINGUIDO DURANTE DICHA SITUACIÓN, CON INDEPENDENCIA DEL MANTENIMIENTO, EN SU CASO, DEL DERECHO AL SUBSIDIO CORRESPONDIENTE HASTA LA EXTINCIÓN LEGAL DEL MISMO

● En cuanto al tipo de cotización por la mejora de la prestación económica por incapacidad temporal, según resulta del artículo 37 del Reglamento General de 22 de diciembre de 1995, la cuota se determinará aplicando a la base mensual de cotización de los trabajadores por cuenta propia incluidos en este Régimen Especial que en cada ejercicio se determine, el tipo que asimismo se fije para contingencias comunes o el correspondiente para contingencias profesionales.

● En cuanto a la liquidación de estas cuotas o mejor de esta fracción de cuota por la mejora de la prestación económica por incapacidad temporal, como establece el artículo 40 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación, de 22 de diciembre de 1995, la misma está referida al mes al que corresponde su devengo, comprenderá tanto las cuotas ordinarias como las complementarias por la mejora de incapacidad temporal juntamente con las cantidades por contingencias profesionales, se efectuarán en los correspondientes documentos de cotización y se ingresarán en el plazo establecido en el Reglamento General de Recaudación –art. 56.1–, a saber, el mes siguiente al que corresponda su devengo "sin que en ningún caso se admita el ingreso separado de unas y otras cuotas", dice tajantemente el artículo 40 del Reglamento General de 22 de diciembre de 1995.

b) En el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, la cotización en los supuestos de acogimiento voluntario a la cobertura de la prestación por incapacidad temporal se regula en los artículos 44 y 45 del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social de 22 de diciembre de 1995, según redacción dada por el R.D. 1273/2003, de 20 de octubre ya citado.

● La liquidación de la cuota o fracción de cuotas por incapacidad temporal se realiza en los plazos y

en los mismos documentos de cotización que la cuota ordinaria que, según los artículos 18 y 45 del Reglamento General de 22 de diciembre de 1995, se presentarán ante las oficinas recaudadoras en el plazo establecido en el artículo 56.1.b). primero y siguientes del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social,

I) En el Régimen Especial para la Minería del Carbón, las bases de cotización en las situaciones de incapacidad temporal y maternidad serán las bases normalizadas que se determinan en el artículo 58.2 del indicado Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

J) En fin, en el Régimen Especial de Empleados de Hogar y según el artículo 46.3 del mismo, el empleado de hogar será el sujeto obligado al cumplimiento de la obligación de cotizar en las situaciones de incapacidad temporal y también en maternidad, incluido el mes de finalización de dichas situaciones, pero excluido el mes en que las mismas se inicie, en el que serán sujetos de la obligación de cotizar, en sus respectivas aportaciones a la cuota, que en este ejercicio son del 18,3 por 100 y del 3,7 por 100, respectivamente, para el cabeza de familia y para el empleado de hogar al que éste preste sus servicios de manera exclusiva y permanente.

3.4 Conclusiones.

Para finalizar, nos parece útil formular también aquí unas mínimas conclusiones sobre la regulación legal de la cotización por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en los diferentes Regímenes del Sistema que hemos expuesto:

1n. Frente a las conclusiones efectuadas en relación con las altas durante dicha incapacidad temporal, ahora, y es nuestra primera conclusión, entendemos que la compleja regulación positiva actual es formalmente insuficiente.

Aunque el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social ha supuesto un paso importante en la unificación y actualización de las regulaciones anteriores al mismo, sin embargo dicho Reglamento y sus posteriores modificaciones no bastan. Aparte de que en él no se incluyen, ni podrían incluirse, por razones de legalidad, la regulación relativa a bases y tipos de cotización en general y durante la incapacidad temporal que se fijan cada año por Ley, concretamente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico, es lo cierto que la multiplicidad y complejidad de las situaciones que ofrece la realidad social en orden a la cotización a la Seguridad Social requiere de una Orden de desarrollo de aquel Reglamento General para evitar la dispersión normativa que todavía se advierte a nivel de Órdenes Ministeriales.

EN CUANTO A LOS OBLIGADOS AL CUMPLIMIENTO Y LIQUIDACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR DURANTE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD POR CONTINGENCIAS COMUNES, EN LOS SUPUESTOS DE IT CON SUSPENSIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, ES EL EMPRESARIO EL OBLIGADO AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR EN LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS CON CARÁCTER GENERAL Y CON ALGUNOS CONDICIONANTES

Pensamos que siempre será necesaria en cada ejercicio que una Orden Ministerial desarrolle y concrete para las distintas situaciones y Regímenes del Sistema las bases y tipos de cotización que para cada ejercicio establece la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, pero ello podría llevarse a un Anexo de esa Orden de desarrollo del Reglamento General de Cotización y Liquidación, Anexo que tendría un contenido realmente reducido y sería cambiado cada año.

Pero no parece tener mucho sentido repetir en el mes de enero de cada año una Orden de Cotización para cada ejercicio que, en gran parte, es repetición de la Orden del ejercicio anterior. Compárense, por ejemplo, las Órdenes Ministeriales de 19 de enero de 1994 y la de 18 de enero de 1995, que se valida para el ejercicio de 1996 por el artículo 1 de la Orden de 11 de enero de 1996, aparte de que en ella, por vía de disposiciones adicionales, se incluyan previsiones normativas permanentes que, por su asistematicidad, convierten en un auténtico laberinto el llegar hasta la norma de cotización que necesitamos aplicar en el caso concreto que nos interesa.

2n.La segunda y última conclusión rebasa los límites formales en que se mueve la primera y hace referencia a la gran complejidad de la regulación sustantiva de la cotización por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, como se advierte en nuestra exposición.

Esta conclusión, sin embargo, en nuestro criterio tiene difícil solución, en tanto la regulación normativa de la cotización a la Seguridad Social en general ofrezca la enorme complejidad que actualmente ofrece no solamente para los obligados a cotizar sino también para los Organismos encargados de su gestión y control. ■

LA INTERACCIÓN ENTRE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y OTRAS SITUACIONES PROTEGIDAS

Juan MARTÍNEZ MOYA

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia

Joaquín SAMPER JUAN

Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

I. Tránsito entre IT y otras situaciones protegidas: una visión panorámica

La incapacidad temporal (en adelante IT) es una prestación de duración limitada. En ella tienen, por tanto, gran importancia los problemas de delimitación temporal. El derecho al subsidio durará lo que dure la situación de incapacidad temporal, extinguiéndose cuando se dé alguna de las situaciones previstas en el art. 131 bis 1 de la LGSS (apartado redactado conforme al art. 34.Cuatro de la L. 24/01, 17-12): por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento[(1)].

Pero las situaciones de incapacidad temporal frecuentemente sobrevienen o se ven afectadas por otras situaciones protegidas, que se superponen o se producen sin solución de continuidad. La ley y la normativa reglamentaria tratan de hacer frente a la riqueza de supuestos que se presentan, y la doctrina jurisprudencial y judicial en la aplicación de aquéllas integra en unos casos flexibilizando, acomodando y conciliando esa articulación en el tránsito y, en ocasio-

(1) Un estudio monográfico y actualizado puede verse en La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente, SALA FRANCO, Tomás, Tirant lo Blanch monografías 348, Valencia, 2005.

nes, interferencia de la normativa reguladora de las diversas situaciones de protección que también se ven involucradas.

Estos fenómenos de interacción o de tránsito entre situaciones protegidas se proyectan en ámbitos diversos formando parte de la propia dinámica del proceso de incapacidad temporal. Constituyen una cumplida demostración de la complejidad del sistema regulador de una institución poliédrica como es la IT, donde se entrecruzan niveles normativos distintos: el de la asistencia sanitaria, el de la situación suspensiva en que queda la relación laboral y el de la prestación económica de la Seguridad Social derivados todos ellos de la situación de IT del trabajador[(2)].

La regulación que la norma hace de ese tránsito entre prestaciones, desde la perspectiva que nos ocupa y que no es otra que la prestación de IT, viene a veces fuertemente condicionada por políticas presupuestarias[(3)] en las que late el debate sobre la suficiencia de las prestaciones que a la postre origina frecuentes modificaciones normativas[(4)]. Con las últimas reformas legales, el camino de la incapacidad temporal se ha visto reducido –ha perdido calidad en términos de tiempo y cuantía– cuando el trabajador incapacitado ve extinguido su contrato de trabajo y pasa a situación de desempleo. Pero también hay que precisar que la interacción de la IT con la prestación de maternidad no ha alterado sustancialmente el recorrido de aquella prestación, algo lógico pese a la denuncia, con fundamento, de que uno de los aspectos mejorables de la licencia por maternidad sea el mantenimiento de vínculos injustificados entre las prestaciones de maternidad y las de incapacidad temporal, determinantes de una equiparación a la baja de la protección[(5)].

Si trazamos un esquemático dibujo de esas situaciones de tránsito entre prestaciones observamos que:

a) En unos casos, tienen su escenario en el momento del nacimiento de la IT. Por tanto, sirven para determinar la concurrencia de requisitos para causar derecho a la prestación económica por IT[(6)]. Fuera de los casos de situaciones de normalidad de alta, y del alta presunta o de pleno derecho, la problemática suele centrarse en los supuestos en los que cabe hablar de situaciones asimiladas al alta. El art. 4.1 de la Orden de 13-10-1967 que regula la prestación de la Seguridad Social por incapacidad laboral transitoria contempla como supuesto "la situación de desempleo involuntario, total y subsidiado"[(7)]. Son consideradas situaciones asimiladas al alta aquellas provenientes de suscripción de Convenios especiales[(8)], períodos de vacaciones anuales retribuidos que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato[(9)], traslado del trabajador por la em-

---

[(2)] En este sentido, SALA FRANCO, Tomás, op. cit. supra, págs. 135 y ss. muy crítico con la regulación de la IT, que califica de compleja, caótica en su regulación y de ineficaz aplicación.

[(3)] Como indica MONTOYA MELGAR, Alfredo, Derecho del Trabajo, Tecnos, vigésima edición, 1999, pág. 603: "Que la Seguridad Social sea para el jurista ante todo un sistema o 'aparato' técnico no significa desconocer su indudable raíz económica: en rigor, todo sistema de Seguridad Social es, en último término, un sistema de seguridad económica. Y en la misma línea, sobre la naturaleza económica del riesgo, ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis, en Instituciones de Seguridad Social, Civitas, decimosexta edición, 1998, págs. 20 y ss.

[(4)] APARICIO TOVAR, Joaquín, Sobre la suficiencia de las prestaciones con ocasión de las recientes reformas del sistema de Seguridad Social, Revista Derecho Social, 17, Bomarzo, enero-marzo, 2002, págs. 235-242, critica las reformas operadas por Ley 24/2001 en materia de incapacidad temporal –art. 222 de la LGSS, vid. infra–, que provocan una disminución de la cuantía de la prestación económica cuando se produce la extinción del contrato de trabajo en situación de baja, señalando que "toda esta regulación parte de la prejuiciosa presunción de que el incapacitado para el trabajo es un defraudador en cuanto su situación se conecta con la de desempleo".

[(5)] LOUSADA AROCHENA, José Fernando, El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora, MTAS, Instituto de la Mujer, Madrid, 2002, pág. 282.

[(6)] La panorámica de supuestos viene examinada por MUÑOZ MOLINA, Julia, La Incapacidad Temporal como Contingencia Protegida por la Seguridad Social, Thomson-Aranzadi, Colección Monografías, 2005, págs. 47 y ss.

[(7)] El TS 26-7-93 RJ 1993, 5980 –con la legislación anterior– consideraba que la situación de desempleo del nivel asistencial no podía entenderse asimilada a la de alta a estos específicos efectos de lucrar prestaciones por IT.

[(8)] Orden TAS/2865/2003, de 13-10, que regula el Convenio Especial en el sistema de la Seguridad Social.

[(9)] Art.125 LGSS apartado 1 (redactado por disp. adic. 7.ª Ley 45/2002 de 12 diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad).

[(10)] Orden 27-1-1982.

presa fuera del territorio nacional[10], y aquellas otras situaciones de IT sobrevenidas durante la tramitación del despido, el alta por maternidad seguida de baja por enfermedad común, o las propias recaídas.

b) En otros, el surgimiento de otras situaciones protegidas afecta al propio mantenimiento o subsistencia del subsidio de IT. Entramos de lleno en el, a veces, vidrioso terreno de las compatibilidades e incompatibilidades del subsidio económico de IT con otras prestaciones de Seguridad Social (desempleo, maternidad, incapacidad permanente, jubilación, prestaciones por muerte y supervivencia, entre otras), sin marginar otras situaciones relacionadas con la extinción del contrato de trabajo (la interacción con el devengo de salarios de tramitación) o con las situaciones de pluriactividad.

c) Y muy conectado con lo anterior, los efectos que el acaecimiento de otras situaciones protegidas –fundamentalmente desempleo[11], maternidad y riesgo por embarazo, o la declaración de incapacidad permanente– acarrean en la propia dinámica del subsidio de IT, afectan tanto a su cuantía como a su duración.

Estos tres momentos (nacimiento, subsistencia y extinción) propios del desarrollo vital de la prestación de IT (que centraremos en el Régimen General, salvo alguna alusión que haremos a la interacción maternidad e IT en el RETA) estarán presentes en el examen de las distintas prestaciones del que nos vamos a ocupar a continuación.

II. IT y desempleo

A) Desempleo y nacimiento de la IT

En primer término, conviene reparar en la relación IT y desempleo cuando éste es considerado para el nacimiento de la prestación de IT.

La jurisprudencia viene señalando[12] que la situación del demandante de empleo no puede entenderse asimilada al alta a los efectos de lucrar las prestaciones económicas por IT por parte de quien acaba proceso precedente de IT y ya está desligado de la empresa.

En cambio, el TS sí ha reconocido el derecho al subsidio de IT en un supuesto anterior a la reforma operada en su día por RDley 5/2002, de 24 de mayo, situación de IT surgida en fase de desempleo siguiente a una declaración judicial de despido improcedente del art. 111.1. *b)* de la LPL, que después es anulada en suplicación[13].

B) Régimen jurídico de la interacción entre Desempleo e IT.

1. El art. 222.1 y 3 de la LGSS. Tipología de situaciones.

La interacción entre estas dos situaciones, como ya indicamos más arriba[14] está regulada en el art. 222.1 y 3 de la LGSS versión dada por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, tributaria en este punto del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9-4-2001 por el Gobierno de la nación, CEOE-CEPYME y CC.OO[15]. Entre los objetivos de este Acuerdo figuraba la lucha contra el fraude, y al efecto se decía que "se establecerán las medidas necesarias que impidan la concatenación abusiva de la IT con la prestación por desempleo".

Puede ser ésta una explicación del por qué la reforma del art. 222 LGSS hace pivotar sobre la prestación por desempleo toda la interacción de otras prestaciones (entre ellas, la IT)[16]. En lo que hace a la incapacidad temporal y maternidad –no así respecto a la prestación del Permanente– da respuestas pero tomando como guía un criterio restrictivo al establecer, por una parte, como regla el percibo de las prestacio-

---

[11] Art. 222 de la LGSS que en sede de desempleo regula la interacción entre esta situación y la maternidad e incapacidad temporal (versión dada por el art. 34.10 de la Ley 24/2001, debiendo tener en cuenta que la prestación por incapacidad temporal en el supuesto previsto en párr. 2.º apdo. 3 tendrá una cuantía igual al 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual por disposición final 1.ª tres RDL 3/2004, de 25 junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía.

[12] SSTS 18-9-2002 RJ 2003, 499; 12-9-2003 RJ 2003,7052; 19-9-2003 RJ 2003, 6428.

[13] STS 5-11-2002 RJ 2003, 2697.

[14] Véase nota 4.

[15] Seguimos en este punto a LUJÁN ALCARAZ, José, en el comentario que hace al artículo 222 de la LGSS en la obra Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social, VV.AA; coord. SEMPERE NAVARRO, Antonio V., Laborum, Murcia, 2003, págs. 1183-1188.

[16] Sin embargo, para GUALDA ALCALÁ, José, Problemas aplicativos de la articulación de la prestación de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001, en Revista de Derecho Social, 18, abril-junio 2002, Bomarzo, págs. 95 a 127, observa cierta incongruencia de la Ley 24/2001 con los objetivos del Acuerdo Social de 9-4-2001, pues aquélla se limita a recortar las prestación por desempleo y de IT, lo que se introduce con ocasión de un concierto entre agentes sociales para atacar el fraude en esta materia.

nes por desempleo frente a los subsidios por incapacidad temporal o maternidad, y por otra al prohibir la acumulación de los períodos de disfrute de unas y otras prestaciones.

En la relación entre la prestación de desempleo y de IT hay que distinguir los siguientes supuestos:

1. El del trabajador en activo, que estando en IT, ve extinguido su contrato de trabajo (art. 222.1), seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, pero en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación por desempleo y a percibir la prestación o subsidio si tiene derecho a ellos. En todo caso, se descuenta de la percepción de la prestación de desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de extinción del contrato.

2. El del trabajador perceptor de prestaciones por desempleo total que pasa a situación de IT por recaída de un proceso anterior iniciado todavía vigente el contrato de trabajo (art. 222.3. primer párr.). Aquí el trabajador pasa a lucrar subsidio por IT pero en cuantía igual a la prestación por desempleo y sin que ello le permita ampliar la duración de la prestación por desempleo. Pero en caso de que agotada la duración de la prestación por desempleo subsistiera la IT, seguirá en esta situación lucrando el subsidio correspondiente en la misma cuantía.

3. El del trabajador perceptor de prestaciones por desempleo total que pasa a situación de IT que no constituya recaída de un proceso anterior iniciado todavía vigente el contrato de trabajo (art. 222.3. 2.º párr.). En este supuesto, percibirá el subsidio por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo que venía recibiendo y sin ampliación del período reconocido de prestación por desempleo. Pero en el caso de que expire la duración de la prestación por desempleo y subsista la situación de IT, el trabajador continuará percibiendo el subsidio por IT y su cuantía será igual al 80 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extras[17]. En estos dos supuestos examinados, la obligación de cotizar se mantiene, recayendo sobre la entidad gestora de la prestación por desempleo en los términos marcados en el art. 206.1. *b)* de la LGSS.

> EL TRABAJADOR EN ACTIVO, QUE ESTANDO EN IT, VE EXTINGUIDO SU CONTRATO DE TRABAJO, SEGUIRÁ PERCIBIENDO LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL, PERO EN CUANTÍA IGUAL A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO HASTA QUE SE EXTINGA DICHA SITUACIÓN, PASANDO ENTONCES A LA SITUACIÓN POR DESEMPLEO Y A PERCIBIR LA PRESTACIÓN O SUBSIDIO SI TIENE DERECHO A ELLOS

La doctrina[18] ha puesto de manifiesto el sesgo restrictivo de todas estas reglas, aunque con ello se trate de evitar la "superprotección injustificada" y el fomento de "conductas fraudulentas" que una parte de la doctrina achacaba a la anterior regulación. Técnicamente se trata, en realidad, de reglas especiales para el cálculo del subsidio, pero materialmente envuelven, como dijimos, importantes recortes de la prestación de IT.

Respecto al primero de los supuestos enunciados (sin duda, el de mayor calado) hay que observar: 1) que la regla se aplica no sólo al caso de trabajador beneficiario del subsidio por IT que tras la extinción de un contrato de trabajo puede lucrar prestaciones por desempleo, sino incluso al que no reúne los requisitos para acceder a estas prestaciones; 2) además, la regla sobre descuento del período de percepción de prestaciones por desempleo sólo parece aplicable a las reconocidas en el nivel contributivo; 3) los días a descontar son los que van desde el siguiente al de la extinción del contrato de trabajo hasta el de alta médica inclusive, debiendo reparar si estamos ante IT por contingencias comunes donde el subsidio sólo se abona a partir del cuarto día de baja, por lo que los tres primeros días de baja no podrán ser objeto de descuento, como tampoco el período de tiempo transcurrido entre la extinción de la IT con propuesta de invalidez y la final resolución denegatoria (art. 131 bis LGSS); y 4) en cuanto al problema de la cotización, el inciso final del art. 222.1 LGSS viene a resolverlo al señalar que "la entidad gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social conforme a lo previsto en el párrafo *b)* del apartado 1 del

---

[17] La prestación por incapacidad temporal en el supuesto previsto en párr. 2.º apdo. 3 del art. 222 de la LGSS tendrá una cuantía igual al 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual según disposición final 1.ª tres RDL 3/2004, de 25 junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía.

[18] LUJÁN ALCARAZ, José, op. cit.

[19] Hasta antes de la reforma, y vista la ausencia de criterio legal –por una parte, la obligación de cotizar que pesa sobre el empresario se mantiene en las situaciones de IT (art. 106.4 LGSS), y por otra,

art. 206, asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuente como consumido"[19].

Todas estas críticas y observaciones no han pasado desapercibidas en la doctrina de suplicación[20].

2. Régimen de compatibilidades e incompatibilidades.

El subsidio económico por incapacidad temporal será compatible con la percepción del desempleo disfrutado en su modalidad de pago único[21]. También existirá compatibilidad con el desempleo disfrutado a tiempo parcial (art. 203.3 LGSS), así como con el que se compatibiliza con un trabajo a tiempo parcial (arts. 221.1 LGSS y 15 RD 625/1985). Lógicamente, ello será así en la medida en que la prestación por desempleo resulta compatible con el trabajo que da lugar al subsidio de incapacidad temporal[22].

Sin perjuicio, en su caso, del ejercicio del correspondiente derecho de opción, el subsidio económico por incapacidad temporal resulta incompatible con la percepción de desempleo subsidiado total (art. 221.2 LGSS). Lo que no impide que, desde su modalidad contributiva, pueda accederse a la situación de incapacidad temporal (art. 222.3 LGSS).

III. IT y maternidad

A) Los cambios normativos

El Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo entraña un desarrollo reglamentario parcial de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Por una parte, incide significativamente en el subsidio por maternidad y, por otra, exige la ordenación jurídica detallada de la nueva prestación de riesgo durante el embarazo.

Pero esta específica regulación prevista en el RD 1251/2001 sólo es aplicable a supuestos posteriores a su promulgación. Tan es así que la jurisprudencia ha reparado en ello señalando que hasta la entrada en vigor de dicho RD (producida el 1-12-2001), el régimen de tramitación de la IT y maternidad poseía elementos en común, de modo que seguía siendo aplicable el principio de oficialidad en ambas[23]. La maternidad aún conservaba determinadas conexiones instrumentales con la IT, cosa que se reconoce en la exposición de motivos del referido Real Decreto, cuando se afirma que en esa norma "se lleva a cabo la reordenación sistemática y la actualización del régimen jurídico del subsidio por maternidad, separándolo, además, definitivamente, en el nivel reglamentario, del subsi-

---

la misma seextingue con el cese en el trabajo (art. 14.1 RGCL)- la STS 28-4-1997 RJ 1997/3546 entendió que no existía base legal para atribuir a las empresas, después de extinguido el contrato de trabajo y cursada la bja del trabajador, un deber de cotizar, como tampoco al INEM cuando dicha extinción contractual no genera inmediato derecho a la protección por desempleo

[20]STSJ/Madrid 25-10-2004 AS 2004/3224, a propósito de la discusión sobre la fijación de la base reguladora de una Incapacidad Permanente Total reconocida a un trabajador que había sido despedido estando en situación de incapacidad temporal, permaneciendo los efectos de ella hasta que es calificada la invalidez. El Tribunal apreciando la existencia de una laguna legislativa, decide que las bases de cotización deben ser computadas como si existiera la obligación de cotización a cargo del INEM, lo que conduce a la elevación de la cuantía de la base reguladora de la IPT que le fue reconocida. Al hilo de esta controversia la sala de suplicación hace diversas observaciones. Por una parte, repara en que "es sin duda el segundo párrafo del número primero de este art. 222 de la LGSS donde se contiene la reforma de mayor calado puesto que de la percepción por la prestación por desempleo se descuenta, como ya consumido, el tiempo en que el trabajador estuvo en situación de IT, a partir de la extinción del contrato de trabajo, lo que ha de entenderse referido respecto del derecho a las prestaciones del desempleo contributivo, pero no así en lo que se refiere al posible derecho al percibo del subsidio por desempleo". Y además añade que "dicha reforma, con el pretexto de luchar contra el fraude, se ha dicho, colisiona abiertamente con la propia definición de la situación de desempleo en la que el sujeto pudiendo y queriendo trabajar no encuentra oportunidad de hacerlo, por lo que, si el trabajador está en situación de IT, es porque no puede trabajar, no pudiendo estar en situación de desempleo (...)". "... Con la reforma se pasa a percibir la prestación de IT en cuantía igual al desempleo, lo que es tanto como afirmar que se reduce la prestación económica de la IT [...]". Y matiza que si "Durante la percepción de la IT 'técnica', esto es, la que subsiste después de la extinción de la relación laboral, no existe la obligación de cotizar establecida en el art. 106 núm. 4 de la LGSS, al no quedar identificado el sujeto responsable de la obligación de cotizar, mientras que, por el contrario, en materia de desempleo, el art. 214.1 de la LGSS dispone que la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación la aportación que corresponda al trabajador".

[21]STS 15-12-1992, RJ 1992, 10240.

[22]BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. y DESDENTADO BONETE, Aurelio, en La incapacidad temporal, el riesgo durante el embarazo y la maternidad, CGPJ Seguridad Social. Manuales de Formación Continuada, n.º 20, coord. DESDENTADO BONETE, Madrid, 2002.

[23]STS 22-5-2004 RJ 2004, 4617.

dio por incapacidad temporal, en aquellos aspectos en que ambos subsidios mantenían una regulación común al tiempo que dispersa", y se observa en la disposición derogatoria única en la que, entre otras normas, se derogan diversos preceptos de la Orden de 13 de octubre de 1967.

B) El art. 9 del RD 1251/2001: un esfuerzo reglamentario en la tipificación de situaciones protegidas derivadas de la interacción entre maternidad, IT y extinción del contrato de trabajo.

1. Criterios inspiradores de la regulación.

El art. 9 del citado RD detalla los supuestos en que interactúan (se superponen o se producen sin solución de continuidad) las situaciones de maternidad e incapacidad temporal y extinción del contrato de trabajo. Las ideas básicas que presiden esta regulación sobre la intercurrencia de situaciones de IT y de descanso por maternidad son: 1) la no influencia en la duración del descanso por maternidad, tanto si la enfermedad se inició antes del parto como si se inició durante dicho descanso; 2) la incompatibilidad del subsidio por IT con la percepción del subsidio por maternidad, salvo en el caso especial del disfrute del subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial; y 3) esa regla de incompatibilidad no impide que IT y maternidad, puedan causarse sin solución de continuidad.

2. Análisis de la interacción entre situaciones protegidas: IT, maternidad y extinción del contrato de trabajo.

El extenso precepto incurre en un cierto casuísmo, a veces inevitable y generador de lagunas[(24)]. El régimen jurídico de esta interacción IT y maternidad, que aparece involucrada, en alguno de los supuestos con la extinción del contrato de trabajo, es como sigue:

i) *Maternidad agotada y subsistencia de IT:* el art. 9.1 del RD dispone que "1. Agotado el período de descanso por maternidad, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria como consecuencia del parto y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad temporal debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, si cumple los requisitos exigidos y sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación, con absoluta independencia de los períodos de descanso por maternidad". En términos muy similares se establecía en el art. 12.3 de la Orden de 13-10-1967[(25)]

EL SUBSIDIO ECONÓMICO POR IT SERÁ COMPATIBLE CON LA PERCEPCIÓN DEL DESEMPLEO DISFRUTADO EN SU MODALIDAD DE PAGO ÚNICO. TAMBIÉN EXISTIRÁ COMPATIBILIDAD CON EL DESEMPLEO DISFRUTADO A TIEMPO PARCIAL, ASÍ COMO CON EL QUE SE COMPATIBILIZA CON UN TRABAJO A TIEMPO PARCIAL. LÓGICAMENTE, ELLO SERÁ ASÍ EN LA MEDIDA EN QUE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO RESULTA COMPATIBLE CON EL TRABAJO QUE DA LUGAR AL SUBSIDIO DE IT

ii) *IT anterior al parto sin opción por el descanso:* El apartado 2 del citado precepto señala que "Los procesos de incapacidad temporal iniciados antes del parto y sin que la interesada hubiera optado por el descanso maternal, se mantendrán en sus propios términos hasta el momento del parto, dejando siempre a salvo la posibilidad de opción de la interesada por dicho descanso". Y "a partir de la fecha del parto deberá comenzar el disfrute del descanso por maternidad. Si transcurrido éste, la anterior situación de incapacidad temporal persistiera, se reanudará el cómputo interrumpido".

---

(24) Como el caso que resuelve la STSJ Castilla-La Mancha de 22-6-2004, rec. 127/2003, en un supuesto de reintegro de subsidio de IT, al declarar que existe situación asimilada al alta, con base en la proscripción de discriminación en un supuesto en el que se pedía por una Mutua el reintegro de un subsidio de IT ya abonado. Se cuestionaba la viabilidad del mantenimiento de una situación de IT. posterior a la conclusión de la baja por maternidad, no existiendo relación laboral, al haber concluido la misma antes de la iniciación de la indicada baja por maternidad, sin que situación de IT guardara relación ni con la previa situación de baja, por IT anterior a la baja por maternidad, ni con esta última. O el decidido por la STSJ Castilla y León (Vall.) 3-2-2003, rec. 2652/2002 que señala que si la normativa vigente considera en situación asimilada al alta la de la trabajadora que estando en incapacidad temporal se extingue su contrato, disfruta período de descanso por maternidad y pasa nuevamente a situación de incapacidad temporal, por la misma razón habrá de considerarse en situación asimilada al alta la de la trabajadora que ve extinguido su contrato de trabajo (sin encontrarse en situación de incapacidad temporal), pasa a la situación de descanso por maternidad e inicia, sin solución de continuidad, una vez agotado éste, un período de incapacidad temporal.

(25) Así lo hacen notar BLASCO LAHOZ, José Francisco, LÓPEZ GANDÍA, Juan, MOMPARLER CARRASCO, M.ª Ángeles, en Curso de Seguridad Social, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 445.

iii) *Disfrute de maternidad y situación de IT.* El art. 9.3 del indicado RD establece que durante el descanso por maternidad no procederá el reconocimiento del derecho al subsidio por IT derivada de contingencias comunes o profesionales sobrevenidas durante dicho período. Añadiendo que "agotado éste, si el padre o la madre necesitasen asistencia sanitaria, se encontraran impedidos para el trabajo y cumpliesen los requisitos exigidos, se iniciará la situación de incapacidad temporal que corresponda". Ahora bien, la regla general que rechaza el reconocimiento del subsidio por IT tiene una excepción, que aparece expresada en el otro párrafo del citado art. 9.3: "cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, se inicie un proceso de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia, podrá percibirse también simultáneamente el subsidio correspondiente a esta situación, de acuerdo con el régimen jurídico que le sea de aplicación. En tal caso, la base reguladora se calculará sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial que se viniere compatibilizando con el subsidio por maternidad". En este supuesto si, agotado el subsidio por maternidad, la madre o el padre continúan en situación de incapacidad temporal, se mantendrá la percepción del subsidio por esta contingencia en la cuantía que correspondiera al régimen de jornada completa, si bien a efectos de su duración y porcentaje se tomará como referencia la fecha de la baja médica en el trabajo en régimen de jornada a tiempo parcial.

iv) *Maternidad, IT y extinción del contrato de trabajo.* El art. 9.4 regula los casos de extinción del contrato de trabajo de una trabajadora que encontrándose en IT ve interrumpida su situación por pasar a la de descanso por maternidad, estableciendo una serie de reglas[(26)]. En buena medida se hacen eco de reiterada doctrina jurisprudencial[(27)] que venía considerando situación asimilada al alta, a efectos de maternidad, la llamada "incapacidad técnica", esto es, la subsistente después de la extinción de la relación laboral. Esta regulación extiende su aplicación cuando se trate de las situaciones protegidas de adopción o acogimiento preadoptivo o permanente (art. 9.5 del RD). Y como previene el apartado 6. "Cuando se haya interrumpido la percepción del subsidio por maternidad, en los casos señalados en el apartado 4 del art. 7 y, una vez reanudada la correspondiente prestación de servicios o la actividad, el interesado iniciase un proceso de incapacidad temporal, dicho proceso quedará interrumpido por el alta hospitalaria del menor, con la consiguiente reanudación del subsidio por maternidad. No obstante, si, una vez finalizado el subsidio por maternidad, persiste la situación de incapacidad temporal, se reanudará el subsidio correspondiente a esta última contingencia que había sido interrumpido". Se sobreentiende que en este caso, el progenitor que ha visto extinguido su contrato de trabajo dispone de tiempo suficiente para asumir las obligaciones que impone la maternidad, sin necesidad de la concurrencia

(26) Art. 9.4 del RD 1251/2004: "En los casos de extinción del contrato de trabajo de una trabajadora que ve interrumpida su situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, por pasar a la situación de descanso por maternidad, se aplicarán las siguientes reglas: 1.ª Si la extinción se produce una vez iniciado el descanso por maternidad, se mantendrá el percibo de la prestación hasta el término de tal situación. De igual modo, si la extinción del contrato de trabajo se produce durante el disfrute de períodos de descanso, en régimen de jornada a tiempo parcial, a partir de ese momento se percibirá en su totalidad el subsidio por maternidad. Si el padre ya estuviese disfrutando un período de descanso, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, el subsidio que le correspondiese se mantendrá en los términos en que lo estuviere percibiendo. Una vez finalizado el descanso por maternidad de la madre, si persistiera la anterior situación de incapacidad temporal, se reanudará el cómputo interrumpido y el abono del subsidio correspondiente. 2.ª Si la extinción del contrato se produce antes del inicio del descanso por maternidad, aunque la trabajadora no haya pasado a la situación de desempleo total percibiendo prestación económica de nivel contributivo, o ésta se hubiera extinguido durante la incapacidad temporal precedente a la situación de maternidad, causará derecho a la prestación económica derivada de esta última contingencia, interrumpiéndose la incapacidad temporal anterior al parto y el abono del subsidio correspondiente que se sustituirá desde el día de inicio de la situación de maternidad por el subsidio asignado legalmente a esta última.

También se causará derecho a la prestación económica por maternidad cuando entre la extinción de la incapacidad temporal por alta médica y el inicio de la situación por maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica por incapacidad temporal y el inicio del descanso por maternidad el mismo día, bien por tener lugar ésta al día siguiente de aquélla.

Si la extinción del contrato de trabajo del padre o de la madre se produce antes del inicio del descanso por maternidad, el subsidio que, en su caso, corresponda, se percibirá en su cuantía íntegra y no podrá compartirse el disfrute del descanso entre ambos, en régimen de jornada a tiempo parcial".

(27) Tema resuelto a partir de dos sentencias de 20-1-1995, dictadas en Sala General, a la que siguieron multitud de sentencias posteriores (entre otras, las de 24 y 31 enero, 20 y 22 febrero, 2, 21 y 24 marzo, 3 abril, 10 y 22 mayo, todas de 1995 RJ 1995, 2003, RJ 1995, 535, RJ 1995, 1163, RJ 1995, 1249, RJ 1995, 1740, RJ 1995, 2174, RJ 1995, 2559, RJ 1995, 2188, RJ 1995, 2903, RJ 1995, 2904, RJ 1995, 3760 y RJ 1995, 3993).

de otro[28].

C) Interacción maternidad-desempleo.

En los casos de interacción maternidad-desempleo, y tratándose de la situación de maternidad sobreviniendo durante la misma la extinción del contrato de trabajo la solución proporcionada por el art. 222.2 de la LGSS, es ajena al "proceso de consunción" de días previstos para IT-desempleo, ya que continuará percibiendo la prestación por maternidad hasta que se extinga dicha situación "pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad".

LOS PROCESOS DE IT INICIADOS ANTES DEL PARTO Y SIN QUE LA INTERESADA HUBIERA OPTADO POR EL DESCANSO MATERNAL, SE MANTENDRÁN EN SUS PROPIOS TÉRMINOS HASTA EL MOMENTO DEL PARTO, DEJANDO SIEMPRE A SALVO LA POSIBILIDAD DE OPCIÓN DE LA INTERESADA POR DICHO DESCANSO

D) Doctrina jurisprudencial sobre otras cuestiones derivadas de la interacción maternidad e IT.

El TS da también oportunidad de resolver diversas cuestiones donde incidían ambas prestaciones. Así, y sin ánimo exhaustivo, el TS ha declarado: *a)* que tiene derecho al subsidio por maternidad la trabajadora, por cuenta propia y afiliada al RETA, que al finalizar el período de incapacidad temporal, durante el cual ha sido perceptora de las prestaciones correspondientes a dicha situación, inicia, sin solución de continuidad y como consecuencia del parto, la situación de maternidad, habiendo causado baja en aquel Régimen Especial con precedencia dicho momento[29], teniendo en cuenta que el artículo 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, declara como situación asimilada al alta la del afiliado al RETA en los 90 días siguientes al último del mes en que causó baja en dicho Régimen; *b)* sin embargo, también el Alto Tribunal ha entendido que no se encuentra en situación asimilada al alta, a efectos de curar la prestación por maternidad, la trabajadora que causó baja voluntaria en el RETA después de iniciar un proceso de IT, aunque éste persista[30]; y *c)* que si existe una sentencia firme que reconoce una determinada base reguladora para la prestación de IT, el efecto positivo de la cosa juzgada lleva a tener en cuenta esa misma base para calcular la prestación de maternidad, y en todo caso, cuando la relación laboral no se extiende a todo el mes, la base reguladora de la pensión se obtiene dividiendo la base de cotización del mes anterior por los días efectivamente cotizados[31].

IV. Fenómenos de interacción entre procesos de IT

Nuevamente es la doctrina jurisprudencial la que, en materia de prolongaciones y sucesión de procesos de IT, ha tenido por misión clarificar e integrar el confuso y aparentemente contradictorio panorama normativo, fruto a veces de la existencia de disposiciones reglamentarias, unas antiguas –pero no derogadas expresamente– y otras nuevas reguladoras de nuevas situaciones. El TS ha abordado la problemática que suele estar presente en las recaídas y la ordenación de los procesos sucesivos de IT[32]. Ha tratado ésta la cuestión de la recaída desde el plano conceptual, señalado que si bien normativamente (art. 9 OM 13-10-1967), la recaída está vinculada a la enfermedad, también se extiende al accidente de trabajo[33]. Pero son aquellos casos que hacen referencia a su duración, concretamente los períodos de consunción, decidiendo si estamos o no ante procesos distintos (y con cómputo de duración diferente, por tanto, no acumulable), o aquellos otros donde se cuestiona el período de carencia como requisito necesario para causar derecho a nueva prestación de IT

[28] *BLASCO LAHOZ, José Francisco, LÓPEZ GANDÍA, Juan, MOMPARLER CARRASCO, M.ª Ángeles, Curso de Seguridad Social, op, cit., pág. 446.*

[29] *SSTS/Social 29-4-2002 RJ 2002, 7888 y 10-12-2002 RJ 2003, 1955.*

[30] *STS 5-12-2003 RJ 2004, 3337. En el caso que resolvía, la trabajadora había causado baja voluntaria más de siete meses antes del parto, por lo que no le era aplicable por tanto el beneficio que se restringe a los 90 días siguientes al último del mes en que se produjo la baja.*

[31] *STS 30-9-2004 RJ 2004, 7680.*

[32] *Un detallado estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la recaída y la ordenación de los procesos sucesivos, en BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. y DESDENTADO BONETE, Aurelio, incapacidad temporal, el riesgo durante el embarazo y la maternidad, CGPJ Seguridad Social, Manuales de Formación Continuada, n.º 20 op. cit., págs. 750-754.*

[33] *STS 5-7-2000 RJ 2000, 8325.*

los que ha ocupado la mayor parte de los pronunciamientos judiciales. El TS[34] viene sosteniendo como regla general que un trabajador tiene derecho a la prestación por IT cuando después de haber agotado un primer período de IT derivada de enfermedad común, se incorpora al trabajo y, antes de que transcurran seis meses de actividad laboral, causa nueva baja por la misma enfermedad (brote), siempre que se haya cotizado 180 días en los últimos cinco, sin necesidad de haber trabajado durante seis meses entre uno y otro proceso incapacitante. Y justifica esta posición partiendo de la base de que el art. 9.1 de la Orden Ministerial de 13-10-1967 no está previsto para resolver dicha cuestión, sino que lo que regula, en definitiva, el precepto de 1967 es la posibilidad de considerar períodos nuevos de incapacidad temporal aquellos que se producen después de seis meses de actividad efectiva en los supuestos en los que no se agotó la duración de la incapacidad temporal[35]. Así pues en ese supuesto (agotamiento de un primer período de IT derivado de enfermedad común, seguido de incorporación al trabajo y, antes de que transcurrieran seis meses de actividad laboral, nueva baja por la misma enfermedad), la solución no puede fundarse en el art. 9.1 de la Orden de 1967, sino en el propio art. 130 de la LGSS tanto porque aquella Orden no contempla esta situación cuanto porque el establecimiento de las condiciones para causar derecho a una prestación de la Seguridad Social no puede venir establecido en una disposición que no tenga rango legal, puesto que vienen establecidas en la propia LGSS. El hecho de que la enfermedad sea nueva o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar cuando la LGSS no distingue a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación. Ello aunque el art. 131 bis de la propia LGSS disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, pues el indicado precepto se está refiriendo al período máximo de duración de cada proceso, pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella duración.

V. IT e incapacidad permanente

A) Delimitación temporal de las situaciones.

Aunque para causar la prestación de incapacidad permanente (en adelante IP) no es preciso que ésta derive de una situación previa de IT[36], lo normal es que suceda lo contrario. Y ello produce problemas de tránsito de una a otra.

Las conexiones entre IT e incapacidad permanente (IP) aparecen en dos momentos diferenciados. Uno, en el contexto de la incompatibilidad de las prestaciones surgido al término de la declaración de la IP. Y otro, inherente a la dinámica del propio subsidio, conectado con situaciones de pendencia en la tramitación de un expediente de incapacidad permanente, prórrogas de IT y retroacción de efectos económicos una vez declarada una pensión de IP.

B) Sobre las incompatibilidades en la percepción del subsidio y la IP: límites a la retroactividad en caso de declaración de IP.

Con relación a los supuestos de incompatibilidad hay que reseñar que el subsidio de IT es compatible con la incapacidad permanente total para la profesión habitual, tal como se desprende de lo dispuesto en el art. 141.1 LGSS[37]. La compatibilidad se predica, incluso, aun cuando la causa de la baja médica sea la misma que en su día condujo a la declaración de incapacidad permanente[38]. Parecidos criterios de compatibilidad pueden predicarse respecto de la indemnización a tanto alzado por incapacidad permanente parcial[39], así como de la correspondiente a las lesiones permanentes no invalidantes[40]. El tenor literal del art. 141.2 LGSS parece permitir que las pensiones vitalicias de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez resulten compatibles con la prestación de incapacidad temporal que derive de las actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión[41].

Sin embargo, el subsidio de IT es incompatible con la incapacidad permanente total reconocida judicial-

---

[34] SSTS 20-2-2002 RJ 2002, 4535, 22-10-2002 RJ 2002, 1090, 28-10-2003 RJ 2003, 7592, 0-4-2004 RJ 2004, 4492 y 8-11-2004 RJ 2004, 7353.

[35] En tal sentido fue interpretado y aplicado por las SSTS de 8-5-95 RJ 1995, 3755, 10-12-97 RJ 1997, 9311 o 7-4-1998 RJ 1998, 2691.

[36] SSTS 13-2-2001 RJ 2001, 2518 y 27-1-2003 RJ 2004, 1148

[37] Seguimos en este punto a BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. y DESDENTADO BONETE, Aurelio, La incapacidad temporal, el riesgo durante el embarazo y la maternidad, CGPJ Seguridad Social. Manuales de Formación Continuada, n.º 20, 2002, op. cit., pág. 742.

[38] SSTS 29-9-1995, RJ 1995, 6924, y 10-6-1997, RJ 1996, 4698.

[39] STSJ País Vasco 21-1-1997 AS 24, y 21-1-2001 AS 3371.

[40] SSTSJ Andalucía 30-9-1999, AS 6896.

mente con efectos retroactivos (art. 131-bis.3 LGSS). En estos casos se aplica como más beneficiosa la prestación de incapacidad temporal percibida durante el período de retroacción, no abonándose la prestación de incapacidad permanente total en el período de concurrencia[42].

C) Prórrogas del subsidio de IT y su conexión con la tramitación y/o declaración de una Incapacidad Permanente (IP)

Sobre la prolongación –prórrogas– de la IT[43] cuando aparece conectada con otras situaciones protegidas (fundamentalmente IP) ha recaído importante doctrina unificadora[44]. Así, la prórroga en la percepción del subsidio por IT una vez que el trabajador es dado de alta médica sólo procede cuando existe propuesta de IP-total o absoluta y no alta total de lesiones permanentes no invalidantes[45] o de IP parcial[46]. También una vez agotado el tiempo máximo de IT, el período durante el cual se aguarda la calificación de la IP está cubierto por el subsidio (hasta el máximo de 30 meses) si persiste la baja médica y la imposibilidad de trabajar[47]. Y respecto a la prórroga excepcional, hasta un máximo de 30 meses, prevista en el art. 131 bis párr. 2.º de la LGSS, no es aplicable cuando se ha llevado a cabo, dentro de los tres meses siguientes a la terminación de la duración máxima de la IT, una valoración administrativa de la situación incapacitante del trabajador a quien se deniegan las prestaciones de incapacidad permanente por no reunir el período de carencia exigible[48].

LAS CONEXIONES ENTE IT E INCAPACIDAD PERMANENTE (IP) APARECEN EN DOS MOMENTOS DIFERENCIADOS. UNO, EN EL CONTEXTO DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES SURGIDO AL TÉRMINO DE LA DECLARACIÓN DE IP. Y OTRO, INHERENTE A LA DINÁMICA DEL PROPIO SUBSIDIO, CONECTADO CON SITUACIONES DE PENDENCIA EN LA TRAMITACIÓN DE UN EXPEDIENTE DE IP, PRÓRROGAS DE IT Y RETROACCIÓN DE EFECTOS ECONÓMICOS UNA VEZ DECLARADA UNA PENSIÓN DE IP

Asimismo, el TS ha decidido sobre casos en que la calificación de la Entidad Gestora es negativa por no reconocerse una situación de incapacidad permanente, declarando que el abono del subsidio cesa el día en que se dicta por el INSS la resolución calificando aquella situación y no la de de su notificación a los interesados.[49]

D) Cómputo del período de IT a los efectos carenciales para causar la prestación de IP

La determinación de si el período máximo de duración de la IT puede computarse como cotizado, a efectos carenciales, en el supuesto de que no se hubiera llegado a percibir el subsidio, fundamentalmente por estar desvinculado de cualquier empleador a la fecha de sobrevenir la patología invalidante ha sido uno de los puntos de desencuentro en el conocido diálogo interpretación judicial y reacción del legislador. Tras la vigencia del RD 4/1998 el cómputo máximo de la IT, a efectos del período de carencia en la IP, sólo cabe ya cuando el trabajador se encuentra en dicha situación o en la de prórroga de sus efectos[50].

VI. IT y su conexión con otras prestaciones de seguridad social

A) IT y jubilación.

[41] *BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. y DESDENTADO BONETE, Aurelio, La incapacidad temporal..., op., cit., pág. 742.*

[42] *SSTS 19-12-2000, RJ 2001, 825, 22-5 y 9-7-2001, RJ 2001, 5476 y RJ 2001, 7313.*

[43] *Art. 131 bis 2 de la LGSS.*

[44] *Un estudio sistemático y actualizado puede verse en Jurisprudencia Social Unificada, de SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, en cuadernillos febrero 2003 y junio 2004, entre otros. Aranzadi Revistas.*

[45] *Por todas, STS 21-12-2001 RJ 2002, 2119.*

[46] *STS 26-10-1999 RJ 1999,7555*

[47] *STS 11-12-2001 RJ 2001, 2113. Resolvía esta sentencia un supuesto calificado de raro por la doctrina (BARRIOS BAUDOR, Guillermo y DESDENTADO BONETE, Aurelio, op. cit.), en que la gestora no puede excluir la prórroga porque se padezca una enfermedad definitiva e incurable, el asma en el supuesto decidido, que al parecer tampoco había sido considerada, en un momento anterior, como invalidante, pero que lo era en el período que se reclama.*

[48] *SSTS 25-2-2003 RJ 2003, 3634 y 21-6-2004 RJ 2004, 7468.*

[49] *SSTS 20-1-2000 RJ 2000, 983, 17-5-2001 RJ 2001, 5466, 30-4-2002 RJ 2002, 6158.*

[50] *SSTS 2-2-04 RJ 2004, 1837, cuya doctrina han reiterado luego las de 3-2-04 RJ 2004, 2037, 10-3-04 RJ 2004, 4700 , 14-5-04 RJ 2004, 4105, 2-12-2004 RJ 2004, 8395.*

La jubilación como causa de extinción del derecho al subsidio de IT no plantea mucha problemática desde el prisma de la interacción de ambas prestaciones. Con todo, deben hacerse algunas precisiones: 1.ª) debe tenerse en cuenta que la causa de extinción no es cumplir la edad ordinaria de jubilación, sino el reconocimiento de la pensión de jubilación[51]; 2.ª) a efectos del cómputo de carencia específica para acceder a la pensión de jubilación, los períodos de prórroga de la IT, superiores al plazo máximo de duración de la misma, en los que no existe obligación de cotizar, deben ser objeto del mismo tratamiento concedido en su día a la invalidez provisional, considerándose como un paréntesis o tiempo muerto[52]; y 3.ª) respecto al régimen de incompatibilidades, hay que destacar: *a)* la regla general de incompatibilidad: respecto al percibo de la pensión de jubilación total al suponer la extinción del subsidio de IT es incompatible con el mismo; y *b)* las excepciones: la pensión de jubilación parcial es compatible con las prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondan a los trabajos a tiempo parcial concertados con anterioridad a la situación de jubilación parcial, entre ellas, como es lógico, las derivadas de la situación de IT[53], y también la jubilación flexible es compatible con las prestaciones de IT, derivadas de la actividad desarrollada a tiempo parcial[54].

B) IT, fallecimiento y prestaciones por muerte y supervivencia.

El fallecimiento es causa de extinción del subsidio de IT. Referencia que aparece en el art. 131.1 bis de la LGSS y que la doctrina califica de innecesaria puesto que a partir de de ese momento cesan todos los derechos a la prestación de IT, sin perjuicio de los derechos de los herederos al cobro de prestaciones devengadas y no cobradas[55].

Por otra parte, el subsidio de IT es compatible: *a)* tanto con la pensión de *viudedad*[56], puesto que al ser la pensión de viudedad compatible con cualquier renta de trabajo, habrá de serlo, a su vez, con las rentas sustitutorias del mismo, *b)* como con la pensión de orfandad en los términos y siempre que no se superen los límites establecidos normativamente, y salvo, naturalmente, si se trata de huérfanos incapacitados para el trabajo[57]; *c)* en análogos términos se produce la compatibilidad con la *pensión en favor de familiares*[58]; y finalmente *d)* la compatibilidad se admite también con el auxilio por defunción y con la indemnización especial a tanto alzado prevista en caso de fallecimiento debido a contingencias profesionales.

C) IT y prestaciones de protección a la familia.

La IT es compatible con las prestaciones económicas por hijos a cargo, en cualquiera de sus modalidades contributivas, salvo la prestación económica de pago único por parto múltiple, en función de los ingresos percibidos por los beneficiarios o del estado del sujeto causante[59].

D) IT y las mejoras complementarias del subsidio.

---

[51] MUÑOZ MOLINA, Julia, La Incapacidad Temporal como Contingencia Protegida por la Seguridad Social, Thomson-Aranzadi, Colección Monografías, 2005, op. cit., pág. 212.

[52] Así lo sostiene MUÑOZ MOLINA, Julia La Incapacidad Temporal como Contingencia Protegida por la Seguridad Social, op. cit., citando el criterio contenido en la Resolución de 4-7-1995, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, Catálogo de Resoluciones Administrativas, 1998.

[53] Así se desprende del contenido del art. 14.1.b) del Real Decreto 1131/2002, de 31-10, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

[54] Art. 165.1 LGSS en relación con el art. 7.2 del Real Decreto 1132/2002, de 31-10, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

[55] GARCÍA NINET, "La incapacidad temporal", en VV.AA., La Incapacidad Temporal, Tecnos, Madrid, 1996.

[56] Arts. 179.1 LGSS y 10 OM 13-2-1967.

[57] Art. 179.2 y 175.1 LGSS y arts 9.1 y 2 y 10 del RD 1647/1997, 31-10 que desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación, y racionalización del sistema de Seguridad Social.

[58] Arts. 22 de la OM de 13-2-1967 en redacción dada por el RD 4/1998 de 9-1 de revalorización de las pensiones para 1998 y por RD 1465/2001, de 27-12.

Conforme a lo dispuesto en el art. 39.2 de la LGSS constituye práctica frecuente complementar vía convenio colectivo (incluso individualmente en el contrato de trabajo) el subsidio de IT con cargo a las empresas, con el fin de acercar la prestación económica a los salarios reales cobrados. La introducción de estas mejoras ha suscitado una rica problemática abordada por las doctrinas judicial y jurisprudencial, y controversias sobre los efectos de esa práctica negocial[60].

VII. Breve referencia a la interacción entre IT y vicisitudes del contrato de trabajo

A) Planteamiento general.

La precedente exposición revela que la IT en muchas ocasiones no puede contemplarse como un proceso aislado, sino en el contexto de otras situaciones protegidas. Por tales hemos entendido las referidas a Seguridad Social. Pero también en términos más generales la IT se ve involucrada con otras situaciones a las que el sistema legal dispensa protección, por ejemplo, con ocasión de la impugnación de la extinción del contrato de trabajo por despido o en los casos de pluriactividad.

También la IT influye en la percepción de determinados pluses previstos en el convenio colectivo[61]. Y asimismo puede afectar a vicisitudes tales como la suspensión de empleo y sueldo, los descansos o los períodos de prueba[62].

Por su parte, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género olvida la IT en el nuevo apartado 5 en el art. 124 de la LGSS cuando afirma que "El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el art. 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo".

> EL TRABAJADOR QUE ACCEDE A LA SITUACIÓN DE IT DURANTE LA PENDENCIA DEL PROCESO POR DESPIDO, EN EL QUE SE HA DECLARADO JUDICIALMENTE LA NULIDAD O IMPROCEDENCIA DEL MISMO CON LA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL DE ABONAR LOS SALARIOS DE TRÁMITE, TIENE DERECHO A QUE LA ENTIDAD GESTORA LE ABONE EL SUBSIDIO DE IT, DOCTRINA QUE TAMBIÉN SE HA EXTENDIDO AL SUPUESTO DE IMPROCEDENCIA RECONOCIDA EN CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

B) IT y despido. Los salarios de tramitación.

Con relación al primer supuesto, el trabajador que accede a la situación de IT durante la pendencia del proceso por despido, en el que se ha declarado judicialmente la nulidad o improcedencia del mismo con la obligación empresarial de abonar salarios de trámite, tiene derecho a que la entidad gestora le abone el subsidio de IT[63], doctrina que también jurisprudencialmente se ha extendido al supuesto de improcedencia reconocida en conciliación administrativa[64]. Además, la extinción del contrato de trabajo durante la situación de incapacidad temporal no extingue el derecho al subsidio de incapacidad temporal. Lo que ocurre es que si se produce un despido improcedente o nulo y el trabajador está en incapacidad temporal, no deben reconocerse salarios de tramitación.[65] En realidad, más que un supuesto de incompatibilidad entre subsidio de IT y salarios de

---

[59] Art. 181 LGSS –versión Ley 52/2003 y RDL 3/2004– y arts. 3.1 RD 356/1991, 2 y 3 RDL 1/2000, 4.1 y 8.1 RD 1368/2000 de 19-7 que desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20-12, que establece prestaciones no contributivas en el sistema de la Seguridad Social.

[60] Con detalle, haciéndose eco de esa doctrina judicial y dando cuenta de la crítica que se efectúa desde el colectivo empresarial por entrañar un elemento desincentivador para la reincorporación al trabajo, cfr. SALA FRANCO, Tomás, La incapacidad temporal..., op. cit., págs. 68 y 69.

[61] STS 15-5-2004 RJ 2004, 4608 –casación ordinaria– que interpretando el Convenio Colectivo del Consorcio de Extinción de Incendios, Salvamento y Protección Civil del Principado de Asturias rechaza que proceda el complemento de especiales condiciones de trabajo variable y no periódico en situaciones de incapacidad temporal y maternidad al considerar que no se ha prestado servicio alguno en las condiciones previstas en el convenio para devengar los pluses reclamados.

[62] Sobre estos supuestos, cfr. MUÑOZ MOLINA, Julia, La Incapacidad Temporal como Contingencia Protegida por la Seguridad Social, Thomson-Aranzadi, Colección Monografías, 2005, págs. 152-157.

[63] Entre otras, SSTS 16-6-1994 RJ 1994, 5442, 17-1-1995 RJ 1995, 356, STS 22-7-2004 RJ 2004, 7116.

[64] STS 22-7-2004 RJ 2004, 7116

tramitación lo que sucede es que no nacen los segundos cuando el contrato queda suspendido[(66)]. En el orden procesal, el TS ha apreciado que es momento hábil a efectos de lograr el descuento de salarios de tramitación la invocación en fase de ejecución de la circunstancia impeditiva de su devengo (que el trabajador atravesara situación de IT)[(67)].

C) IT y pluriactividad.

Del tenor del artículo 132.1.*b)* de la LGSS cabe inferir que la percepción del subsidio de incapacidad temporal no es normalmente compatible con la realización de un trabajo por cuenta ajena o propia. Pero la jurisprudencia ha aceptado la compatibilidad del subsidio de IT con una prestación por una actividad por cuenta ajena en el supuesto de un trabajador con doble actividad y con unas dolencias que le impedían su trabajo como autónomo, pero que le permitían sin embargo realizar su trabajo como empleado por cuenta ajena, bajo el argumento de que "negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador que ejerce una pluriactividad, por la que está en alta y cotiza, en estado de clara desprotección [...]", y porque "además semejante conclusión sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social y al efecto útil de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de Seguridad Social"[(68)]. Y también –sin duda, en un supuesto más sencillo que el anterior– ha admitido la compatibilidad de la prestación de IT en el Régimen General con la mera situación de alta en el RETA sin desarrollar ningún trabajo efectivo[(69)]. ■

---

(65) SSTS 28-5-1999 RJ 1999, 5002 y 11-2-2003 RJ 2003, 3310.

(66) Asumiendo este parecer MUÑOZ MOLINA, Julia, La Incapacidad Temporal como Contingencia Protegida por la Seguridad Social, Thomson-Aranzadi, Colección Monografías, 2005, op. cit., pág. 137, citando a GÁRATE CASTRO, J., Los salarios de tramitación. Un estudio de las percepciones salariales unidas a la declaración de improcedencia o nulidad del despido, ACARL, Madrid, 1994, pág. 177; SEMPERE NAVARRO, A.V., Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación, en VVAA (Coord. Gárate Castro): Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario, Univ. Santiago de Compostela, 1997, pág. 330; BARRIOS BAUDOR, G., "Salarios de tramitación, alta y cotización: incidencia de su limitación en relación a la prestación de Incapacidad Temporal (STSJ Castilla-La Mancha 2-2-1998 AS 397", Aranzadi Social, núm. 3, 1998.

(67) STS 24-5-2004 RJ 2004, 5025.

(68) STS 19-12-2002 RJ 2002, 4364.

(69) STS 7-4-2004 RJ 2004, 3651.

LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS REGÍMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL*

Faustino CAVAS MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia. Magistrado (supl.) del TSJ de la Región de Murcia

1. Introducción

La incapacidad temporal (IT) –que hasta el año 1994 se denominaba incapacidad laboral transitoria, ILT, y estaba acompañada por la invalidez provisional, ya suprimida– es una contingencia prevista para el conjunto del sistema [art. 38.1.*c)* LGSS] y, por lo tanto, está presente en la totalidad de sus Regímenes –para ser precisos, en todos menos en el de Estudiantes, al no darse en éste el presupuesto de la imposibilidad de trabajar y la pérdida consiguiente de ingresos que la misma provoca–, sin perjuicio de que en algunos de ellos exhiba acusadas particularidades. A la exposición, aunque sucinta, de esas reglas particulares se aplican las siguientes páginas.

2. La asimilación de ciertos regímenes especiales al Régimen General

La simplificación de nuestro sistema asegurativo, por inclusión de ciertos Regímenes especiales en el Régimen General, fue ordenada por la Ley 26/85, de 31 julio. El mandato quedó cumplimentado por el RD 2621/86, de 24 diciembre. Comprendía a los Trabajadores Ferroviarios, Jugadores Profesionales de Fútbol, Representantes de Comercio, Artistas y Profesionales Taurinos. Las situaciones de IT se someten a las normas generales. Salvo una especialidad, en cuanto a base reguladora, que para los artistas (art. 10) y para los profesionales taurinos (art. 17), no es la media salarial cotizable del mes anterior a la baja, sino del año anterior a la baja.

3. La incapacidad temporal en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA)

A) Introducción.

Con ocasión de la mejora llevada a cabo por el RDL 2/2003 en la regulación de la prestación económica por IT con respecto a los trabajadores por cuenta propia, cualquiera que fuera su régimen de encuadra-

Este trabajo se enmarca en los resultados científicos del Proyecto de Investigación ref. SEC2002-11901, concedido por el Ministerio de Ciencia y Cultura, sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad".

miento, para equiparar la fecha de nacimiento de la prestación con la establecida en el Régimen General, y aprovechando su desarrollo reglamentario, se ha procedido por el RD 1273/2003, de 10 octubre, que regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación de incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, a una reformulación del régimen jurídico de la protección por esta contingencia con carácter común para el citado colectivo y, en consecuencia, directamente aplicable también al RETA.

De este modo, y de acuerdo con lo previsto en el art. 9 RD 1273/2003, la prestación económica por IT, en el caso de los trabajadores por cuenta propia, se ha de regir, cualquiera que sea su origen (común o profesional), por lo establecido en los restantes artículos (10 a 12) del propio Capítulo II citado y, en lo no previsto en él, por lo establecido al respecto en las normas reguladoras del Régimen General, salvando, no obstante, las especialidades que, en relación a las situaciones derivadas de contingencias profesionales, se contienen en el Capítulo I del propio RD 1273/2003, señaladamente en su art. 6, con respecto al cual se producen recíprocas remisiones internas.

El referido régimen jurídico entró en vigor el día primero de noviembre de 2003 ("el día primero del mes siguiente al de su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado'", según ordena la disposición final segunda del RD 1273/2003), anticipándose de este modo en dos meses a la entrada en vigor del resto del Reglamento.

Por último, la disposición derogatoria (única) del Decreto 2530/1970, de 20 agosto, por el que se regula el RETA (en adelante, DRETA) invalida cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en él y, específicamente, los artículos 5 y 6 de la Orden de 28 de julio de 1978 (RCL 1978, 1748) , por la que se desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 1774/1978, de 23 de junio (RCL 1978, 1587), por el que se incluye la incapacidad laboral transitoria como mejora voluntaria en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

B) El carácter opcional de la cobertura.

La protección en el RETA de la IT ha experimentado a lo largo del tiempo una evolución "zigzageante"[(1)], que ha oscilado de modo alternativo entre la ausencia de protección (hasta 1978), la voluntariedad (1978-1984), la obligatoriedad (1984-1994) y, de nuevo, la voluntariedad de su cobertura (desde 1994).

En efecto, en el momento en que se constituyó el RETA (año 1970), la IT no aparecía entre las prestaciones a las que accedían los trabajadores incluidos en su ámbito subjetivo, razón por la que no aparece su mención en el listado de los arts. 27 DRETA y 56 de la Orden de 20 septiembre 1970, que aprueba las normas para la aplicación y desarrollo del RETA (en adelante, ORETA).

Más tarde, el RD 1774/1978, de 23 de junio, por el que se mejora la acción protectora en el RETA, dispuso que "la acción protectora que otorga este régimen especial podrá ser mejorada voluntariamente en materia de asistencia sanitaria, incapacidad laboral transitoria y protección a la familia, en las condiciones y con los requisitos que se determinen por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social".

LA PROTECCIÓN EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS (RETA) HA EXPERIMENTADO A LO LARGO DEL TIEMPO UNA EVOLUCIÓN "ZIGZAGUEANTE", QUE HA OSCILADO DE MODO ALTERNATIVO ENTRE LA AUSENCIA DE PROTECCIÓN (HASTA 1978), LA VOLUNTARIEDAD (1978-1984), LA OBLIGATORIEDAD (1984-1994) Y, DE NUEVO, LA VOLUNTARIEDAD DE LA COBERTURA (DESDE 1994)

Consecuente con el anterior mandato habilitante, la OM de 28 julio 1978 dispuso que la referida mejora de la acción protectora "por lo que a incapacidad laboral transitoria se refiere, se regirá por lo dispuesto en la presente Orden y en lo no previsto en la misma por la normativa aplicable a dicha prestación en el Régimen General".

Posteriormente, el RD 43/1984, de 4 enero, amplió la acción protectora "de cobertura obligatoria" en el RETA incluyendo las prestaciones de incapacidad laboral transitoria "en los mismos términos y condiciones establecidos en el Régimen General, con las especialidades que, en cuanto a la prestación por incapacidad laboral transitoria, establecía la Orden de 28 julio 1978 al regularla como mejora voluntaria, en materia de nacimiento del derecho, contenido y pago".

(1) Como la han calificado DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: La Seguridad Social de los trabajadores autónomos, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 251.

Por último, con la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, y su desarrollo reglamentario por medio del RD 2110/1994, de 28 de octubre, la protección de dicha contingencia volvió a ser voluntaria, carácter que hoy retiene[(2)].

En resumen, en el momento presente la cobertura en el RETA de la prestación de IT tiene carácter potestativo para el interesado, que puede libremente acogerse o no a ella[(3)]. Si opta por la cobertura, la misma habrá de formalizarse y ser asumida, obligatoriamente, por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, conforme a lo previsto en los arts. 74 y 75 RD 1993/1995; salvo en los supuestos residuales en que se hubiera optado, antes de 1 de enero de 1998, por formalizar la gestión de esta prestación ante la correspondiente Entidad Gestora, en los que puede perpetuarse tal situación[(4)]. De igual modo, los trabajadores que en la fecha antes citada hubiesen optado por formalizar su cobertura con una Mutua, sólo podrán modificar su opción a favor de otra Mutua (disposición adicional 11.2 LGSS).

A tal fin, se deberá suscribir con la Mutua elegida el llamado "documento de adhesión", en el cual se consignarán, además de los datos personales del trabajador, los derechos y deberes de las partes así como la fecha y hora en que nazcan y se extingan sus derechos[(5)]. Puede ser interesante recordar que la cobertura de la IT es presupuesto necesario para que el interesado pueda acogerse a otra mejora, la correspondiente a la protección de los riesgos profesionales, y caso de suscribirla tendrá que hacerlo, además, con la misma Entidad gestora o colaboradora con la que se haya formalizado o formalice la cobertura de la IT[(6)].

De conformidad con lo establecido en el art. 47 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social –aprobado por RD 84/1996, de 26 enero–, en su nueva redacción dada por el art. 1.1 RD 1273/2003, si no se opta por la cobertura de la contingencia de IT en el momento de causar alta en el RETA, el trabajador podrá optar, no obstante, por acogerse a dicha cobertura una vez transcurridos tres años naturales desde la fecha de efectos del alta, en cuyo caso debe formular por escrito solicitud al respecto antes del día 1.º deL mes de octubre de cada año, surtiendo efectos desde el día primero del mes de enero de año siguiente.

Realizada la opción a favor de la cobertura de la IT, los derechos y obligaciones son exigibles por un período mínimo de tres años computados por años naturales completos, que se prorrogan automáticamente por períodos de igual duración, salvo modificación de la opción realizada en la forma, plazos, condiciones y con los efectos establecidos normativamente[(7)].

Dentro del último de los tres años de cada período, el trabajador que desee renunciar a la cobertura por IT, debe presentar solicitud por escrito en tal sentido antes del primer día del mes de octubre, surtiendo efectos dicha solicitud desde el día 1 de enero del año siguiente[(8)]. La renuncia así realizada no impide ejercer nueva opción, siempre que hayan transcurrido tres años desde que tuvo efectos la renuncia anterior.

---

(2) Vid. disposición adicional 11.2, inciso primero, de la LGSS.

(3) Hay aquí una importante diferencia con el Régimen Especial del Mar, donde la protección de la IT está obligatoriamente incluida en su ámbito protector y, además, la derivada de contingencias comunes sólo cubre a los trabajadores por cuenta ajena y a los armadores asimilados a éstos (disp. adic. 15.ª de la Ley 66/1997) sin que, al contrario que en otros regímenes (RETA, Régimen Especial Agrario), se prevea la posibilidad del aseguramiento voluntario de esta contingencia para los trabajadores por cuenta propia (art. 35 D 2864/1974, de 30 de agosto [RCL 1974, 2071, 2330], por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre [RCL 1969, 2384] y 24/1972, de 21 de junio [RCL 1972, 1166], por las que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar).

(4) Aunque el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, aprobado por el RD 1993/1995, de 7 de diciembre, mantenía la posibilidad de optar entre el INSS o la Mutua, la Ley 66/1997 restringió esta posibilidad en los términos señalados.

(5) Este documento tiene un plazo de vigencia de un año natural que se prorroga automáticamente durante un año más, si a 1.º de octubre de cada año no se altera la opción, teniendo eficacia la misma, si se produce, a partir del 1.º de enero del año siguiente (arts. 74 y 75 RD 1993/1995).

(6) Vid. art. 47.3 RD 1273/2003.

(7) Remite el art. 47.2.1º a lo dispuesto en los apartados 3.3.º y 3.4.º del art. 46 del propio RD 1273/2003.

(8) A pesar de que la norma parece bastante clara y restrictiva, los tribunales han flexibilizado este plazo tan rígido. Así, la Sala de lo Social del TSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), en dos sentencias de 15 de junio de 1999 (AS 1999, 6134) y 29 de febrero de 2000 (AS 2000, 5486), entiende que cabe solicitar la renuncia a la IT, sin sujeción a plazo, y que tan sólo se exige por el art. 47 del RD 84/1996 –redacción anterior al RD 1273/2003– que se cumpla el primer período de carencia de tres años y no los sucesivos.

La baja en el RETA lleva consigo la renuncia a la opción de la prestación por IT, sin perjuicio de mantener el derecho al percibo del subsidio que se viniese percibiendo en el momento de la baja, hasta que se produzca una causa legal de extinción.

Una vez realizada la opción y suscrito el correspondiente documento de adhesión, la primera consecuencia que obtiene el autónomo es un incremento en su cotización. El tipo de cotización para los trabajadores que hubiera optado por la cobertura de la IT era del 28,3%, pero al haberse anticipado el momento del nacimiento del derecho a la prestación de IT, la mejora en el inicio de la prestación ha venido acompañada con un incremento de los tipos de cotización establecidos para su financiación. Por ello, la disposición final primera del RDL 2/2003, de 25 de abril, prevé que, a partir de la entrada en vigor de la ampliación de la protección por IT (una vez aparecido el RD 1273/2003, a partir del 1.º de noviembre de 2003), en el RETA (y por relación al mismo, en el caso de los trabajadores por cuenta propia del REM), cuando el interesado se hubiera acogido a la protección por IT, el tipo de cotización para la totalidad de las contingencias comunes pasa a ser del 29,80 por ciento. Si renuncia a la cobertura, el tipo reducido de cotización es del 26,50 por 100.

Como quiera que para formalizar la cobertura de las contingencias profesionales es imprescindible que el interesado haya optado, previa o simultáneamente, por acogerse a la protección de la IT, habrán de sumarse a ese 29,8% los tipos –desde el 1,20% hasta el 8,95%– previstos en el Anejo 2 del RD 2930/1979, lo que situaría el esfuerzo contributivo del trabajador entre un 31% y un (muy elevado y disuasorio) 38,75%.

C) Nacimiento y duración del derecho.

a) Antecedentes.

En todos los regímenes especiales que acogen a trabajadores por cuenta propia (RETA, REASS y REM), el nacimiento de la prestación económica por incapacidad temporal ha venido produciéndose a partir del día decimoquinto de la baja, regulación que contrastaba con lo establecido para los trabajadores asalariados, respecto de los cuales el artículo 131.1 de la LGSS prevé que la prestación nazca, en el supuesto de que la prestación se origine por contingencias comunes, a partir del día cuarto de la baja, si bien con la particularidad de que dicha prestación, durante los días cuarto al decimoquinto, ambos inclusive, está a cargo del empresario correspondiente.

Esta particularidad se acompañaba con otra, pues mientras que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, la cuantía del subsidio, cuando provenía de una contingencia común, era equivalente al 60 por ciento, durante los días cuarto al vigésimo, ambos inclusive, y al 75 por ciento, a partir de dicha fecha, para los trabajadores por cuenta propia el subsidio se abonaba en un importe equivalente al 75 por ciento de la base reguladora, desde el nacimiento de la prestación, es decir, desde el día decimoquinto de la baja. Sin embargo, esta diferencia en la cuantía de la prestación fue corregida a la baja por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, la cual dispuso que los distintos porcentajes aplicables a la respectiva base reguladora –para hallar el importe de la prestación– pasaban a ser los mismos para la globalidad de los trabajadores incluidos en el sistema de Seguridad Social, cualquiera que fuese el régimen de su encuadramiento.

> EN EL MOMENTO PRESENTE LA COBERTURA EN EL RETA DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL TIENE CARÁCTER POTESTATIVO PARA EL INTERESADO, QUE PUEDE LIBREMENTE ACOGERSE O NO A ELLA. SI OPTA POR LA COBERTURA, LA MISMA HABRÁ DE FORMALIZARSE Y SER ASUMIDA, OBLIGATORIAMENTE, POR UNA MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En cumplimiento de varias disposiciones que prevén la tendencia de los Regímenes Especiales a la máxima homogeneidad posible con el Régimen General (art. 10.4 LGSS, recomendación 4ª del Pacto de Toledo, apartado VII del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 9 de abril de 2001), el art. 8 RDL 2/2003, de 25 abril (luego convertido en Ley 36/2003, de 11 de noviembre), ha establecido que para los trabajadores por cuenta propia, cualquiera que sea el régimen en que se hallen encuadrados, el nacimiento de la prestación económica por incapacidad temporal a que pudieran tener derecho se producirá a partir del cuarto día de la baja, salvo en los casos en que, habiendo optado el interesado por la cobertura de las contingencias profesionales, el subsidio traiga su origen en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional, en cuyo caso, el nacimiento de la prestación se producirá a partir del día siguiente al de la baja, remitiendo a disposiciones reglamentarias la regulación de los términos y condiciones de dicho reconocimiento y percibo de la prestación. La misma regulación se contiene actualmente en la disposición adicional trigésima séptima LGSS (añadida por el art. 8 Ley 36/2003).

b) Regulación actual.

De acuerdo con lo dispuesto, actualmente, en el artículo 10 RD 1273/2003, los trabajadores autónomos que tengan derecho a la prestación económica por IT percibirán el correspondiente subsidio:

– Con carácter general, a partir del cuarto día inclusive de la baja en el trabajo o actividad, reduciéndose en once días la fecha de nacimiento de la prestación, respecto de la situación anterior.

– En los supuestos en que el interesado hubiese optado por la cobertura de las contingencias profesionales, o las tenga cubiertas de forma obligatoria (previsión dirigida a esos otros regímenes especiales, distintos del RETA, en los que la protección de la contingencia de IT para los trabajadores por cuenta propia reviste carácter forzoso), y el subsidio se hubiese originado a causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, a partir del día siguiente al de la baja en el trabajo.

La jurisprudencia ha precisado (para un supuesto del RETA, aunque la doctrina es generalizable a todo el sistema) que la prestación económica correspondiente a la situación de IT no está condicionada a la previa solicitud de parte, sino que se hace efectiva de modo directo y automático (principio de "oficialidad"), una vez presentados los correspondientes partes médicos de baja y de confirmación[(9)], y va caducando al año de su respectivo vencimiento[(10)], con lo que la presentación extemporánea de la solicitud de subsidio no determina la aplicación del plazo de retroacción de 3 meses anteriores a la solicitud[(11)]. En esta doctrina se parte de que es innecesario el reconocimiento formal del subsidio, por lo que el beneficiario lo que tiene que reclamar es su pago y, por ello, está sujeto al plazo de caducidad de un año, computable mes por mes, según transcurra la situación de incapacidad. Y si no es preciso el reconocimiento formal, y el beneficiario únicamente tiene que cursar el parte médico de baja, no cabe aplicar un plazo que rige la solicitud para que la prestación sea reconocida, cuantificada y, en su caso, declarada la responsabilidad de quien haya de proporcionarla.

c) Duración máxima y agotamiento del subsidio. El tratamiento de la inexistente "invalidez provisional".

Cierta jurisprudencia ha venido declarando que el agotamiento del período máximo de incapacidad laboral transitoria (hoy incapacidad temporal), sin alta médica por curación, determinaba el pase directo del sujeto a la situación de "invalidez permanente no definitiva", para evitar, ante la ausencia en el RETA de la situación puente de invalidez provisional, interregnos vacíos de protección[(12)], apoyándose para ello en diversos argumentos:

- Las exigencias del art. 41 CE, en línea con la tendencia a la homogeneidad que el RETA debe observar respecto del General (art. 10. 4 LGSS 1974; art. 10.5 LGSS 1994).

- Aunque el principio de homogeneidad (trasladado al terreno de las cotizaciones) no ha llevado a incorporar la invalidez provisional, lo cierto es que en los casos descritos la necesidad de protección subsiste.

- Si necesidades de control y gestión hacen poco aconsejable la introducción de la invalidez provisional, ello ha de admitirse pero a condición de que se evite un defecto de cobertura que colisione con el mandato constitucional.

- El vacío de referencia, en suma, ha de integrarse entendiendo que tras la incapacidad laboral transitoria (ILT) se accede directamente a la invalidez permanente, lo que se aparta de la solución recogida en el derogado art. 132 LGSS 1974, pero de modo justificado.

- En todo caso, lo anterior no debía entenderse como la automaticidad del pase de la situación de incapacidad laboral a la invalidez permanente por cualesquiera trabajadores autónomos que hubieran agotado el período de ILT sin alta médica por curación. La declaración de IP, en el grado que corresponda al estado del enfermo, precisa que el presunto beneficiario sufra reducciones anatómicas o funcionales graves determinables objetivamente y previsiblemente defi-

(9) SSTS 1 y 19 noviembre de 1993; 21 enero y 17 febrero 1994 y 20 diciembre 1999 (RJ 1999, rec. 753/99).

(10) SSTS 9 octubre 1992 (RJ 1992, 7627) y 20 septiembre 1993 (RJ 1993, 6885).

(11) SSTS 20 diciembre 1999 (RJ 1999, rec. 753/99); 4 julio 2000 (RJ 2000, rec. 2571/99); 28 mayo 2001 (RJ 2001, rec. 4003/2000).

(12) Sobre el tema, ver el comentario de BARREIRO GONZÁLEZ a la STS 20 mayo 1991, en La Ley, 15 noviembre 1991; también APARICIO TOVAR, "Invalidez provisional y Trabajadores Autónomos", Temas Laborales, Junta de Andalucía, núm. 24, Sevilla, 1992, págs. 93 y ss., y A. MARTÍN VALVERDE, "Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia recientes", AL 39 (1994), págs. 612 y 613.

nitivas (art. 134. 1 LGSS) que inhabilitan para todo trabajo o para el habitual (art. 137 LGSS)[13].

En todo caso, el criterio jurisprudencial expuesto ha perdido su razón de ser después que la Ley 42/1994 refundiera las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional en un único período de Incapacidad Temporal, contingencia ésta a la que asimismo pueden acceder los trabajadores autónomos, los cuales ya tenían reconocida la cobertura en caso de ILT por el antecitado RD 43/1984. Actualmente, el art. 134.1 LGSS extiende la calificación de IP a las situaciones de incapacidad que subsistan después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración señalado para la misma en el art. 128.1.*a)* LGSS, salvo en el supuesto previsto en el art. 131.bis, 2, párr. 2.º, de dicho texto legal, en el cual no se accederá a la situación de IP hasta tanto no se proceda a la correspondiente calificación.

Recientemente, lo que el Tribunal Supremo ha declarado es que agotado el período de incapacidad laboral transitoria –actual incapacidad temporal– sin expedirse parte de alta médica procede cursar la baja en el RETA por imposibilidad de desarrollar la actividad determinante de encuadramiento en este régimen[14].

También se ha declarado que, a efectos del cálculo de la duración máxima de la situación de incapacidad temporal, no son acumulables los períodos de recaída y observación cuando entre tales períodos incapacitantes medie alta y cotización superior a seis meses[15].

d) Subsidio por IT y pluriactividad.

En los supuestos de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes –una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria–, el Tribunal Supremo[16] considera que es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal (art. 128.1 LGSS) que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro; y que, bajo esta perspectiva, negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador, que ejerce una pluriactividad, por la que está en alta y cotiza, en estado de clara desprotección, siendo semejante conclusión contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al "efecto útil" de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la seguridad social. Se advierte, además, que aplicar estrictamente el artículo 132 LGSS pudiera conducir a la picaresca de que el trabajador en activo aproveche la situación de baja en una actividad que no puede realizar por la dolencia que le aqueja de carácter temporal, y que le impide por ejemplo realizar un trabajo de esfuerzo, para, igualmente, "provocar la baja" en otra actividad que le permite su capacidad re-

> REALIZADA LA OPCIÓN A FAVOR DE LA COBERTURA DE LA IT, LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES SON EXIGIBLES POR UN PERÍODO MÍNIMO DE TRES AÑOS COMPUTADOS POR AÑOS NATURALES COMPLETOS, QUE SE PRORROGAN AUTOMÁTICAMENTE POR PERÍODOS DE IGUAL DURACIÓN, SALVO MODIFICACIÓN DE LA OPCIÓN REALIZADA EN LA FORMA, PLAZOS, CONDICIONES Y CON LOS EFECTOS ESTABLECIDOS NORMATIVAMENTE

---

[13] SSTS 16 noviembre 1992 (RJ 1992, 8812); 29 junio 1994 (RJ 1994, 5505); 29 diciembre 1995 (RJ 1995, 9850); 24 diciembre 1996 (RJ 1996, 9852); 30 septiembre 1998 (RJ 1998, rec. 4600/1997); 29 mayo 2001 (rec. 2832/2000).

En sentido algo diverso, sosteniendo la automaticidad del acceso a la incapacidad permanente por los trabajadores autónomos que hayan agotado el período de ILT sin curación, aun cuando sus lesiones no sean determinantes de tal calificación, las SSTS 20 mayo 1991 (RJ 1991, 7257) y 21 septiembre 1992 (RJ 1992, 6800).

[14] STS 16 junio 1998 (RJ 1998, 5783) y 20 enero 2004 (RJ 2004, 3908).

[15] STS 24 marzo 1998 (RJ 1998, 3008). Parte esta sentencia de lo dispuesto en el art. 9.1 de la OM 13 octubre 1967, según el cual "si el proceso de incapacidad laboral transitoria se viera interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad".

Doctrina análoga, aunque referida al RGSS, puede verse en SSTS 8 mayo 1995 (RJ 1995, 3755) y 10 diciembre 1997 (RJ 1997, 9311).

[16] STS 19 febrero 2002 (RJ 2002, 4364).

sidual; y que conduciría al absurdo admitir la compatibilidad entre la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual y la realización de otros trabajos que permitan la capacidad residual del trabajador ya incapacitado y negar esta compatibilidad con el subsidio por incapacidad temporal.

D) Cuantía de la prestación.

La acción protectora de la IT para los autónomos que voluntariamente hayan optado por la cobertura de dicha protección es equiparable a la del Régimen General. Como se sabe, el subsidio se obtiene aplicando un determinado porcentaje a una determinada base reguladora.

a) Porcentajes.

De conformidad con lo establecido en el art. 11 RD 1273/2003, la cuantía del subsidio será el resultado de aplicar, sobre la correspondiente base reguladora, los siguientes porcentajes:

- Con carácter general, desde el día cuarto al vigésimo de la baja, ambos inclusive, en la correspondiente actividad, el 60 por ciento. A partir del día vigésimo primero, el 75 por ciento.

- En los supuestos en que el interesado hubiese optado por la cobertura de las contingencias profesionales, o las tenga cubiertas de forma obligatoria, y el subsidio se hubiese originado a causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, el 75 por ciento desde el día siguiente al de la baja. Ésta sí que constituye una auténtica novedad, dada la anterior inexistencia de cobertura de las contingencias profesionales.

DENTRO DEL ÚLTIMO DE LOS TRES AÑOS DE CADA PERÍODO, EL TRABAJADOR QUE DESEE RENUNCIAR A LA COBERTURA POR IT, DEBE PRESENTAR SOLICITUD POR ESCRITO EN TAL SENTIDO ANTES DEL PRIMER DÍA DEL MES DE OCTUBRE, SURTIENDO EFECTOS DICHA SOLICITUD DESDE EL DÍA 1 DE ENERO DEL AÑO SIGUIENTE. LA RENUNCIA ASÍ REALIZADA NO IMPIDE EJERCER NUEVA OPCIÓN, SIEMPRE QUE HAYAN TRANSCURRIDO TRES AÑOS DESDE QUE TUVO EFECTOS LA RENUNCIA ANTERIOR

Se modifica así la situación anterior, conforme a la cual la prestación económica, en las diversas situaciones, se calculaba, a partir del 1.º de enero de 1998, aplicando los mismos porcentajes vigentes para los procesos derivados de contingencias comunes en el Régimen General, de acuerdo con la siguiente secuencia temporal: el 60% de la base reguladora entre los días decimosexto y vigésimo (los primeros quince días en baja no se cobraban), y el 75% de la base reguladora a partir del día vigésimo primero.

b) Base reguladora.

La base diaria reguladora sobre la que se aplicarán los indicados porcentajes viene expresada en el art. 6.2 RD 1273/2003. La misma estará constituida por la base de cotización del trabajador correspondiente al mes anterior al de la baja médica, dividida entre 30. Para el caso de IT derivada de contingencias profesionales, existe una clara diferencia con el Régimen General, en el que, aun cuando se toma la base del mes anterior, también se computan las horas extraordinarias realizadas en el último año.

Dicha base reguladora se mantendrá durante todo el proceso de incapacidad temporal, incluidas las correspondientes recaídas, salvo que el interesado hubiese optado por una base de cotización de cuantía inferior, en cuyo caso y desde el momento en que tenga efectos la nueva base de cotización, la misma actuará también como nueva base reguladora de la prestación.

E) Requisitos.

El sujeto causante de la prestación de IT debe reunir varios requisitos, comunes en unos casos a los que exigen a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General (art. 1.2.º RD 43/1984) y específicos otros de este régimen especial (y de otros regímenes que también agrupan a trabajadores por cuenta propia).

a) Afiliación y alta o situación asimilada al alta.

Requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la prestación por IT en el RETA es que el sujeto causante se encuentre afiliado y en alta o situación asimilada al alta en momento de acaecer el hecho causante[17]. A tal efecto, las situaciones

[17] *No obstante, la STSJ Andalucía (Granada), de 4 octubre 2991 (JUR 2001, 42310), entendió que, aun teniendo en cuenta que la regla general en cuanto a la fecha del hecho causante de una incapacidad temporal está vinculado a la baja medica, sin embargo y como excepción a ello, ha de considerarse causada la prestación cuando con anterioridad a dicha baja, la enfermedad del trabajador ha quedado determinada, "ya que, conforme establece el art. 124.1 LGSS, lo exigido por la Ley para obtener el derecho a ella, es que al sobrevenir la contingencia o situación protegida, se reúna el requisito general de estar afiliado y en alta o en situación asimilada".*

asimiladas al alta para el percibo de esta prestación son las específicas que, para este Régimen y para todas las prestaciones, se aplican con carácter genérico[18] Convendrá recordar aquí, no obstante, que el Tribunal Supremo ha entendido reiteradamente que no constituye situación asimilada al alta el período de 90 días posteriores a la fecha de baja en el RETA, a efectos de causar derecho a la prestación económica de IT[19].

b) Concurrencia de un período mínimo de cotización.

En segundo lugar, el autónomo tiene que haber cubierto el período de cotización establecido para la IT derivada de enfermedad común en el ámbito del RGSS (180 días cotizados dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha de la baja).Se ha cuestionado la operatividad, a los efectos de considerar cumplido el período de carencia exigible, de aquellas cotizaciones ingresadas fuera del plazo establecido y con posterioridad a haberse producido el hecho causante. Para el Tribunal Supremo, resulta incuestionable la imposibilidad legal de computar cotizaciones que correspondan a mensualidades posteriores a la fecha del hecho causante, así como las cotizaciones correspondientes a mensualidades anteriores si su ingreso se ha realizado fuera de plazo, y ello porque "nunca el ingreso posterior al hecho causante convalida la falta de carencia exigida"[20].

Además, por aplicación de la doctrina jurisprudencial plasmada en la STS de 20 febrero 2002, el autónomo que sufre una recaída en la misma enfermedad por la que ya agotó un período de duración máxima de una incapacidad temporal tiene derecho a la prestación si reúne el período de carencia de los 180 días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante, no precisando acreditar, después del alta médica extendida en el primer proceso, otros seis meses de trabajo con sus respectivas cotizaciones[21].

c) Hallarse al corriente del abono de las cuotas.

Además de los dos requisitos anteriores, importados al RETA desde el Régimen General, el art. 12 RD 1273/2003 impone el cumplimiento de dos requisitos específicos para el conjunto de los trabajadores por cuenta propia que, por lo que se refiere a los integrantes del RETA, no implican sino una reiteración, si bien con algunas innovaciones, de los exigidos en la regulación precedente en dicho ámbito[22].

El primero de estos requisitos específicos es el de hallarse al corriente en el pago de las cuotas. Interesa recordar que el art. 28.2 DRETA establece como condición indispensable para tener derecho a las prestaciones (con excepción de las de asistencia sanitaria a pensionistas, asistencia social y servicios sociales, así como del subsidio de defunción) el que los sujetos protegidos "se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación", estableciéndose al mismo tiempo, para el supuesto de no acreditar dicho requisito, un mecanismo de invitación al pago por la Entidad Gestora para subsanar dicho incumplimiento, y la determinación de distintos efectos en función de la fecha en que, atendiendo dicha invitación, se proceda al ingreso de las cuotas adeudadas. Dicha regulación vino a ser reiterada en términos lite-

---

[18] El art. 125 LGSS contiene un listado de situaciones asimiladas al alta, pero, sin perjuicio de coincidencias parciales, no se ha previsto su aplicación en el RETA (no es una norma general del sistema, ni la remisión a dicho precepto se contiene en la disp. adic. 8.ª LGSS). Habrá que estar, pues, a la regulación específica de estas situaciones contenida en el art. 29 DRETA y en los arts. 69-73 ORETA, la cual ha de concordarse y completarse con la que establecen las normas generales del sistema, singularmente el art. 36 RD 84/1996 y la Orden TAS/2865/2003, de 13 octubre, que regula el Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social. Asimismo, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha añadido una nueva situación de asimilación al alta para las mujeres trabajadoras por cuenta propia de cualquier Régimen que se vean obligadas a suspender su actividad por ser víctimas de violencia doméstica.

[19] SSTS 26 octubre 2001 (RJ 2001, 2371); 20 enero 2003 (RJ 2003, 1987); 3 febrero 2003 (RJ 2003, 1337). Supuesto distinto es el que resuelve, p. ej., la STSJ Extremadura de 12 marzo 2003 (RJ 2003, 187659), donde se reconoció el derecho al subsidio por IT a una trabajadora autónoma que estaba de alta en el RETA cuando se originó su baja por el proceso de incapacidad temporal, y sin que conste la finalización de la referida incapacidad, pasó a la situación por maternidad, enlazando ésta con una nueva baja médica por la misma enfermedad que originó el proceso incapacitante anterior a la situación de maternidad, con lo que el nuevo proceso de IT no puede ser considerado como una nueva situación sino continuación de aquél.

[20] SSTS 7 febrero 1992 (RJ 1992, 955) y 26 enero 1994 (RJ 1994, 379).

[21] STSJ Madrid de 22 septiembre 2003 (AS 2003, 3639).

[22] DESDENTADO BONETE y TEJERINA ALONSO, op. cit., pág. 257.

rales en el art. 57.2 ORETA. Pero hay que tener presente que la cobertura de la IT no se incluyó en la acción protectora del RETA hasta el Decreto 1774/1978, de 23 junio, por lo que aquellas previsiones, lógicamente, no tuvieron inicialmente repercusión con respecto a las prestaciones de IT.

El RD 1774/1978, de 23 de junio, por el que se mejora la acción protectora en el RETA dispuso que "la acción protectora que otorga este régimen especial podrá ser mejorada voluntariamente en materia de asistencia sanitaria, incapacidad laboral transitoria y protección a la familia, en las condiciones y con los requisitos que se determinen por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social". Consecuente con el anterior mandato habilitante, la OM de 28 julio 1978 dispuso que la referida mejora de la acción protectora "por lo que a incapacidad laboral transitoria se refiere, se regirá por lo dispuesto en la presente Orden y en lo no previsto en la misma por la normativa aplicable a dicha prestación en el Régimen General". En particular, por cuanto aquí interesa, su artículo 4.º previó el surgimiento del derecho a percibir la prestación económica por ILT a favor de quienes, además de estar afiliados y en alta y ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria cumplieran el requisito de "hallarse al corriente en el pago de las cuotas", pero sin explicitar si sería o no de aplicación el mecanismo de invitación previsto con carácter genérico en el DRETA para sanear esa circunstancia de descubierto.

Posteriormente, el RD 43/1984, de 4 enero, la convirtió en obligatoria y prescribió que la prestación se otorgaría "en los mismos términos y condiciones establecidos en el Régimen General, con las especialidades que, en cuanto a la prestación por incapacidad laboral transitoria, establecía la Orden de 28 julio 1978 al regularla como mejora voluntaria, en materia de nacimiento del derecho, contenido y pago", lo que implicaba una remisión a los arts. 5.º, 6.º y 8.º, respectivamente, de la repetida Orden. A tenor de tal previsión, se vino a plantear si con respecto a esta prestación, en su nueva configuración, continuaba siendo exigible el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas debidas, habida cuenta que ese condicionante no se requería en la regulación prevista en el Régimen General, ni figuraba en ninguna de las especialidades expresamente declaradas en vigor, sino en el art. 4.º de la Orden de 28 julio 1978, referido a "beneficiarios", a los que no se hacía remisión alguna en el RD 43/1984. Pues bien, cierta doctrina de unificación entendió que, efecto de tal remisión, era que ninguno de los preceptos de aplicación exigía que el trabajador beneficiario tuviera que estar al corriente en el pago de las cotizaciones, al considerar la falta de vigencia del art. 4.º de la Orden de 28 julio 1987, así como la inaplicabilidad de los arts. 28 DRETA y 57 ORETA[(23)].

La ordenación normativa de esta materia cambió con el RD 2110/1994, de 28 de octubre, el cual dispuso en su art. 3.2 que "será requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la prestación económica por incapacidad laboral transitoria que el interesado se halle al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social". Esta norma derogó el art. 2 del RD 43/1984, en el que se basaba la precedente jurisprudencia, la cual quedó privada de su soporte normativo.

Esta nueva formulación normativa ha propiciado, en efecto, que en la aplicación jurisprudencial venga a reconocerse de nuevo la exigencia del controvertido requisito[(24)]. El precepto es claro y no presenta dudas interpretativas: si el trabajador no está al corriente en el abono de sus cuotas, tampoco tiene derecho a cobrar dichas prestaciones.

Sin embargo, esta conclusión ha debido parecer demasiado dura al Tribunal Supremo, de ahí que, en algún caso, la haya dulcificado admitiendo, sin un soporte normativo evidente, la posibilidad de que la entidad gestora invite al interesado a que haga efectivas las cuotas adeudadas "en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación", tal como previenen los arts. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y 57.2 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970. Lo que ya no resulta fácil de entender es que, tras haberse aceptado la posibilidad de que la Entidad gestora invite al interesado a que haga efectivas las cuotas adeudadas en el plazo improrrogable de 30 días naturales, se concluya en la STS de 3 julio 2001 (RJ 2001, 7798) que el pago realizado fuera de ese plazo carece de efectividad al fin comentado, y no se puede reconocer al interesado el derecho que pretende, lo que parece hallarse en contradicción con lo previsto en el segundo párrafo del propio art. 28 invocado[(25)].

Las SSTS de 26 abril 2004 (RJ 2004, 3703) y 18 noviembre 2004 (RJ 2004, 8349) van más allá y rechazan

---

(23) STS 16 mayo 1992 (RJ 1992, 3558).

(24) STS 28 mayo 2003 (rec. 3193/2002), en armonía con lo ya apuntado obiter dicta *en la STS de 3 julio 2001 (RJ 2001, 7798).*

(25) El cual sí permite que, si se supera tal plazo, se pueda percibir la prestación, aunque minorada en cierto porcentaje si se trata de un subsidio.

que resulte aplicable a la IT la moderación a través de la invitación al pago de las cuotas[26], "por cuanto ni en el RD 43/1984, de 4 de enero, ya mencionado, se admitió la posibilidad de ulterior subsanación del requisito de estar al corriente del pago de las cotizaciones ni, por otra parte, la vigente normativa da pié, para permitir que se pueda llevar a cabo la subsanación ulterior del requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones cuando se trate de prestaciones de incapacidad temporal".

El decurso normativo ulterior ha venido a dejar las cosas mucho más claras. En efecto, la regulación vigente, contenida en el art. 12 RD 1273/2003, establece indubitadamente que para acceder a las prestaciones por IT el interesado tiene que hallarse al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social, procediendo, en caso contrario, el recurso a la invitación en los términos y con los efectos establecidos en el art. 28 del DRETA. En esta misma línea se pronuncia la disposición adicional 39.ª LGSS, añadida por el art. 20 Ley 52/2003, pero ahora para todas las prestaciones, cuando éstas se causen por trabajadores que sean responsables del ingreso de las cotizaciones (caso indiscutible de los incluidos en el RETA).

La jurisprudencia ha afrontado también el problema de quienes en el momento de sobrevenir la contingencia de Incapacidad Temporal tienen deudas pendientes de pago pero aplazadas. Hay que recordar los preceptos ya reseñados del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de Seguridad Social, aprobado mediante RD 1637/1995, de 6 octubre, el cual regula los efectos del aplazamiento del pago de las cotizaciones adeudadas en términos que indican la voluntad de equiparar la situación de quien ha obtenido el aplazamiento de sus deudas (y afronta los sucesivos vencimientos) con la de quien se encuentra al corriente en el pago[27]. Lo mismo puede sostenerse respecto del artículo 22 de la OM de 26 mayo 1999, que desarrolla el referido Reglamento; es esta segunda norma, aunque de inferior rango, la que expresa con mayor claridad tal idea al establecer que "las empresas y demás sujetos responsables que tengan concedido aplazamiento en el pago de sus deudas con la Seguridad Social, en tanto cumplan las condiciones para su efectividad señaladas en el artículo anterior, se considerarán al corriente respecto de las mismas tanto para el reconocimiento del derecho a las prestaciones como a otros efectos".

EN CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES QUE PREVÉN LA TENDENCIA DE LOS REGÍMENES ESPECIALES A LA MÁXIMA HOMOGENEIDAD POSIBLE CON EL RÉGIMEN GENERAL, SE HA ESTABLECIDO QUE PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA EL NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR IT A QUE PUDIERAN TENER DERECHO SE PRODUCIRÁ A PARTIR DEL CUARTO DÍA DE LA BAJA

Ahora bien, la aplicación del citado bloque normativo tiene un presupuesto decisivo en nuestro caso: para que el aplazamiento autorizado por la TGSS despliegue sus efectos resulta ineludiblemente que se produzca "con anterioridad al hecho causante". En respaldo de tal criterio se afirma que "así lo ha señalado esta Sala en sentencias" precedentes; veamos, pues, con detalle los precedentes invocados de manera expresa en la STS de 24 septiembre 2003 (RJ 2003, 7002):

- Se cita como antecedente la STS de 3 julio 2001 (RJ 2001, 7798), pero en realidad la misma se centra sobre la ausencia de ingreso de las cotizaciones tras la invitación realizada por la Entidad Gestora a hacerlo en el plazo de treinta días y razona que "que el pago realizado fuera de ese plazo carece de efectividad al fin comentado, y no se puede reconocer al interesado el

---

[26] Esta sentencia desestima la demanda y absuelve a la Mutua, aunque consta que el actor había abonado las cuotas adeudadas el 22-1-2002 y que el requerimiento de pago de las cuotas le había sido formulado el 16-1-2002.

[27] Entre otros extremos, su art. 43.2.b) dispone que "la concesión del aplazamiento dará lugar a la suspensión del procedimiento recaudatorio o de los trámites del mismo que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y a que el deudor, en tanto cumpla las condiciones para la efectividad del aplazamiento, sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social respecto de las deudas aplazadas en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social causadas durante el mismo, contratación administrativa y aquellos otros determinados expresamente por Ley o en ejecución de ella. Dicha concesión solamente producirá la terminación del procedimiento administrativo de apremio cuando para la efectividad del aplazamiento concedido se constituya aval u otra garantía suficiente distinta a la anotación preventiva de embargo en registro público y se acuerde así expresamente en la resolución que conceda el aplazamiento".

derecho que pretende"; la cuestión objeto de discusión en el presente parece algo distinta.

● La STS 12 de julio 2002 (RJ 2002, 10644) realiza un pormenorizado estudio de la exigencia de estar al corriente en el pago de las cotizaciones, tanto por lo que se refiere al requisito en sí, como por la consecuencia que puede tener en orden a reunir el período carencial correspondiente: conforme a la misma "las cuotas aplazadas y en tanto se cumplan los compromisos de pago deben tener eficacia plena para causar las prestaciones condicionadas por tal satisfacción". Ciertamente, se indica que ese efecto sólo cabe respecto de cotizaciones cuyo aplazamiento preceda al momento del "hecho causante", pero el tema suscitado refiere a "la eficacia de las cuotas adeudadas en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos y sometidas a aplazamiento, para completar la carencia exigible en orden a lucrar una pensión", que no a la posibilidad de tener "al corriente" a quien obtiene el aplazamiento de su deuda de manera sobrevenida.

● También se invoca el criterio de la STS de 23 diciembre 2002 (RJ 2003, 2474) pero en ella lo que se hace es limitar las cotizaciones aplazadas que pueden tomarse en cuenta, a efectos carenciales, a las preexistentes al momento del "hecho causante"; el tema de si cabe considerar al corriente a quien logra un aplazamiento sobrevenido queda inédito.

● Se nos dice también que la cuestión litigiosa "ha sido finalmente resuelta, en el sentido que propugna la Entidad Gestora, en la sentencia de 6 de junio de 2003 (Rec. 3625/02), cuya doctrina asumimos íntegramente, en un caso prácticamente idéntico, de afiliado al RETA que al iniciar la incapacidad temporal no se encontraba al corriente en el pago de sus cuotas y que solicitó y obtuvo un aplazamiento de pago con posterioridad al hecho causante".

Respecto del devengo de la prestación por incapacidad temporal en relación con el abono de cotizaciones pueden tenerse como ciertas las siguientes premisas básicas: 1.º) Para acceder al subsidio por IT, quienes vienen encuadrados en el RETA han de hallarse al corriente de sus obligaciones en el momento de producirse la contingencia pues así lo establece el art. 3.2 del RD 2110/1994[(28)] y lo declara la jurisprudencia. 2.º) Mientras cumplan con el correspondiente calendario de pagos, quienes han conseguido el aplazamiento del pago de las cotizaciones anteriores a la contingencia han de considerarse como si estuvieran al corriente en su abono. 3.º) Las cuotas aplazadas deben tener eficacia plena para causar las prestaciones de ellas dependientes, siempre que el aplazamiento estuviera concedido antes de sobrevenir el hecho causante y que el sujeto estuviera cumpliendo los compromisos adquiridos. 4.º) El aplazamiento conseguido tras sobrevenir la situación de incapacidad temporal es inhábil para integrar el hecho causante pues el requisito de "estar al corriente" hay que cumplirlo al producirse aquélla.

La STS de 24 septiembre 2003 pretende que el cuarto aserto se encuentra contenido en precedentes resoluciones de la propia Sala Cuarta, pero lo cierto es que más bien hay atisbos o indicios de ello que evidencia pues las cuestiones entonces suscitadas eran algo diversas. En principio la tesis asumida es correcta: el subsidio no puede nacer si hay cotizaciones pendientes y no abonadas; ahora bien, estando ante prestación de tracto sucesivo, no se alcanza a comprender por qué tampoco puede surgir el derecho al subsidio a partir del momento en que se ha concedido el aplazamiento y el sujeto debe considerarse como si estuviera al corriente.

En apoyo de esta idea puede recordarse el propio criterio jurisprudencial conforme al cual el reconocimiento de la situación de incapacidad temporal subsidiada procede, aun cuando en la primera baja por enfermedad común no existiera período de carencia, pero sí se cumple en la baja posterior por igual dolencia, y ello aunque no se hubieran trabajado más de seis meses antes de la segunda recaída[(29)]. Carecería

---

[(28)] El RD 1273/2003 ha regulado la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA, extendiendo a tales supuestos las reglas ya conocidas; conforme a su artículo 5.º "será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones que los interesados estén afiliados y en situación de alta o asimilada, así como que, con excepción del auxilio por defunción, se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. De no ser así, se les cursará invitación en los términos y con los efectos previstos en el artículo 20 del Decreto 2530/1970, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos".

[(29)] En este sentido SSTS 24 noviembre 1998 (RJ 1998, 10003); 18 febrero 1999 (RJ 1999, 2016). Nada obsta al reconocimiento de la incapacidad temporal pretendida a partir de la fecha de la segunda baja, momento en que sí se reunían todos los requisitos para el acceso a la misma, y será a partir de entonces cuando se plantearían las cuestiones referentes a la duración de la prestación reconocida. Para el TS, resultaría contrario a los principios de eficacia y utilidad de las cotizaciones y al de proporcionalidad, consagrar una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de IT por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta, tal defecto inicial persistiera cual un estigma imborrable que impidiera sine die *al beneficiario poder acceder al disfrute de la prestación una vez reunidos los requisitos habilitantes.*

de sentido que para poder acceder al subsidio el autónomo forzase su alta médica y de inmediato solicitare una nueva baja (por igual motivo), para que de ese modo (estando ya "al corriente") se le abonase el subsidio.

En suma, se echa de menos esta importante matización en la doctrina glosada; ciertamente, los términos del debate no la incluían, pero sabido es que en su función unificadora el Tribunal Supremo no está sometido al dilema de optar entre las tesis contrastadas.

F) Obligaciones formales.

Asimismo, y con la finalidad de evitar fraudes premeditados por parte del autónomo, éste debe presentar ante el INSS, o ante la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social con la que se hubiera concertado la contingencia de la IT, declaración en el modelo oficial sobre la persona que gestione directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sean titulares mientras durante la situación de IT o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad. Así lo preceptúa el art. 12 RD 1273/2003, en cuya regulación se observa una ligera modificación respecto al régimen preexistente en lo relativo al plazo para comunicar a la entidad gestora o colaboradora la identidad de la persona que se va a hacer cargo del negocio mientras dure la situación de IT (para evitar fraudes) o, en su caso, el cese temporal o definitivo de la actividad: ya no son 15 días a contar desde el inicio de la IT (RD 2319/1993, disp. adic. 10.ª –expresamente derogada por el propio RD 1273/2003–; Res. 1 marzo 1994), sino el plazo (igual, inferior o superior) que determine la entidad gestora (no la colaboradora) del régimen en que esté encuadrado el beneficiario (en el RETA, el INSS). No obstante, el plazo para la presentación de la repetida declaración continúa siendo el de 15 días, según lo han establecido la Res. INSS de 4 febrero 2004 y la Res. ISM de 22 marzo 2004, para el RETA y el REM, respectivamente.

La falta de presentación de la declaración en el plazo indicado producirá los siguientes efectos:

a) La suspensión cautelar del derecho al subsidio una vez reconocido. En la anterior regulación, el subsidio nacía, en todo caso, tras un período de espera de 15 días; de ahí la norma que condicionaba el acceso inicial a la prestación a la presentación, en el mismo plazo quincenal, de la declaración sobre continuación del negocio por medio de otra persona o el cese temporal o definitivo en la actividad de que se trate, declaración considerada como documento preceptivo para el reconocimiento del derecho a la prestación en cuestión, con los efectos previstos en el art. 71.1 de la LRJAP-PAC. Tras la modificación operada en el nacimiento del subsidio, a la que ya se ha hecho referencia, la aludida previsión quedaba desfasada y precisaba de un ajuste, pues resultaba incongruente continuar condicionando el acceso al derecho al subsidio (que habrá de nacer, como muy tarde, al 4.º día de baja) a la presentación de un documento cuando el interesado dispone de un plazo de 15 días para el cumplimiento de dicha exigencia. Lo que se ha hecho es solventar dicha incongruencia, sustituyendo el efecto del condicionamiento al acceso inicial a la prestación por el de la suspensión cautelar del derecho una vez ya reconocido[30].

> EN LOS SUPUESTOS DE PLURIACTIVIDAD, DERIVADA DEL EJERCICIO DE DOS ACTIVIDADES COMPLETAMENTE DIFERENTES, UNA DE LAS CUALES EXIGE ESFUERZO FÍSICO Y OTRA ES TOTALMENTE SEDENTARIA, EL TRIBUNAL SUPREMO CONSIDERA QUE ES POSIBLE Y CONGRUENTE CON EL PROPIO CONCEPTO DE IT QUE UNAS DOLENCIAS INCAPACITEN PARA EL EJERCICIO DEL TRABAJO QUE SE DESARROLLA EN UN RÉGIMEN Y LAS MISMAS DOLENCIAS PERMITAN LA REALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL, OBJETO DEL OTRO. NEGAR AL DOBLEMENTE AFILIADO EL DERECHO A COMPATIBILIZAR EL PERCIBO DE LA PRESTACIÓN DE IT EN EL RETA ES SITUAR AL TRABAJADOR EN ESTADO DE CLARA DESPROTECCIÓN

b) Podrá iniciarse de oficio las actuaciones oportunas para comprobar la situación en la que queda el establecimiento del que es titular el beneficiario de la prestación y, en caso de deducirse el carácter indebido de la prestación percibida, podrá iniciarse expediente sobre el reintegro de prestaciones.

c) Independientemente de lo anterior, podrá iniciarse por la Entidad Gestora expediente sancionador tanto por la no presentación en plazo de la declaración como por el percibo indebido de la prestación, valorando oportunamente las circunstancias que concurran en cada caso. Sien-do incuestionable la exigencia

[30] *DESDENTADO BONETE y TEJERINA ALONSO, op. cit., pág. 262.*

de este requisito, los tribunales han flexibilizado en algún caso su exigencia, cuando se trata de trabajos de difícil sustitución, supuesto en el que se ha admitido que no sea necesario nombrar a un tercero para sustituir al autónomo en sus funciones, con lo que, en definitiva, tan sólo deberá solicitarse el cumplimiento de tal nombramiento cuando la conducta del incumplidor permita encubrir el fraude, y no en otros casos[31].

LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA IT PARA LOS AUTÓNOMOS QUE VOLUNTARIAMENTE HAYAN OPTADO POR LA COBERTURA DE DICHA PROTECCIÓN ES EQUIPARABLE A LA DEL RÉGIMEN GENERAL. COMO SE SABE, EL SUBSIDIO SE OBTIENE APLICANDO UN DETERMINADO PORCENTAJE A UNA DETERMINADA BASE REGULADORA

Asimismo, cierta doctrina de suplicación ha entendido que no es posible asimilar la falta de presentación del documento con las posibles deficiencias que se puedan apreciar en el efectivamente presentado; lo que procede en este segundo caso no es la denegación de la prestación, sino el requerimiento al trabajador para que subsane las deficiencias advertidas en dicho documento[32].

G) Gestión y control de la prestación de IT.

Dispone el art. 6.3 RD 1273/2003 que la gestión y el control de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se llevarán a cabo de conformidad con lo establecido en la materia, con carácter general. La norma es extensible a la gestión y control de cualesquiera situaciones de incapacidad temporal por las que atraviesen los autónomos (art. 9 RD 1273/2003). En consecuencia, la competencia para declarar el derecho al subsidio, así como su denegación, suspensión, anulación y extinción corresponde a la Entidad Gestora o a la Mutua, sin perjuicio del control sanitario de las altas y las bajas por los servicios públicos de salud.

Por último, en cuanto a la gestión de partes médicos, la principal peculiaridad, respecto del RETA y otros regímenes que incluyen trabajadores por cuenta propia, consiste en que corresponde al beneficiario remitir a la Entidad Gestora la copia de los partes de baja, confirmación y alta, utilizando la copia destinada al empresario (art. 5 OM 19 junio 1997).

4. La incapacidad temporal en el Régimen Especial Agrario (REA)

A) Reglas comunes.

Como se sabe, este régimen incluye, en censos separados, tanto a trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia que de modo habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias (art. 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social Agraria, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 julio, en adelante LSA, y de su Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto 3772/1972, de 23 diciembre, en adelante RSA).

Una característica común a trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia es la exigencia de estar al corriente en el pago de las cotizaciones anteriores al momento del hecho causante para acceder a las prestaciones (art. 46.2 RSA), incluso aunque éstas se causen en un régimen distinto al agrario. La cotizaciones no se totalizarán si el trabajador no está al corriente de pago de las cuotas en el REA, sin perjuicio del sistema de invitación al pago propio del RETA *(vid. supra)*. Ello se explica por el muy singular sistema de cotización del trabajador por cuenta ajena (cupón agrario), independiente del sistema de cotización por jornadas reales, y que lo aproxima al trabajador por cuenta propia. Así lo establece la disposición adicional 39.ª de la LGSS, tras la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

B) Especialidades para los trabajadores por cuenta propia.

A diferencia de los vaivenes experimentados en cuanto a la determinación de la obligatoriedad o voluntariedad de la cobertura de la incapacidad temporal de los trabajadores incluidos en el RETA, la protección de la IT para los trabajadores por cuenta propia del REA se ha configurado siempre como mejora voluntaria (RDL 9/1982, de 30 de abril y RD 2611/1982, de 15 octubre). La protección se regula por el RD 1976/1982, de 24 de julio, modificado por el RD 2110/1994, de 28 de octubre.

---

[31] Así, por ejemplo, en la STSJ Madrid de 31 mayo 2000 (AS 2000, 3245) se reconoce el derecho a la IT de un administrador solidario de la sociedad cuyas funciones son difíciles de suplir.

[32] STSJ Castilla-La Mancha de 14 julio 2004 (AS 2004, 2555).

La opción de acogerse voluntariamente a la cobertura de la IT derivada tanto de contingencias comunes como de contingencias profesionales puede ejercerse por el trabajador por cuenta propia: *a)* en el momento de causar alta en el REA, surtiendo efectos desde ese momento; o *b)* una vez transcurridos tres años naturales desde la fecha de efectos del alta, debiendo, en este caso, formalizar solicitud al respecto por escrito antes del día primero del mes de octubre del ejercicio correspondiente, surtiendo efectos desde el día primero de enero del año siguiente.

Los derechos y obligaciones que se derivan de la opción ejercida a favor de la cobertura de la prestación por IT son exigibles por un período mínimo de tres años. La renuncia debe hacerse antes del día 1 de octubre del último año, pues en otro caso la opción se prorroga por períodos de igual duración. Como en el RETA, la renuncia de tal opción no impide que en el futuro se pueda volver a suscribir voluntariamente la cobertura de la prestación por IT, siempre que hayan transcurrido, como mínimo, tres años desde que tuvo efectos la renuncia anterior.

Los trabajadores que hubieran optado por acogerse voluntariamente a la cobertura de la IT han de formalizar la misma con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Sobre esta materia, el art. 12 del RD 1273/2003 establece que los trabajadores por cuenta propia (de cualquier régimen) que se encuentren en incapacidad temporal vendrán obligados a presentar, ante la correspondiente entidad gestora o colaboradora, en la forma y con la periodicidad que determine la entidad gestora del régimen en que estén encuadrados, declaración sobre la persona que gestione directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad. La falta de presentación de la declaración dará lugar a que por la entidad gestora o colaboradora se suspenda cautelarmente el abono de la prestación, iniciándose las actuaciones administrativas oportunas a efectos de verificar que se cumplen los requisitos condicionantes del acceso y percibo de la prestación.

Para obtener la prestación se exige alta y, como se dijo, estar al corriente en las cotizaciones, más un período mínimo de carencia de 6 meses en los últimos 5 años si la IT deriva de enfermedad común. Con carácter general, el subsidio se devenga desde el cuarto día de baja (tras el art. 8 RDL 2/2003, luego Ley 36/2003, y RD 1273/2003). La cuantía es de un 60% de la base reguladora hasta el vigésimo día y de un 75% con posterioridad, como en el RETA. Si la IT deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el importe del subsidio es el 75% de la base reguladora desde el día siguiente al de baja.

La base reguladora será la base de cotización del mes anterior a la baja médica, dividida entre 30. Dicha base se mantendrá durante todo el proceso de IT, incluidas las correspondientes recaídas, salvo que el interesado hubiese optado por una base de cotización de cuantía inferior, en cuyo caso se tendrá en cuenta esta última (art. 6.2 RD 1273/2003).

C) Reglas particulares para los trabajadores por cuenta ajena.

Con relación a la prestación por IT derivada de contingencias comunes, junto con los requisitos recogidos en el art. 130 de la LGSS –que el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones determinantes de IT recogidas en el art. 128 LGSS; encuadrado en el REA (para este supuesto); afiliado y en alta, o en situación asimilada a la de alta; que haya cotizado un período de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante; la ausencia de fraude y la inactividad laboral absoluta-, y el requisito general para lucrar prestaciones en este régimen especial establecido en el art. 46.2 RSA –estar al corriente en el pago de las cuotas, con diversas modalizaciones jurisprudenciales[(33)]–, el art. 21 LSA establece una condición especial para el devengo de esta prestación: "sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19, será condición indispensable para percibir la prestación económica por incapacidad [temporal]

[(33)] Con relación al requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas, exigible igualmente a los trabajadores por cuenta ajena inscritos en el Régimen Especial Agrario, la jurisprudencia ha establecido las siguientes precisiones:

1.ª) para causar derecho a la prestación por incapacidad temporal, es requisito inexcusable que el beneficiario se halle al día en el pago de las cuotas en el momento del hecho causante, no siendo válidas las ingresadas con posterioridad [SSTS 18 diciembre 1996 (RJ 1996, 9728); 20 enero 1997 (RJ 1997, 621); 11, 21 y 24 febrero 1997 (RJ 1997, 1257, 1573 y 1578); 17 y 18 marzo 1997 (RJ 1997, 2565 y 2576); 27 (2) y 29 mayo 1997 (RJ 1997, 4430, 4428 y 4474); 9 y 16 junio 1997 (RJ 1997, 4696 y 4757); 21 julio 1997 (RJ 1997, 6845); 13 (2), 14, 20 (2) y 21 octubre 1997 (RJ 1997, 7301, 6993, 7470, 7474, 7476 y 7482); 20, 26 y 30 enero 1998 (RJ 1998, 5, 1061 y 1153); una enumeración pormenorizada del criterio, indicando cuándo se aplica a trabajadores por cuenta propia y cuándo a los empleados por cuenta ajena, en STS 30 marzo 1998 (RJ 1998, 3163)];

2.ª) Aunque medie cómputo recíproco de cotizaciones con el Régimen General, cuando la incapaci-

que el trabajador se encontrase prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se iniciara la enfermedad común o se produjera el accidente no laboral"[34], condición ésta que hace más estricto y oneroso el derecho a lucrar prestaciones económicas por enfermedad común y accidente no laboral en el REA que en el RGSS. No basta, pues, con estar inscrito en el censo agrario para lucrar la prestación económica por IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral.

Doctrinalmente se ha señalado que esta exigencia tiene como finalidad la de "garantizar el carácter contributivo de las prestaciones, así como la de asegurar que éstas sean disfrutadas por verdaderos trabajadores agrarios que vengan prestando sus servicios con habitualidad"[35]. Más modernamente se ha sostenido que la razón de ser de esta exigencia, del endurecimiento de las condiciones para acceder a la prestación por IT derivada de contingencias comunes a los trabajadores por cuenta ajena del REA frente a los trabajadores de la industria y de los servicios, hay que situarla en la necesidad de que el trabajador por cuenta ajena encuadrado en el REA se encuentre prestando servicios continuados para una empresa, esto es, bajo una relación laboral vigente, siendo el dato esencial que el interesado se encuentre en activo[36]. De este modo, se logra dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 131 LGSS, esto es, se hace posible el desplazamiento de la obligación de pago de la prestación por IT de la entidad gestora al empresario, supuesto que no podría tener lugar en el caso de que no se estuviera prestando servicios por cuenta ajena, por cuanto no existiría la figura del empresario.

Ahora bien, no debe hacerse una interpretación literal y rigurosa del precepto en el sentido de exigir que el día de baja por contingencias comunes haya de ser día efectivamente trabajado, pues de ser así no podría nacer el derecho a la prestación por IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral en aquellos períodos de tiempo en los que, pese a existir remuneración y cotización, no hubiera prestación efectiva y real de servicios (períodos de descanso semanal y anual, festividades laborales...). Se impone, pues, una interpretación de este requisito "que justifique su existencia o, desde un punto de vista negativo, que no conduzca a lo absurdo o estrafalario"[37]. Como se ha indicado *supra*, sin que sea suficiente la mera inscripción en el censo agrario (perfectamente compatible con la inexistencia de actividad), lo determinante es que en el momento del hecho causante exista una relación laboral vigente, aunque en ese día no haya existido prestación efectiva y material de servicios[38]. Esta exigencia cobra su especial significado cuando "se proyecta sobre los asegurados que prestan servicios de manera intermitente, debido a su calidad de obreros eventuales o, a lo más, de fijos discontinuos. Su traducción práctica consiste en que la prestación económica por incapacidad temporal (subsidio) sólo se lucra si el hecho causante coincide con un período de actividad laboral pero no con uno de inactividad"[39], tan frecuente en el ejercicio de la actividad agraria, por esencia, irregular y discontinua.

---

dad temporal se causa en éste resulta inaplicable la exigencia sobre hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes al REA [SSTS 9 junio 1997 (RJ 1997, 4697) (Ponente, Sr. Marín Correa); 24 julio 1997 (RJ 1997, 6485); 25 y 29 noviembre 1997 (RJ 1997, 8621 y 8634)];

3.ª) el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas ha de aplicarse estrictamente, pero no hasta el punto de privar de su derecho a la prestación a un trabajador que dejó de abonar la cuota de un mes por causa no imputable a él, pagándola inmediatamente al ser requerido para ello [SSTS 15 noviembre 1999 (RJ 1999, 8740) y 17 marzo 2000 (RJ 2000, 2863)];

4.ª) el derecho al subsidio surge cuando en la primera baja por enfermedad común no se estuviera al corriente en el pago de las cotizaciones, pero sí al ser dado de baja nuevamente por recaída [STS 6 noviembre 2000 (RJ 2000, rec. 2698/1999)].

[34] La previsión se reitera en el artículo 51 del Decreto 3772/1972, a tenor del cual "será condición indispensable para percibir la prestación económica por incapacidad laboral transitoria que el trabajador se encuentre prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se iniciara la enfermedad común o se produjera el accidente no laboral".

[35] MELGAR, A.: "El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", Revista de Política Social, núm. 72, 1966.

[36] HIERRO HIERRO, F.J.: El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 334.

[37] Ibidem.

[38] Esta interpretación flexible del requisito de "estar prestando servicios" se ha impuesto en la doctrina judicial; y así, la encontramos, entre otras, en SSTSJ Murcia 23 diciembre 2002 (JUR 2003, 20611), 28 mayo 2002 (JUR 2002, 175221), 6 mayo y 15 abril 2002 (AS 2002, 1707 y 2171); STSJ Cataluña 26 abril 1995 (AS 1995, 1611).

[39] STSJ Murcia 9 octubre 1998 (JUR 1998, 27721).

La exigencia es comprensible, toda vez que si al trabajador eventual, incluido en el censo agrario, pero que no estuviese prestando real y efectivamente servicios por encontrarse en un período de inactividad, se le permitiese acceder a la prestación económica derivada de la IT por contingencias comunes por el simple hecho de estar censado, se estaría supliendo "una deficiencia de ingresos inexistente, por lo menos en el momento en que la enfermedad o accidente hacen acto de presencia"[(40)].

Por lo demás, en cuanto a la determinación del momento en que debe concurrir la exigencia de estar prestando servicios por cuenta ajena, el Tribunal Supremo [S de 15 enero 2001 (RJ 2001, 2057)], resolviendo el supuesto de una trabajadora del REA que antes de concluir el descanso subsidiado por maternidad inicia un proceso de incapacidad temporal derivado de accidente no laboral, ha entendido que "los efectos de la cobertura del requisito de prestar servicios por cuenta ajena se han de retrotraer al momento en que realmente se cumplía el requisito [cuando inició el descanso por maternidad] y de ese modo superar la paradoja que produce la aplicación de la norma cuando, reuniendo todas las demás exigencias, la de trabajar o prestar servicios por cuenta ajena resulta legalmente imposible", pues el artículo 133 quinquies de la LGSS establece como causa de pérdida del subsidio por maternidad la de realizar trabajos por cuenta propia o ajena durante el período de descanso.

Como especialidad para la IT derivada de riesgos profesionales de los trabajadores eventuales, la Circular núm. 43/1984, de 27 de noviembre, de la DG del INSS, señala que la base reguladora diaria se obtendrá aplicando al salario que el interesado perciba por día efectivo de trabajo, el porcentaje del 74,80%[(41)].

5. La incapacidad temporal en el Régimen Especial de Empleados de Hogar

La prestación por IT en el Régimen Especial de Empleados de Hogar (REEH) se otorga en los mismos supuestos y con la misma extensión y requisitos que en el Régimen General (art. 30 Decreto 2346/1969), aunque su régimen jurídico se vea constreñido en el primero por las limitaciones que impone el alcance de su acción protectora (no se reconocen prestaciones por contingencias profesionales, lo que, aparte otras peculiaridades, excluye la prestación por IT durante los períodos de observación por enfermedad profesional) y por las particulares condiciones que exige para causar derecho a las prestaciones[(42)].

A) Beneficiarios y requisitos.

Beneficiarios de la prestación por IT en el REEH serán los empelados de hogar encuadrados en el mismo que, estando temporalmente impedidos para el tra-

(40) STSJ Murcia 9 octubre 1998 (cit.). Esta doctrina judicial ha sido asumida por el Tribunal Supremo en S de 26 mayo 2003 (RJ 2003, 4372), al resolver un supuesto en que un trabajador agrícola por cuenta ajena de carácter fijo discontinuo reclamaba el reconocimiento de la prestación por IT, habiéndose producido la baja médica en una fecha en que el trabajador no había sido llamado para prestar servicios sino que se hallaba en fase de suspensión contractual. La clave para la solución del problema estaba en el sentido que debía asignarse a la expresión "prestando servicios", si hay que interpretarla en sentido material o en una más amplia acepción como equivalente a que el contrato de trabajo se encuentre vivo. A este respecto, la Sala Cuarta ha entendido que la norma quiere exigir que el contrato de trabajo se halle en una fase de efectiva prestación de servicios, pues lo que persigue es que la IT se subsidie cuando corresponda a períodos en los que debería haber medido trabajo y retribución. En el Régimen General, esta atención a la necesidad derivada de pérdida efectiva de rentas salariales se logra con el requisito del alta, pero en el REA, dice el Tribunal Supremo, "hay que tener en cuenta que la inscripción en el censo se mantiene en determinadas condiciones, durante los períodos de inactividad de los trabajadores agrarios y, por tanto, es posible que se cause derecho a la prestación de incapacidad sin que se produzca un supuesto real de sustitución de rentas". Sostener lo contrario implica desconocer la literal del precepto reseñado, porque los períodos de prestación de servicios no equivalen a la mera vigencia de un contrato de trabajo (durante el cual cabe la suspensión por diversas razones). En fin, la propia finalidad de la norma resultaría también vulnerada si se otorgasen rentas (subsidio por IT) que no cumplen la función de sustituir la pérdida de las retribuciones, porque la incapacidad no ha supuesto la pérdida de ningún trabajo, al haberse producido durante un período de inactividad.

En este sentido, véase también la STS de 26 mayo 2003 (RJ 2003, 6593), de nuevo sobre un supuesto de acceso a la prestación de IT por un trabajador fijo discontinuo encuadrado en el REA, si bien el recurso se desestima por ausencia de contradicción.

(41) La razón de esta especialidad reside en que la retribución de estos trabajadores viene establecida por días efectivos de trabajo, retribución que incluye no sólo la de ese día sino también la parte proporcional de festivos, vacaciones, etc. Cfr. a este respecto MUÑOZ MOLINA, J.: La Incapacidad Temporal como Contingencia Protegida por la Seguridad Social, Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 112.

(42) Cfr. LUJÁN ALCARAZ, J.: El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 108.

bajo a causa de enfermedad o accidente, reúnan los siguientes requisitos (art. 130 LGSS, art. 23.1 D 2346/1969): *a)* estar afiliados y en alta, o situación asimilada, en el REHH al sobrevenir la contingencia protegida; *b)* estar al corriente en el pago de las cuotas[43]; *c)* en caso de enfermedad, acreditar un período de cotización de 180 días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante.

B) Contenido de la prestación.

La prestación económica por IT consiste en un subsidio equivalente al 75 por 100 de la base reguladora, coincidente con la base única por la que el trabajador viniera cotizando[44].

C) Nacimiento, duración y extinción del derecho al subsidio.

La única especialidad expresa que el D 2346/1969 contiene respecto de la prestación por IT se refiere al nacimiento del derecho a la misma, que se retrasa hasta el vigésimo noveno día desde la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente (art. 30). La doctrina se ha mostrado especialmente crítica con la disparidad de trato que los empleados de hogar sufren en este aspecto frente a los trabajadores del RG, entendiéndola "difícilmente compatible con el principio constitucional de igualdad y no discriminación" [al menos, en lo que se refiere al período que va del día 16.º al 28.º de la baja][45].

D) Gestión de la IT

A diferencia del RGSS, en el que está expresamente prevista la colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y de las propias empresas en la gestión de la IT y en el pago del correspondiente subsidio, tratándose del REHH es obvio que tanto la gestión como el pago del subsidio (a través de la TGSS) son competencia exclusiva del INSS.

Por lo demás, para la tramitación de la prestación por IT rigen las normas generales del RD 575/1997, de 18 abril (modificado por RD 1117/1998, de 5 junio), y de la Orden de 19 junio 1997, que lo desarrolla (modificada por Orden de 18 septiembre 1998), pero sin perder de vista las "reglas especiales" en cuanto a la tramitación de los partes médicos de baja, de confirmación de la baja y de alta, que el art. 5 de esta última norma establece como aplicables a los trabajadores por cuenta propia y afiliados al REEH (sin distinción respecto de éstos entre los que prestan sus servicios a tiempo completo y a tiempo parcial).

6. La incapacidad temporal en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar

La prestación por IT derivada de contingencias comunes se reconoce en este régimen a los trabajadores por cuenta ajena y asimilados, que la devengarán cuando reúnan los requisitos establecidos en el RGSS, y con idéntica duración y cuantía. Las únicas especialidades derivan de la existencia en este régimen especial de una entidad gestora propia y específica, de forma que, desde el punto de vista del ejercicio de las facultades de gestión y control sobre la baja del trabajador en el ámbito del REM, corresponde inicialmente a los médicos adscritos al Instituto Social de la Marina la competencia que el párrafo segundo del apartado 1 del art. 131 bis LGSS atribuye a los médicos del INSS para acordar el alta médica a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de IT (art. 26 Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social).

La base reguladora de la IT derivada de contingencias comunes consiste en la base de cotización individual que corresponda al trabajador según el grupo de cotización en el que se encuentre incluido (art. 35 D 2864/1974, de 30 agosto, que aprueba el TR de las Leyes 116/1969, de 30 diciembre, y 24/1972, de 21 junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar; art. 72 del

---

[43] Al menos, cuando se trate de empleados a tiempo parcial que contratan sus servicios para varios cabezas de familia, pues cuando es el amo de casa el obligado a ingresar las cuotas se aplican las normas generales (Res. D.G. Régimen Económico de la SS de 23-9-1983).

[44] A los efectos del cálculo de prestaciones económicas, el art. 25 del D 2346/1969, de 25 septiembre, señala que la base de cotización será la tarifa mínima de cotización que para los trabajadores mayores de dieciocho años haya estado vigente en cada momento en el RG. Regla que tenía sentido con el inicial sistema de cotización de este Régimen Especial, si bien, tal sistema fue luego alterado y, actualmente, la base de cotización para estos trabajadores será la establecida en cada momento en las normas anuales de cotización. Cfr. MUÑOZ MOLINA, J.: La Incapacidad Temporal..., cit., pág. 115.

[45] LUJÁN ALCARAZ, J.: El Régimen Especial..., cit., pág. 110. Por su parte, BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MONPARLER CARRASCO: Regímenes especiales de la Seguridad Social3 , Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 277, entienden que esta regulación "parece contraria al art. 18.1 del Convenio 102 de la OIT de norma mínima y al art. 17.1 del Código Europeo de Seguridad Social (revisado) de 1990 que sólo contemplan tres días de período de espera (como el convenio 130 de la OIT art. 26.3)".

D 1867/1970, de 9 julio, que aprueba su Reglamento)[46]. El requisito de que el interesado se halle al corriente en el pago de las cuotas, exigido con carácter general por el art. 35.2 del D 2864/1974, hay que entenderlo referido en la actualidad únicamente a los trabajadores por cuenta propia, que son los únicos responsables del ingreso de las cotizaciones, aplicando la nueva Disposición Adicional 39.ª LGSS.

Respecto de los estibadores portuarios contratados para un servicio determinado que no pueda exceder de un turno de trabajo, los arts. 16 y 17 del RD 3137/1987, de 13 de marzo –dictado para desarrollo del RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo– establecen un sistema especial para la determinación de la base reguladora, tomándose como tal la del año inmediatamente anterior a la baja, dividido por el número de días naturales que correspondan a tal período, (es decir, 365), obteniéndose así un cociente -base reguladora diaria del subsidio- a la que se aplicaría el correspondiente porcentaje, devengándose la prestación por días naturales[47]. Sin embargo, el Tribunal Supremo niega la legalidad de tal práctica, por considerar que de forma clara e indubitada existe una norma (el art. 40 del D 2864/1974) que remite a tales efectos a las normas del Régimen General, lo que significa que la base reguladora de la prestación por IT se obtiene dividiendo la base de cotización del mes anterior al inicio del proceso patológico –y si no existe esa referencia, la base del mes en curso– por el número de días a que se refiere dicha cotización[48].

En realidad, toda esta polémica ha quedado hoy superada con la nueva regulación del contrato a tiempo parcial, que incluye expresamente en su campo de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (art. 1.1 del RD 1131/2002). Por tanto, dado que estos trabajadores no tienen una relación laboral continua sino que trabajan un número escaso de días, la solución consiste en aplicar los criterios propios del contrato a tiempo parcial, recogidos en el artículo 4 del RD 1131/2002, que prevé fórmulas distintas para la determinación de la base reguladora, según que el abono de la prestación deba efectuarlo el empresario en régimen de pago delegado o la entidad gestora o colaboradora[49].

Por último, la protección de los trabajadores por cuenta propia en situación de IT (únicamente la derivada de contingencias profesionales) se somete a las mismas reglas que ya fueron examinadas para el RETA (siendo de aplicación las normas recogidas en el capítulo II del RD 1273/2003), incluido el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas (y sin perjuicio, como allí, de que opere el mecanismo de invitación al pago)[50].

7. La incapacidad temporal en el Régimen Especial de la Minería del Carbón

A los trabajadores encuadrados en este régimen se les reconoce el mismo derecho a la incapacidad temporal que a los trabajadores del Régimen General (art. 5.2 D 298/1973, de 8 febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, y art. 11.2 de la O de 3 abril 1973, para la aplicación y desarrollo de aquél).

Como única peculiaridad, señálese que la base reguladora de los subsidios de IT debida a enfermedad común o accidente no laboral será la base normalizada de cotización que corresponda, en cada momento, a la categoría profesional del trabajador al iniciarse la contingencia protegida (artículo 12.2 O de 3 abril 1973)[51].■

---

[46] La Orden de 22 noviembre 1974 estableció que las bases reguladoras de determinadas prestaciones económicas, entre ellas la IT, de los trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero, se verían afectadas por determinados coeficientes correctores. Con posterioridad, la O de 15 noviembre 1975 eliminó dichos coeficientes correctores para la base reguladora de la IT de los indicados grupos, con excepción de los trabajadores del grupo tercero que tuvieran la condición de autónomos o por cuenta propia y no estuvieran asimilados a los trabajadores por cuenta ajena en virtud del art. 4 del D 2864/974.

[47] En este sentido, STSJ Galicia de 15 junio 1995 (AS 1995, 2314), STSJ Asturias de 8 marzo 1996 (AS 1996, 1835) y STSJ País Vasco de 10 febrero 1998 (AS 1998, 5400).

[48] SSTS 26 noviembre 1997 (RJ 1997, 8628); 10 diciembre 1997 (RJ 1997, 9309); STS 15 febrero 1999 (RJ 1999, 3749, en Sala General) y 17 octubre 2001 (RJ 2002, 2460).

[49] En este sentido, MUÑOZ MOLINA, J.: La Incapacidad Temporal..., cit., pág. 115.

[50] Vid. VICENTE PALACIO, A.: El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 111 y ss.

[51] Con detalle, MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón, Universidad de León, 1997, págs. 221-223.

INCAPACIDAD TEMPORAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Yolanda SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid

1. Introducción

Hace ya una década que, junto al Profesor Tortuero Plaza, tuvimos ocasión de abordar el análisis de la mejora voluntaria de una contingencia concreta, la incapacidad temporal, en la negociación colectiva de nuestro país con la finalidad de detectar el alcance, contenido y régimen de las prestaciones complementarias incorporadas a los convenios colectivos y el impacto que en éstos había tenido la entonces reforma legal de un aspecto sustancial de gestión de la prestación de incapacidad temporal, en concreto el relativo a la obligación empresarial de abonarla, a su exclusivo cargo, los días cuarto a decimoquinto de la baja en los supuestos derivados de riesgos comunes[(1)].

Los estudios posteriores sobre la materia, tanto los específicos sobre la negociación colectiva en diferentes sectores de la actividad productiva[(2)], como los generales (fundamentados ambos en el tiempo transcurrido desde aquella nuestra primera aportación, en la extraordinaria dinamicidad de la fuente convencional del Derecho del Trabajo y en las múltiples reformas legales posteriores del régimen jurídico de la incapacidad temporal)[(3)] permiten extraer una primera y básica conclusión al respecto; a saber, que la mejora

[(1)] TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: La incapacidad temporal. Régimen Jurídico y negociación colectiva; Edit. Mapfre, Madrid, 1996.
La reforma legal citada fue la operada por el RD-Ley 5/1992, de 21 de julio (convalidado por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre). Recuérdese que el TC (sentencias 37/1994, de 10 de febrero y 129/1994, de 5 de mayo) declaró conforme a la CE esta responsabilidad empresarial.

[(2)] Son numerosos los estudios sobre la negociación colectiva en los diferentes sectores productivos que incluyen un análisis de la protección social complementaria en los convenios colectivos analizados. Entre ellos, puede citarse el relativo al sector sanitario. Vid., al respecto, MONTOYA, SÁNCHEZ-URÁN, AGUILERA, GUTIÉRREZ-SOLAR y CRISTÓBAL: La negociación colectiva en el sector sanitario; Edit. MTAS, Madrid, 2004 (en especial cap. XV, págs..435 y ss.)

[(3)] Vid., al respecto, el exhaustivo estudio de SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: "La protección de la incapacidad temporal en la negociación colectiva", REDT, núm. 125, 2005, pág. 855 y ss.

convencional de la incapacidad temporal sigue teniendo una relevante presencia en los convenios colectivos de nuestro país, sin que el tiempo transcurrido haya modificado las pautas negociadoras respecto de la misma, concretadas en la escasa preocupación de los negociadores en regular algunos de los aspectos jurídicos más relevantes de la mejora y la limitada precisión técnica en la delimitación de aquellos aspectos expresamente regulados. Escasa atención o despreocupación que se traduce en fuente, evitable a nuestro juicio, de conflicto jurídico y respecto de la que, cuando menos, los estudiosos de la materia estamos obligados a dejar constancia en el deseo de que los interlocutores sociales reconduzcan formal y materialmente las heterogéneas fórmulas convencionales.

Conviene, no obstante, precisar el objeto de análisis. Aun cuando la regulación convencional de la incapacidad temporal sea más amplia que la mejora voluntaria convencional de la misma, uniéndose a este aspecto sustancial otros como la gestión y control de la contingencia y la responsabilidad disciplinaria vinculada a la misma, limitamos el análisis al primer aspecto, esto es, al de la mejora convencional de esta contingencia, que se aborda desde una doble perspectiva: una, general, que obliga a precisar el marco legal de la mejora de una contingencia, la incapacidad temporal, no sometida a la obligación legal general de externalización de su gestión; otra, específica, limitada al análisis de los rasgos sustanciales de la regulación convencional de esta contingencia de la Seguridad Social.

2. Mejoras Voluntarias no externalizadas convencionales: aspectos generales

En apretada síntesis, la mejora directa de la prestación de incapacidad temporal está permitida en la LGSS, arts. 39 y 191 y ss. (éstos desarrollados por la Orden de 28 de diciembre de 1966, OMV) y se enmarca en la que cabe denominar "protección social complementaria"[(4)], en sentido estricto, entendida aquí como las mejoras o adiciones que, sobre las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, puede asumir el empresario respecto de los trabajadores que prestan servicios para el mismo y que responden a la misma estructura prestacional legal.

LA MEJORA CONVENCIONAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL SIGUE TENIENDO UNA RELEVANTE PRESENCIA EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE NUESTRO PAÍS, SIN QUE EL TIEMPO TRANSCURRIDO HAYA MODIFICADO LAS PAUTAS NEGOCIADORAS RESPECTO DE LA MISMA, CONCRETADAS EN LA ESCASA PREOCUPACIÓN DE LOS NEGOCIADORES EN REGULAR ALGUNOS DE LOS ASPECTOS JURÍDICOS MÁS RELEVANTES DE LA MEJORA Y LA LIMITADA PRECISIÓN TÉCNICA EN LA DELIMITACIÓN DE AQUELLOS ASPECTOS EXPRESAMENTE REGULADOS

La fuente de implantación de la mejora es diversa, siendo práctica habitual en las empresas y sectores productivos de nuestro país el origen convencional de la misma, deviniendo entonces en obligación normativa para el empresario en los términos mismos de la concesión. Si se trata de mejora de prestaciones temporales, como es el caso de la incapacidad temporal, y puesto que la misma no está sometida a la obligación de externalización de su gestión, de conformidad con lo previsto en la LOSSP-1995 y el RD 1588/1999, de 15 de octubre, se aprecia en la actualidad, y a diferencia de lo que acontece con las mejoras voluntarias externalizadas[(5)], una estrecha vinculación entre la fuente de implantación y la fuente de regulación. En este caso, la mejora no externalizada (de incapacidad temporal) se regirá por lo dispuesto en los preceptos específicos de la LGSS (art. 191 y ss.) y en la OMV[(6)] y por lo establecido en el convenio colectivo en lo que refiere a las condiciones, requisitos y elementos que configuran cada mejora (STS 20-3-1997, Ar. 2591).

[(4)] Sobre ésta, su concepto, rasgos, en general y sobre la protección social complementaria voluntaria, en particular, vid.AGUILERA IZQUIERDO, BARRIOS BAUDOR y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA: Protección Social Complementaria, 2.ª edic.; Edit.Tecnos, Madrid, 2005.

[(5)] Sobre éstas, ampliamente, vid. AGUILERA IZQUIERDO, R.: Pensiones privadas: obligaciones de las empresas y garantías de los trabajadores, Edit. Civitas, Madrid, 2001; DEL VAL TENA, A.L.: La exteriorización de los compromisos por pensiones: el régimen jurídico de la protección de los trabajadores, Aranzadi, Navarra, 2004.

[(6)] Fundamentalmente en tres aspectos básicos: primero, el relativo a la libertad de opción respecto de su gestión (art. 193.1 LGSS); segundo, el que refiere a la obligatoriedad de la mejora una vez concedida (art. 192 LGSS) y tercero, el relativo a la integración parcial de las mejoras en la acción protectora de la Seguridad Social (art. 1.º 3 OMV).

Desde esta perspectiva, deben plantearse algunos de los aspectos más relevantes que derivan de la regulación legal y de la doctrina judicial, aplicables a esta cuestión, esto es, la relativa a la disponibilidad por la fuente convencional de regulación de la mejora de incapacidad temporal y a los límites de su eventual supresión o disminución[7].

Sobre la base de la naturaleza extrasalarial de esta mejora voluntaria (a la que, parece, no pueden aplicarse las cláusulas convencionales de descuelgue salarial) y de su equiparación legal relativa o parcial a la prestación pública de incapacidad temporal[8], a la que complementan, éstas no son autónomas o independientes de éstas, sino que, por el contrario, dependen de la propia dinámica de la prestación de la Seguridad Social a la que mejoran. Aspecto éste sustancial en lo que refiere a la regulación convencional de la mejora y fuentes normativas aplicables a la misma.

Si se trata, como ocurre con la de incapacidad temporal, de una mejora no externalizada, la libertad de regulación convencional debe conjugarse con los límites legales, derivados de la consideración legal de la misma como integrada en el sistema prestacional de la Seguridad Social; lo que quiere decir que la regulación convencional del régimen de la mejora, siempre que sea técnicamente perfecta, no induzca a confusión y respete las reglas que le vienen impuestas, entre ellas, las relativas a los ámbitos subjetivo y objetivo de la protección, prevalece sobre la regulación legal de éstos; sólo en el supuesto de silencio u oscuridad en la fuente de origen de la mejora será preciso acudir a la LGSS (STS 8-4-1995, Ar. 2923).

Así, por lo que respecta al ámbito subjetivo de la mejora pactada en convenio colectivo, una cosa es que en éste se identifique su ámbito personal con el de la mejora voluntaria pactada y otra, bien distinta, que, en aras de la libertad de regulación, el convenio colectivo no pueda exigir determinados requisitos, no discriminatorios, para que esos sujetos sean destinatarios efectivos de la mejora. Ejemplos de estos requisitos pueden ser la exigencia de una determinada antigüedad en la empresa, obligación de los trabajadores de someterse a determinados controles médicos que exija el empresario o, en fin, exigencia de que el índice de absentismo no supere el límite que fije el propio convenio colectivo.

Si nos atenemos al ámbito objetivo de la mejora (entendida esta expresión en sentido amplio, comprensiva tanto de su extensión objetiva como de su intensidad), en la negociación colectiva no hay un criterio general sobre la denominación de estas prestaciones complementarias, respecto de las que se usan los términos más diversos, tales como "régimen asistencial", "beneficios sociales", "prestaciones sociales", entre otras. Bajo cualquiera de estas expresiones, se plantea, como cuestión de partida, la de la definición convencional de la contingencia protegida, prevaleciendo la definición legal de la contingencia objeto de protección en caso de duda o términos equívocos en el convenio colectivo. Aspecto éste fundamental, a nuestro juicio, cuando la práctica habitual en la regulación convencional de alguna mejora, sustancialmente de la de la contingencia de incapacidad temporal, es, como se comprobará posteriormente, una ordenación de la misma defectuosa, constante y generalizada, en lo que se refiere a su riesgo originante, accidente, común o de trabajo, y enfermedad, común o profesional.

Por último, atendiendo al ámbito temporal o período de vigencia de los convenios colectivos, debe advertirse de los varios problemas que surgen en relación a la determinación del convenio colectivo en vigor y a la disponibilidad de su ámbito temporal y de las condiciones reguladas por el anterior, que inciden, entre otras cuestiones, en la responsabilidad del pago de la mejora o en el nacimiento y consolidación del derecho a ésta. Desde la perspectiva primera, esto es, la de diferencias en la previsión y regulación de las mejoras entre un convenio colectivo y el que le sucede en el tiempo, puede darse la circunstancia de que el posterior prevea mejora de incapacidad temporal que el an-

---

[7] Aspectos éstos que conforman la finalidad doble de la regla legal contenida en la LGSS, art. 192 y OMV, art. 13, conforme a los cuales si "al amparo de las mismas un trabajador ha causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento".

[8] Sobre este rasgo legal y su interpretación judicial, que permite concluir que la integración no es total puesto que hay rasgos de las prestaciones públicas no aplicables a las mejoras, entre otros, el relativo al régimen de garantías previsto en la LGSS, art. 121.2, vid., entre otras, SSTS 3-7-1995, Ar. 5905; 8-4-1997, Ar. 3052; 11-7-1997, Ar. 6528. SSTSJ País Vasco, 23-2-1996, Ar. 277, Asturias, 29-3-1996, Ar. 595; Castilla y León, 15-10-1996, Ar. 3051;

terior omitía y que en el intervalo de tiempo, desde la fecha de pérdida de vigencia del anterior y la fecha de publicación del nuevo, se haya producido la contingencia de incapacidad temporal; mejora de la que, parece, no deviene responsable el empresario y, en consecuencia, equivale a decir que no puede imponerse en el convenio colectivo una mejora voluntaria con carácter retroactivo[(9)].

A la inversa, esto es, llegado el término final de un convenio colectivo que prevé la mejora de incapacidad temporal, debe aplicarse la regla prevista en el ET, art. 86.3, de la que se deduce que la mejora pervive durante la ultraactividad del convenio, salvo que en el mismo se ha previsto expresamente que esa parte de su contenido no se prorrogue.

Por lo que refiere al supuesto de la eventual supresión o modificación de la mejora pactada colectivamente, debe advertirse que la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo (SSTS 16-7-2003, Ar. 7256, 18-7-2003, Ar. 7299) admite que el convenio colectivo no está sujeto a ninguna regla especial en relación con los derechos ya reconocidos por el convenio colectivo anterior; lo que quiere decir que, de acuerdo con el ET, art. 82.4, el convenio colectivo puede disponer sobre los derechos reconocidos en uno anterior. Facultad de disponibilidad de derechos consolidados en materia de mejoras voluntarias que no está, en su opinión, limitada en modo alguno por la regla legal prevista en la LGSS, art. 192.2, si interpretada en el sentido de que la misma "contempla únicamente un principio de correspondencia entre la fuente constitutiva y la fuente de modificación, de modo que toda alteración o supresión de la mejora ha de efectuarse mediante el mismo instrumento que se utilizó para crearla"[(10)].

No obstante esta posición mayoritaria de la Sala de lo Social del TS, el voto particular formulado por tres magistrados coincide con la interpretación que hace tiempo sostuvimos[(11)]. Atendiendo a criterios de seguridad jurídica y respetando la dicción literal del art. 192.2 LGSS es posible mantener que, para modificar o suprimir una mejora ya causada, no basta con que la norma de supresión tenga el mismo rango que la norma de establecimiento, sino que es necesario que la causa de supresión o de reducción esté contemplada en aquélla. Por tanto si el convenio colectivo generador de la mejora no hubiera previsto nada al respecto, el trabajador que acceda a la situación de incapacidad temporal durante la vigencia de un convenio debería consolidar el derecho a la mejora durante el tiempo que hubiese fijado dicho convenio, con independencia de que en ese intervalo se publicase uno nuevo que la suprimiera o la restringiera[(12)].

> LA MEJORA DIRECTA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL ESTÁ PERMITIDA Y SE ENMARCA EN LA QUE CABE DENOMINAR "PROTECCIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA", EN SENTIDO ESTRICTO, ENTENDIDA AQUÍ COMO LAS MEJORAS O ADICIONES QUE, SOBRE LAS PRESTACIONES CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, PUEDE ASUMIR EL EMPRESARIO RESPECTO DE LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SERVICIOS PARA EL MISMO Y QUE RESPONDEN A LA MISMA ESTRUCTURA PRESTACIONAL LEGAL

Plantea el precepto legal citado (LGSS, art. 192.2) otra cuestión trascendental, a saber, la relativa a la posibilidad de modificación o supresión de la mejora durante la vigencia del convenio colectivo que la haya establecido. En este sentido, y con independencia del acto de creación (sea decisión unilateral o convenio colectivo), la jurisprudencia ha interpretado flexiblemente la regla legal, permitiendo que el empresario modifique o suprima unilateralmente las mejoras voluntarias (sin que, en consecuencia, deba someterse al procedimiento legal previsto en el ET, art. 41 para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo), siempre que, en aplicación del principio *rebus sic stantibus*, "se rompa el equilibrio contractual tenido en cuenta al

---

[(9)] *STSJ Andalucía 25-1-1995, Ar. 190.*

[(10)] *SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La protección de la incapacidad...", cit., pág. 861.*

[(11)] *TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: La incapacidad temporal..., cit., pág. 82.*

[(12)] *Puede utilizarse como argumento adicional la regla en materia de adquisición del derecho a las prestaciones del régimen público de Seguridad Social, aplicable, parece, también a las complementarias libres, en cuanto integradas en el régimen prestacional del Sistema de Seguridad Social. La regla, admitida por el TC (SS 76/1982 y 70/1983), es la que puede identificarse como "teoría o principio del hecho causante", que obliga a aplicar la norma vigente en el momento de producirse o actualizarse el hecho causante de la contingencia específica; lo contrario, sería admitir una retroactividad de grado máximo o medio, rechazada por el TC.*

tiempo de su concesión" en virtud de acontecimientos posteriores e imprevistos. De acuerdo con el parecer mayoritario de la Sala de lo Social del TS, sentencia 4-7-1994, Ar. 6335, acontecimiento posterior e imprevisible puede serlo una reforma legal del régimen jurídico de la contingencia básica mejora que perjudique económicamente al empresario. Como confirma la STS 27-2-1995, Ar. 1257, el complemento sobre la prestación básica y mínima de la Seguridad Social en que consiste una mejora voluntaria se concede de acuerdo con el régimen jurídico de la prestación básica, vigente en el momento de su concesión, conformándose así en la base o fundamento sobre la que aquélla se concede.

3. Mejora convencional de la incapacidad temporal: rasgos sustanciales

Para hacer un balance que permita extraer conclusiones fiables de las pautas negociadoras relativas a la mejora de la incapacidad temporal, debe analizarse el contenido de los convenios colectivos siguiendo unos criterios o parámetros objetivos. En este caso, los utilizados son los propios de la estructura prestacional prevista en la regulación legal de la contingencia de incapacidad temporal. A saber, origen, es decir, causa o riesgo originario de la incapacidad temporal; inicio, esto es, *dies a quo* en la prestación económica complementaria; duración o extensión temporal de la protección; y cuantía/base de cálculo, esto es cuantía de la prestación y elementos o base sobre la que se calcula dicha cuantía.

Junto a estos parámetros han de tenerse en cuenta los requisitos o condicionantes impuestos por los convenios colectivos para que los trabajadores puedan acceder a esta protección complementaria o para percibirla en cuantía determinada. Los requisitos convencionales más utilizados son: hospitalización y/o intervención quirúrgica; reconocimiento médico por los servicios médicos de la empresa o índice de absentismo permitido en la empresa.

a) Origen de la incapacidad.

Teniendo en cuenta que la fijación del origen de la incapacidad temporal es uno de los factores de mayor importancia en la delimitación de las situaciones que van a ser objeto de mejora y su presencia será una constante en el análisis de los distintos elementos que configuran la protección y que, en principio, pudiera parecer que este parámetro no plantea especiales dificultades en la negociación colectiva, la realidad negocial demuestra, por el contrario, la escasa precisión técnica en la delimitación de los riesgos originarios de la contingencia.

En efecto, uno de los datos relevantes es la utilización frecuente en la negociación colectiva de expresiones coloquiales, no jurídicas. Así, por ejemplo, se menciona la "enfermedad", el "accidente", "enfermedad y accidentes", "hospitalización" o "intervención quirúrgica". Igualmente se combinan expresiones comunes con otras de carácter técnico, por ejemplo, "enfermedad y/o accidente laboral" o "enfermedad o accidente no laboral".

Otras veces se utilizan criterios de identificación que, aunque de carácter técnico, no encajan plenamente con la estructura protectora de la Seguridad Social. Es frecuente, por ejemplo, la referencia al accidente de trabajo, silenciando cualquier mención a la enfermedad profesional o la referencia a la enfermedad común, silenciando el accidente no laboral. En estos casos, la escasa precisión técnica utilizada en los convenios colectivos ha derivado en conflicto jurídico que la doctrina judicial ha resuelto de forma homogénea. Así, cuando la única expresión utilizada en la cláusula convencional es "accidente de trabajo" o "accidente laboral", la jurisprudencia actual, frente a la postura tradicional[13], ha optado, con fundamento en el canon de interpretación literal de los términos, por excluir la ampliación a la enfermedad profesional (STS 13-10-2003, Ar. 7743). Regla ésta, parece, que se ha de seguir manteniendo para los riesgos comunes, y, en consecuencia, los términos expresamente utilizados, tales como "enfermedad común" o "accidente no laboral", no pueden ser objeto de interpretación extensiva, tal y como había resuelto hace tiempo la doctrina judicial[14].

Este defecto endémico, constante y generalizado en la negociación colectiva hace difícil dar cifras exactas sobre la protección de riesgos e, indudablemente, tendrá efectos múltiples, de los que los interlocutores sociales han de ser conscientes porque una cosa es que los convenios colectivos puedan, como así ha afirmado el Tribunal Supremo, especificar y limitar los riesgos originarios de la mejora de incapacidad temporal y otra que no lo hagan con precisión técnica, abocando así a la inseguridad de los sujetos afectados, tanto trabajadores como empresarios, que provocará situaciones de protección o desprotección que pueden o no estar en sintonía con la voluntad negocial y dificultará las previsiones de coste para el empresa-

[13] *Vid., al respecto, entre otras, SSTS 25-1-1991, Ar. 178; 13-2-1991, Ar. 833.*

[14] *STSJ Castilla y León de 11-10-1993 (Ar. Soc. 4336).*

rio, que es quien asume a su exclusivo cargo la mejora de esta prestación. Asimismo, se ha de ser consciente de la conflictividad derivada de esta situación, encareciendo el coste de la mejora para el empresario y disminuyendo el beneficio del complemento para el trabajador, obligando en numerosos supuestos a los Tribunales del orden de lo social a decidir sobre el alcance de las expresiones utilizadas en la negociación colectiva, siendo frecuentes las llamadas de atención a los interlocutores sociales para que definan con precisión aquello que quieren realmente complementar o mejorar.

El análisis de las cláusulas convencionales nos confirman la utilización de un excesivo número de fórmulas diferentes, que pueden reconducirse a las siguientes: **i**) Protección de todos los riesgos desencadenantes de la contingencia, bien porque los convenios colectivos no distinguen entre ellos, bien porque se especifican y la suma de los incluidos da el total de los protegidos legalmente, es decir, accidente de trabajo, accidente no laboral, enfermedad profesional y enfermedad común (se puede incluir aquí también los convenios colectivos que utilizan cláusulas ambiguas, en las que se mezcla la contingencia con alguno de los orígenes de la misma). **ii)** Protección exclusiva del accidente de trabajo, exigiendo, en algun caso, que éste se haya producido en el propio centro de trabajo. **iii)** Protección de riesgos, con utilización de fórmulas imprecisas, sin especificar el origen común o profesional del mismo o combinando expresiones técnicas con otras coloquiales, siendo la fórmula más utilizada la de protección del accidente, especificando accidente de trabajo y/o accidente no laboral, unida a la protección de la enfermedad, sin especificar; también, aunque en menor proporción, se utiliza de forma combinada la protección de la enfermedad, especificando el origen de la misma, con la protección del accidente sin especificar. **iv)** Protección de riesgos, combinando la protección del accidente, especificando accidente de trabajo y/o accidente no laboral y la enfermedad común, no la profesional; o a la inversa, combinando la protección de la enfermedad, común y profesional, con solo la protección del accidente de trabajo. **v)** Protección de riesgos, especificando o no, unidos a determinadas circunstancias, como la intervención quirúrgica y/o hospitalización. **vi)** Protección de riesgos inexistentes en la estructura prestacional (por ejemplo, mención de la hospitalización como si fuese una contingencia).

b) Nacimiento del derecho a la protección complementaria.

Una de las características en la fijación del *dies a quo* en los convenios colectivos que contienen mejora de la incapacidad temporal es su escasa concreción, siendo relativamente frecuente que aquéllos silencien este aspecto. Lo que provoca la aplicación del régimen legal existente según cual sea el riesgo originante (desde el primer día para los riesgos profesionales; a partir del cuarto día para los riesgos comunes) y, de nuevo, pone de manifiesto la escasa preocupación de los negociadores por regular los aspectos jurídicos de la mejora, todo ello unido a otros problemas aplicativos, como los referentes a las recaídas.

POR LO QUE RESPECTA AL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA MEJORA PACTADA EN CONVENIO COLECTIVO, UNA COSA ES QUE EN ÉSTE SE IDENTIFIQUE SU ÁMBITO PERSONAL CON EL DE LA MEJORA VOLUNTARIA PACTADA Y OTRA, BIEN DISTINTA, QUE, EN ARAS DE LA LIBERTAD DE REGULACIÓN, EL CONVENIO COLECTIVO NO PUEDA EXIGIR DETERMINADOS REQUISITOS, NO DISCRIMINATORIOS EFECTIVOS DE LA MEJORA: UNA DETERMINADA ANTIGÜEDAD EN LA EMPRESA, OBLIGACIÓN DEL TRABAJADOR A SOMETERSE A DETERMINADOS CONTROLES MÉDICOS

No obstante, a veces los convenios colectivos que nada expresamente establecen sobre el inicio de la baja, sin distinguir, inicialmente, entre los riesgos originantes, tienen en cuenta circunstancias añadidas para limitar posteriormente la fecha de inicio si el riesgo es común, como puede ser la reiteración de incapacidades temporales en el mismo año natural.

En los supuestos menos frecuentes en que el convenio colectivo fija expresamente el inicio de la protección, se observan dos tendencias claramente diferenciadas: una, la que vincula la mejora al "día de la baja", lo que beneficia claramente a los riesgos comunes, aunque para éstos se aprecia la tendencia en la negociación colectiva de exigir determinadas circunstancias o requisitos adicionales, tales como la hospitalización y/o intervención quirúrgica. Otra, la que se concreta en la utilización de una multiplicidad de días iniciales, que no responde, a nuestro juicio, a criterios de ordenación legal que permitan buscar un paralelismo razonable, ni siquiera desde una perspectiva económica, que hubiera exigido que la mejora se estableciese a partir del decimosexto día de la baja puesto que el empresario debe abonar a su exclusivo cargo la prestación de incapacidad temporal derivada de riesgos comunes entre los días cuarto a decimosexto de la baja. Ciertamente, no es ésta la opción convencional, puesto que son escasísimos los convenios colectivos que establecen

como *dies a quo* el decimosexto de la baja.

Asimismo escasísimos son también los convenios colectivos que tienen en cuenta la medida legal claramente absentista relativa a la cuantía superior del subsidio a partir del vigésimo primer día de la baja, fijando éste como fecha inicial de la mejora.

c) Duración de la mejoras.

Se repiten aquí alguna de las valoraciones anteriores. En primer lugar, el número de períodos de duración establecidos en los convenios colectivo es excesivamente amplio, advirtiéndose, no obstante, que el tiempo de mejora que más se utiliza es el previsto en el régimen legal de la prestación, bien porque así se exprese en el convenio colectivo bien porque se deduzca de expresiones tales como "mientras dure" o "régimen legal" o "durante el período de baja". Téngase en cuenta que si ello es así, la mejora se extenderá a todo el período de la incapacidad temporal, incluidas, por tanto, las dos prórrogas previstas legalmente (la primera de seis meses, la segunda de dieciocho meses) hasta alcanzar el máximo de los treinta meses, sin que, por el contrario, se mantenga durante la prórroga de sus efectos económicos, prevista en la LGSS, art. 131 bis.3, hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente[15] cuando el convenio colectivo nada expresa o tácitamente prevea sobre la posible extensión de la mejora a esta "prórroga"[16]. Y que la mejora sólo se mantiene, aunque nada expresen los convenios colectivos al respecto, durante el tiempo de permanencia del contrato de trabajo[17].

Si combinamos el parámetro duración con otro u otros de los utilizados en los convenios colectivos para establecer el régimen jurídico convencional de la mejora, las pautas generales que se aprecian en la práctica negocial son las siguientes: **i)** vinculación de la duración al origen de la incapacidad; **ii)** elevación del período general de duración de la mejora de incapacidad temporal derivada de riesgos comunes cuando hay hospitalización y/o intervención quirúrgica; **iii)** el parámetro de la duración a veces se vincula al índice de absentismo; **iv)** como regla general, tampoco se establecen reglas referidas a la configuración jurídica de la duración y a sus vicisitudes, recaídas y prórrogas; **v)** a veces se articulan mecanismos específicos de gestión y control durante el período de la baja, como es el supuesto de la facultad de la empresa de inspeccionar por medio de sus servicios médicos la realidad de la misma, pero, con carácter general, no se regulan las causas y mecanismos de extinción, quedando la mejora sometida, por tanto, a la regulación legal general[18].

d) Contenido económico de la mejora.

La regla en la negociación colectiva es que la mejora de la prestación de incapacidad temporal no sea una cantidad líquida fija y determinada, sino una cantidad variable que se calcula utilizando dos parámetros: la prestación económica que otorga el sistema de Seguridad Social y el nivel de garantía de ingresos que se fija en el convenio colectivo. Y éstos, los ingresos garantizados, se fijan sobre distintas bases de cálculo (módulo de referencia), básicamente, el salario (la más utilizada), la base reguladora de la prestación o la base de cotización a la Seguridad Social (éstas utilizadas en proporción menor). Sobre aquél, el salario, debe advertirse que en la negociación colectiva se aprecia el uso de un elevado número de fórmulas convencionales sobre los conceptos incluidos o excluidos en el mismo a estos efectos, y no todas ellas con la misma precisión técnica. En efecto, unas veces sólo se menciona el sueldo, el salario, la retribución o la remuneración; otras veces, intentando especificar el salario, sueldo o remuneración incluido, indicando que será el real[19] o el salario cotización o el salario convenio o la retribución ordinaria o la retribución mensual o los ingresos normales[20], y sólo en casos aislados definiendo esos términos; y otras veces, con una efectiva precisión técnica, en consonancia con la estructura salarial legal, es decir, inclu-

---

[15] Puesto que en esta situación no hay, técnicamente, incapacidad temporal. Vid. SSTSJ Castilla y León 2-XI-2000 (Ar. Soc. 239).

[16] Admitida la extensión convencional a este período de prórroga de efectos económicos de la incapacidad temporal (por ejemplo, cuando la cláusula del convenio se limita a vincular la duración de la mejora a la percepción del subsidio económico por incapacidad temporal), el TS ha advertido (Sentencia 1-3-1997, Ar. 2192 y posteriores) que el trabajador deberá devolver al empresario lo percibido en concepto de mejora durante ese período si, como expresa la LGSS, art. 131 bis.3, se retrotraen los efectos económicos de la incapacidad permanente al momento en que se agotó la incapacidad temporal.

[17] Vid., al respecto, entre otras, SSTSJ Asturias 30-1-1998 (Ar. Soc. 136), Extremadura 31-3-2003 (Ar. Soc. 2328)

[18] Alguna sentencia admite la suspensión de la percepción de la mejora desde la fecha en que debió pasarse el reconocimiento médico previsto en el convenio colectivo hasta aquella en que efectivamente se lleve a cabo. STSJ Cataluña 8-4-1999 (Ar. Soc. 2573).

[19] Esta expresión concreta, "salario real", hay que identificarla con el concepto legal de salario, conforme al ET, art. 26.1 (STSJ Castilla-La Mancha 19-6-2000, Ar. Soc. 2938, entre otras).

[20] Expresión ésta, "ingresos normales", respecto de la que no hay una interpretación judicial uná-

yendo el salario base, normalmente unido a otras partidas salariales, tales como el plus de convenio y determinados complementos salariales[21].

La pauta negociadora es establecer una cuantía fijada en porcentajes sobre la base de cálculo (100% del..., 90% del...), sin referencia expresa a la cuantía prevista para la prestación mejorada. Lo que significa que se garantiza un ingreso (por ejemplo 100% del salario) sea cual sea la cuantía prevista legalmente para la prestación de incapacidad temporal y cualquiera que sea la variación que durante la vigencia del convenio colectivo sufra la prestación pública. Por tanto, si ésta disminuye, ha de aumentarse la mejora; si, por el contrario, aumenta, también ha de aumentar en la misma proporción la mejora. Así ocurre, sobre todo, cuando la cláusula convencional precisa que la cuantía será "la diferencia entre el subsidio de Seguridad Social y el total de los salarios del presente convenio colectivo" o cuando sencillamente se expresa que la "empresa garantizará el salario...".

SI EL CONVENIO COLECTIVO GENERADOR DE LA MEJORA NO HUBIERA PREVISTO NADA AL RESPECTO, EL TRABAJADOR QUE ACCEDA A LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DURANTE LA VIGENCIA DE UN CONVENIO DEBERÍA CONSOLIDAR EL DERECHO A LA MEJORA DURANTE EL TIEMPO QUE HUBIESE FIJADO DICHO CONVENIO, CON INDEPENDENCIA DE QUE EN ESE INTERVALO SE PUBLICASE UNO NUEVO QUE LA SUPRIMIERA O LA RESTRINGIERA

Frecuentemente el cálculo de la cuantía de la mejora varía en función de distintos parámetros, bien legales, como el origen de la contingencia (riesgos profesionales y comunes), aplicando diferentes bases de cálculo y/o porcentaje (más favorables para los riesgos profesionales), y la duración de la incapacidad; o extralegales, como el índice de absentismo general en la empresa o la hospitalización y/o intervención quirúrgica o el número de situaciones de incapacidad temporal durante el año natural.

Por lo que refiere al porcentaje aplicable a la base de cálculo, cualesquiera que sea ésta, el criterio hegemónico que utilizan los convenios colectivos es mantener uno (sobre todo, el del 100%) invariable durante todo el período de la mejora; porcentaje que varía en algunos convenios en función del origen de la incapacidad, fijando un porcentaje inferior para los riesgos comunes, o en función de la duración de la prestación, apreciándose en la negociación colectiva una cierta tendencia a desincentivar el absentismo, bien sea el de corta duración (estableciendo un porcentaje inferior a las incapacidades de duración más corta), bien el de larga duración (estableciendo un porcentaje inferior a partir de una determinada duración de la baja).

4. Conclusiones

El análisis actual de la negociación colectiva y su estudio comparativo con la situación precedente permiten aquí, tras una década, reproducir las conclusiones generales que en su momento formulamos y que coinciden, sustancialmente, con las reflexiones generales de la doctrina laboralista en estudios más actuales.

Desde la perspectiva exclusiva adoptada aquí, la valoración general puede reconducirse a las siguientes conclusiones:

Primera: Ausencia de actualización de la regulación convencional en función de modificaciones legales (terminológicas y materiales) de la contingencia de incapacidad temporal, objeto de mejora, y de los criterios jurisprudenciales más recientes.

Segunda: La regulación de la mejora de incapacidad temporal en los convenios colectivos es, en muchos aspectos de su régimen jurídico, defectuosa, apreciándose una ordenación deficiente de la contingencia protegida en relación con el riesgo originante; escasa concreción de la fecha de inicio del derecho a la protección complementaria; ausencia de reglas en la negociación colectiva sobre la configuración jurídica de la duración y sus vicisitudes; y excesiva tipología en los parámetros convencionales utilizados para determinar la cuantía de la prestación. ■

nime sobre si se incluyen o no determinados pluses (como el de festividad y de nocturnidad); vid., entre otras, SSTSJ Madrid 29-10-1993 (Ar. So. 4683); Castilla y León, 20-11-2001, Ar. Soc. 4623).

[21] Sobre esta cuestión, la relativa a la precisión de los conceptos incluidos y excluidos, se han pronunciado los Tribunales laborales, especificando, por ejemplo, que no pueden incluirse las percepciones extrasalariales (STSJ Canarias 22-7-2002, Ar. Soc. 2673) o las pagas extraordinarias (STSJ Madrid 31-1-2003); o que, a la inversa, sí deben incluirse los incrementos salariales reconocidos en el momento de la baja (STSJ Madrid 24-5-1999, Ar. Soc. 1950).

LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Pilar GARCÍA PEREA

Letrada de la Administración de la Seguridad Social

El presente estudio pretende realizar una descripción de la prestación de incapacidad temporal en los países miembros de la Unión Europea. La fuente para su realización ha sido la publicación de la Comisión Europea, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, denominada MISSOC ("Mutual Information System on Social Protection", Sistema de Información Mutua sobre Protección Social), cuyo objetivo es la elaboración de unas tablas comparativas sobre los Sistemas de Protección Social europeos, que comprenden las distintas prestaciones sociales, sus condiciones y características. Estas tablas son actualizadas dos veces al año, y en esta ocasión se ha utilizado la correspondiente a 1-01-2005 en su versión inglesa.

Son pocas las coincidencias entre las condiciones y cuantías de esta prestación en los distintos países. En general se trata de una prestación cuyo aseguramiento es obligatorio para los trabajadores por cuenta ajena y voluntario para los trabajadores por cuenta propia, quienes cuentan con un régimen específico en algunos países como Bélgica, Francia, Alemania o Grecia, mientras que la mayoría los incluye en el régimen general, si bien con ciertas diferencias: Polonia, Hungría, Suecia, Finlandia…

En la mayoría de los países las prestaciones económicas están relacionadas con los ingresos del interesado con la excepción de Irlanda, Reino Unido y Malta donde la cuantía del subsidio es fija.

Tampoco existe unanimidad sobre la determinación del período de cotización mínimo exigido para poder tener derecho a la prestación, ni tan siquiera sobre su exigencia. Así, países como Alemania, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Finlandia, República Checa, Estonia, Letonia, Hungría, Eslovenia o Eslovaquia no exigen períodos de cotización previos al inicio de la enfermedad, mientras que en los demás, es preciso acreditar cotizaciones que van desde las 72 horas

durante ocho semanas en Dinamarca, 30 días en Polonia, 26 semanas durante toda la vida laboral en Chipre o los seis meses de afiliación en los que 20 días deben estar dentro de los cuatro meses inmediatamente anteriores al hecho causante de Portugal. Las contingencias profesionales suelen quedar excluidas de este requisito.

El período de espera aparece en algunos países con una duración que generalmente oscila entre uno y nueve días: un día en Bélgica, tres en Francia, Irlanda o Italia y nueve en Finlandia con exclusión de los domingos; ningún día Dinamarca, Luxemburgo, Austria, República Checa y Hungría, entre otros. Para los trabajadores autónomos estos períodos se amplían hasta un mes en la mayoría de los casos.

En algunos países el empresario está obligado a abonar parte de la prestación como sucede en Bélgica durante siete días, Letonia 14 días, Alemania seis semanas, Italia 180 días, Luxemburgo tres meses, Países Bajos 52 semanas. En otros, por el contrario, no existe esta obligación: Dinamarca, Irlanda, República Checa, o Chipre.

El cálculo de la prestación económica por enfermedad es diferente en cada país y suele consistir en un porcentaje sobre una base reguladora, salvo en los países ya citados que cuentan con cuantías fijas.

La duración de esta prestación es muy variada y va desde un año en Bélgica, Francia, Eslovenia, Hungría, salvo que el período cotizado no llegue a ese tiempo, ya que el tiempo de percepción de la prestación no puede superar al de aseguramiento, 78 semanas en un período de tres años en Alemania, seis meses por año en Italia, 180 días en Estonia, etc.

En unos países estas prestaciones están sujetas a cotización: Alemania, Eslovenia o Reino Unido; en otros sólo respecto a determinadas prestaciones como en Francia, Dinamarca, Polonia, y en otros no hay que pagar ningún tipo de cotización: Grecia, Hungría o República Checa.

Es interesante destacar otras prestaciones que están dentro de la incapacidad temporal y que no derivan de la imposibilidad de trabajar del beneficiario como consecuencia de una enfermedad. Por ejemplo, los subsidios por cuidado de hijo o familiar enfermo que se encuentran, por citar algún caso, en las legislaciones de Alemania, República Checa o Hungría. Los subsidios de recuperación de Suecia o Polonia o el llamado subsidio compensatorio que cobran los trabajadores polacos que experimentan una reducción en su capacidad laboral y consiste en la diferencia entre la remuneración actual y la anterior y en Eslovaquia, con ciertas diferencias. En este último país se contempla un permiso de 10 días cuando un hijo menor de 10 años necesita supervisión escolar.

Otras curiosidades destacables son la exclusión de esta prestación cuando la enfermedad o el accidente son consecuencia de autolesión, como en Eslovaquia o durante la comisión de un delito en Lituania y la reducción de la misma cuando el beneficiario es alcohólico o drogodependiente, como sucede en la legislación de los dos países citados.

Por último es preciso indicar que para proceder al estudio de la incapacidad temporal en los distintos sistemas, se ha seguido el orden alfabético del nombre de los países en su propio idioma, como es habitual en las reuniones y grupos de trabajo organizados por la Unión Europea.

SON POCAS LAS COINCIDENCIAS ENTRE LAS CONDICIONES Y CUANTÍAS DE ESTA PRESTACIÓN EN LOS DISTINTOS PAÍSES. EN GENERAL SE TRATA DE UNA PRESTACIÓN CUYO ASEGURAMIENTO ES OBLIGATORIO PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA Y VOLUNTARIO PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA, QUIENES CUENTAN CON UN RÉGIMEN ESPECÍFICO EN ALGUNOS PAÍSES COMO BÉLGICA, FRANCIA, ALEMANIA O GRECIA, MIENTRAS QUE LA MAYORÍA LOS INCLUYE EN EL RÉGIMEN GENERAL, SI BIEN CON CIERTAS DIFERENCIAS: POLONIA, HUNGRÍA, SUECIA, FINLANDIA…

BÉLGICA

La legislación belga define los principios básicos de esta contingencia como una prestación de aseguramiento obligatorio para trabajadores con prestaciones relacionadas con sus salarios. Los beneficiarios son los trabajadores que tienen un contrato de servicios y ciertas categorías asimiladas, sin existir ni un tope máximo en el aseguramiento ni tampoco excepciones en la obligatoriedad de dicho aseguramiento.

Las condiciones para acceder a esta prestación son: en primer lugar, estar inscrito en una mutua de enfermedad e invalidez a elección del propio interesado o hacerse registrar en una oficina regional de la caja auxiliar del seguro. Además, es necesario que la incapacidad laboral haya sido consecuencia directa de una disminución de la capacidad de generar ingresos de al menos un 66% comparada con una persona en activo. Se requiere un período de cotización de 120 días en un período de seis meses. Se consideran como períodos trabajados determinados períodos de inactividad, por ejemplo el desempleo y las vacaciones remuneradas. Es también necesario haber presentado en la caja de enfermedad el comprobante del pago de las cotizaciones que le debe entregar la empresa y por último la presentación del certificado al inspector médico de su

caja de enfermedad, que debe ser cumplimentado por el facultativo que le está tratando y debe hacerlo en un plazo de dos días a partir del momento en el que ha quedado incapacitado para el trabajo.

Existe sólo un período de espera de un día con la excepción de ninguno para el caso de que la persona asegurada haya estado desempleada durante al menos nueve días dentro de los 21 inmediatamente anteriores a la determinación de la incapacidad para el trabajo.

El empresario abona los primeros 15 días cuando se trata de trabajadores manuales y un mes en los demás casos. En cuanto a la cuantía de la prestación que abona el empresario, para los trabajadores manuales durante los siete primeros días de incapacidad, ésta asciende al 100% del salario, entre el día octavo y el decimocuarto es el 60%. Para el resto de los trabajadores la cuantía asciende al 100% del salario durante un mes. No existe la necesidad de cotizar por estas cuantías.

TAMPOCO EXISTE UNANIMIDAD SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL PERÍODO DE COTIZACIÓN MÍNIMO EXIGIDO PARA PODER TENER DERECHO A LA PRESTACIÓN, NI TAN SIQUIERA SOBRE SU EXIGENCIA. ASÍ, PAÍSES COMO ALEMANIA, ITALIA, LUXEMBURGO, PAÍSES BAJOS, AUSTRIA, FINLANDIA, REPÚBLICA CHECA, ESTONIA, LETONIA, HUNGRÍA, ESLOVENIA O ESLOVAQUIA NO EXIGEN PERÍODOS DE COTIZACIÓN PREVIOS AL INICIO DE LA ENFERMEDAD, MIENTRAS QUE EN LOS DEMÁS ES PRECISO ACREDITAR COTIZACIONES QUE VAN DESDE LAS 72 HORAS DURANTE OCHO SEMANAS EN DINAMARCA, 30 DIAS EN POLONIA O LAS 26 SEMANAS DURANTE TODA LA VIDA LABORAL EN CHIPRE

La prestación compensatoria que abona la mutua, una vez concluida la obligación del pago por parte del empresario, por regla general es del 60% del salario con un tope máximo de € 103.2407 por día, y una duración de un año a partir del cual si la situación invadidante persiste, el interesado tendrá derecho a un subsidio de invalidez. Tampoco es preciso cotizar.

Para los trabajadores autónomos el aseguramiento de esta prestación es también obligatorio y el acceso a la misma exige un período de cotización de seis meses con un período de espera de un mes. La duración máxima es de 11 meses y la cuantía, que consiste en un importe fijo, depende de si el trabajador tiene o no familiares de él dependientes.

REPÚBLICA CHECA

En este país la prestación de incapacidad temporal es de aseguramiento obligatorio para los trabajadores por cuenta ajena y voluntario para los trabajadores por cuenta propia. Están exceptuados los trabajadores cuyos ingresos son inferiores a 13 al mes o que no superan los siete días consecutivos de trabajo.

No se exige ningún período mínimo de cotización y el empresario no está obligado a seguir abonando el salario.

La enfermedad se acredita por un certificado médico a partir del primer día de ausencia laboral.

La cuantía de la prestación asciende al 25% de la base diaria de cálculo consistente en el total del salario diario hasta un límite mensual establecido y el 69% de esa cuantía, durante los tres primeros días y a partir del cuarto.

La duración máxima de la prestación es de un año. Para los pensionistas de jubilación e incapacidad permanente que sigan trabajando, 84 días por año.

También se puede solicitar una ayuda económica por interrupción laboral para cuidar de un hijo enfermo menor de diez años o de un familiar siempre que convivan con el beneficiario y no suponga un ingreso hospitalario, cuya duración máxima es de 9 o dieciséis días, según se trate o no de familias monoparentales. La prestación durante este período equivale al 69% de la base reguladora diaria.

Los trabajadores autónomos que hayan optado por el aseguramiento de esta prestación contarán con iguales prestaciones cuya cuantía viene determinada por la base de cotización.

DINAMARCA

La incapacidad temporal en este país se configura como una prestación financiada con impuestos que cubre a toda la población activa, tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores autónomos. El Ministerio de Asuntos Sociales gestiona esta prestación de forma descentralizada a través de los ayuntamientos.

No existe un período de espera y en la parte de prestación que paga el empresario, según algunos convenios colectivos, dos semanas, la prueba de la incapacidad puede ser solicitada por éste mediante una declaración al propio trabajador desde el segundo día de ausencia laboral y a partir del cuarto día con un certificado médico. Cuando la prestación la pagan los ayuntamientos, bien porque el empleador incumpla su obligación o se hayan superado aquellas dos semanas, esta prueba está constituida por un boletín que debe ser remitido en los siete días siguientes al que se inicia la enfermedad.

En cuanto al período de cotización requerido éste es de 74 horas durante las ocho semanas inmediata-

mente precedentes a la enfermedad, cuando la prestación la abona el empresario. En la prestación pagada por los ayuntamientos se requiere un período de trabajo de 120 horas en las 13 semanas precedentes a la enfermedad.

La cuantía del subsidio se calcula en función de la remuneración por hora con un máximo de € 439 semanales y su duración máxima es de 52 semanas en 18 meses.

Los trabajadores autónomos también pueden acceder a esta prestación, tras un período de espera de 2 semanas y completado un período de actividad de 6 meses en los últimos 12.

ALEMANIA

En este país se define la contingencia de incapacidad temporal como un sistema de aseguramiento obligatorio para trabajadores y ciertos grupos asimilados (aprendices, desempleados que cobran prestaciones de de la Oficina de Empleo, estudiantes, becarios, pensionistas y solicitantes de pensiones…) que tengan ingresos inferiores a € 42.000 anuales y superiores a € 400 mensuales, con prestaciones relacionadas con los ingresos cotizados. Existe la posibilidad de ingresar voluntariamente en este seguro.

Es el llamado seguro de enfermedad el que cubre dicha contingencia tanto en especie como económica así como el auxilio por defunción. Los beneficiarios pueden estar inscritos en una Caja Local del Seguro Estatal de enfermedad, una caja de empresa, gremial, en la Caja Federal de Seguros de los Mineros y en la Caja de Trabajadores del Mar.

La prestación se inicia al cuarto día por un certificado del médico que confirma la incapacidad y su probable duración que el interesado envía a la Caja de Seguro correspondiente y a la empresa. No se requiere período de cotización específico.

No existe período de espera si la incapacidad procede de accidente de trabajo, enfermedad profesional, o si se requiere hospitalización.

Las seis primeras semanas corren a cargo del empresario, y a partir de este momento o si el empresario no paga o deja de abonar el salario, comienza a pagar la Caja correspondiente este subsidio de enfermedad.

La cuantía de dicho subsidio asciende al 70% de los últimos salarios e ingresos por trabajo recibidos durante los últimos tres meses sin que pueda exceder del 90% y su duración es hasta la mejoría de la enfermedad, pero una sola patología no puede superar las 78 semanas en un período de tres años, aunque ciertas circunstancias pueden aconsejar la ampliación del pago otros tres años. Esta prestación es incompatible con la de incapacidad permanente o con los subsidios procedentes del extranjero, por lo que es preciso comunicar tales circunstancias, así como la salida de Alemania que debe estar autorizada por la Caja correspondiente.

Existen otras prestaciones consistentes en 10 días de trabajo (20 para familias monoparentales) si un hijo menor de 12 años requiere el cuidado del beneficiario, con un límite de 25 o 50 días.

Este subsidio cotiza para las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y supervivencia.

Los trabajadores autónomos, salvo los procedentes de la agricultura, tienen este subsidio con algunas especialidades.

ESTONIA

En este país la prestación por incapacidad temporal es de aseguramiento obligatorio para toda la población activa, trabajadores por cuenta propia y ajena, con prestaciones relativas a los ingresos. Esta prestación forma parte del Sistema de Asistencia Sanitaria y es competencia del Fondo del Seguro Médico de Estonia.

La enfermedad se certifica por el médico a los dos días de su inicio.

No se requiere ningún período de cotización previo y el empresario no está obligado a abonar ningún salario durante la percepción de la misma.

La cuantía de la prestación asciende al 60% del salario de referencia en caso de tratamiento hospitalario o rehabilitador así como los domiciliarios y del 100% en caso de accidente de trabajo, enfermedad profesional u otro suceso relacionado con la imprudencia empresarial, la defensa del Estado, en interés de la sociedad o en la prevención de un crimen. El salario de referencia es el promedio de los salarios diarios brutos del asegurado en el año anterior calculado sobre la base de los ingresos sujetos a tributación. No existe obligación de cotizar durante la percepción de este subsidio.

La duración de la prestación es de 182 días por cada enfermedad y de 240 días si se trata de tuberculosis, con un día de período de espera.

Existen otras prestaciones por cuidado de hijo menor de 12 años enfermo hospitalizado. En este caso se abona el 80% del salario de referencia durante 14 días, o durante 10 si se trata de hijo discapacitado menor de 16 años. En caso de enfermedad de familiar, el permiso es de siete días. Si el hijo es menor de 12 años y el cuidado es domiciliario se abona la prestación en un 100% durante 14 días.

Existe también una compensación por pérdida de ingresos debida a un cambio laboral por razones de salud cuyo importe asciende a la diferencia entre el salario anterior y el nuevo y se abona durante un período de 60 días.

Los trabajadores autónomos reciben las mismas prestaciones y en idénticas condiciones. La particularidad está en el cálculo del salario de referencia para el que se tienen en cuenta las bases imponibles del año anterior a aquel en que se produce la enfermedad.

GRECIA

En este país la incapacidad temporal, al igual que el resto de las prestaciones, en el régimen general que es el más extendido, está gestionada por el IKA, Instituto de Seguros Sociales, y abarca a todos los trabajadores otorgando prestaciones económicas según los salarios. Se tiene derecho a este subsidio cuando el interesado padece una enfermedad superior a tres días, que le impide acudir al trabajo.

Se requiere haber completado 100 días de trabajo durante el año civil inmediatamente anterior al día de la declaración de la enfermedad o en el período de 15 meses precedentes, en el que no se computarán los días de trabajo correspondientes al último trimestre. Se entiende por "día de trabajo" la jornada que se ha trabajado por cuenta ajena o un día que se haya estado asegurado. Se incluyen los días de vacaciones pero no los días que se haya cobrado este subsidio de enfermedad o los días de desempleo.

La cuantía del subsidio asciende al 50% de la remuneración de referencia según la categoría que tenga asignada el trabajador teniendo en cuenta los ingresos de los últimos 30 días completados durante el año civil anterior a la fecha de la declaración de la enfermedad. Esta cuantía se incrementa en un 10% por cada familiar a cargo sin exceder del 70%, con el límite máximo de € 13,53 al día durante los primeros 15 días de la enfermedad y a partir del décimo sexto de € 24,87.

Existe un período de espera de tres días y el empresario no tiene obligación de asumir ningún día de esta prestación. La duración es por 100 días de trabajo, 182 días de prestación por la misma enfermedad o cualquier otra durante el mismo período. Con 300 días de trabajo en los dos años previos a la enfermedad, se abonan hasta 360 días. El período máximo de prestación es de 720 días cuando se han completado 4.500 días de trabajo en los cinco años inmediatamente precedentes a la declaración de incapacidad. No se pagan cotizaciones sociales.

Para los trabajadores autónomos no está prevista esta prestación y sólo existe para los trabajadores autónomos, no agricultores, que tengan una contingencia profesional o una enfermedad crónica determinada.

FRANCIA

El seguro de enfermedad en Francia es de aseguramiento obligatorio, con prestaciones relativas a los salarios, y cubre a todos los trabajadores por cuenta ajena. Es gestionado por la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad de los Trabajadores Asalariados, CNAMTS, que desde 1995 están gestionados por un fondo especial dentro de ésta.

El médico ha de expedir un certificado que recoja la incapacidad para el trabajo así como la necesidad de guardar reposo donde se precisa además la posible duración. El interesado remitirá este certificado a la Caja correspondiente y a la empresa.

Para acceder al subsidio se requiere bien el pago de un mínimo de cotizaciones sobre la base de *n* veces el salario mínimo interprofesional (SMIC), de € 7,61 por hora o una duración mínima de actividad según la siguiente escala:

Para los primeros seis meses: 1,015 SMIC en los seis meses inmediatamente precedentes o 200 horas trabajadas en los tres meses previos.

Después de los seis meses y habiendo estado inscrito por un mínimo de 12 desde que se dejó de trabajar por inicio de la enfermedad: 2,030 SMIC en los doce meses previos, incluyendo el 1,015 de los seis primeros meses u 800 horas trabajadas en los doce meses inmediatamente anteriores, 200 de las cuales han de estar en los últimos tres meses. Algunos períodos de inactividad se consideran como de trabajo (vacaciones, bajas por enfermedad…).

Existe un período de espera de tres días y el empresario está obligado a pagar la diferencia entre el salario que hubiera percibido y la cuantía del subsidio de enfermedad según el acuerdo nacional interprofesional relativo a los salarios mensuales o a los convenios colectivos de aplicación.

La cuantía del subsidio equivale al 50% de sus ingresos diarios medios durante los últimos tres meses con un límite de 1/ 720 del tope anual, con un máximo de € 41,93. A partir del trigésimo primer día, es el 66% de los ingresos diarios para beneficiarios con tres hijos dependientes con un máximo de € 55,91. A partir del séptimo mes de percibo continuado del subsidio diario, éste se eleva hasta un máximo de 1/700 del tope anual, con un máximo de € 43,13 y un mínimo de € 8,10. Para los beneficiarios con tres hijos dependientes el porcentaje es de 68.66% con un máximo de 1/525 del tope anual de € 57,50 y un mínimo de € 10,80. Se mantiene la obligación de cotizar du-

rante el percibo de esta prestación.

La duración del subsidio es de 12 meses en un período de tres años consecutivos que puede extenderse hasta 36 meses para enfermedades de larga duración.

Los trabajadores autónomos no agrícolas están cubiertos por esta contingencia, siempre que estén al corriente en el pago de sus cotizaciones y tienen derecho a un subsidio diario durante 360 días en tres años que se amplía a tres años para personas que padecen enfermedades de larga duración. El período de espera es de tres días en caso de hospitalización y siete en caso de enfermedad o accidente. La prestación supone el 1/720 del promedio de los ingresos profesionales anuales (máximo de € 41,26 y mínimo € 16,50).

ES INTERESANTE DESTACAR OTRAS PRESTACIONES QUE ESTÁN DENTRO DE LA IT Y QUE NO DERIVAN DE LA IMPOSIBILIDAD DE TRABAJAR DEL BENEFICIARIO COMO CONSECUENCIA DE UNA ENFERMEDAD. POR EJEMPLO, LOS SUBSIDIOS POR CUIDADO DE HIJO O FAMILIAR ENFERMO QUE SE ENCUENTRAN EN LAS LEGISLACIONES DE ALEMANIA, REPÚBLICA CHECA O HUNGRÍA

IRLANDA

El subsidio de enfermedad se configura en este país como una prestación cuyo aseguramiento es obligatorio y cubre a todas las personas de edad superior a 16 años que tengan un contrato de trabajo o sean aprendices. Están excluidos de este aseguramiento obligatorio los funcionarios públicos que lo sean antes del 6.04.1995, los trabajadores autónomos, las personas de más de 66 años, y aquellas personas cuyos ingresos sean inferiores a € 38 semanales. Esta prestación forma parte de las prestaciones contributivas del sistema PRSI y se paga semanalmente, mediante cheque postal, al asegurado durante el tiempo que sufre una enfermedad que le incapacite para acudir al trabajo. Puede ser sustituido por el de daños laborales si la incapacidad es resultado de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

Existe un período de espera de tres días y se abona hasta la mejoría del beneficiario, hasta alcanzar la edad de jubilación si el trabajador ha completado 260 semanas de cotización o durante 52 semanas si la cotización supera las 52 semanas pero no las 260. El empresario no está obligado a pagar ninguna parte de esta prestación.

Las condiciones requeridas para acceder a este subsidio de enfermedad son: certificado del médico que acredite la incapacidad para trabajar que deberá cursarse desde el primer día de la enfermedad y un período de cotización de 52 semanas desde que se inicia la actividad laboral y 39 semanas de cotizaciones pagadas o acreditadas durante el año inmediatamente anterior al inicio de la prestación, siempre que 13 semanas sean efectivamente cotizadas.

La cuantía del subsidio es fija. Para el año 2005: € 148,80 por semana con un suplemento de € 98,70 por adulto dependiente o € 16,80 por niño dependiente. Las prestaciones no están sujetas a cotización.

ITALIA

En este país la incapacidad temporal es una prestación cuyo aseguramiento es obligatorio para los trabajadores con cuantía relacionada con los salarios percibidos. También son beneficiarios los familiares del asegurado que padecen tuberculosis. Consiste en un subsidio sustitutivo del salario que se concede a los trabajadores en caso de enfermedad a partir del cuarto día del inicio de la misma (tres días de espera) y que se abona en general por el empresario y se deduce de los importes que éste debe abonar como cotización al INPS. En algunas ocasiones parte de este subsidio corre a cargo del empresario y su duración es de 180 días en el año civil con ciertas limitaciones para trabajadores con contratos de duración determinada, siendo ilimitado para aquellos trabajadores que sufren tuberculosis.

Para certificar la situación de enfermedad, el trabajador debe pedir a su médico una certificación por duplicado; en los dos días siguientes una copia la enviará al INPS y al empleador. En caso contrario no se abonará el subsidio.

No se exige un período de cotización previo y su importe es como máximo el 50% de la retribución durante los 20 primeros días de enfermedad y del 66,66% a partir del día vigésimo primero. Si se requiere hospitalización el subsidio se reduce en 2/5 salvo que el beneficiario tenga familiares a su cargo. No existe la obligación de cotizar durante la percepción de este subsidio.

Los trabajadores autónomos no cuentan con esta prestación.

CHIPRE

El Departamento de Protección Social bajo la supervisión del Ministerio de Trabajo y Protección Social, gestiona esta prestación cuyo aseguramiento es obligatorio y comprende a toda la población activa (traba-

jadores por cuenta propia y ajena) ofreciendo prestaciones relativas a los ingresos. Existe la posibilidad de un aseguramiento voluntario para las personas que trabajan en el extranjero al servicio de empresas chipriotas.

La incapacidad para el trabajo debida a enfermedad se certifica por un médico desde el primer día de su inicio. Durante el tiempo que dure la misma, el asegurado está sujeto a exámenes posteriores por un médico de la Seguridad Social o por un tribunal médico.

Para acceder a las prestaciones por enfermedad (prestación básica y prestación complementaria) se requiere un período mínimo de cotización de 26 semanas y el interesado tiene que tener una edad entre 16 y 63 años que se puede ampliar hasta los 65 si no se tienen los requisitos exigidos para la pensión de jubilación. El empresario no tiene obligación de pagar salarios.

El período de espera es de 3 días y la cuantía de las prestaciones son: prestación básica por enfermedad 60% de los ingresos básicos del promedio de los salarios del año anterior incrementada en 1/3 por el primer familiar dependiente y en 1/6 por los demás, siempre que éstos no perciban salarios ni prestaciones de seguridad social. La prestación complementaria por enfermedad supone el 50% de los ingresos medios superiores al ingreso básico de cotización del año anterior al que deviene la enfermedad, hasta un máximo del equivalente a dos veces dicho ingreso básico. No es preciso cotizar.

La duración de ambas prestaciones es de 156 días y si el interesado sigue incapacitado para el trabajo pero no tiene derecho a incapacidad permanente, se puede extender hasta 312 días.

Los trabajadores autónomos tienen básicamente las mismas prestaciones que los trabajadores por cuenta ajena con pequeñas diferencias: período de espera de 18 días, salvo que la enfermedad requiera hospitalización o sea debida a accidente.

LETONIA

Los seguros sociales de este país se gestionan por un régimen único dentro del Departamento del Seguro Social, en el que se encuentra la prestación por enfermedad, de aseguramiento obligatorio, cuantía relativa a los ingresos y que cubre a todos los trabajadores por cuenta ajena, propia y grupos asimilados.

La incapacidad para el trabajo ha de ser certificada por el médico de familia desde el primer día del inicio de la enfermedad.

No se exige un período de cotización previo pero sí un período de espera de un día. Los empresarios están obligados a abonar una compensación no menor al 75% del promedio de los ingresos durante el segundo y tercer día de la incapacidad y no menor del 80% entre el cuarto y el decimocuarto de la incapacidad.

La cuantía de la prestación por enfermedad asciende al 80% de los ingresos correspondientes a las cotizaciones durante un período de seis meses naturales y se abona a partir del decimoquinto día. No es preciso cotizar.

La duración máxima de la prestación es de 52 semanas si ésta se percibe de forma continuada o 78 dentro de un período de tres años si se trata de una enfermedad con recaídas.

Los trabajadores autónomos tendrán las mismas prestaciones siempre que estén obligados a cotizar por la actividad realizada y al corriente en el pago de las cotizaciones.

LITUANIA

En este país la incapacidad temporal está dentro de los Seguros Sociales (Seguro Social de Enfermedad y Maternidad), una de las ramas del Sistema de Seguridad Social, cuyo aseguramiento es obligatorio para todos los trabajadores por cuenta ajena, que otorga prestaciones según los ingresos. Cubre a todas las personas que caigan enfermas, necesiten tratamiento protésico-ortopédico, cuiden un familiar o un hijo enfermo que no esté ingresado en una institución. Por el contrario la prestación no se abona si el interesado se ha herido al cometer un delito, existe autolesión o si la enfermedad es el resultado de alcoholismo o drogadicción (excepto el tratamiento de desintoxicación).

Se exige un período de cotización de tres meses durante los 12 anteriores al inicio de la enfermedad o seis meses durante los 24 precedentes.

Los dos primeros días los abona el empresario y a partir del tercero la prestación es abonada por el Fondo Público del Seguro Social.

La cuantía de la parte abonada por el empresario oscila entre el 80% y el 100% del salario medio de los tres meses anteriores. En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional será del 100%.

A partir del tercer día se abona el 85% o 100% en caso de accidente del salario medio compensatorio que es el salario medio percibido durante el penúltimo trimestre anterior a la baja y según lo cotizado. La cuantía en ningún caso puede ser inferior al 25% de la base reguladora oficial y no puede superar el equivalente al 3,5 de dicha base. No es preciso cotizar.

La duración de la prestación es de hasta cuatro meses o 120 días. Si la persona no se ha recuperado en ese tiempo es obligatorio solicitar una invalidez a la

Comisión Estatal de Dictámenes Médicos y Sociales. Si se trata de una enfermedad de una persona perceptora de una pensión de incapacidad, la duración será de 90 días salvo en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Si el tratamiento es de desintoxicación, 14 días. Por cuidado de familiar: siete días en caso de adultos, niños menores de 14 años, 14 días y menores de siete y hospitalizados, 120 días.

Las prestaciones para los autónomos, cuyo aseguramiento es voluntario, son idénticas a las descritas con ciertas particularidades.

LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN DINAMARCA SE CONFIGURA COMO UNA PRESTACIÓN FINANCIADA CON IMPUESTOS QUE CUBRE A TODA LA POBLACIÓN ACTIVA, TANTO A LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA COMO A LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS. EL MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES GESTIONA ESTA PRESTACIÓN DE FORMA DESCENTRALIZADA A TRAVÉS DE LOS AYUNTAMIENTOS

LUXEMBURGO

El llamado subsidio de enfermedad es una prestación de aseguramiento obligatorio con cuantías económicas relacionadas con los ingresos percibidos que cubre a toda la población activa, tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores por cuenta propia así como a los pensionistas que mantienen una actividad remunerada. Se exige que la actividad supere los tres meses al año y está gestionada por diferentes Mutuas según la actividad desarrollada por los interesados: Mutua de enfermedad de los trabajadores de ferrocarriles, de los trabajadores del sector privado, funcionarios de la administración local, central, etc. Coordinadas por la UCM, Unión de Mutuas de Enfermedad.

Para acceder al subsidio no se requiere período de cotización y tiene una duración máxima de 52 semanas contadas a partir del primer día de declaración de enfermedad, sin que exista período de espera, que finalizará si el interesado accede a una prestación por incapacidad permanente. El médico está obligado a extender un certificado a partir del tercer día en el que se ha iniciado la enfermedad; una copia se ha de remitir a la Mutua de Enfermedad y la otra a la empresa. No se cobrará el subsidio hasta su correcta notificación. La cuantía de este subsidio es idéntica al salario que el trabajador hubiese percibido de haber seguido trabajando y que hay que cotizar por las contingencias de asistencia sanitaria, seguro de dependencia y jubilación.

La empresa debe pagar los tres primeros meses y a partir de esa fecha el abono lo hace la Mutua correspondiente.

Los trabajadores por cuenta propia sólo tienen derecho al subsidio a partir del primer día del cuarto mes siguiente a aquel en que se ha declarado la incapacidad, y su cuantía se calcula según la base de cotización que tenga el interesado.

HUNGRÍA

La incapacidad laboral en Hungría forma parte de los Seguros Sociales que junto con la Asistencia Social y los Sistemas Universales conforman la Seguridad Social de ese país. Se trata de una prestación de aseguramiento obligatorio para toda la población activa (trabajadores por cuenta ajena o propia) y su cuantía económica está relacionada con los salarios.

La incapacidad para el trabajo se certifica por un doctor que reexaminará al interesado si lo considera conveniente.

No se requiere período de cotización previo pero sí que la persona se encuentre asegurada el día de inicio de la enfermedad o dentro de los días de lapso.

No existe período de espera y el empresario está obligado a pagar 15 días de la llamada tasa de absentismo en cuantía del 80% de los ingresos netos diarios o del 100% si se trata de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

A partir del decimosexto día comienza la prestación por enfermedad cuya cuantía depende de la antigüedad del solicitante y sus ingresos; si ha estado al menos 2 años asegurado percibirá el 70% de los salarios y si no, el 60% de los mismos. No es preciso cotizar.

La duración máxima de esta prestación es de un año, pero si el período de aseguramiento no ha llegado a ese tiempo la prestación no lo puede superar.

Existe también el derecho a esta prestación por cuidado de hijo enfermo con una duración según una escala que va desde si el hijo es menor de un año hasta que alcance esa edad, hasta hijos de 6 a 12 años que el permiso será de 14 ó 28 días, en caso de familias monoparentales. Se paga también esta prestación en los supuestos de embarazo, siempre que no se tenga derecho a la prestación por maternidad o si se está amamantando a un hijo menor de un año si está enfermo y hospitalizado.

Los trabajadores autónomos tienen la misma protección que los trabajadores por cuenta ajena con pequeñas diferencias.

MALTA

La incapacidad temporal en este país está incluida dentro de las prestaciones contributivas de aseguramiento obligatorio para toda la población activa (trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia) con prestaciones limitadas.

La incapacidad para el trabajo se certifica por el médico de familia desde el primer del inicio de la enfermedad. Si esta enfermedad dura más de una semana, el médico examinará cada semana al interesado y si continúa durante más de 60 días, será examinado por un Tribunal médico constituido de acuerdo a la Ley de Seguridad Social.

Para acceder a la prestación se exige haber cotizado 50 semanas de las cuales 20 deben estar dentro de los dos años inmediatamente anteriores a la incapacidad. Existe un período de espera de tres días.

El empresario debe pagar la totalidad del salario según le exija bien la legislación laboral maltesa o el convenio colectivo de aplicación.

En cuanto a la prestación se paga de acuerdo con el número de días trabajados en una semana, con un máximo de seis. Para el año 2005 la cuantía es: € 15 al día para familias monoparentales o personas casadas con cónyuges sin trabajo. Para las personas solteras es de € 9,75. No se requiere cotización.

En general el número de días de abono nunca puede ser superior al número de cotizaciones realizadas y la duración máxima 156 días laborales que se pueden extender en ciertos casos en los que el beneficiario ha sufrido una operación o una enfermedad que requiere tratamiento más largo, sin exceder de 312 días en un período de dos años.

Los trabajadores autónomos tienen derecho a esta prestación pero en cuantía inferior a la de los trabajadores por cuenta ajena.

PAÍSES BAJOS

Según la Ley del Seguro de enfermedad de este país, están incluidos todos los trabajadores menores de 65 años. El empresario está obligado a pagar salarios durante las 52 semanas en una cuantía del 70% de los salarios, con un salario máximo diario de €167. Este porcentaje puede incrementarse con aprobación ministerial en algunos sectores industriales. No existe período de espera y a partir del momento en que o cuando el contrato de trabajo haya concluido, se inicia el derecho al pago del subsidio de enfermedad cuya duración máxima es de 104 semanas. Se mantiene el derecho un mes después de haber terminado la afiliación al seguro y no se requiere período de cotización previo.

Una vez iniciada la enfermedad, el interesado permanecerá en su casa hasta que reciba la visita del inspector y luego comunicará la existencia de la enfermedad a su empresa.

La cuantía asciende al 70% del salario (máximo € 167 diarios) durante 52 semanas y está sujeta a cotizaciones sociales, igual que la abonada por el empresario. Si la cuantía no alcanza el salario mínimo interprofesional existen determinados complementos.

Los trabajadores autónomos no cuentan con esta prestación.

AUSTRIA

En este país se configura el subsidio de enfermedad como de aseguramiento obligatorio para los trabajadores cuyos salarios superen € 323,46 mensuales que otorga prestaciones económicas relativas a dichos salarios. Existe la posibilidad de acceder a un aseguramiento voluntario. La gestión de esta prestación se efectúa por determinadas Cajas competentes.

La prestación se inicia al cuarto día de la declaración de la incapacidad, tras tres de espera, según certificado médico.

El empresario debe seguir pagando el salario entre 6 y 12 semanas, según la antigüedad del trabajador. Después el interesado tiene derecho a recibir el 50% de su salario durante un período de 4 semanas.

La cuantía del subsidio de enfermedad se calcula sobre la base del último salario (hasta la base de cotización máxima) y asciende hasta el 50% de la retribución, y a partir del cuadragésimo tercer día, al 60%. El máximo mensual para el año 2005 es de € 3.630.

La duración de esta prestación es de 52 semanas pero puede extenderse a 78 en algunas Cajas.

En cuanto a la cotización ésta es debida en el salario que paga el empresario pero no en la abonada por la Caja correspondiente.

Los trabajadores autónomos de la agricultura no tienen prevista esta prestación dentro de su acción protectora pero sí los comerciantes y artesanos, tras un período de espera de 6 meses, con una duración máxima de 26 semanas. La cuantía diaria en este caso es el 80% de la base de cotización mensual dividida por 30.

POLONIA

La incapacidad temporal en este país se encuentra dentro de los Seguros Sociales que junto con el Sistema de Desempleo y la Asistencia Social, configuran la Seguridad Social polaca. El Instituto de Seguridad

Social gestiona esta prestación de aseguramiento obligatorio para los trabajadores por cuenta ajena.

La incapacidad se determina por un doctor desde el primer día del inicio de la enfermedad. El interesado podrá ser reexaminado por un doctor de la Seguridad Social.

En cuanto al período de cotización, en general es de 30 días que no se exige: cuando existen lagunas en los períodos de aseguramiento siempre que no excedan de 30 días de calendario, lagunas causadas por permisos parentales, servicio militar u otros períodos no asalariados, cuando la persona asegurada ha pagado cotizaciones obligatorias durante 10 años o cuando la ausencia laboral es debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

LA LEGISLACIÓN DE SUECIA INCLUYE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD DENTRO DEL SISTEMA OBLIGATORIO DE ASEGURAMIENTO PARA TODA LA POBLACIÓN ACTIVA (TRABAJADORES POR CUENTA AJENA O PROPIA) CON CUANTÍAS RELATIVAS A LOS INGRESOS. SE GESTIONA A TRAVÉS DE LAS INSTITUCIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL SUECA. LA PRESTACIÓN SE CONFIGURA COMO UN SUBSIDIO DE ENFERMEDAD O, EN SU CASO, UN SALARIO DE ENFERMEDAD PARA COMPENSAR LA PÉRDIDA DE INGRESOS EN CASO DE INCAPACIDAD PARA TRABAJAR DEBIDA A UNA ENFERMEDAD

No existe período de espera y el empresario abona los 33 días primeros de la enfermedad en cuantía del 80% del salario de referencia y del 100% en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

El salario de referencia es el salario mensual bruto de los 6 meses (12 en caso de aseguramiento voluntario) anteriores al cese en el trabajo.

El Instituto de Seguridad Social, por su parte, asume la prestación a partir del momento que cesa la obligación del empleador, en cuantía del 100% del salario de referencia desde del día 91 de incapacidad laboral continuada, en caso de accidente *in itinere,* enfermedad profesional o enfermedad durante el embarazo. La prestación será del 70% en caso de hospitalización y del 80% en los demás casos, sin existir obligación de cotizar.

La prestación se abona durante un período máximo de 6 meses ampliables a otros 3 si hay posibilidades de recuperación. Si persiste la incapacidad el interesado puede tener derecho al Subsidio de Rehabilitación cuya cuantía es del 75% del salario de referencia en el caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, durante los dos meses siguientes a la extinción del derecho de la prestación de enfermedad. Existe también un subsidio compensatorio que cobran los trabajadores que experimentan una reducción en su capacidad laboral y consiste en la diferencia entre la remuneración actual y la anterior que se cobra durante 24 meses.

Los autónomos pueden acceder a esta prestación de forma voluntaria siendo necesario un período de cotización de 180 días y un período de espera de 30 días, salvo en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

PORTUGAL

Esta prestación cuyo, aseguramiento es obligatorio para los trabajadores por cuenta ajena y voluntario para los trabajadores por cuenta propia, depende de los ingresos percibidos por los beneficiarios, así como de la duración de la enfermedad de la que deriva. Está gestionada por el Instituto de Solidaridad y Seguridad Social a través de los Centros de Distrito de Solidaridad y Seguridad Social (CDSSS). Se tiene derecho a ella siempre que la incapacidad laboral no se deba a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional.

Este subsidio requiere un período de cotización de 6 meses que no tienen que ser sucesivos pero se exige que veinte días estén dentro de los cuatro meses anteriores a aquel en que se inicia la incapacidad.

La enfermedad debe estar certificada y será enviada a las instituciones de la Seguridad Social dentro de los cinco días siguientes a su expedición.

La duración máxima de este subsidio es de 1.095 días, salvo para la tuberculosis que tiene duración ilimitada. A partir de dicho período se puede acceder, en su caso, a una incapacidad permanente. Existe un período de espera de tres días salvo que se requiera hospitalización, se inicie la enfermedad durante la percepción del subsidio por maternidad o para la tuberculosis.

La cuantía diaria del subsidio se fija aplicando un porcentaje, que varía según la duración del mismo, al promedio de los salarios diarios de los seis meses anteriores a los dos en los que la enfermedad comenzó (50% si la incapacidad es inferior o igual a 30 días). El empresario no está obligado a pagar ninguna cantidad ni tampoco a cotizar.

Para los trabajadores autónomos que hayan optado por este subsidio, la normativa aplicable será la descrita para el Régimen General con algunas especialidades: el período de espera será de 30 días (salvo en caso de hospitalización o tuberculosis, que tampoco tienen ninguno) y su duración máxima 365 días.

ESLOVENIA

La Seguridad Social eslovena comprende los seguros sociales, la asistencia social y las prestaciones familiares. Dentro de los primeros se encuentra el llamado sistema de atención y asistencia sanitaria en el que está la incapacidad laboral temporal. La administración de esta prestación se lleva a cabo por instituciones independientes no gubernamentales de derecho público y se configura como de aseguramiento obligatorio para toda la población activa (trabajadores por cuenta propia y ajena) con cuantía económica relativa a los ingresos. Incluye también el cuidado de familiar.

La incapacidad para el trabajo o la necesidad de cuidado a un familiar se debe certificar por un médico personal por los 30 días primeros de ausencia del trabajo y a partir de esa fecha por el Instituto de Aseguramiento de la Salud.

No existe período de espera y el empresario está obligado a abonar la prestación durante los 30 primeros días.

La cuantía de la prestación se calcula sobre el promedio mensual de los salarios netos en el año anterior al que se inicia la enfermedad y supone un 80% en caso de una lesión no laboral, 90% en caso de enfermedad o 100% en caso de enfermedad profesional, accidente de trabajo, donación de tejido, órgano o sangre, cuarentena por prescripción médica o inválidos de guerra ya sean civiles o militares. Es necesaria la cotización.

La duración máxima es de un año, y por cuidado de familiar siete días o 15 si se trata de un hijo menor de siete años o un discapacitado físico o mental. Existe la posibilidad de ampliación hasta seis meses en circunstancias especiales.

Los trabajadores autónomos cuentan con igual protección.

ESLOVAQUIA

Los llamados Seguros Sociales en este país incluyen el seguro de enfermedad gestionado por la Agencia Pública del Seguro Social, que depende del Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia. Es de aseguramiento obligatorio para empleados por cuenta ajena y propia con prestaciones relacionadas con los salarios. Existe la posibilidad de aseguramiento voluntario para todas las personas que sean mayores de 16 años. Los policías, soldados y empleados de aduanas tienen un sistema diferente. Junto a la prestación económica derivada de la enfermedad, se otorga también por cuidado de familiar enfermo.

La enfermedad se certifica por un médico de familia desde el primer día de su inicio.

A los trabajadores por cuenta ajena no se les exige período de cotización pero sí a las personas aseguradas voluntariamente: 270 días en los dos años anteriores al inicio de la enfermedad.

No existe período de espera y el empresario está obligado a pagar el llamado reemplazo de ingresos que consiste en lo siguiente: durante los tres primeros días de la incapacidad y en una cuantía que asciende al 25% de la base reguladora (ingresos diarios calculados sobre la base del año anterior, con un tope mensual de 1,5 veces el salario nacional medio mensual). Del cuarto al décimo día de incapacidad para el trabajo se abona un 55%.

La cuantía de la prestación es del 55% de la base reguladora ya descrita para los trabajadores por cuenta ajena. Para los asegurados voluntariamente los tres primeros días el 25% y a partir de aquí el 55%. Sólo se abonará el 50% si la enfermedad se debe al alcohol o las drogas. No se tiene derecho si la enfermedad procede de autolesión y si el interesado no cumple el tratamiento prescrito se suspende la prestación durante 30 días. No es preciso cotizar durante esta prestación.

La duración máxima del seguro de enfermedad es de 52 semanas. Si el permiso se concede por cuidado de familiar o si un hijo menor de 10 años necesita supervisión escolar, será de diez días con una cuantía del 55% de la base.

Existe también la llamada compensación por daño y la compensación por reducción de oportunidades sociales en caso de accidente que asciende al 2% del salario medio mensual por cada punto (de acuerdo a una tarifa establecida) según determinación médica.

Los trabajadores autónomos tienen la misma protección que los trabajadores por cuenta ajena pero se les exige tener un período de cotización de 270 días en los dos años anteriores al inicio de la enfermedad y la cuantía de la prestación es el 25% durante los tres primeros días y a partir del cuarto el 55%.

FINLANDIA

El subsidio de enfermedad, de aseguramiento obligatorio universal que cubre a todos los residentes en este país cuya edad sea entre 16-67 años con prestaciones económicas según los ingresos, está gestionado por la Institución del Seguro Social (KELA), al igual que el resto de las prestaciones basadas en la residencia, organismo que se encuentra bajo la supervisión directa del Parlamento Finlandés.

La incapacidad del interesado debe estar certificada por el médico a partir del noveno día desde el inicio de la enfermedad.

No se exige período de cotización previo pero estos nueve primeros días son de espera que han de ser abo-

nados como salario por el empresario, siempre que la relación laboral haya durado más de un mes. En caso contrario se abona un 80% del salario. Por convenio colectivo en la mayoría de las ocasiones, el empresario paga el salario total durante uno o dos meses. Durante la percepción de este subsidio no existe obligación de cotizar.

La cuantía de esta prestación depende de los ingresos del interesado: con ingresos inferiores a € 1.054 anuales, se paga sólo si la enfermedad dura más de 55 días con un límite de € 15,20 al día. Si los ingresos oscilan entre € 1.055 y € 27.468, la cuantía asciende al 70% de 1/300 de los ingresos. Para los desempleados que perciben prestaciones por desempleo durante más de 4 meses, el subsidio de enfermedad asciende al 86% de dicha prestación.

La duración máxima de este subsidio está limitada a 300 días (excluyendo los domingos), durante un período de dos años.

Para los trabajadores autónomos esta prestación también está basada en la residencia con idéntica regulación que para los trabajadores por cuenta ajena, con la diferencia de que las prestaciones se calculan sobre los ingresos incluidos en la base de cotización. Para los autónomos agrarios también se prevé esta prestación sin período de espera.

SUECIA

La legislación de este país incluye la prestación por incapacidad dentro del sistema obligatorio de aseguramiento para toda la población activa (trabajadores por cuenta ajena o propia), con cuantías relativas a los ingresos. Se gestiona a través de las Instituciones de la Seguridad Social sueca. La prestación se configura como un subsidio de enfermedad o, en su caso, un salario de enfermedad para compensar la pérdida de ingresos, en caso de incapacidad para trabajar debida a una enfermedad. Esta incapacidad se certifica por el médico a los ocho días del inicio de la misma y debe ser comunicada al empresario y a la oficina local de aseguramiento desde el primer día de la ausencia laboral.

Existe un día de espera y los empresarios han de pagar el salario desde el segundo día al decimocuarto, en una cuantía equivalente al 80% al mismo. A partir del decimoquinto día comenzará el abono del subsidio.

No se requiere período de cotización previo pero sí haber trabajado al menos 14 días cuando el interesado esté empleado por un período inferior a un mes. También es necesario tener ingresos profesionales que equivalgan al 24% del índice de precios básicos en vigor.

La cuantía del subsidio se calcula en función del salario que se hubiese cobrado de seguir en activo y representa el 80% de dicha cantidad. No existe límite máximo en la percepción de este subsidio pero puede convertirse en una pensión de incapacidad permanente si la enfermedad continúa por un largo período de tiempo.

El subsidio para los trabajadores autónomos presenta algunas especialidades siendo la más destacada la relativa al período de espera, al que pueden optar en dos categorías diferentes que fijan dicho período en 3 o 30 días, respectivamente.

REINO UNIDO

La incapacidad temporal en el Reino Unido comprende dos tipos de prestaciones: la paga obligatoria de enfermedad SSP que corre a cargo del empresario y el subsidio estatal de incapacidad a corto plazo, que forma parte del Régimen General de la Seguridad Social.

La declaración de la imposibilidad de desarrollar las tareas laborales se lleva acabo por el médico de familia. A partir de las 28 semanas de la incapacidad se pasa una nueva revisión basada en una prueba ocupacional.

La primera de las dos prestaciones cubre a todos los trabajadores por cuenta ajena y la empresa está obligada a abonar dicha prestación si su remuneración semanal alcanza el mínimo a partir del cual deben abonarse cotizaciones de Seguridad Social. La duración máxima es de 28 semanas, con tres días de espera y la cuantía media es de € 94 por semana de la que hay que pagar cotizaciones.

El subsidio estatal de incapacidad a corto plazo que cubre a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (con la excepción de las mujeres casadas que antes de abril de 1977 hubieran optado por el no aseguramiento) y a los desempleados, se inicia cuando transcurren aquellas 28 semanas o cuando el interesado no tiene derecho a la paga obligatoria de enfermedad. La duración máxima de la prestación es de 52 semanas y para acceder a ella se requiere haber pagado cotizaciones suficientes dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud y haber acreditado cotizaciones suficientes en los últimos dos años. La cuantía media del subsidio es de € 79 por semana, con la posibilidad de acceder a ciertos complementos por familiares dependientes.

Los trabajadores autónomos están protegidos dentro del Régimen General y la cuantía de la prestación es de € 83 semanales durante las primeras 28 semanas y € 74,15, en adelante. ●

DEBATE

ASPECTOS SANITARIOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (I)

M.ª Jesús MONTERO CUADRADO
Consejera de Salud
JUNTA DE ANDALUCÍA

Introducción

La Incapacidad Temporal (IT), como define la propia ley general de Seguridad Social, es la situación en la que el trabajador está impedido para desarrollar su actividad y recibe asistencia sanitaria así como la acción protectora de la Seguridad Social, en forma de prestación económica durante el tiempo que dure la misma. Es decir, con independencia de la protección económica que le pueda corresponder como trabajador, la persona recibe una prestación sanitaria en calidad de paciente, resultando pues evidente la vertiente sanitaria de esta situación.

Ello conduce a la necesaria colaboración de los sistemas sanitarios con el sistema de Seguridad Social, tanto en el reconocimiento de la IT como en su mantenimiento y finalización. Esta cuestión es importante no sólo por lo que supone de dedicación de recursos para la asistencia sanitaria de la IT por parte del sistema sanitario, sino también para la gestión de esta situación a efectos exclusivos de la Seguridad Social y para el control sanitario de la IT, con el fin de evitar fraudes pero salvaguardando este derecho en el caso de los ciudadanos que necesiten de él.

La Incapacidad Temporal como parte de la asistencia sanitaria

Nuestro punto de partida esencial es el convencimiento de que la Incapacidad Temporal forma parte de la asistencia sanitaria global que se presta a los ciudadanos. En un país con

el nivel de protección social del nuestro, la IT conlleva además un subsidio o prestación económica que, de ninguna manera, puede ser determinante a la hora de establecer el inicio de una situación de incapacidad así como tampoco puede incidir en su mantenimiento o finalización. Estas condiciones han de ser determinadas, con carácter independiente y debido a estrictas razones de salud, por el sistema sanitario, y nunca por agentes externos al mismo, lo que no obsta para que se instaure un marco de colaboración, necesario y positivo, con la Seguridad Social. En este sentido, creemos acertadas muchas de las consideraciones efectuadas por sociedades del ámbito de la atención primaria, al expresar que la incapacidad temporal no puede desvincularse del sistema sanitario.

En este contexto básico, paso a continuación a analizar los Convenios de colaboración para el control de la Incapacidad Temporal (IT) que tienen como finalidad, de un lado, desarrollar un programa de actividades, y de otro, la fijación de un objetivo anual de racionalización del coste de esta prestación en cada Comunidad Autónoma.

Objetivo de racionalización del coste

Ante todo, cabe señalar que el coste económico de la prestación por IT no es, probablemente, el indicador óptimo para medir el grado de esfuerzo del sistema sanitario para controlarla, entre otras cuestiones porque intervienen múltiples variables que a su vez son de muy difícil control.

Es, por tanto, un indicador indirecto, que debe ser además

NUESTRO PUNTO DE PARTIDA ESENCIAL ES EL CONVENCIMIENTO DE QUE LA IT FORMA PARTE DE LA ASISTENCIA SANITARIA GLOBAL QUE SE PRESTA A LOS CIUDADANOS. EN UN PAÍS CON EL NIVEL DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL NUESTRO, LA IT CONLLEVA ADEMÁS UN SUBSIDIO O PRESTACIÓN ECONÓMICA QUE, DE NINGUNA MANERA, PUEDE SER DETERMINANTE A LA HORA DE ESTABLECER EL INICIO DE UNA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD ASÍ COMO TAMPOCO PUEDE INCIDIR EN SU MANTENIMIENTO O FINALIZACIÓN

previamente homogeneizado en orden a su comparabilidad, habida cuenta de los distintos criterios y componentes por regímenes de cotización que existen en las comunidades autónomas. Pero además de ello, hay que tener en cuenta otras circunstancias que modifican su posibilidad de uso, como la distribución del número de afiliados entre INSS y Mutuas, las normas legales que periódicamente modifican aspectos económicos de esta prestación –pero que no tienen relación con el control sanitario que se hace sobre la situación de IT– o las fechas reales a las que corresponden los afiliados que se utilizan para el cálculo del indicador.

El indicador de coste/afiliado/mes presenta también otros aspectos susceptibles de mejora. El primero es que los datos utilizados para su elaboración –el gasto medio mensual por contingencias comunes de la comunidad y el número medio mensual de afiliados INSS, incluidos los beneficiarios de la prestación contributiva por desempleo– no pueden ser contrastados directamente por la administración de la comunidad autónoma. El segundo se refiere a la demora con la que se suministra, dificultando la posibilidad de una respuesta por parte del sistema sanitario.

Por tales motivos, desde la comunidad andaluza colaboramos con la administración de la Seguridad Social para favorecer que en próximos convenios los indicadores empleados guarden más estrecha relación con el ámbito sanitario. De esta manera estamos trabajando para favorecer que indicadores como la incidencia, la prevalencia, las duración media de los procesos abiertos y cerrados, que se utilizan en los estudios epidemiológicos, o indicadores más habituales en el campo laboral, como el índice de gravedad, que expresa el número de días de baja por trabajador, se incorporen a los próximos convenios de colaboración, y sean contrastados con el coste afiliado/mes calculado por el INSS.

No obstante, y volviendo al marco del actual convenio, consideramos francamente positivas la mayoría de las modificaciones introducidas, sobre todo en comparación con las anteriores. En este sentido, destaca el hecho de que los porcentajes de los créditos en la asignación de recursos financieros por el programa de ahorro en incapacidad temporal hayan modificado su distribución, supeditando un 30% al objetivo de racionaliza-

ción del coste y un 70% al grado de cumplimiento del programa de actividades; de igual modo es muy positiva la sustancial mejora en el sistema de entregas a cuenta y liquidación.

De otro lado, también es mejorable el modelo *benchmarking* que se utiliza para la fijación de objetivos a las diferentes comunidades autónomas. Una vez homogeneizados a través del coeficiente reductor que neutraliza la parte de coste proveniente del peso de las diferentes bases de cotización, existe un amplísimo abanico de costes, que no se debe exclusivamente a la gestión y control que los diferentes sistemas sanitarios públicos hacen de la Incapacidad Temporal, sino a otras variables, no consideradas en la fijación de objetivos, que aportan su peso en la explicación de estas diferencias.

Informatización y transmisión vía telemática al INSS de partes de IT

Como he señalado anteriormente, el convenio recoge, además del objetivo de coste/afiliado/mes, la ejecución de un programa de actividades para la modernización y mejora de la gestión de la Incapacidad Temporal, concretándolo en tres áreas de actuación, de entre las cuales la de informatización y transmisión telemática es la que recibe más ponderación en cuanto a la asignación del fondo.

Es evidente que para llegar a la utilización de nuevos indicadores del ámbito sanitario –fiables, comparables y en tiempo real– ha de existir, en todas las comunidades autónomas, un buen soporte informático, que permita el procesamiento y adecuado cálculo de los indicadores expresados, a partir de los datos contenidos en los partes de baja y alta laboral.

EL COSTE ECONÓMICO DE LA PRESTACIÓN IT NO ES, PROBABLEMENTE, EL INDICADOR ÓPTIMO PARA MEDIR EL GRADO DE ESFUERZO DEL SISTEMA SANITARIO PARA CONTROLARLA, ENTRE OTRAS CUESTIONES PORQUE INTERVIENEN MÚLTIPLES VARIABLES QUE A SU VEZ SON DE MUY DIFÍCIL CONTROL. EL INDICADOR COSTE/AFILIADO/MES PRESENTA TAMBIÉN OTROS ASPECTOS SUSCEPTIBLES DE MEJORA. DESDE LA COMUNIDAD ANDALUZA COLABORAMOS CON LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL PARA FAVORECER QUE EN PRÓXIMOS CONVENIOS LOS INDICADORES EMPLEADOS GUARDEN MAS ESTRECHA RELACIÓN CON EL ÁMBITO SANITARIO

En este sentido, desde la administración sanitaria andaluza estamos realizando un importante esfuerzo de informatización de diferentes aspectos de nuestro sistema sanitario, habiendo definido una estrategia digital en la que se crea un nuevo paradigma público, cuyo objetivo es integrar los sistemas y tecnologías de la información y comunicación en una visión holística de conectividad, estandarización, homologación, normalización y certificación del *software* y *hardware*, en el marco del Plan de Calidad de la Consejería de Salud, y tomando como referente central de las actuaciones la satisfacción de las necesidades del ciudadano.

La IT en el marco de la estrategia digital, y de la Innovación y Modernización del Sistema Sanitario en Andalucía

Entre los múltiples proyectos puestos en marcha en el marco de esta estrategia, se encuentra el Sistema de Información para la Gestión de la Incapacidad Laboral, Sigilum XXI. Este Sistema de Información sirve de apoyo para la gestión administrativa y tratamiento de la información sobre la Incapacidad Temporal en las Unidades de Inspección Médica. Su fuente de información se encuentra, principalmente, en el dispositivo de Atención Primaria, existiendo una transferencia bidireccional de datos con el proyecto de historia de salud digital, Diraya.

Los episodios de Incapacidad Temporal son un evento más de la historia de salud del ciudadano. Por ello, la principal fuente de datos de la aplicación Sigilum XXI es la historia de salud digital, así como otros datos necesarios para el adecuado funcionamiento de la misma, procedentes de la Base de Datos de Usuarios (BDU). La BDU es una base centralizada que contiene los datos de filiación de todos los ciudadanos con residencia en Andalucía, y que se va construyendo con la infor-

mación de ciudadanos protegidos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o que han recibido asistencia sanitaria pública en nuestra comunidad autónoma. De hecho Andalucía es la única comunidad en la que, de acuerdo al principio de colaboración entre las Administraciones Públicas, los ciudadanos tienen una tarjeta de identificación dual emitida por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre: por un lado es la tarjeta sanitaria del Sistema Sanitario Público y por el otro es el documento de afiliación a la Seguridad Social.

Las Unidades de Inspección Médica, que controlan la IT, se convierten también en un punto del sistema sanitario encargado de la tramitación para el alta de ciudadanos en la BDU, de forma definitiva o temporal, según su residencia, ya que es condición indispensable estar incluido en esta base de datos de usuarios para poder realizar cualquier tipo de gestión administrativa por el Sigilum XXI al ciudadano, asegurado y paciente.

En consecuencia, Sigilum XXI es un sistema de información único, en que la aplicación informática que le da soporte se encuentra centralizada para toda Andalucía, si bien en el nivel provincial se gestiona descentralizadamente por todas las Unidades de Inspección Médica. Ello se efectúa a través de la red corporativa de comunicaciones y utilizando la misma base de datos de Incapacidad Temporal, también única y centralizada, que se alimenta de la información generada por todos los centros de atención primaria con la utilización de la historia de salud digital.

Existen dos características resaltables de Sigilum XXI. De un lado, permitirá la explotación estadística de sus datos, a través del cuadro de mandos operativo, tanto a las Inspecciones Médicas provinciales como a los Centros de Atención Primaria, a la Consejería de Salud y a otros organismos autorizados (con informes de resultados epidemiológicos y de morbilidad, generales o por sector de actividad económica, o informes de actividad, en ambos casos con niveles de agregación que van desde los profesionales a la provincia o Andalucía) así como la extracción de sus datos para el Cuadro de Mandos Integral del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

> PARA LLEGAR A LA UTILIZACIÓN DE NUEVOS INDICADORES DEL ÁMBITO SANITARIO –FIABLES, COMPARABLES Y EN TIEMPO REAL– HA DE EXISTIR, EN TODAS LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, UN BUEN SOPORTE INFORMÁTICO, QUE PERMITA EL PROCESAMIENTO Y ADECUADO CÁLCULO DE LOS INDICADORES EXPRESADOS, A PARTIR DE LOS DATOS CONTENIDOS EN LOS PARTES DE BAJA Y ALTA LABORAL

De otro lado, los ciudadanos podrán acceder y consultar, vía Internet, la información general sobre la Incapacidad Temporal e información específica sobre sus expedientes de IT, lo que ha de constituir una práctica habitual en los nuevos sistemas de administración electrónica, que abogan por la accesibilidad y la transparencia. Todo ello sin menoscabo, lógicamente, de la incorporación de las debidas medidas de seguridad (firma electrónica) para los casos en que corresponda su uso.

Llegados a este punto, quiero remarcar que la información que suministre el Sistema de Información de la Incapacidad Temporal será una fuente de información importante para el ámbito sanitario. Además de sus repercusiones en la esfera social y específicamente para el Sistema de Seguridad Social, aportará un amplio conocimiento al ámbito de la salud laboral, tanto de absentismo por IT como de la morbilidad asociada. Por ello se ha cuidado específicamente que pueda suministrar datos estadísticos referidos a los diversos sectores económicos y productivos.

Es necesario subrayar también que este proyecto de gestión, evaluación y control de la IT a través de Sigilum XXI es ya una realidad que está en funcionamiento para la gestión de todas las Unidades de Inspección Médica de Andalucía, y que se irá nutriendo de la información de atención primaria en consonancia con el ritmo de implantación de la historia de salud digital de Andalucía.

En la actualidad Diraya está extendida a más de un 60% de la población y se proyecta que a final de este año 2005 cubra prácticamente al totalidad de la misma, por lo que se está realizando un notable esfuerzo en la ampliación del ancho de banda de las comunicaciones y su extensión a todos los centros del sistema sanitario. Pero incluso durante este tiempo, y a fin de que el nuevo sistema de información de la IT tenga un am-

plio suministro de las fuentes de información que precisa para su funcionamiento, los partes de baja y alta informatizados integran diariamente sus datos en el Sigilum XXI. Como se puede observar, no se trata de un proyecto aislado, sino integrado en la estrategia digital de la Consejería de Salud, que se enmarca a su vez dentro de las estrategias de segunda modernización impulsadas por la Junta de Andalucía.

Además de esta nueva estrategia digital –tanto en lo que se refiere a la informatización de la Atención Primaria y próximamente de la Especializada, como a la gestión de la Incapacidad Temporal–, Andalucía ya lleva dos años transmitiendo diariamente, por vía telemática, los partes de IT al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Por ello, y a pesar de los habituales y lógicos desajustes que produce la implantación de un nuevo sistema de información, esta transmisión se continúa realizando, con la seguridad de que en el transcurso del año se habrá mejorado ampliamente en la reducción de los plazos entre la prescripción del parte y su transmisión, el volumen de partes transmitidos y la calidad de los datos contenidos en los mismos.

Tramitación y contestación motivada de propuestas de alta del INSS y Mutuas de AT/EP, así como de las intenciones de alta del INSS

En Andalucía ésta es una actividad que se viene realizando satisfactoriamente, cumpliéndose el plazo de 15 días que establece el Real Decreto 575/1997, y que de hecho ya ha sido valorada en el anterior convenio con el INSS. Además, nuestra comunidad autónoma ya ha dado algunos pasos en el sentido de dar a conocer a las direcciones provinciales andaluzas del INSS, en el seno de las distintas subcomisiones provinciales que se reúnen mensualmente, la necesidad de que se incrementen las intenciones de alta emitidas por los médicos inspectores del INSS, ya que ello agiliza extraordinariamente los trámites administrativos que conllevan, al tiempo que no impide, en caso necesario, discrepar motivadamente y paralizar desde el Sistema Sanitario Público la efectividad del alta.

> ENTRE LOS MÚLTIPLES PROYECTOS PUESTOS EN MARCHA, SE ENCUENTRA EL SISTEMA DE INFORMACIÓN PARA LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD LABORAL, SIGILUM XXI, QUE SIRVE DE APOYO PARA LA GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN SOBRE LA IT EN LAS UNIDADES DE INSPECCIÓN MÉDICA. SU FUENTE DE INFORMACIÓN SE ENCUENTRA, PRINCIPALMENTE, EN EL DISPOSITIVO DE ATENCIÓN PRIMARIA

La forma de actuar en este ámbito es muy variable entre las distintas comunidades autónomas y, dentro de las mismas, según cada provincia. De hecho, ha sido un tema controvertido y no exento de polémica en los últimos años, aunque estas discrepancias parecen ya haber sido superadas y sustituidas por el principio de colaboración entre las Administraciones Públicas que ahora impera, y con el reconocimiento compartido de que son los sistemas sanitarios quienes tienen la última decisión respecto a la procedencia sanitaria del alta laboral en las contingencias comunes.

La novedad en este convenio es que incluye en este objetivo las propuestas de alta realizadas por las Mutuas de AT/EP, sobreentendiendo que se refiere al ámbito de cobertura de las contingencias comunes. Aun cuando está claro que las Mutuas son entidades colaboradoras, sin ánimo de lucro, de la Seguridad Social, y que quizás sea más factible la negociación y estipulación de un convenio entre el INSS y las Mutuas que de éstas con cada una de las comunidades autónomas, entendemos que cuando el posible convenio afecte colateralmente a las administraciones autonómicas, debe necesariamente contar, durante el proceso de negociación, con la participación de las mismas y establecer perfectamente la participación y contribución de las Mutuas en la mejora de la gestión que realizan las administraciones sanitarias de las comunidades autónomas en la incapacidad temporal.

La formación en IT, en el marco de la estrategia de gestión del conocimiento

El convenio establece, dentro de otras actividades, la planificación y realización de actividades formativas al 30% de los profesionales sanitarios de

atención primaria, contando con la participación del INSS y Mutuas. En Andalucía esto supone actividades de formación para más de 1.500 médicos de atención primaria, que son quienes pueden prescribir la situación de incapacidad temporal a trabajadores. Consideramos que estas actividades formativas deben estar incluidas en los procedimientos normalizados de formación continuada de los centros sanitarios y no tender a actividades singularizadas sobre incapacidad temporal.

Por ello, las actuaciones de los inspectores médicos no sólo van dirigidas al control directo de procesos de incapacidad temporal, sino también a la revisión conjunta con los médicos de atención primaria de los pacientes/asegurados en baja y a la formación continua en este aspecto en los propios centros asistenciales. De otro lado, se ha elaborado un manual de ayuda en IT para el médico, en soporte informático, con las preguntas más frecuentes, tiempos estándares de duración de procesos, y un anexo con toda la legislación correspondiente. Este manual, además de apoyo, constituye un soporte a la formación.

Las garantía de plazo de pruebas diagnósticas como asunción de las expectativas de la ciudadanía

En el convenio se explicita el compromiso de realización de las pruebas complementarias que solicite el INSS para la determinación de las Incapacidades Laborales. En este contexto, debemos destacar la reciente entrada en vigor en Andalucía del Decreto de garantía de plazo de respuesta en procesos asistenciales, primeras consultas de asistencia especializada y procedimientos diagnósticos –además de la garantía ya existente desde hace varios años en el plazo de respuesta quirúrgica–, en el marco de creación y extensión de derechos de segunda generación que el Sistema Sanitario Público andaluz está desarrollando. Los plazos de respuesta garantizados son de 30 días para los procedimientos diagnósticos, por lo que, en el territorio andaluz, este objetivo queda plenamente asegurado.

LOS CIUDADANOS PODRÁN ACCEDER Y CONSULTAR, VÍA INTERNET, LA INFORMACIÓN GENERAL SOBRE LA IT E INFORMACIÓN ESPECÍFICA SOBRE SUS EXPEDIENTES DE IT, LO QUE HA DE CONSTITUIR UNA PRÁCTICA HABITUAL EN LOS NUEVOS SISTEMAS DE ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA, QUE ABOGAN POR LA ACCESIBILIDAD Y LA TRANSPARENCIA

Conclusiones

A la luz de todo lo expuesto, y del análisis que desde Andalucía hemos efectuado del contenido del convenio para el control de la IT, las conclusiones quedan recogidas en el siguiente sumario de ideas:

- Nuestra valoración del nuevo Convenio presentado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales es positiva, especialmente en las modificaciones que tiene sobre los anteriores.

- El aspecto más relevante de la incapacidad temporal es el sanitario, aun cuando ésta vaya acompañada de una prestación económica derivada del sistema de protección de la Seguridad Social.

- El indicador coste/afiliado/mes es susceptible de mejora para que sea útil como medida del esfuerzo realizado por los servicios públicos de salud en la gestión y control de la IT.

- El Sistema Sanitario Público de Andalucía está realizando un gran esfuerzo para su modernización, y ello incide directamente en la informatización de toda su red asistencial. Esta nueva estrategia digital del Sistema permitirá no sólo la transmisión de los partes al INSS, de forma fiable y en tiempos adecuados, sino la generación de indicadores del campo sanitario aplicados específicamente a la gestión de la incapacidad temporal. ■

ASPECTOS SANITARIOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (II)

LA IT, UNA PRESTACIÓN SANITARIA, ÉTICA Y SOCIAL QUE NECESITA MEJORAR PARA EVITAR LAS PARADOJAS

José María VERGELES BLANCA
Director General de Formación, Inspección y Calidad Sanitarias

José Manuel PAJUELO MORÁN
Jefe de Servicio de Inspección de Servicios y Prestaciones Sanitarias

Fermín ALONSO NÚÑEZ
Inspector Médico del Servicio de Inspección de Servicios y Prestaciones Sanitarias

Dimas DÍAZ LÓPEZ
Enfermero Subinspector del Servicio de Inspección de Servicios y Prestaciones Sanitarias
Consejería de Sanidad y Consumo

JUNTA DE EXTREMADURA

Introducción

La Incapacidad Temporal (IT) es una de las prestaciones sanitarias y sociales más importantes de nuestro Sistema Nacional de Salud, ya que a través de la utilización y prescripción de ésta permite a un paciente que trabaja utilizar el reposo sin pérdida económica para mejorar el problema de salud que le afecta.

Es indudable que la prestación a la que nos referimos debe ser utilizada con criterios de racionalidad y con criterios de adecuación por parte de los prescriptores de dicha prestación, para que sea sostenible a lo largo del tiempo, de tal forma que podamos seguir utilizando esta prestación por un lado económica, pero fundamentalmente sanitaria de forma

adecuada a los que lo necesitan y, además, hacerla sostenible a lo largo del tiempo.

El proceso de prescripción de la Incapacidad Temporal lleva pareja una serie de condicionantes sanitarios, donde profesionales sanitarios y administraciones se deben poner a trabajar para llegar a una racionalización del coste a través de una utilización de calidad de la prescripcion de la IT a aquellos pacientes que verdaderamente lo necesitan.

No obstante, así como hemos encontrado evidencias necesarias para aplicar otras prestaciones que corresponden al ámbito sanitario, es difícil medir la calidad en la utilización de la prestación sanitaria y social que es la IT.

Por otro lado, las diferentes incorporaciones legislativas e incorporación de agentes que se han incorporados como entidades colaboradoras en la gestión y la multiplicidad de agentes hacen tremendamente complicado un análisis de la prestación de IT en los diferentes regímenes que por otra parte se ven influenciados como factores que distorsionan en el cálculo de indicadores eminentemente económicos en la utilización de la IT.

Por todo ello, el objetivo es reflexionar sobre una serie de cuestiones que permitan acercar la racionalización y la adecuación de la IT de cara a que entre el INSS y los Servicios Regionales de Salud se firmen unos convenios donde se vean reflejados unos objetivos bilaterales, horizontales entre ambas instituciones y que permitan una evolución progresiva a la transmisión a los profesionales de las herramientas necesarias para hacer un uso adecuado y racional de la prestación.

LA PRESTACIÓN DE IT DEBE SER UTILIZADA CON CRITERIOS DE RACIONALIDAD Y CON CRITERIOS DE ADECUACIÓN POR PARTE DE LOS PRESCRIPTORES DE DICHA PRESTACIÓN, PARA QUE SEA SOSTENIBLE A LO LARGO DEL TIEMPO, DE TAL FORMA QUE PODAMOS SEGUIR UTILIZANDO ESTA PRESTACIÓN POR UN LADO ECONÓMICA, PERO FUNDAMENTALMENTE SANITARIA, DE FORMA ADECUADA A LOS QUE LA NECESITAN Y, ADEMÁS, HACERLA SOSTENIBLE A LO LARGO DEL TIEMPO

1. Lugar de encuentro y análisis

Muchas son las sombras que existen en lo que podríamos denominar la racional y adecuada utilización de la IT por parte de todos los agentes desde el punto de vista de las evidencias o pruebas científicamente avaladas, por lo que muestra un escenario propio de la investigación y colaboración para que tras la valoración y clasificación del diagnóstico seamos capaces de indicar de forma adecuada a las necesidades del paciente y de su especial situación clínica la IT en las condiciones y con la duración necesaria para el uso de la prestación.

Por tanto, es necesario comenzar a trabajar en identificar un único agente que conozca la situación clínica, familiar, laboral y social del paciente y sea quien prescriba esta prestación desde el ámbito sanitario, y ese no es otro, en un Sistema Nacional de Salud con cobertura universal reconocido desde la Ley General de Sanidad y ratificada por la Ley de Cohesión y Calidad y las diferentes Legislaciones de Ordenación Sanitaria de las diferentes Comunidades Autónomas, que el médico de familia, ya que es este profesional el que está en el centro de la toma de decisiones codo con codo con el paciente y tiene las herramientas para el conocimiento exacto del paciente desde un punto de vista integral. Desde este punto de vista el desarrollo legislativo y aplicación de la citada legislación que vaya en contra de esta estrategia supone una ruptura del nivel de atención y del conocimiento de la situación clínica del paciente dentro del sistema sanitario en general.

Sin embargo, existen una serie de agentes que desde las diferentes administraciones deben colaborar para la formación, la generación del conocimiento inexistente y el asesoramiento a estos profesionales, encontrando el equilibrio entre la atención perversa en adelantamiento de pruebas complementarias por estar en la prestación y un uso adecuado de la misma. Por tanto, la información frecuente y la formación deben llevar como objetivo una concienciación necesaria de la importancia del médico de familia como prescriptor de la IT en las mejores condiciones y además formación sobre la valoración de los diferentes procesos subsidiarios de recibirla, así como la formación en el manejo de la entrevista motivacional, el manejo de situaciones

conflictivas y otras herramientas de comunicación con el paciente y la familia. Las instituciones debemos estar para apoyar a este profesional en la gestión adecuada en la consulta.

Los diferentes convenios de las diferentes Consejerías de Sanidad y el Instituto Nacional de la Seguridad Social y sus modificaciones que se han firmado adolecen de una parte fundamental de esta prestación: lo primero la adaptación de la clasificación diagnóstica a partir de la cual se genere el conocimiento necesario para valorar al paciente y prescribir de forma adecuada la prestación. Es paradójico utilizar la Clasificación de Enfermedades CIE-9 cuando es tremendamente complicado traducir los diagnósticos más frecuentes en Atención Primaria de Salud a esta clasificación así las alternativas de la CIE-10 o la CIAP-2 deben ser valoradas para la investigación, la formación y la clasificación que se hagan de las enfermedades.

Sin embargo, la propuesta de la Comunidad Autónoma de Extremadura es que en la renovación del convenio se utilicen los sistemas de terminología médica común, en lugar de las clasificaciones diagnósticas, por ejemplo el sistema SNOMED-CT podría ser un punto de partida para que todos hablemos un lenguaje común y permita generar evidencias científicas en relación a esta terminología médica común, que a partir de ella y en función de la clasificación de enfermedades vigente permita hacer grupos de pacientes *isoconsumo* que permitan gestionar de forma más adecuada esta prestación frente a otras fórmulas basadas en clasificaciones diagnósticas poco adaptables a los códigos diagnósticos de los principales o únicos prescriptores que sería la Atención Primaria de Salud.

> LOS CONVENIOS ENTRE LAS DIFERENTES CONSEJERÍAS DE SANIDAD Y EL INSS QUE SE HAN VENIDO FIRMANDO ADOLECEN DE UNA PARTE FUNDAMENTAL DE ESTA PRESTACIÓN: LO PRIMERO LA ADAPTACIÓN DE LA CLASIFICACIÓN DIAGNÓSTICA A PARTIR DE LA CUAL SE GENERE EL CONOCIMIENTO NECESARIO PARA VALORAR AL PACIENTE Y PRESCRIBIR DE FORMA ADECUADA LA PRESTACIÓN

Otro de los puntos de encuentro y que debe ser objeto del convenio de forma horizontal es la información para la decisión. Un primer punto es sin lugar a duda una serie de indicadores comprensibles fácilmente que permitan establecer pactos de gestión racional con los profesionales. La única utilización como indicador de coste tal es el coste afiliado/mes; supone un indicador de una complejidad importante en su cálculo, que se ve afectado por numerosos factores que generan distorsión del indicador y llega el cálculo lo suficientemente tarde a las Comunidades Autónomas que retroalimente la información de lo que hace el profesional y se puedan tomar a tiempo medidas de gestión en el control. Esto de forma horizontal debería recogerse en el convenio, de tal forma que progresivamente se utilice un indicador de cuánto vale un día de baja, cuál es la prevalencia y la duración de las mismas de forma homogénea, frente a un indicador que es una "caja negra" para las Comunidades Autónomas que es homogéneo para el cálculo en todo el territorio nacional, pero que pierde su validez cuando se ve la cantidad de factores que pueden generar una alteración de su coste y de traducción a indicadores que son más fáciles de pactar con los profesionales.

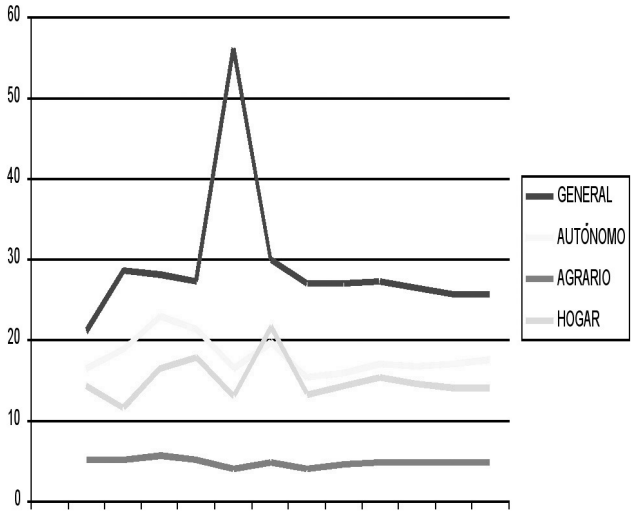
La colaboración en la investigación basada en la terminología médica común para adecuar la duración de los procesos en IT de forma más adecuada que lo que se realiza en la clasificación CIE-9 es poco aplicable en la Atención Primaria de Salud.

La colaboración de todos los agentes implicados debe ir dirigida a que la limitación por aumento de la demanda en el acceso a una determinada prueba diagnóstica o tratamiento se alivie entre todos, controlado por el Servicio Regional de Salud y con la utilización adecuada de los flujos que no permita una vía perversa de acceso a pruebas diagnóstico/terapéuticas frente a otros pacientes que por no ser activos y no estar en situación de IT supongan un agravio. Es encontrar el equilibrio entre todos los colaboradores para dar respuesta en el menor plazo de tiempo posible que permita una utilización adecuada de la prestación.

La agilización del cambio del proceso de IT a Incapacidad Permanente es también un criterio clínico que no controla el Servicio Regional de Salud y que influencia de manera decisiva el coste de la prestación.

Figura 1. EVOLUCIÓN DEL OBJETIVO ECONÓMICO (coste/afiliado/mes)

	GENERAL	AUTONÓMO	AGRARIO	HOGAR
ene-04	20,97	16,44	5,21	14,3
feb-04	28,61	18,81	5,26	11,51
mar-04	28,13	22,99	5,6	16,62
abr-04	27,29	21,26	5,26	17,73
may-04	56,31	16,39	4,09	13,04
jun-04	29,91	19,68	4,96	21,74
jul-04	26,98	15,44	4,13	13,11
ago-04	27,07	16	4,51	14,29
sep-04	27,29	16,99	4,75	15,36
oct-04	26,38	16,64	4,76	14,7
nov-04	25,71	17,09	4,82	14,18
dic-04	25,73	17,46	4,93	13,96



La resolutividad acelerada de estos expedientes es necesario basarla en esa terminología médica común que permita calcular en mejores condiciones del coste que genera la prestación de la IT. Por último, la colaboración en la transferencia de los conocimientos existentes a través de la formación y la información es una pieza fundamental donde no se entiende que no se impliquen de forma decidida todos los agentes implicados.

2. Prestación sanitaria con importantes costes

La prestación de IT supone una de las prestaciones sanitarias con los costes más elevados y que desde luego están sujetos a una mejora en la utilización a través de una serie de actividades que lleven a una mejora en la racionalización de este coste.

La primera de las cuestiones a poner de relieve es el indicador o los indicadores utilizados para el cálculo del coste de la IT. En los convenios actuales entre las Consejerías de Sanidad de las diferentes Comunidades Autónomas y el INSS se utiliza un indicador que es el coste por afiliado y mes que coincidimos con el INSS que es el más homogéneo de calcular para todo el Sistema Nacional de Salud, pero ofrece innumerables inconvenientes, ya que asociado a la dificultad de su cálculo y ajuste, el INSS lo da hecho y sujeto a una serie de parámetros que pueden ver influenciado en gran medida su valor; así los pagos atrasados pueden generar problemas, no sabemos, y corresponde a una "caja negra" el cálculo con un sistema de cálculo muy centralizado que por la disponibilidad de datos no permite corregir las desviaciones cuando se están produciendo. Es por tanto un indicador económico que cumple con la característica de homogeneidad, pero que incumple otros parámetros para validarlo como un indicador que permita una gestión eficiente de la IT, y que según los diferentes estudios debería verse reducido en un volumen entre un 20 y un 30%.

Debe por tanto ser compromiso de las Consejerías de Sanidad y del propio INSS optar por desarrollar cuadros de mando con una conversión real, según el indicador, de cuánto cuesta un día de baja en las diferentes Comunidades Autónomas, mientras se está desarrollando un sistema homogéneo que mida parámetros que den lugar a indicadores con las características de homogeneidad, fiabilidad, reproducibilidad, estabilidad y facilidad en el cálculo. Esto debe ser un compromiso del convenio para el desarrollo real de que las actividades nos están llevando a una reducción racional y adecuada en el coste de la IT en todo el territorio nacional.

3. Las actividades a desarrollar para hacer una gestión más eficiente de la IT

Este apartado y no otro debería ser el verdadero objeto del

convenio que firman las diferentes Consejerías de Sanidad con el INSS. El uso racional y adecuado de cualquier prestación debe fundamentarse en la puesta en marcha de una serie de actividades que permitan una reducción en términos racionales de lo que debe ser el coste de la IT y esta reducción se vería reflejada en el indicador del coste.

Si esto no ocurre entendemos que se debe llegar a la conclusión de que existen una serie de factores que no están siendo controlados y que interfieren para que se produzca un uso racional y adecuado de la prestación y que no se contemplan en las actividades que son objeto del convenio. Por lo tanto, el disponer de sistemas de información adecuados que permitan medir y objetivar la realidad y planificar las actividades fomentando una variabilidad entre las regiones para que hagan el esfuerzo donde deben hacerlo es fundamental. Por lo tanto, es otro de los elementos que nos llevan a la reflexión de que el cálculo del indicador económico está influenciado por una serie de variables no controladas que no permiten tomar medidas en la gestión.

La evolución de los servicios sanitarios en cuanto a informatización, transmisión de datos al INSS, la formación y la información a los profesionales, la firma de los pactos de gestión son paralelos y son vías de progreso en todas las Comunidades Autónomas con diferencias en los períodos de ejecución, no obstante las situaciones de partida de los esfuerzos realizados en la gestión adecuada de la IT en las diferentes Comunidades es otro de los factores necesarios a tener en cuenta a la hora de definir el convenio, con los ajustes del indicador económico a una situación real de la propia Comunidad Autónoma y los esfuerzos continuados, hecho que en el convenio actual se obvia.

> LA PROPUESTA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA ES QUE EN LA RENOVACIÓN DEL CONVENIO SE UTILICEN LOS SISTEMAS DE TERMINOLOGÍA MÉDICA COMÚN, EN LUGAR DE LAS CLASIFICACIONES DIAGNÓSTICAS, COMO EL SISTEMA SNOMED-CT, QUE PODRÍA SER PUNTO DE PARTIDA PARA QUE TODOS HABLEMOS UN LENGUAJE COMÚN Y PERMITA GENERAR EVIDENCIAS CIENTÍFICAS EN RELACIÓN A ESTA TERMINOLOGÍA MÉDICA COMÚN

Es en este apartado donde se debe trabajar codo con codo todos los agentes para que en primer lugar la capacidad de prescribir la prestación esté en el primer nivel asistencial, en el contexto del paciente y su entorno para entender de forma clara la encrucijada ética, social y sanitaria que conforma la prestación que supone la IT.

Son fundamentales la retroalimentación en materia de información que se le presta a los Equipos de Atención Primaria como prescriptores de esta prestación del sistema sanitario y social; la concienciación, el fijar objetivos reales que permitan adaptarse a través del análisis de variabilidad a la realidad de las diferentes zonas es un paso más que permiten los sistemas de información.

El apoyo y la formación e información a los equipos médicos de los Servicios Regionales de Salud, del INSS y de las Mutuas en una terminología médica común que huya inicialmente de clasificaciones diagnósticas que son temporales deben guiar la construcción de nuestros cuadros de mandos. El papel de los Servicios de Inspección de Servicios Sanitarios y Prestaciones aquí es fundamental. Pero basado en indicadores con las características básicas de ellos como describíamos en el apartado anterior.

Pero además la información debe proporcionarse en períodos que permitan ser preactivos por parte de todos los agentes en el establecimientos de medidas hacia la gestión, y eso no ocurre en el momento actual.

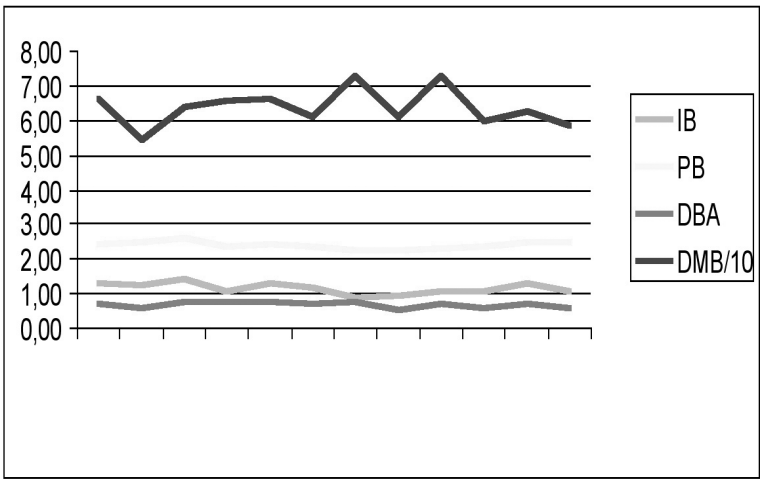
No debemos complicar más la situación desde el punto de vista normativo con la implicación de más agentes y en más partes del proceso de la prestación de la IT. Todo pasa por establecer cauces de coordinación y comunicación que permitan a los Servicios Regionales de Salud tomar decisiones compartidas con el resto de los agentes pero sabiendo hacia dónde ir, panorama que en los últimos años con el convenio antiguo vigente se han ido produciendo cambios legislativos que han afectado al contenido del convenio de forma importante sin que ello supusiera un cambio en el convenio.

Por último, la importancia de las revisiones de los pacientes por parte del INSS debe ser en un sentido nada fiscalizador y ofrecer junto al resto de agentes cauces de comunicación que

Figura 2. EVOLUCIÓN DEL OBJETIVO ECONÓMICO (coste/afiliado/mes)

ÍNDICES DE IT. PROVINCIA DE CÁCERES

	IB	PB	DBA	DMB/10
ene-04	1,28	2,45	0,73	6,61
feb-04	1,22	2,49	0,61	5,44
mar-04	1,41	2,60	0,79	6,38
abr-04	1,05	2,38	0,80	6,55
may-04	1,32	2,43	0,79	6,66
jun-04	1,19	2,40	0,72	6,13
jul-04	0,91	2,24	0,78	7,31
ago-04	0,92	2,28	0,52	6,08
sep-04	1,07	2,34	0,69	7,29
oct-04	1,08	2,39	0,61	5,98
nov-04	1,28	2,48	0,70	6,27
dic-04	1,05	2,47	0,59	5,84



posibiliten solucionar situaciones conflictivas en el primer nivel asistencial de los Servicios Regionales de Salud para que esa encrucijada ética, social y sanitaria sea realmente eficaz para lo que debe ser y es ayudar al paciente que por el problema de salud necesita de un reposo sin que se vean mermados sus recursos económicos. El acceso a los datos clínicos del paciente lo entendemos también en este sentido y las facilidades ofertadas deben entrar a ser valoradas dentro del contexto del paciente y con la implicación directa del médico de familia.

4. La paradoja extremeña

En este momento del año estamos en condiciones de afirmar sin triunfalismos, pero con la satisfacción de haber puesto en marcha medidas que han permitido gestionar de forma racional la IT, que somos la Comunidad Autónoma con el mejor indicador coste por afiliado y mes; eso hace que seamos el referente de convergencia para el próximo convenio. No obstante, resulta paradójico que siendo así y en comparación con otros indicadores que utiliza nuestro servicio para hacer la gestión de los procesos de IT no hayamos conseguido alcanzar el objetivo relativo al aspecto económico del convenio en el coste por afiliado y mes.

> NO DEBEMOS COMPLICAR MÁS LA SITUACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA NORMATIVO CON LA IMPLICACIÓN DE MÁS AGENTES Y EN MÁS PARTES DEL PROCESO DE LA PRESTACIÓN DE LA IT. TODO PASA POR ESTABLECER CAUCES DE COORDINACIÓN Y COMUNICACIÓN QUE PERMITAN A LOS SERVICIOS REGIONALES DE SALUD TOMAR DECISIONES COMPARTIDAS CON EL RESTO DE LOS AGENTES, PERO SABIENDO HACIA DÓNDE IR

En la tabla 1 de este artículo mostramos el objetivo económico que tenía nuestra Comunidad Autónoma en el convenio, en la figura 1 se observa el comportamiento irregular del indicador económico utilizado en el convenio, que el pico máximo corresponde a lo que es el pago delegado en la provincia de Cáceres reconocido y recalculado por el INSS: este pico pasa de más de 56 euros a poco más de 23 euros, sin embargo, desconocemos si este pago delegado que se debería haber imputado a los meses anteriores ha podido influir en los meses que sirvieron de cálculo para el objetivo del convenio, por ello hemos de intentar ir a indicadores que permitan la compara-

Tabla 1. OBJETIVOS ECONÓMICOS (coste/afiliado/mes) PARA EXTREMADURA

	Situación de partida enero de 2004	Objetivo 2004 (media julio-diciembre)
Comunidad Autónoma de Extremadura	15,53 euros	15,53 euros

ción, la reproducción, y que además de homogéneos en el cálculo del todo el territorio nacional nos permitan poder tener un indicador ante el que adoptar medidas preactivas. La figura 2 de este artículo muestra el comportamiento en el mismo período de tiempo de los indicadores utilizados por nuestro servicio de inspección y prestaciones sanitarias y se ve cómo aun con leves oscilaciones, las medidas de gestión empleadas nos han permitido mantener estable la gestión de la IT.

Ésta es la gran paradoja que se plantea y que nos debe hacer reflexionar entre todas las Comunidades Autónomas sobre los indicadores y los cuadros de mando que estamos utilizando para gestionar la IT en nuestras respectivas Comunidades Autónomas y proponer al INSS en el convenio nuevo una implicación en conseguir otro indicador, en una traducción del indicador coste por afiliado y mes en un día de IT y en homogeneizar otros indicadores con las Comunidades Autónomas en base al objetivo económico.

5. Conclusiones

Es necesario seguir en la línea de colaboración establecida entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con las Comunidades Autónomas para realizar una gestión adecuada de una prestación como la IT que supone una encrucijada sanitaria, ética y social.

DEBE SER COMPROMISO DE LAS CONSEJERÍAS DE SANIDAD Y DEL PROPIO INSS OPTAR POR DESARROLLAR CUADROS DE MANDO CON UNA CONVERSIÓN REAL, SEGÚN EL INDICADOR, DE CUÁNTO CUESTA UN DÍA DE BAJA EN LAS DIFERENTES CCAA, MIENTRAS SE ESTÁ DESARROLLANDO UN SISTEMA HOMOGÉNEO QUE MIDA PARÁMETROS QUE DEN LUGAR A INDICADORES CON LAS CARACTERÍSTICAS DE HOMOGENEIDAD, FIABILIDAD, REPRODUCIBILIDAD, ESTABILIDAD Y FACILIDAD EN EL CÁLCULO

Se debe establecer un marco normativo claro y tendente a que sean los médicos de familia de los Servicios Regionales de Salud en el Sistema Nacional de Salud quienes pasen a ser los prescriptores de la IT, y que esa encrucijada de que hablábamos se haga con la valoración del contexto del paciente. El resto de los agentes deben ser auténticos colaboradores en las funciones de información, formación, apoyo, asesoría y realización de actividades y pruebas tendentes a disminuir el tiempo de IT de los pacientes.

Es necesario trabajar entre ambas partes, establecer un sistema de información con la elaboración de indicadores que cumplan las características de homogeneidad, reproducibilidad, fiabilidad y estabilidad que además permitan adoptar medidas preactivas de gestión.

Es necesario que se plasme en el mismo convenio el trabajo de ambas partes para conseguir en ese sistema de información, utilizar los datos médicos basados en una clasificación de terminología médica común más que en un sistema de clasificación de enfermedades poco adaptado a la realidad de la Atención Primaria de Salud y que permita buscar pruebas científicas en relación a esta prestación en estudios de investigación tendentes a la disminución de la variabilidad de la práctica clínica.

En nuestra Comunidad Autónoma así como en otras se llevan realizando esfuerzos en el control de la gestión de la IT que deben reconocerse en los convenios y fomentar las actividades realizadas frente a los indicadores económicos hasta tanto no dispongamos de un indicador con las características señaladas. ■

ASPECTOS SANITARIOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (III)

Manuel LAMELA FERNÁNDEZ

Consejero de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid

COMUNIDAD DE MADRID

Introducción

Resulta evidente que la enfermedad está presente en todas las etapas de la vida de las personas. Los servicios públicos de salud ofrecen protección frente a este hecho inevitable y, en nuestro país, esta protección se ofrece con un alcance prácticamente universal y abarca todas las circunstancias que se pueden suceder a lo largo de la vida.

En el conjunto de la población, las personas que trabajan presentan una problemática singular y específica, por las consecuencias adicionales que se derivan de la pérdida de la salud, que pueden llegar a limitar de forma muy importante o impedir totalmente la realización de la actividad laboral, con la consiguiente pérdida de ingresos derivados de su trabajo, en tanto se prolongue la situación de incapacidad.

Para cubrir estas eventualidades, los organismos que configuran nuestro sistema de protección social aseguran al trabajador impedido tanto la asistencia sanitaria que necesita como unos ingresos limitados, que le permitan afrontar sus necesidades vitales en tanto que no pueda retomar su actividad ordinaria, o bien de forma indefinida, si la evolución de la enfermedad provoca la incapacidad permanente para volver a sus actividades profesionales.

Este artículo analiza el papel de los servicios de salud en el ámbito de la incapacidad laboral, desde que la persona enferma y como consecuencia de esa enfermedad no puede desempeñar su actividad laboral hasta la recuperación de la salud o hasta que se determina la imposibilidad de continuar con su trabajo habitual.

Concepto de incapacidad temporal

Una incapacidad, o discapacidad, puede ser definida en términos generales como la disminución, alteración o pérdida de habilidad para realizar con éxito una tarea determinada. Si bien esta definición puede aplicarse a cualquier tipo de tarea, en el presente contexto sólo son relevantes las incapacidades

que guardan relación con el puesto de trabajo y que surgen de una situación previa de "normalidad" o capacidad conservada.

La incapacidad puede surgir como consecuencia de deficiencias en una o más áreas funcionales: físicas o mentales, y siempre debe estar relacionada con el puesto de trabajo. Tal y como ya se ha expresado[(1)] *"la incapacidad es la distancia que hay entre lo que una persona puede hacer y lo que necesita o quiere hacer"*.

Por lo tanto, para poder establecer si una persona está incapacitada para trabajar, es necesario sopesar no sólo el estado de salud, sino también las tareas que debe hacer en su puesto de trabajo y cómo interaccionan estos dos aspectos entre sí. Esto es lo que se conoce como valoración de la incapacidad. La correcta valoración de la incapacidad es necesaria para asegurar una apropiada gestión de los procesos de baja y, en esencia, la mayor calidad de la prestación.

En la prestación por Incapacidad Temporal (IT), dentro del ámbito de los servicios de salud, definimos calidad como la adecuación entre la incapacidad padecida, los medios para evitarla o recuperarla y el tiempo necesario para ello.

Sin embargo, aunque a primera vista pueda parecer muy sencillo, desde el punto de vista médico se plantean desafíos muy importantes. La valoración de la incapacidad no es una ciencia exacta y además influyen varios factores. En primer lugar, en la determinación de los estados de salud no es posible objetivar o medir muchos de los padecimientos que las personas sufren. Pero, además, sea objetivo o no, existen diferentes interpretaciones y opiniones sobre su trascendencia a la hora de limitar las actividades normales. Un tercer hecho es que un mismo puesto de trabajo tiene connotaciones diferentes para distintas personas. Por último, siempre existe un componente de subjetividad en cualquier tipo de valoración.

Y, aún más allá del estricto problema médico, también existen otras cuestiones. La normativa vigente en la actualidad sobre incapacidad no define la naturaleza de la baja. El artículo 128.1 de la Ley General de Seguridad Social dice únicamente que "tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo...".

Según esa norma las condiciones para poder extender la baja están claras: se ha de estar impedido (o incapacitado) para trabajar y recibiendo asistencia de la Seguridad Social, pero en el fondo del asunto se plantea un interrogante: ¿qué es lo que está haciendo un médico cuando extiende una baja? ¿Está concediendo un permiso para no acudir al trabajo? ¿Está realizando un acto administrativo? ¿Está prescribiendo un tratamiento de reposo? Todas estas respuestas tienen algo de cierto, puesto que, en efecto, si una persona está de baja no acude al trabajo y, por supuesto, hay un subsidio económico para las personas en baja. También puede ser considerada la baja como un acto administrativo que genera derechos de diversos tipos, y también es necesario que algunas personas en baja guarden reposo.

Sin embargo, se trata de una decisión médica; un médico examina a un paciente y comprueba que, debido al estado de salud que presenta, no puede ejercer las tareas de su puesto de trabajo. Inmediatamente a continuación expide un documento (la baja), donde certifica tal situación de incapacidad, cuyo documento permite al trabajador faltar al trabajo, recibir un subsidio y realizar el reposo prescrito.

Por lo tanto, desde el punto de vista de los servicios de salud una baja es un certificado médico, es decir un documento oficial por el cual un médico certifica que un trabajador no puede trabajar.

Circunstancias ajenas al servicio de salud que influyen sobre la gestión de IT

Existen circunstancias ajenas al servicio de salud que influyen de manera importante en la gestión cotidiana de la Incapacidad Temporal.

Una de ellas, posiblemente la de mayor relevancia, es la gran difusión del concepto equivocado que existe sobre el concepto y el alcance de la baja laboral.

La experiencia cotidiana demuestra que la actividad de los médicos en el ámbito de la IT puede verse muy condicionada por una errónea percepción, se asocia habitualmente el concepto de baja con el de enfermedad, de forma incorrecta por cuanto la presencia de la enfermedad no determina automáti-

(1) *Guides to the evaluation of permanent impairment, 4.ª ed., Chicago, 1993, American Medical Association.*

camente la situación de baja.

Conviene tener en cuenta que la normativa actual sobre IT deriva directamente de la originada en la década de 1960-1970, con una fuerte rigidez tanto en lo relativo a la concesión como en los plazos marcados para comprobar la continuidad de la incapacidad. En su origen[(2)] ya se establecían los elementos básicos de la prestación mencionados más arriba (incapacidad para trabajar y necesidad de asistencia) y se marcaban los plazos para comprobar la persistencia de la situación. A pesar del tiempo transcurrido desde entonces, casi cuarenta años, las condiciones de gestión que se recogieron en los años sesenta no se han modificado en absoluto, no existe término medio ni gradación entre la incapacidad completa y la capacidad plena. A efectos de la prestación por IT, una persona está en una de dos posibles situaciones, y sólo esas dos: o está perfectamente capacitada para trabajar o, por el contrario, está completamente incapacitada para trabajar. Cabría pensar que esta opción en blanco o negro ha podido influir en que cualquier tipo de limitación o menoscabo, por leve que sea, pueda en algunos casos dar lugar a bajas, ya que no existe ningún escalón intermedio.

En lo relativo a los plazos de constatación de la incapacidad (partes de confirmación de la baja), la norma prevé plazos fijos de carácter semanal. Sin embargo, son frecuentes las situaciones en las que, desde el punto de vista médico, no es necesario en absoluto comprobar semanalmente el estado de salud, ya que la evolución de la lesión resulta previsible desde el punto de vista clínico, por lo que la reiteración de las visitas resulta innecesaria desde el punto de vista médico y su única razón de ser es la de dar cumplimiento a la obligación semanal de recoger el parte de confirmación.

Sería necesario plantear la posibilidad de que estos plazos fuesen flexibles y adaptados al proceso de enfermedad teniendo en cuenta aspectos médico-científicos.

LA VALORACIÓN DE LA INCAPACIDAD NO ES UNA CIENCIA EXACTA Y ADEMÁS INFLUYEN VARIOS FACTORES. EN PRIMER LUGAR, EN LA DETERMINACIÓN DE LOS ESTADOS DE SALUD NO ES POSIBLE OBJETIVAR O MEDIR MUCHOS DE LOS PADECIMIENTOS QUE LAS PERSONAS SUFREN. PERO, ADEMÁS, SEA OBJETIVO O NO, EXISTEN DIFERENTES INTERPRETACIONES SOBRE SU TRASCENDENCIA A LA HORA DE LIMITAR LAS ACTIVIDADES NORMALES

La gestión de la IT desde los servicios de salud

Los médicos de atención primaria con funciones de medicina general son los que gestionan el 98% de todas las bajas por contingencias comunes de Madrid. Muchos son los problemas con que se enfrenta el profesional de Atención Primaria a la hora de extender, mantener y finalizar las bajas.

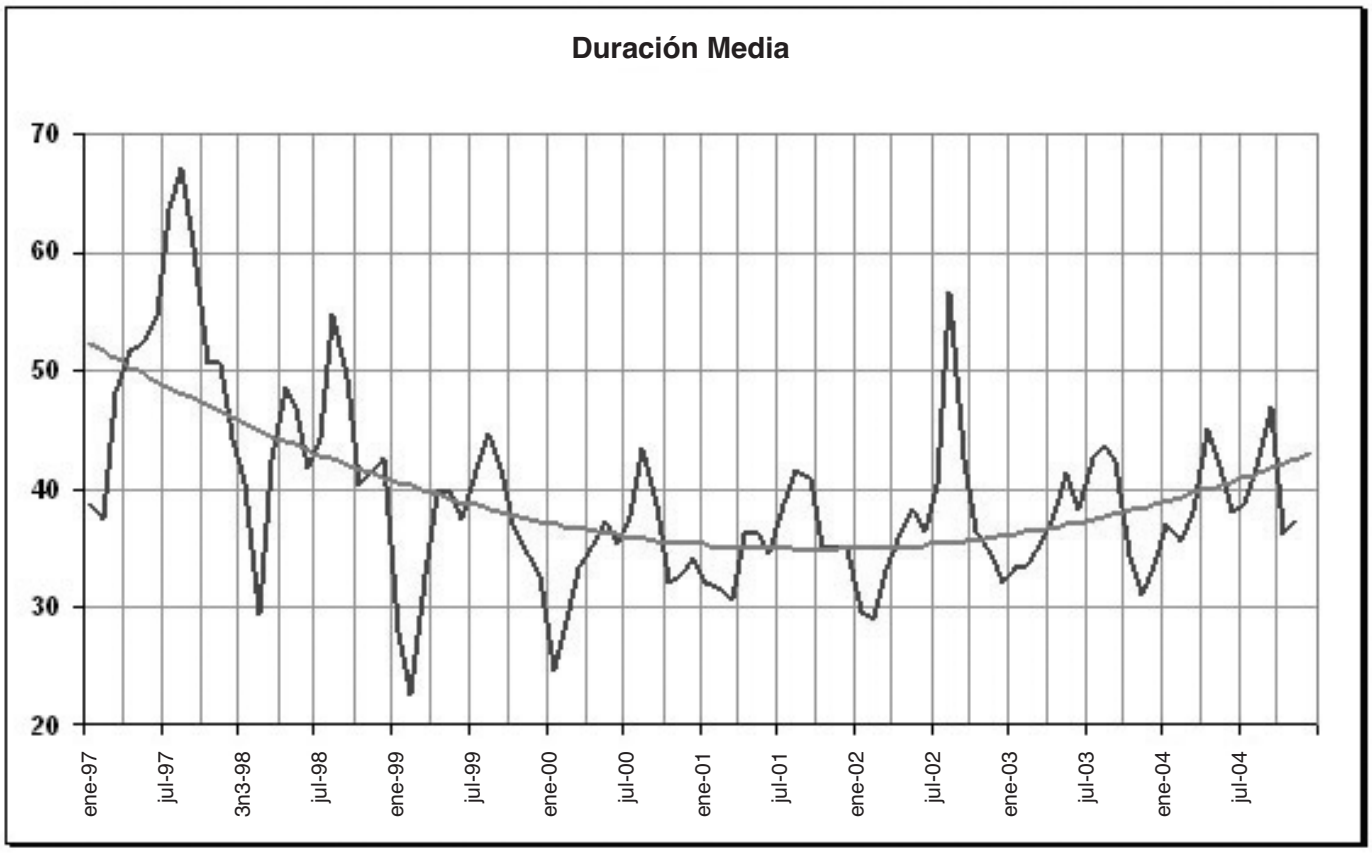
Existen situaciones en las que los síntomas referidos por el paciente sugieren la posibilidad de que pueda padecer un proceso patológico de importancia, en ausencia de posibilidades inmediatas de confirmación diagnóstica. En esas circunstancias la decisión del médico debe ser, lógicamente, la de valorar la posibilidad de extender una baja laboral, es decir hacer una adecuada valoración de la incapacidad.

Tanto las circunstancias ajenas al servicio de salud como la propia naturaleza de la consulta de atención primaria convierten la gestión de la IT en algo no tan simple como puede suponerse en algunos medios. La decisión sobre altas y bajas conlleva una fuerte responsabilidad del facultativo y tiene consecuencias inmediatas de gran importancia para el trabajador.

Evolución de la prestación por IT en Madrid

En el Servicio Madrileño de Salud, y antes en el INSALUD, la prestación se mide a través de indicadores de incidencia de bajas, prevalencia de bajas, du-

(2) O.M. de 13.10.1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la ILT en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 4/11).



ración media de las bajas y días medios de ausencia por trabajador (DMA).

- Se define incidencia de bajas como el número de bajas que se inician en un período de tiempo dado. La tasa de incidencia se refiere a 100 personas activas, expresándose por lo tanto en porcentaje.

- La prevalencia de bajas es el número de procesos de baja que existe en un momento dado. La tasa de prevalencia se expresa, asimismo, en porcentaje.

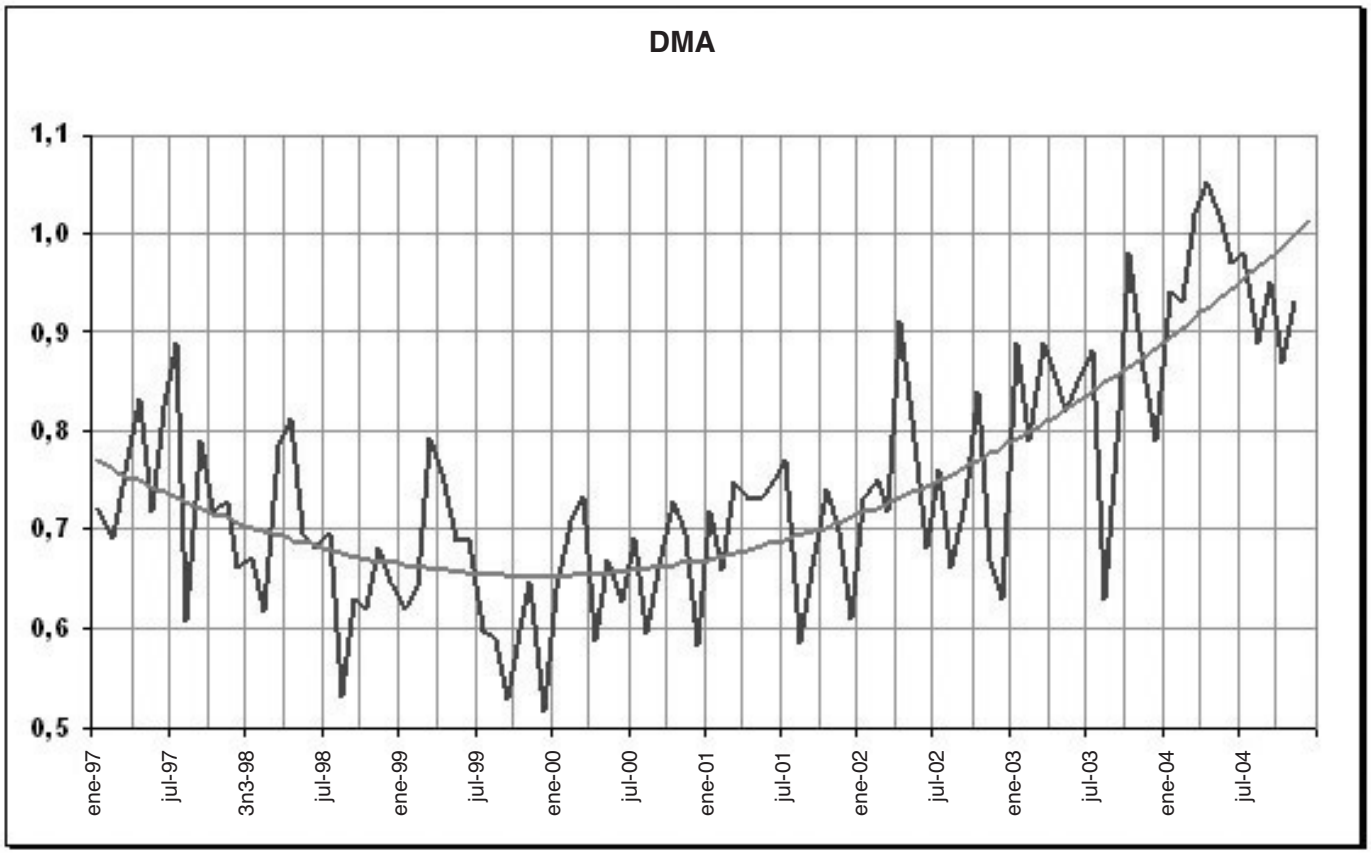
- La duración media de las bajas es la media aritmética de las duraciones de las bajas en días naturales. Se expresa en días de baja por proceso.

- El DMA es la relación que existe entre el total de días de baja que se producen a lo largo de un período de tiempo y el número de personas que pueden recibir baja. Se expresa en días de baja por trabajador y período de tiempo. Es el principal indicador aislado de la prestación.

EN LO RELATIVO A LOS PLAZOS DE CONSTATACIÓN DE LA INCAPACIDAD, LA NORMA PREVÉ PLAZOS FIJOS DE CARÁCTER SEMANAL. SIN EMBARGO, SON FRECUENTES LAS SITUACIONES EN LAS QUE, DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO, NO ES NECESARIO EN ABSOLUTO COMPROBAR SEMANALMENTE EL ESTADO DE SALUD. SERÍA NECESARIO PLANTEAR LA POSIBILIDAD DE QUE ESTOS PLAZOS FUESEN FLEXIBLES Y ADAPTADOS AL PROCESO DE ENFERMEDAD TENIENDO EN CUENTA ASPECTOS MÉDICO-CIENTÍFICOS

Como se puede ver, ninguno de estos indicadores alude a los aspectos económicos de la IT, ya que los servicios de salud están desvinculados de la gestión de los subsidios. Pero no es menos cierto que se debe conocer y tener en cuenta lo relacionado con los costes de la prestación y procurar la mayor eficiencia y ofrecer al usuario la mayor calidad, uno de cuyos factores es, sin duda, el coste adecuado.

En cifras del INSS, el coste de los subsidios por IT pasó de aproximadamente 260.000 millones de pesetas en 1988 a 505.000 millones de pesetas en 1996. En 1997 comenzaron tanto el INSS como las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional a ejercer un control adicional sobre los procesos de incapacidad. Desde



enero de 1997 hasta fines de 2004, la evolución de los indicadores en la Comunidad de Madrid es como se muestra en los gráficos.

La interpretación de los gráficos es la siguiente:

El control adicional que comenzó en 1997 fue efectivo porque produjo una evidente reducción de la duración media de las bajas. Sin embargo, a fines de 2002 se alcanza el punto mínimo de duración y posteriormente se produce un repunte, en cuya situación todavía estamos. Al mismo tiempo, en cuanto a la prevalencia, se produjo una disminución inicial poco duradera, seguida de un incremento. Esto permite afirmar que hoy hay muchas más personas de baja en un momento dado de las que había en 1997, pero también es cierto que Madrid ha experimentado un aumento importante de población en los últimos años.

El control de las incapacidades temporales ha sido efectivo, se han conseguido buenos resultados: se ha acortado la duración media.

Existe sin embargo una asignatura pendiente y es la de lograr una adecuada gestión de la duración media por incidencia, ya que no se ha conseguido disminuir el número de días de baja por trabajador y año. Y esto tiene su explicación, puesto que el control no tiene ningún efecto sobre la incidencia.

O, dicho de otra forma, las bajas son más cortas pero hay más bajas. El reto actual es conseguir a la vez una adecuación de incidencia y duración media.

Escenario previsto para la gestión de IT en Madrid

Se ha demostrado en diferentes momentos y lugares que el módulo mínimo efectivo para la correcta gestión de la IT es la coordinación "médico de atención primaria-médico inspector". Por sí solos, cada uno de ellos obtiene peores resultados que la suma de los dos. El médico de atención primaria también tiene otras muchas funciones además de la gestión de la IT. El médico inspector hace control de la IT, pero por la propia naturaleza del control, aunque sea eficaz es poco efectivo por el gran volumen de procesos a controlar. Sin embargo, la estrecha colaboración entre ambos potencia los aspectos positivos y consigue buenos resultados.

No cabe duda de que el médico de atención primaria es el gestor directo de la prestación y debe ser un objetivo estratégico en la mejora de la gestión de la IT, mediante al impulso de la colaboración con la Inspección Sanitaria, sin perder por ello ninguno de los aspectos de con-

trol, que siguen siendo imprescindibles. Por ello, para una correcta gestión de la IT, los médicos del servicio público de salud deben disponer de elementos que faciliten en lo posible la toma de decisiones. Estos elementos son:

1. Formación continuada en materia de valoración de la incapacidad. Imprescindible para la disminución del campo de incertidumbre inicial. El médico debe disponer de conocimientos actualizados que le permitan adoptar las decisiones correctas. En este sentido, los planes de formación en la Comunidad de Madrid para el bienio 2005-2006 abarcan al 40% de los médicos de atención primaria, en un programa que debe repetirse periódicamente, como en cualquier otra disciplina médica. Dicha formación se imparte por médicos inspectores y médicos especialistas, expertos en valoración de la incapacidad, con fines eminentemente prácticos y de aplicación inmediata a la actividad cotidiana de la consulta.

2. Información sobre el desempeño. Un factor importante en la mejora de la calidad de la prestación es que el médico prescriptor disponga de información sobre su desempeño. El conocimiento de los datos e indicadores de cada médico con respecto a la IT produce, por sí mismo, una elevación de la calidad. En el momento actual se encuentra en fase piloto en la Comunidad de Madrid el programa que permitirá que cada médico de atención primaria disponga con carácter mensual de la información que le concierne.

EL CONTROL DE LAS INCAPACIDADES TEMPORALES HA SIDO EFECTIVO, SE HAN CONSEGUIDO BUENOS RESULTADOS, SE HA ACORTADO LA DURACIÓN MEDIA. EXISTE, SIN EMBARGO, UNA ASIGNATURA PENDIENTE Y ES LA DE LOGRAR UNA ADECUADA GESTIÓN DE LA DURACIÓN MEDIA DE LA INCIDENCIA, YA QUE NO SE HA CONSEGUIDO DISMINUIR EL NÚMERO DE DÍAS DE BAJA POR TRABAJADOR Y AÑO. Y ESTO TIENE SU EXPLICACIÓN, PUESTO QUE EL CONTROL NO TIENE NINGÚN EFECTO SOBRE LA INCIDENCIA

3. Apoyo externo. En la mejora de la gestión resulta especialmente importante que los facultativos puedan disponer de medios adecuados para realizar una adecuada valoración. Es importante que el facultativo disponga de la posibilidad de consultar con gran rapidez el caso y, de ser necesario, pueda remitirlo a una instancia con capacidad de resolución o de proporcionar orientación.

Es necesario que tanto en el ámbito de la Comunidad de Madrid como a nivel nacional, se mantengan los mecanismos de control existentes, ya que de otra forma el incremento de la IT resultaría inevitable.

Sin embargo, también es evidente que para obtener mejores resultados en la gestión de la IT no se debe contemplar una estrategia que limite su campo de actuación al ámbito de los propios servicios públicos de salud. Antes al contrario, parece cada vez más claro que una de las líneas de acción con mayor potencialidad debe partir de la base de una colaboración más estrecha de todos los actores implicados en el control de la IT, es decir, de los servicios de salud, el INSS y las Mutuas.

Finalmente resulta necesario, por tanto, que seamos capaces de establecer mecanismos que agilicen las respuestas, permitan compartir toda la información relevante, que estimulen la colaboración en materia de docencia y contribuyan a evitar duplicidades. Debemos, en pocas palabras, dotarnos de canales fluidos y flexibles, que faciliten una mejor coordinación de esfuerzos y permitan obtener resultados más eficaces sin necesidad de modificar los sistemas de control actuales, para mejorar la calidad de la prestación. ■

ASPECTOS SANITARIOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL (y IV)

Pablo FERNÁNDEZ ABELLÁN

Secretario Autonómico de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias
Consejería de Sanidad

COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA

La amable invitación de Foro de Seguridad Social nos ha servido a los responsables de la gestión de la Incapacidad Temporal de la Consejería de Sanidad de la Región de Murcia como una oportunidad para reflexionar sobre los fundamentos de nuestro diario quehacer, cuya magnitud nos limita el tiempo que merece el estudio pausado de nuestra situación. Un acercamiento a la misma podría hacerse contestando a estas cinco preguntas:

¿De dónde procedemos?

¿Cómo nos hemos organizado?

¿Cómo trabajamos?

¿Qué resultados hemos obtenido?

¿Qué propuestas tenemos para el futuro?

Las presentes páginas pretenden dar respuesta a esos interrogantes, desde la perspectiva de la Región de Murcia.

¿De dónde procedemos?

En la Exposición de Motivos de la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia se manifiesta que la citada norma *"supone una nueva estructuración del sistema sanitario de la Región de Murcia, con separación de la autoridad sanitaria y la provisión de servicios, reservándose la primera a la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales (hoy Consejería de Sanidad) y la segunda al Servicio Murciano de Salud, como ente responsable de la gestión y prestación de la asistencia sanitaria y de los servicios sanitarios públicos que integra"*. El espíritu de esa estructura se mantiene en, seguramente, la disposición de más calado en el ulterior devenir de la administración sanitaria regional: el Decreto 93/2001, de 28 de diciembre, por el que se

aceptan las competencias y se atribuyen las funciones y servicios del Instituto Nacional de Salud traspasados a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Semejante a los sucesivos procesos de transferencias, el acuerdo de la Comisión Mixta, prevista en la Disposición Transitoria Quinta del Estatuto de Autonomía, adoptado el día 26 de diciembre de 2001, es elevado como propuesta al Gobierno de la Nación y consta como anexo en el Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a esta Comunidad Autónoma de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud. Su apartado B) se refiere a las *funciones que asume la Comunidad Autónoma e identificación de los servicios que se traspasan, y dentro de ellas: las funciones de gestión que realiza el Instituto Nacional de la Salud a través de sus servicios centrales, en cuanto se refiere al territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y, entre ellas, la inspección de servicios y la gestión de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social facilitadas por el Sistema Nacional de Salud.*

De modo coherente con lo expresado en la Ley de Salud, el citado Decreto 93/2001 dispone *atribuir las competencias, funciones y servicios asumidos por la Comunidad Autónoma, conforme a lo establecido en el artículo anterior, a la Consejería de Sanidad y Consumo, a través de su ente instrumental Servicio Murciano de Salud, salvo las facultades de inspección que quedan adscritas a dicha Consejería.*

Mucho se podría discutir sobre las bondades y defectos de proveer la asistencia sanitaria mediante un sistema de agencia o no, y sobre si, de hacerlo, conviene o no integrar a la Inspección de Servicios Sanitarios en el ente proveedor. Es fruto de una decisión legal y nos vincula a todos, por lo que la discusión huelga; pero en este corto trecho de dos años hemos avanzado mucho y entre la Inspección de Servicios Sanitarios y sus Órganos Directivos, y el Servicio Murciano de Salud, reunidos ambos bajo la Consejería de Sanidad, se señala una fructífera y necesaria colaboración.

LA DECISIÓN DE AFRONTAR, DE UN MODO FUNCIONAL, INTEGRADO Y AMPLIO, LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL, Y DE OTROS ASPECTOS RELACIONADOS CON DICHA PRESTACIÓN Y CON LAS OTRAS ENTIDADES QUE GESTIONAN NORMATIVAMENTE INCAPACIDADES LABORALES, SE MUESTRA EN LA DEDICACIÓN DE UN SERVICIO ÍNTEGRO A LA MISMA, Y EN SUS FUNCIONES ATRIBUIDAS, QUE PODRÍAN ESTRUCTURARSE EN VARIOS COMPONENTES: LAS INCAPACIDADES TEMPORAL Y PERMANENTE, EL ASESORAMIENTO Y LA FORMACIÓN, LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y LAS ENTIDADES COLABORADORAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

¿Cómo nos hemos organizado?

Desde el primer momento la Inspección de Servicios Sanitarios en la Región de Murcia estuvo vinculada a los Órganos Directivos de la Consejería de Sanidad, quedando adscrita a sucesivas Direcciones Generales, hasta llegar a la actualidad en la que, tras las novedades introducidas por la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, se crea la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias.

Según la definición dada por la antedicha Ley 7/2004 las secretarías autonómicas sólo podrán constituirse, excepcionalmente, cuando el volumen de responsabilidad política o de gestión de una determinada Consejería exija la agrupación sectorial de algunas de sus direcciones generales, o cuando lo exija la coordinación de acciones sectoriales. Las funciones otorgadas a la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias por la disposición que la crea, a la sazón el Decreto 105/2004, de 22 de octubre, por el que se establecen los Órganos Básicos de la Consejería de Sanidad, son, entre otras: [...] *el ejercicio de las competencias correspondientes en materia de autorización, registro y acreditación de la Red Regional de Centros, servicios y establecimientos sanitarios.*

Le corresponde, además, el ejercicio de las competencias de inspección de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como de prestaciones médicas, incluida la prestación por incapacidad temporal, farmacéuticas y complementarias [...].

En cuanto a organización, se ha respetado desde el principio una estructura funcional de división por Servicios, con dos excepciones estructurales y geográficas, que detallaremos más adelante. La organización de los distintos Servicios se mantiene desde el Decreto 117/2002 de 27 de septiembre por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y Consumo, y comprende los Servicios de Información al Ciudadano y de Defensa del Usuario de los Servicios Sanitarios; de Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios; de Inspección de Prestaciones Asistenciales y el Servicio de Incapacidad Temporal y Salud Laboral. Las funciones de este último, que asume, entre otras, las que han venido otorgándose característicamente a la Inspección de Servicios Sanitarios en materia de incapacidades laborales, son las siguientes:

a) *La evaluación, gestión y control de la prestación por Incapacidad Temporal (en adelante IT) conforme a la normativa establecida.*

b) *El mantenimiento y desarrollo de un sistema de información de la IT, colaborando con las Gerencias de Atención Primaria y los profesionales sanitarios en el asesoramiento, la información y la formación en la gestión y el control de la prestación de IT.*

c) *La propuesta de la situación de Incapacidad Permanente y la participación en los equipos de Valoración de Incapacidades (EVI) en la forma legalmente prevista.*

> EN COHERENCIA CON LAS VIGENTES TENDENCIAS TANTO ORGANIZATIVAS COMO INCLUSO NORMATIVAS, NUESTRO SERVICIO ESTÁ COMPROMETIDO CON LA FUTURA IMPLANTACIÓN DE POLÍTICAS DE CALIDAD Y, ENTENDIENDO QUE EL ELEMENTO ESTRUCTURAL DE TODAS ELLAS ES LA GESTIÓN DE PROCESOS, NOS ENCONTRAMOS EN ESTE MOMENTO ACOMETIENDO LA TAREA DE CONFECCIONAR EL MAPA DE PROCESOS Y AJUSTANDO TANTO LA DEFINICIÓN DE LOS MISMOS, COMO MATERIAS DE RESPONSABILIDADES E INDICADORES

d) *La emisión de cuantos informes sean solicitados en relación a la creación, supresión o modificación de los servicios sanitarios de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.*

e) *La inspección, evaluación y asesoramiento de las Mutuas de Accidentes de Trabajo, Empresas Colaboradoras y el control de la prestación médico-farmaceútica para los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, tanto propios de los centros del S.M.S., como ajenos.*

f) *La evaluación, gestión y control de las prestaciones médicas y de la prestación por incapacidad temporal. Asimismo, le corresponderá el ejercicio de las funciones que reglamentariamente competan a la Consejería en materia de incapacidades permanentes.*

La decisión de afrontar, de un modo funcional, integrado y amplio, la gestión de la Incapacidad Temporal, y de otros aspectos relacionados con dicha prestación y con las entidades que gestionan normativamente incapacidades laborales, se muestra en la dedicación de un servicio íntegro a la misma, y en sus funciones atribuidas, que podrían estructurarse en varios componentes:

- La Incapacidad Temporal.
- La Incapacidad Permanente.
- El asesoramiento y la formación.
- Los sistemas de información.
- Las entidades colaboradoras con la Seguridad Social.

Observemos que la combinación de estos elementos genera el abanico funcional del Servicio, resultando difícil que en cualquiera de los programas y actividades generados por el mismo no participen todos los elementos en mayor o menor medida.

Señalar en este punto que, por razones de índole estructural, organizativa y de evidente alejamiento y peculiaridades geográficas, se mantienen las Inspecciones Médicas en las ciudades de Lorca y Cartagena,

con la dotación y características funcionales y organizativas de las conocidas como Inspecciones de Zona o Áreas de Inspección, pero con un volumen significativo en su carga de trabajo referido a las competencias del Servicio de IT y Salud Laboral, y muy particularmente ocupado por el control y gestión de la prestación por Incapacidad Temporal. Indicar, asimismo, que el hecho de que mantengan características de un Área de Inspección no significa que tanto en los procedimientos, aplicación y objetivos, no exista una completa coordinación con el resto de los componentes del Servicio de IT y Salud Laboral y una dependencia respecto a la jefatura del mismo.

Al Servicio de IT y Salud Laboral (en adelante sólo Servicio) se encuentran directamente adscritos actualmente, sin incluir a su Jefe de Servicio, cuatro Inspectores Médicos y tres Enfermeros Subinspectores, contando con un Inspector Médico dedicado en parte a tareas de apoyo en materia de Reclamaciones Previas.

Las actividades del Servicio, en cuanto a la gestión y control de la Incapacidad Temporal, se hallan divididas, aunque sólo funcionalmente, en cuatro Áreas que corresponden a distintas zonas geográficas que, por razones de operatividad y gestión de la información, no corresponden con exactitud a las Áreas de Salud. En cada área desarrollan sus tareas un Inspector Médico y un Enfermero Subinspector, salvo en el Área que podríamos denominar Noroeste, que correspondería al Área de Salud IV, atendida por un Inspector Médico. Reiteramos que dicha división es sólo funcional. Se establece una íntima y continua colaboración y coordinación entre los componentes del Servicio con reuniones de frecuencia, como mínimo semanal, de puesta en común de criterios, actuaciones, actualización técnica y normativa e intercambio de consideraciones.

¿Cómo trabajamos?

En coherencia con la vigentes tendencias tanto organizativas como incluso normativas, nuestro Servicio está comprometido con la futura implantación de políticas de calidad y, entendiendo que el elemento estructural de todas ellas es la gestión por procesos, nos encontramos en este momento, una vez desarrolladas herramientas informáticas y la formación de nuestro personal en esta materia, acometiendo la tarea de confeccionar el mapa de procesos y ajustando tanto la definición de los mismos, como materias de responsabilidad e indicadores.

Lo cierto es que tan sólo con emprender la prolija tarea de intentar definir, atribuir, controlar y medir lo que hacemos, nuestro trabajo ha mejorado en eficiencia y eficacia, como muestra la mejora de nuestros resultados, en comparación con el incremento de nuestros medios. Nuestro modo de trabajar nos permite monitorizar el rendimiento de nuestras actividades casi en tiempo real, pudiendo emitir informes con gran prontitud y someter a nuestras bases de datos a tratamiento estadístico.

Nuestras fuentes de datos son las siguientes:

- Programa IT Salud: Base de datos de procesos de IT heredada del antiguo Insalud. Se mantiene como aplicación transversal y origen de datos de los registros del sistema de información, que se reseñan a continuación.

- Registro de Propuestas de Alta: Permite generar informes, controlar plazos, elaborar estadísticas sobre concordancia, entidades, sociodemográficas…, etcétera.

- Registro de Reclamaciones Previas: al igual que la anterior, nos permite controlar plazos de contestación, resoluciones, resultado de procedimientos judiciales..., etc. El tratamiento de la información que alberga nos ha permitido, por ejemplo, presentar una comunicación científica al reciente Congreso Nacional de Inspección de Servicios Sanitarios.

- Registro de recursos sanitarios de M.A.T.E.P.S.S. y Empresas Colaboradoras con la Seguridad Social: Permite gestionar el archivo de expedientes de los centros propios y concertados por las M.A.T.E.P.S.S. y Empresas Colaboradoras, a fin de atender coordinadamente y con mayor eficacia las solicitudes de informe al efecto por los organismos competentes, así como controlar el trámite de dichos informes y elaborar un Mapa de Recursos Sanitarios de M.A.T.E.P.S.S. y Empresas Colaboradoras.

- Programa DIGISAN: Mención aparte merece la aplicación DIGISAN, que supone una importantísima apuesta en materia de gestión integral de documentación en formato digital. Durante su etapa de implantación se acometió la digitalización del pasivo histórico documental de expedientes de situaciones de IT que custodiaba el Servicio, generándose una base de datos indexada de documentos accesibles en pantalla de visualización, cuyo valor epidemiológico, social, cultural e historiográfico, sólo se puede aventurar en estos momentos. Pero, asimismo, DIGISAN se

convierte en la manera de incluir, procesar y dotar de disponibilidad inmediata a toda la documentación que compone el expediente de un asegurado en materia de Incapacidad Temporal, contemplando la orientación hacia una "burocracia sin papel", al menos en su faceta interna.

En el aspecto de la gestión de la información se ha vinculado la aplicación utilizada por los Médicos de Familia de Equipos de Atención Primaria, OMI-AP, en su parte dedicada a la Incapacidad Temporal, con nuestro programa IT Salud. Actualmente la gestión diaria de la IT en los Centros de Salud que utilizan dicha aplicación (aproximadamente un 60%) se muestra en las pantallas de las consultas de los Inspectores Médicos.

Las herramientas utilizadas en su quehacer diario por nuestro personal sanitario, Inspectores Médicos y Enfermeros Subinspectores, son semejantes a las que habitualmente se emplean en la valoración de incapacidades laborales. A saber:

- La entrevista médica personal de valoración.
- La revisión de documentación clínica.
- La solicitud de informes a facultativos asistenciales.

Todo ello con criterios de agilidad, interoperatividad y relación constante con los facultativos asistenciales, muy especialmente con los de los Equipos de Atención Primaria.

El volumen de usuarios atendido en nuestro Servicio es muy considerable, llegando a rondar las mil revisiones mensuales en época de máxima actividad. Los criterios de citación, aparte del personal e insoslayable de cada Inspector Médico, corresponden a la revisión de los partes de confirmación, atendiendo al estándar de duración por diagnóstico (los recogidos en la última edición del Manual de IT del Insalud) y computabilidad de procesos, antecedentes de procedimientos de IP..., etc., citaciones previas al año y previas a los dieciocho meses, en su caso, cumpliendo con el compromiso de revisar el cien por cien de trabajadores antes de cumplir el año en Incapacidad Temporal. También son atendidas en su totalidad la solicitud de revisión de trabajadores a instancia de empresas, comunicando la previsión de alta próxima o la necesidad de continuar en IT.

DESPUÉS DE HABER REVISADO A MILES DE TRABAJADORES, DURANTE EL AÑO 2004, Y REALIZADO, ENTRE OTRAS ACTIVIDADES, CASI MIL SETECIENTAS PROPUESTAS DE INCAPACIDAD PERMANENTE, NUESTRO LOGRO PRINCIPAL ES HABERNOS CONVERTIDO, POCO A POCO, EN REFERENTES EN MATERIA DE IT PARA TODOS LOS AGENTES IMPLICADOS, INCLUYENDO REPRESENTANTES DE EMPRESARIOS Y TRABAJADORES, Y QUE SEAMOS CONSIDERADOS, NO COMO UN AGENTE FISCALIZADOR, SINO COMO UN GRUPO DE PROFESIONALES AL SERVICIO DEL MUNDO DE LA SALUD Y EL TRABAJO EN LA REGIÓN DE MURCIA

Atendiendo al problema de la eventual valoración de procesos de IT, tras denegaciones de Incapacidad Permanente, sobre secuelas o limitaciones ya establecidas, pero que el trabajador considera particularmente que le impiden sus tareas, estimamos comunicar al médico el resultado de dicho procedimiento, mediante la remisión del dictamen donde se resumen las citadas limitaciones, a fin de su consideración para ulteriores procesos de IT.

Nuestro funcionamiento protocolizado también abarca las situaciones en la que se estima que pueden haber discrepancias en la consideración de la contingencia de una situación de IT, estableciendo un flujograma, que incluye información proveniente del Médico del EAP, de los Servicios de Vigilancia de la Salud..., etc.

Pero gran parte de nuestros resultados, aparte de la mejora organizativa, deben ser atribuidos a nuestra permanente posición de disponibilidad y comunicación con los agentes implicados en la gestión de la I.T., y los facultativos del Servicio Murciano de Salud, cuyo máximo ejemplo es nuestra actividad docente y divulgativa en materia de Incapacidad Temporal. Estimamos que, aparte del indudable valor de actualización y formación continuada, los cursos, jornadas, charlas y reuniones en las que actuamos como ponentes, son una oportunidad inestimable para transmitir nuestra actitud hacia la Incapacidad Tempo-ral, consiguiendo prácticamente siempre despertar un interés general, lo

que nos ha animado a mejorar y ampliar nuestra capacidad formativa.

Por ejemplo, durante el año 2004 se impartieron un total de trece módulos de Cursos de Actualización en Incapacidad Temporal, abarcando a facultativos de diecisiete centros de salud. Asimismo las reuniones de coordinación y puesta en común de criterios son también frecuentes entre los Inspectores Médicos y los facultativos de sus respectivos Centros de Salud y también hemos encontrado una respuesta muy positiva en las reuniones mantenidas con los facultativos especialistas que tratan las patologías con mayor prevalencia en procesos de IT o con particularidades que merecen la pena tratarse: Traumatología, Reumatología, Rehabilitación, Psiquiatría y Ginecología.

Éste ha sido un muy breve resumen de nuestra labor en cuanto a la gestión directa de las situaciones de IT. En cuanto al resto de nuestro ámbito de funciones, como conciertos y centros propios de M.A. T.E.P.S.S. y Empresas Colaboradoras, participación en el EVI, emisión de informes y estadísticas, informe de reclamaciones previas..., etc. configuran una ocupación intensa, en el amplio marco de las incapacidades y la salud laboral, de un equipo con vocación de trabajo y servicio a los ciudadanos.

¿Qué resultados hemos obtenido?

Este apartado va a ser muy breve, porque las cifras son claras y porque el resultado principal, precisamente, no se mide con números. Nuestro principal resultado es la confianza que despertamos en la administración, el servicio público de salud y todos los sectores con interés en la IT.

Después de, por ejemplo, haber revisado a miles de trabajadores, durante el año 2004, habiendo realizado casi mil setecientas propuestas de Incapacidad Permanente y casi dos mil quinientas de agotamiento de plazo, iniciado más de un centenar de procedimientos de determinación de contingencia, más de novecientas revisiones de trabajadores a instancias de empresas y tramitar casi tres mil quinientas propuestas de alta médica, nuestro logro principal, aparte de los objetivos conseguidos, es, poco a poco, habernos convertido en referentes en materia de Incapacidad Temporal para todos los agentes implicados, incluyendo representantes de empresarios y trabajadores, y que seamos considerados, no como un agente fiscalizador o controlador, sino como un grupo de profesionales al servicio del mundo de la salud y el trabajo en la Región de Murcia.

En cuanto a cifras, durante el año 2004 se consiguió bajar la incidencia mensual de bajas de 1,74% al 1,45%, la duración media de 63,08 a 54,69 días, y los días de baja por asegurado y mes de 1,06 a 0,91, alcanzándose a final de año el cien por cien de los objetivos fijados por el convenio entre la Entidad Gestora y el Servicio Murciano de Salud.

¿Qué propuestas tenemos para el futuro?

Dados nuestros resultados, que demuestran que se puede conseguir al menos una gestión de la IT con mínimos de calidad, con los conceptos y la normativa de siempre, pero con el apoyo de los medios informáticos y organizativos de ahora, no somos partidarios de propuestas revolucionarias que, por otra parte, no han tenido un resultado significativo en el pasado, y podrían afectar al equilibrio de una prestación especialmente valorada por el ciudadano.

El control de la IT debería seguir recayendo de modo fundamental sobre los Servicios Públicos de Salud, porque es a este nivel donde son eficaces verdaderamente las mejoras en la gestión: porque la comunicación es inmediata y directa con los facultativos del SNS, que controlan directamente la situación de IT al integrarla en el devenir asistencial y librándola de distorsiones, con la capacidad de emitir altas con efecto inmediato, justo cuando lo demanda la situación clínica del trabajador. En realidad la verdadera desburocratización de la gestión sería hacer recaer sus mejoras sobre el que sanitariamente controla directamente la prestación, potenciando al máximo la dotación de personal destinado a la gestión de la IT en los Servicios Públicos de Salud.

Sin embargo los profesionales que trabajamos en la IT "a pie de obra", sí echamos en falta algunos retoques normati-vos que eliminarían no pocas incidencias y anomalías, por ejemplo:

- Regulación normativa del Alta por Incomparecencia.
- Modificar la periodicidad de expedición de los partes de confirmación de IT, cuya cadencia actual no se ajusta a la gran variabilidad de las situaciones clínicas y, dado que es preceptivo el reconocimiento previo del trabajador para su expedición, motiva disfuncio-

nes como que por la fecha de baja deban emitirse en sábados y festivos.

- Regulación normativa de los trámites respecto a la prestación y control de la IT en trabajadores que se trasladan en dicha situación, tanto a países con los que se mantiene convenio en materia de Seguridad Social sin pertenecer al espacio de libre circulación de la UE, como entre Comunidades Autónomas de España.

- Regular y normalizar el documento por el cual los trabajadores pertenecientes al RETA, con la cobertura voluntaria de las contingencias profesionales por el INSS, acuden a solicitar asistencia sanitaria por las citadas contingencias a los facultativos del Sistema Nacional de Salud (similar al 3AT-19B).

- Introducir en los modelos P.9 como causa de alta "inicio del descanso maternal".

- Contemplar específicamente y de modo más pormenorizado en normas sancionadoras de distintos órdenes según su gravedad, las conductas de vulneración franca de las disposiciones sobre la prestación por IT.

- Revisión del art. 11 de la OM de 16 de junio de 1997 que desarrolla el RD 575/1997, por la dificultad en su cumplimiento.

- Desarrollo normativo que incida y aclare el hecho de que es la Entidad Gestora INSS la competente en determinar la contingencia que origina situaciones de incapacidad laboral, con necesidad de ejecución y obligado cumplimiento de las decisiones tomadas por dicha Entidad para todas las partes implicadas, sin menoscabo de su eventual trámite de reclamación o elevación a instancia judicial.

LAS HERRAMIENTAS UTILIZADAS EN SU QUEHACER DIARIO POR NUESTRO PERSONAL SANITARIO, INSPECTORES MÉDICOS Y ENFERMEROS SUBINSPECTORES, SON SEMEJANTES A LAS QUE HABITUALMENTE SE EMPLEAN EN LA VALORACIÓN DE INCAPACIDADES TEMPORALES: ENTREVISTA MÉDICA PERSONAL DE VALORACIÓN, REVISIÓN DE DOCUMENTACIÓN CLÍNICA O SOLICITUD DE INFORMES A FACULTATIVOS ASISTENCIALES

Y, en general, nuestras propuestas de mejora de gestión serían:

- Optimizar los recursos públicos y potenciar la dotación del personal dedicado al control y gestión de la prestación por IT.

- Regular las demoras en procedimientos diagnósticos y terapéuticos de pacientes en situación de IT.

- Aplicar todos los esfuerzos de regulación y mejora en la parte del sistema que genera y controla la prestación: los Servicios Públicos de Salud, y especialmente Atención Primaria, sin olvidar la necesaria colaboración de la Atención Especializada. Aprovechando la integración de la medicina familiar y comunitaria y la Atención Primaria de Salud en la docencia universitaria, incorporar al currículum de los profesionales sanitarios conceptos esenciales en gestión de IT.

- Atendiendo a la cada vez mayor movilidad geográfica de la población, mejorar la coordinación entre los responsables del control sanitario de la IT en cada Comunidad Autónoma, sobre todo las limítrofes.

- Implicación de todos los sectores con responsabilidad en la mejora de la gestión y control de la IT:

– Las M.A.T.E.P.S.S. en cuanto a la adecuación de la prestación por IT por contingencias profesionales.

– Las empresas en cuanto al cumplimiento de la norma en materia de vigilancia de la salud de los trabajadores: adecuación de puestos, reconocimientos previos, identificación de riesgos específicos (gestantes), así como en cuanto a observar un correcto trámite de la prestación (gestión de partes de confirmación, declaración de contingencias profesionales) y actualización en gestión de recursos.

Creemos, en definitiva, que a la Administración Sanitaria y los Servicios Públicos de Salud, no sólo se le debe dar *una oportunidad* en la gestión de la Incapacidad Temporal, es que el propio concepto de "acto médico que genera una prestación de la Seguridad Social" nos lleva a que no deba salir de su ámbito, ya que alteraríamos su esencia. ■

GESTIÓN Y CONTROL DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA GESTIÓN COMPLEJA

María Dolores SANTA-MARÍA

Del Cuerpo Técnico Superior de la Administración de la Seguridad Social

La incapacidad temporal es la situación que se produce cuando un trabajador recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social y no puede desarrollar su trabajo habitual por causa de enfermedad o accidente. Su duración máxima es de 12 meses, prorrogable por otros 6 cuando se presume que durante ellos puede ser el trabajador dado de alta médica por curación.

Ésta es la primera cuestión a tratar. La Ley General de la Seguridad Social define de manera clara y concisa cuáles son las situaciones que determinan la prestación de incapacidad temporal y sin embargo, a pesar de la claridad de la definición de la norma, hay una creencia colectiva no sólo por parte de los ciudadanos sino también por parte de los gestores de que la incapacidad temporal es una prestación que dura 18 meses.

La segunda cuestión es que la gestión de la incapacidad temporal se lleva a cabo por diferentes Entidades: Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), Instituto Social de la Marina (ISM), empresas colaboradoras y Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (MATEP). Esta multiplicidad de entidades que gestionan la prestación ha dado lugar, a lo largo del tiempo, a un sinfín de conflictos. Hay que tener en cuenta que la participación en la gestión se sitúa, en la actualidad, en la siguiente proporción: un 47,42% corresponde a las Entidades Gestoras (INSS e ISM), un 50,21% a las Mutuas de AT/EP y el 2,37% restante a las empresas colaboradoras, pero todas estas entidades son responsables de la gestión de la prestación.

La situación de incapacidad temporal (IT) se "hace oficial" con el parte de baja laboral; di-

cho parte es consecuencia de un acto médico efectuado por los médicos de atención primaria de los diferentes Servicios Públicos de Salud de cada Comunidad Autónoma (CA). Por tanto, con independencia de que el reconocimiento del derecho a la prestación económica corresponda a las Entidades Gestoras y Entidades Colaboradoras del Sistema de la Seguridad Social, es preceptivo un parte previo de baja laboral expedido por un facultativo del Servicio Público de Salud cuando la IT deriva de contingencias comunes. No es posible estar en situación de IT sin que previamente un facultativo del Servicio Público de Salud haya expedido un parte de baja, sin embargo sí es posible estar en situación de IT sin percibir prestación económica (es el caso de la IT derivada de enfermedad común cuando el trabajador no reúne 180 días de cotización dentro de los últimos 5 años anteriores al hecho causante).

Se trata, por tanto, de una prestación compleja en la que influyen aspectos de naturaleza variada, unos inciden de forma muy directa como pudieran ser aquellos que deriven de aplicaciones normativas nuevas, sobre reconocimientos de derecho o procedimentales, otros indirectamente, como las listas de espera para pruebas diagnósticas y operaciones quirúrgicas de los Servicios Públicos de Salud incardinados en cada Comunidad Autónoma. Todo ello sin menospreciar la influencia que de forma inducida pueda derivar de la propia evolución de la economía del país o de las relaciones laborales en un determinado momento. Pero también se ve afectada por otros factores menos tangibles tales como los de carácter psicosocial, culturales, familiares, etc., que además, son generalmente de muy difícil tratamiento.

En el marco de las sociedades con una economía desarrollada como lo es la española, aflora con normalidad el fenómeno sociocultural del absentismo laboral donde el deber de trabajar se diluye hasta el punto de generar un falso contravalor que lleva a admitir la ausencia injustificada al trabajo como algo no peyorativo. Es frecuente escuchar que, ante cualquier contratiempo laboral, se haga expresa manifestación en el sentido de "pues me cojo la baja", asumiendo de antemano y de forma expresa que las bajas laborales pueden iniciarse de forma voluntaria y sin la concurrencia de determinados requisitos.

ACTUALMENTE, EXISTE UNA GRAN PREOCUPACIÓN EN CUANTO AL EXCESIVO INCREMENTO DEL COSTE DE LA PRESTACIÓN DE IT POR CONTINGENCIAS COMUNES QUE OBLIGA A SOMETER A UNA PROFUNDA REFLEXIÓN TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS QUE PARTICIPAN EN LA GENERACIÓN DE ESTA PRESTACIÓN. DE HECHO, HA HABIDO MÚLTIPLES MODIFICACIONES LEGISLATIVAS QUE HAN TENIDO COMO OBJETIVO RACIONALIZAR LA GESTIÓN DE LA PRESTACIÓN Y CONTROLAR EL GASTO, PRETENDIENDO EVITAR UN INCREMENTO INJUSTIFICADO DE ÉSTE

Al tratarse de una prestación compleja lógicamente su gestión también lo es al intervenir múltiples agentes: el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Social de la Marina, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, los Servicios Públicos de Salud de las distintas Comunidades Autónomas y los empresarios que están obligados a asumir el pago desde el cuarto día de la baja hasta el decimoquinto cuando la IT deriva de contingencias comunes. Por otro lado, la normativa laboral y los acuerdos tomados entre las organizaciones sindicales y los empresarios (Convenios Colectivos) también inciden en la prestación de una forma indirecta.

Actualmente, existe una gran preocupación en cuanto al excesivo incremento del coste de la prestación de Incapacidad Temporal por contingencias comunes que obliga a someter a una profunda reflexión todas las circunstancias que participan en la generación de esta prestación.

De hecho, ha habido múltiples modificaciones legislativas que han tenido como objetivo racionalizar la gestión de la prestación y controlar el gasto, pretendiendo evitar un incremento injustificado de éste. Dichas medidas son, básicamente, las siguientes:

- Reducción de la cuantía de la prestación durante el período del cuarto al vigésimo día de la baja, pasando del 75% al 60% de la base reguladora (Real Decreto 53/1980).

- Traslado del abono de la prestación entre los días cuarto al decimoquinto a cargo del empresario (Ley 28/1992).

- Sustitución a partir de la Ley 42/1994 de las prestaciones de Incapacidad Laboral Transitoria e Invalidez Provisional por las de Incapacidad Temporal y Maternidad. Esto

implica reducción de períodos de baja y anticipo de las propuestas de Incapacidad Permanente.

- La gestión de la IT. Contingencias Comunes se abre a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (RD 1993/1995, de 7 de diciembre).

- Reducción de la cuantía de la prestación una vez extinguida la relación laboral, que pasa a ser la misma que correspondería en el caso de desempleo contributivo (Ley 24/2001).

- Reducción de la duración de la prestación contributiva de desempleo del período consumido como IT desde la fecha de extinción de la relación laboral (Ley 24/2001).

Como resultado de la aplicación de estas medidas, el gasto por IT en el INSS se mantiene más o menos estable hasta el año 2001 en el que se empieza a observar claros síntomas de agotamiento de las medidas adoptadas. En el año 2001 comienza un crecimiento del gasto que va incrementándose, año a año, hasta el 2004. Este incremento del gasto no obedece a causas objetivas, es decir, el incremento de la población afiliada junto con el incremento de los salarios medios en todo el territorio nacional no justifica el desmesurado crecimiento de la prestación derivada de contingencias comunes.

Es cierto que en el incremento del gasto del año 2004 influye la ampliación de la incapacidad temporal por contingencias comunes del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia, al protegerse la situación desde el 4.º al 15.º día, que implica que todos los trabajadores autónomos que estaban en situación de baja laboral en el año 2004, hayan percibido 11 días más de subsidio que en el año 2003.

Sin embargo, no hay razones suficientes para justificar los incrementos desmesurados que se están produciendo en esta prestación y, quizás, haya que pensar en un importante aumento en la demanda de la prestación por parte de la población protegida que ve esta prestación como "un refugio" inmediato ante cualquier circunstancia de pérdida de salario, aun cuando ésta no se derive de las causas contempladas legalmente. Todo ello hace que puedan darse, y de hecho se dan, múltiples supuestos de utilización indebida de esta prestación, ya sea como recurso económico (cortos períodos de tiempo de inactividad del trabajador e incluso del empresario) o como recurso social (cuidado de hijos, personas mayores o con discapacidad…).

Es cierto que la gestión de esta prestación es compleja, en primer lugar porque existe una total separación entre quien concede la prestación y quien es responsable de su abono. Tanto el inicio de la prestación, a través de la expedición del parte de baja por los médicos de atención primaria de los diferentes Servicios Públicos de Salud, como su duración, a lo largo de la cual se extienden los partes médicos de confirmación de la baja, y hasta el alta médica, en su caso, que ponen fin al proceso, transcurren de forma totalmente independiente de lo que supone el abono económico de la prestación, que es reconocido por las Entidades Gestoras (INSS e ISM), Entidades Colaboradoras (Mutuas AT/EP) o empresas colaboradoras. Por tanto, es absolutamente imprescindible una coordinación total y absoluta entre los Servicios Públicos de Salud y las Entidades Gestoras y/o Colaboradoras.

Es fundamental, por tanto, la colaboración y coordinación entre todas las Entidades que inciden en la gestión de esta prestación. Fruto de la necesidad de esta colaboración dio lugar a la suscripción de Convenios entre el INSS y las distintas Comunidades Autónomas en los que se establecen programas de actividades y se fijan objetivos anuales de racionalización del gasto de la incapacidad temporal. En virtud de estos Convenios, los Servicios Públicos de Salud incardinados en cada CA transmiten, por vía telemática, todos los partes de baja y alta que se expiden por los facultativos de atención primaria. De esta forma, el INSS tiene un conocimiento más inmediato del inicio de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes.

Debido a que la competencia de los médicos inspectores del INSS no es una competencia asistencial sino una competencia de control de los procesos de IT, es absolutamente necesario que el INSS reciba no sólo todos los partes de baja de los Servicios Públicos de Salud sino que además es imprescindible que la transmisión se produzca con la máxima inmediatez desde la fecha de expedición de la baja y que conste en dicho parte el código de diagnóstico. El tener conocimiento del diagnóstico resulta vital para el INSS puesto que se debería citar a reconocimiento médico exclusivamente a aquellos trabajadores que hayan superado una duración estándar de una patología determinada, el INSS no pretende molestar a ningún ciudadano que verdaderamente padece una enfermedad que justifique su baja laboral, en definitiva, se trata de controlar que el subsidio lo perciban aquellos trabajadores que necesiten tratamiento médico y además estén incapacitados para trabajar. Sería por tanto deseable que hubiese un consenso en cuanto a las duraciones estándar por patologías de todos los facultativos que gestionan la incapacidad temporal.

Por otra parte, a partir del 23 de mayo del año 2004 y de conformidad con la Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero, las empresas están obligadas a remitir al INSS todos los partes médicos de sus trabajadores. Esta norma también ha permitido que el INSS conozca el inicio y la extinción de los procesos de IT de una forma más ágil e inmediata. En definitiva, el INSS tiene conocimiento, en la actualidad, de los procesos de IT por estas dos vías de transmisión informática de los partes de los trabajadores y actualmente está implantando en todas las direcciones provinciales del Instituto un aplicativo de trabajo informático para las Unidades Médicas que estará ultimado en el año 2005 y que va a permitir mejorar el procedimiento de control de la Incapacidad Temporal que realizan sus Inspectores Médicos. Sin embargo, para que este procedimiento, que homogeniza la gestión en todo el territorio nacional, funcione de una manera óptima es preciso que los datos de los partes médicos de los trabajadores remitidos tanto por los Servicios Públicos de Salud, como por las empresas, sean de buena calidad.

Una vez más se pone de manifiesto la necesidad de una total colaboración y coordinación entre todas las entidades que participan en la gestión de esta prestación. Realmente y puesto que la Incapacidad Temporal es, fundamentalmente un acto clínico, la duración de un proceso por la misma patología debería ser idéntica tanto si el trabajador percibe el subsidio por pago delegado como por pago directo e idéntica también con independencia de donde tenga el domicilio el trabajador. Actualmente existe un comportamiento muy heterogéneo de esta prestación en todo el territorio nacional.

Todas las entidades que participan en la gestión de la IT deberían de hacer una reflexión profunda sobre todos las factores que inciden en esta prestación, fruto de esta reflexión debería abocar en una mejora de sus procedimientos para luego poder impulsar una correcta coordinación y colaboración entre todos. Si todos tuviésemos claro que sólo tienen la consideración de incapacidad temporal, conforme dispone la normativa vigente, aquellas situaciones debidas a una enfermedad común o profesional y a un accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social y está impedido para el trabajo, se habría recorrido una parte importante del camino para ajustar realmente la percepción del subsidio a las situaciones que protege la Ley.

> NO ES POSIBLE ESTAR EN SITUACIÓN DE IT SIN QUE PREVIAMENTE UN FACULTATIVO DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD HAYA EXPEDIDO UN PARTE DE BAJA, SIN EMBARGO SÍ ES POSIBLE ESTAR EN SITUACIÓN DE IT SIN PERCIBIR PRESTACIÓN ECONÓMICA. ES EL CASO DE LA IT DERIVADA DE ENFERMEDAD COMÚN CUANDO EL TRABAJADOR NO REÚNE 180 DÍAS DE COTIZACIÓN DENTRO DE LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS ANTERIORES AL HECHO CAUSANTE

Se trata de conseguir una buena gestión de la prestación entre todos, asumiendo con plena responsabilidad las competencias de cada uno, respetando y valorando las actuaciones que cada entidad efectúa con arreglo a sus funciones competenciales y llegando a una plena colaboración y coordinación entre todos, dejando de buscar "culpables" y buscando puntos de encuentro que coadyuven a la mejora del control de esta prestación que está presentando un incremento de gasto desmesurado.

Está claro que las líneas de actuación deben dirigirse hacia cambios procedimentales, medidas de formación e información sobre la prestación de incapacidad temporal a los médicos de atención primaria para tener un conocimiento real de lo que supone expedir un parte de baja, medidas de colaboración y coordinación entre todas las entidades que participan en la gestión, así como mejoras en los sistemas y transmisiones informáticas entre los Servicios Públicos de Salud, el INSS, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales y las empresas.

Si además somos capaces de crear una conciencia social para que la prestación se conciba como una prestación que protege a los trabajadores que padecen una enfermedad y están imposibilitados temporalmente para el trabajo, y no para proteger situaciones sociolaborales de otra índole. Si creamos una concienciación social de que la prestación la pagamos entre todos, que el gasto lo asumimos todos, y que es responsabilidad de todos exigir que la prestación se perciba exclusivamente por aquellos trabajadores que reúnan los requisitos que establece la Ley, estaríamos situando la prestación y el percibo de la misma en el lugar que le corresponde. ■

DOS APUNTES SOBRE LAS MUTUAS PATRONALES Y SU GESTIÓN DE LA IT

Antonio V. SEMPERE NAVARRO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

José L. TORTUERO PLAZA
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

En el número 100 de la Revista Tribuna Social, sabiamente dirigida por el profesor García Ninet, aparecieron sendos artículos nuestros sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y su papel en el terreno de la incapacidad temporal. Al recibir la invitación de Foro de SeguridadSocial para reflexionar sobre el tema hemos coincidido en la apreciación de que cuanto cada uno de nosotros decía seis años atrás mantenía prácticamente su virtualidad, por lo que no tenía mucho sentido manifestar algo diverso.

En consecuencia, hemos optado por recomponer (aligerando de notas) y retocar (concordando) aquellas colaboraciones, actualizando ligeramente su contenido y ofreciéndolas, igual que entonces, como ideas para un debate sobre materia que sigue estando en el primer plano de las preocupaciones que acompañan a cuantos están preocupados por la buena salud no sólo de los beneficiarios del sistema de Seguridad Social, sino también de este mismo[(1)].

1. Las mutuas y la IT

A. Denominación inadecuada

La Ley 66/1997 de 30 de diciembre ("Ley de Acompañamiento" para el año 1998) confirió nueva redacción a los preceptos legales básicos (arts. 68 a 76 LGSS) en materia de Mutuas, aunque normas posteriores (Leyes 55/1999 y 52/2003) han vuelto a incidir sobre el particular; pese a que, sucesivamente, estas agrupaciones de empresarios se han abierto a la IT por contingencias comunes, a la actuación como servicios de prevención o las novedades en el RETA, lo cierto es que su denominación sigue siendo muy inexacta y ello no está exento de desventajas.

Fue la Ley 4/1990, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, la que les confirió su actual denominación de Mutuas

(1) Sin perjuicio de que los dos autores hayamos retocado el escrito en su totalidad, lo cierto es que el Apunte sobre Mutuas e Incapacidad Temporal corresponde a Antonio V. Sempere, mientras que José L. Tortuero redactó el de Incapacidad Temporal y Mutuas.

de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que además de excesivamente farragosa (bastaría con hablar de "Mutuas de contingencias profesionales") resulta inexacta por varios motivos:

- La omisión de quiénes son sus componentes subjetivos (los empresarios), al haberse omitido el calificativo de "Patronales" y la adición del marco en el que actúan ("de la Seguridad Social") provoca –a primera vista– la idea de que se está ante instituciones de Derecho Público más que ante asociaciones privadas.

- La expresa mención de las contingencias típicamente profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional) lleva a mencionar en la rúbrica sólo una parte de las posibles funciones que la Mutua actual desempeña en el ámbito de la Seguridad Social puesto que también está facultada para prestar atención a incapacidad temporal derivada de contingencias comunes [art. 68.2.*c)* LGSS].

- Las referencias a contingencias profesionales y a Seguridad Social, a su vez, dejan también fuera de la denominación su campo de actuación como servicio de prevención en el ámbito de los riesgos laborales [art. 68.2.*b)* LGSS], además de otras posibles actuaciones conexas con las anteriores [art. 68.2.*d)* LGSS].

Es incomprensible, en términos técnicos, que siga hablándose de "Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social" puesto que tales entidades: 1.º) Son asociaciones de empresarios que actúan en el ámbito de la Seguridad Social, pero no forman parte de las estructuras públicas como lo da a entender su nombre. 2.º) No gestionan sólo el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, sino que también se ocupan de las contingencias comunes mientras desemboquen en una incapacidad temporal. 3.º) También pueden actuar fuera del ámbito de la Seguridad Social puesto que así lo quiso la LPRL. 4.º) No cubren sólo a los empleados de las empresa, sino también a quienes (al margen de su eventual condición patronal) poseen la cualidad de autónomos[(2)].

B. Privatización y publitización

Hay que recordar el carácter iusprivatista que se adjudica a la Mutua, en cuanto asociación de empresarios autorizada por el Ministerio de Trabajo (art. 68.1 LGSS); aunque gestionan una parcela de la Seguridad Social se trata de personas jurídico-privadas, lo que ha contribuido a facilitar su actuación en otros campos (prevención de riesgos) donde concurre con entidades que sí persiguen ánimo de lucro[(3)]. La potenciación que las Mutuas han experimentado en los últimos años (ampliación de competencias, aumento de su prestigio o consideración por parte del sistema normativo, eliminación de restricciones, proceso de fusiones y absorciones en orden a una progresiva concentración de entidades, apertura a nuevos colectivos, concordancia con las exigencias constitucionales, etc.) suele equipararse a una creciente privatización en la gestión de la Seguridad Social.

Es innegable que los Entes Públicos (Servicios Públicos de Salud, TGSS, INSS) pierden presencia e importancia funcional a medida que se admite que otras entidades puedan asumir parte de sus competencias. En este sentido los elementos de privatización son claros: las Administraciones públicas (pese a la protesta de algunos sectores doctrinales) y sus concesionarios han podido incorporarse (ellas y sus trabajadores) a una Mutua, la incapacidad temporal por contingencias comunes también puede ser gestionada por las Mutuas, la prevención de riesgos entra en sus posibles competencias, los autónomos han de acudir a ellas a ciertos efectos, etc. Aun sin entrar en el terreno del control de la IT, es claro que el papel de la Mutua se ha potenciado y que amplias parcelas de la Seguridad Social han pasado a admitir esta singular fórmula de gestión privada; todo ello, lamentablemente, sin un verdadero debate sobre el modo de hacerse.

Ahora bien, aunque generalmente el reforzamiento de las Mutuas suele presentarse como una privatización en la gestión de la Seguridad Social –cosa incuestionable– también puede decirse que se ha producido una publificación creciente de las Mutuas (aumento de exigen-

(2) No me corresponde el proponer la denominación adecuada, pero es claro que la muy tradicional y sincopada de Mutuas Patronales posee ventajas: resulta familiar para quienes se mueven en el ámbito social, evita discordancias entre denominación y ámbito funcional puesto que en todo momento se ajusta automáticamente a las tareas que el legislador encomiende a las Mutuas, enlaza con la tradición, es gráfica en la identificación del elemento subjetivo, evita la confusión con las Mutualidades de Previsión Social y supera las objeciones que a la actual pueden formularse.

(3) Entre otras consecuencias, que esa impronta privatista lleva de la mano la misma idea que en otros terrenos asociativos (partidos políticos, sindicatos, patronales, etc.): la pluralidad está implícita en el modelo acogido, del mismo modo que hay que aceptar la hipótesis de que no exista Mutua alguna puesto que todo depende de la voluntad de los empresarios.

cias, requisitos, controles internos o externos, etc.). Basta recordar las innovaciones normativas antes reseñadas: los temas de fiscalización contable, incompatibilidades, reservas financieras, etc., indican claramente que los poderes públicos (de manera directa o a través de las Entidades Gestoras) desean estar cada vez más presentes en la supervisión: ceden la gestión cotidiana pero se reservan crecientes facultades fiscalizadoras. En materia de prevención de riesgos también vale esa apreciación, ya que sobre las Mutuas pesan exigencias peculiares (funcionamiento de la comisión de control, requisitos contables específicos, etc.), sin perjuicio de que también cuenten con ventajas o reglas singulares.

Hay aquí líneas de evolución aparentemente contradictorias, pero perfectamente conciliables si se piensa un poco. Por eso tienen razón tanto quienes protestan del avance competencial a favor de las Mutuas cuanto quienes claman contra el excesivo intervencionismo que padecen; bien puede pensarse que estamos ante una privatización del sistema o ante una mayor publificación de la Mutua. La valoración de esas realidades, obvio es, ya depende de las propias posiciones axiológicas (ideológicas, políticas, económicas, profesionales, etc.) que cada uno tenga, al igual que sucede con las propuestas acerca de hacia dónde caminar[4].

ES INCOMPRENSIBLE, EN TÉRMINOS TÉCNICOS, QUE SIGA HABLÁNDOSE DE "MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL" PUESTO QUE TALES ENTIDADES SON ASOCIACIONES EMPRESARIALES QUE ACTÚAN EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, PERO NO FORMAN PARTE DE LAS ESTRUCTURAS PÚBLICAS; NO GESTIONAN SÓLO EL ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA ENFERMEDAD PROFESIONAL, SINO QUE SE OCUPAN DE LAS CONTINGENCIAS COMUNES QUE DESEMBOCAN EN UNA IT Y TAMBIÉN PUEDEN ACTUAR FUERA DEL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL"

C. Actitud de los poderes públicos ante las Mutuas

Un tema apasionante para el estudio jurídico es, sin duda, el de la evolución que las Mutuas han experimentado, tanto en la realidad cuanto en su regulación, en nuestro sistema de protección social. Sin espacio ni necesidad de remontarnos en el tiempo más atrás de la Constitución de 1978 puede recordarse lo siguiente:

- A la vista de un artículo 41 de la Ley Fundamental, donde se dispone que los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos no faltaron las opciones interpretativas conforme a las cuales las Mutuas habían quedado fuera del diseño constitucional.

- A principios de la década de los ochenta se hacen sentir ciertas voces (sobre todo desde posiciones socialistas) que postulan la supresión de las Mutuas, en cuanto inaceptables enclaves de gestión privada en el corazón del sistema público de Seguridad Social, puesto que las contingencias profesionales constituyen –precisamente– su núcleo más característico.

- Simultáneamente va ganando adeptos la opción interpretativa más matizada: lo que la Constitución pide es que los poderes públicos asuman la responsabilidad última sobre la existencia y perfiles de la Seguridad Social, controlando el funcionamiento de las posibles fórmulas de colaboración en la gestión que se arbitren y sin tener que asumir necesariamente la directa gestión[5].

[4] Por ejemplo, J. L. GAY DÍEZ, Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en "La gestión económica del subsidio de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes: Privatización de la gestión, cuestiones problemáticas y soluciones jurisprudenciales", Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales, Aranzadi, n.º 19/2004, resume su actitud manifestando que "no parece que la lucha contra el control del fraude y por la racionalización del subsidio de incapacidad temporal se vaya a lograr mediante la atribución a las mutuas de la gestión ordinaria mediante la claudicación del sector público en su gestión".

Sin embargo la AMAT (Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo), en las Prioridades del sector de Mutuas de Accidentes de Trabajo, aprobadas por su Asamblea General en marzo de 2004, reclama respecto de la gestión de la IT por contingencias comunes que se promuevan las "reformas necesarias para mejorar las herramientas de gestión, equiparándolas, al menos, con las actuales del INSS"; asimismo, ya en general, las Mutuas reclaman "el incremento de su capacidad operativa".

[5] En 1986 ya se dijo que "en la medida en que el legislador lo desee es posible que entes de naturaleza privada sean llamados a participar en la gestión de la Seguridad Social, y no solamente en su nivel complementario. Las Mutuas, al igual que antes sucedía, ni están respaldadas ni proscritas por el modelo de Seguridad Social impulsado por la Norma Fundamental" (Sempere).

● Al mismo tiempo que el sistema público de Seguridad Social comienza a atravesar dificultades económicas (recuérdese la aprobación de la Ley 26/1985, para la racionalización del sistema de pensiones) se comprueba que las Mutuas son capaces de ofrecer una mejor gestión, pese a tener las mismas reglas de juego (cotizaciones y prestaciones).

● La citada Ley 4/1990 comporta la primera toma de posición postconstitucional sobre el papel de las Mutuas, y ya se ha visto que en ella se desvanecen algunas reticencias clásicas como las restricciones geográficas y la reserva de aseguramiento. No sólo se legitima su continuidad, sino que se permite la incorporación de las empresas públicas a su campo operativo.

● Paradójicamente (manteniéndose, por lo demás, el Gobierno del Partido Socialista) desde instancias públicas se promueve la constitución de una Mutua ("Muprespa") en la que se integra la mayoría de empresas públicas, lo que nos permite asistir a un curioso pero conocido fenómeno: se pasa de cuestionar una institución a utilizarla activamente[6].

● La traslación de competencias adicionales (contingencias comunes, prevención de riesgos) y la virtualidad que la Mutua alcanza respecto de los trabajadores por cuenta propia son indicativos inmejorables de cómo la actitud del ordenamiento jurídico hacia las Mutuas ha desembocado en un momento dulce, evidenciado en la confianza que en ellas se deposita.

■ Comentario aparte merece el tema de la incapacidad temporal por contingencias comunes; sucesivas Leyes de Acompañamiento han ido perfilando el modo en que la Mutua puede acceder a su gestión, a las que hay que añadir los RRDD 575/1997 y 1117/1998 y la OM de 19 de junio de 1997; todo ello, después de que se hubiera transferido al empresario el coste de los días 4.º al 15.º de la baja a fin de rebajar el elevadísimo coste que esta contingencia tiene[7]. Por cierto, los sucesivos ajustes se deben a la comprensible protesta de las Mutuas, inicialmente convertidas en pagadoras de una prestación desbordada y sin medios para controlar y tratar realmente su causa.

Sin entrar ahora en detalles propios del segundo Apunte, da la impresión de que se acude a las Mutuas como únicas entidades capaces de racionalizar el gasto y atajar los "riesgos de abusos y fraudes", inscribiéndose estas medidas "en el programa del Gobierno de lucha contra el uso indebido de la protección social y el fraude" (Preámbulo del RD 575). Sabido que la duración media de los procesos por incapacidad temporal es considerablemente más baja cuando está a cargo de la Mutua que de la Entidad Gestora, da la impresión de que los poderes públicos acuden a esa fórmula de gestión privada con cierta fascinación por su eficacia al tiempo que algo de desencanto por la imposibilidad de alcanzar semejantes metas desde el campo público. Hay aquí un implícito triunfo de la gestión privada (la Mutua) sobre la pública (INSS y Servicios Públicos de Salud) que no puede explicarse por una mera cuestión ideológica, pero que sin duda acaba teniendo implicaciones de todo tipo; lástima, una vez más, que todo ello se haga sin el clarificador debate del órgano legislativo.

■ Las cosas son parecidas si pasamos ahora a la gestión de la IT para los trabajadores autónomos; el art. 40.Cuatro de la Ley 53/2002 añadió a la LGSS la Disposición Adicional 34.ª sobre "acción protectora por contingencias profesionales", previsión luego complementada mediante el RD-Ley 2/2003, de 25 abril. La cobertura de referencia "se llevará a cabo con la misma Entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal"; eso significa que generalmente serán las Mutuas las encargadas de la misma, produciéndose una beneficiosa identidad del sujeto responsable de afrontar esa contingencia, sea cual sea su causa[8]. Pero no deja de ser llamativo el hecho de que un ente privado y de composición voluntaria, haya dejado de ser una alternativa y pasado a convertirse en la única opción gestora cuando se quiere obtener el plus de protección frente a las

[6] Viene a la memoria la astuta actitud del sindicato Comisiones Obreras respecto del sindicalismo vertical durante el régimen franquista; lo que entonces se llamó el "entrismo" (entrar dentro de la organización, utilizar sus potencialidades) es algo parecido a lo que ahora se describe, sin perjuicio de que haya quienes prefieran hablar de "uso alternativo del Derecho".

[7] Recuérdese que las bajas de corta duración, en estos casos, no generan abono del subsidio durante los primeros días; además, su importe se ha reducido (de 75 al 60 por 100 de la baja reguladora) de los días cuarto a vigésimo de la baja (1980) y se ha trasladado al empresario el abono de la prestación durante los días cuarto a decimoquinto (1992).

Todas esas medidas no han conseguido el fin propuesto y han configurado un abigarrado panorama jurídico, además de que frecuentemente los convenios colectivos acaban por eliminar el efecto desincentivador que persiguen. Por otro lado, se trasladan al empleador crecientes obligaciones, pero sin un paralelo mecanismo fiscalizador.

contingencias profesionales; y nótese que la forzosidad dista de ser unilateral pues es predicable tanto de los sujetos (autónomo, Mutua) cuanto del sistema (exclusión de lo público).

■ El actual art. 68.1 LGSS ha sustituido el tradicional principio de especialidad (que impedía a la Mutua cualquier actuación fuera del ámbito de las contingencias profesionales) por otro de principalidad (que centra en la colaboración gestora el "principal objeto" de la Mutua). La apertura a "la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas" recalca la idea de que la Mutua es entidad de configuración legal: será en cada momento lo que el legislador desee, de manera que su maleabilidad le ha permitido saltar al terreno de las contingencias comunes, intervenir en el campo de las obligaciones empresariales de prevención y quedar a merced del legislador para eventuales ampliaciones, siempre que las mismas vengan legalmente fijadas.

La larga trayectoria histórica de las Mutuas ha desembocado, por ahora, en un tipo de entidad que aumenta de manera progresiva su importancia para el sistema público de Seguridad Social, e incluso para otros campos relevantes del ordenamiento laboral. El sistema normativo les dirige signos de complicidad para que lleven a cabo una gestión descentralizada, de carácter privado pero muy vigilada, entremezclando de manera peculiar técnicas de gestión privadas con normas y controles que se imponen a su autonomía. Es lógico que de mantenerse la progresión en tal línea surjan algunos interrogantes: ¿crecerá el elenco de competencias actuales de la Mutua, extendiéndose a otros terrenos como la incapacidad permanente por contingencias comunes o las pensiones de jubilación?, ¿se reproducirá la técnica seguida con la incapacidad temporal de los autónomos, de manera que la Mutua aparezca como única aseguradora en ciertos casos?, ¿se camina hacia un modelo de gestión en el que la población activa sea atendida por las Mutuas y el resto por las entidades públicas?, ¿hay cierto entreguismo o renuncia a intentar una buena gestión desde instancias públicas?, ¿se perjudica la intervención en el campo de la Seguridad Social con la apertura al terreno laboral de la prevención de riesgos?[9]. En fin, ¿pueden llegar a "morir de éxito" las propias Mutuas con ese incesante aumento competencial?

> LA POTENCIACIÓN QUE LAS MUTUAS HAN EXPERIMENTADO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS SUELE EQUIPARARSE A UNA CRECIENTE PRIVATIZACIÓN EN LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. ES INNEGABLE QUE LOS ENTES PÚBLICOS (SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD, TGSS, INSS) PIERDEN PRESENCIA E IMPORTANCIA FUNCIONAL A MEDIDA QUE SE ADMITE QUE OTRAS ENTIDADES PUEDAN ASUMIR PARTE DE SUS COMPETENCIAS

D. Naturaleza jurídica de las Mutuas

■ Conforme al ya citado art. 68.1 LGSS estamos ante asociaciones de empresarios, debidamente autorizadas por el Ministerio, sin ánimo de lucro y con responsabilidad mancomunada, con la finalidad principal de colaborar en la gestión de la Seguridad Social pero con la posibilidad de asumir cuantas actividades les sean legalmente atribuidas. Pese a las ampliaciones funcionales y a la apun-

[8] En ese sentido, hasta enero de 1998, los trabajadores autónomos podían formalizar la cobertura de la IT con la Entidad Gestora correspondiente (INSS) o con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (Disp. Adic. 11.ª LGSS), pero los autónomos que soliciten el alta a partir de aquella fecha y se acojan a la prestación económica por IT, han de llevar a efecto su cobertura, necesariamente, en una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, que habrá de asumir dicha cobertura con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social (Disp. Adic. 14.ª Ley 66/1997).

[9] En el Preámbulo del RD 688/2005, de 10 junio, por el que se regula el régimen de funcionamiento de las mutuas como servicio de prevención propio se dice que el desarrollo por las Mutuas de la actividad como servicios de prevención ajenos, con la utilización compartida de medios, ha venido a introducir un obstáculo que dificulta considerablemente las tareas de control de dichas entidades en su condición de colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, como han puesto de relieve el Tribunal de Cuentas y la Intervención General de la Seguridad Social en los informes emitidos durante los últimos años, en los que también se ha señalado la restricción a la libre competencia que supone la actuación de las Mutuas, en tales condiciones, en relación con los restantes servicios de prevención ajenos.

tada quiebra del principio de voluntariedad (del que luego se hablará) la estructura interna de la Mutua no ha variado. Se trata de un singularísimo tipo de asociación empresarial que sólo puede explicarse satisfactoriamente si atendemos de manera simultánea a las funciones que realiza y a su propia ontología.

Por un lado, en el terreno de la Seguridad Social se lleva a cabo una descentralización funcional (los Entes Públicos se descargan de ciertas funciones u obligaciones y los trasladan hacia las Mutuas); asimismo, en el campo de la prevención se quiere aprovechar la experiencia histórica de las Mutuas, su potencial humano y su proximidad a la realidad de las empresas para asesorar al empleador en el cumplimiento de su deuda de seguridad para con los trabajadores. Por otro lado, es asociación de empresarios: son éstos quienes deciden su creación (en su caso, disolución) y quienes asumen la responsabilidad mancomunada respecto de los cometidos propios de la Mutua.

La específica naturaleza de la Mutua exige la simultánea contemplación de ambas vertientes (orgánica y funcional): se asocian los empresarios y persiguen los fines propios de una Mutua. Por más que éstos se amplíen, aunque varíe la intensidad del control administrativo, se cambie la denominación del ente constituido, se creen órganos internos para posibilitar la participación de los trabajadores, haya cambios en el tipo de empresarios y empleadores que puedan asociarse, se eleven las exigencias financieras para que la Mutua pueda actuar, se profesionalice su equipo directivo o se endurezcan las incompatibilidades para quienes en ellas intervienen, las Mutuas mantienen su caracterización esencial de peculiarísimas asociaciones. Podría decirse que están "a disposición" del legislador y que éste viene recurriendo a ellas para intentar apagar fuegos en terrenos difíciles como son los de control de la incapacidad temporal o prevención de los riesgos laborales.

La Ley sigue afirmando que principal finalidad de la Mutua es la de "colaborar en la gestión", reiterando en numerosas ocasiones la expresión "colaboración en la gestión" y rehuyendo de manera sistemática la afirmación de que las Mutuas gestionan una parcela de Seguridad Social. Ello pese a que la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 había hablado directamente de gestión atribuida a las Mutuas Patronales y pese a la evidencia de que éstas dispensan asistencia sanitaria, emiten partes de alta y de baja, abonan prestaciones económicas, etc.

■ Ciertamente, una Mutua no es una Entidad Publica y por ello tampoco se beneficia de las prerrogativas inherentes a ellas. Como muestra de esa desfavorable posición pueden traerse a colación algunos problemas y los correspondientes criterios que el Tribunal Supremo ha mantenido al resolverlos en unificación de doctrina:

Por un lado se sostiene que las Mutuas Patronales vienen obligadas a satisfacer intereses de demora por el pago de cantidades líquidas reconocidas en sentencia[(10)], puesto que el viejo art. 921 LEC (intereses en favor del acreedor cuando una sentencia condene al pago de una cantidad líquida, corriendo desde que aquélla fuere dictada en primera instancia hasta que sea totalmente ejecutada) se considera de obligada y necesaria aplicación en todo supuesto de condena al pago de cantidad líquida[(11)].

En contraposición, se advierte que si la Mutua constituye un capital para afrontar las consecuencias de una invalidez, y posteriormente se reduce su grado, la Tesorería no está obligada a satisfacer intereses sobre el exceso del capital mantenido en depósito[(12)]. Cuando se establece la responsabilidad de la Mutua para el pago de las pensiones causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, se impone a aquélla la obligación de ingresar en la TGSS el valor actual del capital coste de las pensiones, así como los intereses de capitalización. Ahora bien, si posteriormente la resolución por la que se le declaraba responsable es revocada judicialmente y se condena al Servicio Común a devolver lo ingresado, surge la

(10) En este sentido SSTS 9 diciembre 1992 (Aranz. 10065), 12 julio 1993 (Aran. 5672) y 25 noviembre 1993 (Aranz. 9074).

(11) En tal sentido se explica que la constitución del depósito para recurrir no tiene los efectos del pago ni es equiparable al mismo, al no efectuarse con fines liberatorios sino como presupuesto legal exigido para poder recurrir. Por otro lado, el acto de recurrir es voluntario y, aun cuando se consigne la cantidad objeto de la condena, supone una pérdida de rendimiento para el acreedor que la ley trata de subsanar con la fijación de un interés. La excepción que se realiza en favor de entidades públicas no puede, en este punto, beneficiar a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que, no obstante la naturaleza pública de los recursos que ingresan, cuentan con patrimonios separados del de la Hacienda Pública y con plena responsabilidad.

(12) Véanse SSTS 9 octubre 1992 (RJ 1992, 7623); 22 enero 1993 (RJ 1993, 255); 27 septiembre 1993 (RJ 1993, 7037); 20 diciembre 1994 (RJ 1994, 10209); 27 junio 1996 (RJ 1996, rec. 2658/1995).

duda de si la Tesorería ha de incluir o no el importe de los intereses que hayan podido devengarse durante el tiempo en que el capital coste permaneció a su disposición[13].

Muy importante es el criterio conforme al cual corresponde al INSS la competencia para calificar, sin necesidad de acudir a la vía judicial, la contingencia determinante de un proceso de incapacidad temporal, incluso cuando la cobertura del riesgo profesional es asumida por una Mutua[14]. Los principales argumentos de tan significativo criterio son los que siguen:

- En la gestión ordinaria de la protección por incapacidad temporal rige un principio de "oficialidad", de acuerdo con el cual la prestación se hace efectiva de modo directo y automático conforme al diagnóstico y determinación provisional de la causa de la dolencia efectuada en el parte de baja médica, en virtud de la presunción de veracidad implícita en el parte.

- Esta determinación provisional inmediata del hecho causante por parte del servicio médico, aconsejada por razones de celeridad en el disfrute de la protección, se lleva a cabo sin perjuicio de una eventual comprobación médica y jurídica posterior, realizada a instancia de parte o de oficio por la entidad gestora, que se concreta en una resolución administrativa de dicha entidad gestora en la cual, de advertirse error en la calificación inicial de la contingencia, la misma es revisada para proclamar su etiología profesional trasladándose la obligación prestacional a la entidad colaboradora.

- La determinación en el parte de baja médica de la causa de la lesión que genera incapacidad temporal no es un acto de reconocimiento de derecho sometido al régimen del art. 145.1 de la LPL, a causa de su provisionalidad y de su exclusiva virtualidad garantizadora de la automaticidad de las prestaciones; dicha resolución, se insiste, no incide sobre un acto administrativo firme del propio órgano gestor ni perjudica derechos subjetivos del beneficiario igualmente atribuidos con carácter definitivo por una resolución anterior.

- Por otra parte, el art. 145.1 de la LPL tampoco sería aplicable al caso en cuanto que la calificación como contingencia profesional supone una mayor protección para el trabajador que la derivada de contingencia común, siendo así que la prohibición de revisión contenida en aquel precepto sólo actúa cuando repercute negativamente en el beneficiario.

- El fundamento último de la atribución al INSS y no a la Mutua de la competencia para la calificación del origen o hecho causante de la lesión generadora de incapacidad temporal es la condición de entidad gestora de aquél y de entidad colaboradora de ésta, lo que com-

> SABIDO QUE LA DURACIÓN MEDIA DE LOS PROCESOS POR INVALIDEZ TEMPORAL ES CONSIDERABLEMENTE MÁS BAJA CUANDO ESTÁ A CARGO DE LA MUTUA QUE DE LA ENTIDAD GESTORA, DA LA IMPRESIÓN DE QUE LOS PODERES PÚBLICOS ACUDEN A ESA FÓRMULA DE GESTIÓN PRIVADA CON CIERTA FASCINACIÓN POR SU EFICACIA AL TIEMPO QUE SIENTEN ALGO DE DESENCANTO POR LA IMPOSIBILIDAD DE ALCANZAR SEMEJANTES METAS DESDE EL CAMPO PÚBLICO

[13] *La respuesta a tal interrogante parte del silencio observado sobre el particular en las disposiciones sobre Recaudación de Recursos del Sistema de la Seguridad Social (en realidad, ése es precisamente el punto de partida del problema, la ausencia de solución explícita) y descarta que se esté ante una situación análoga a la del ingreso llevado a cabo por la Mutua, por lo que no cabe bilateralizar la solución existente, so pretexto de la reciprocidad o equidad. En consecuencia, la TGSS no posee tal obligación porque ni su naturaleza jurídica es similar a la de la Mutua (una pública, la otra privada), ni los respectivos ingresos poseen una finalidad similar: mientras que el ingreso del capital coste efectuado por la Mutua persigue ejecutar una prestación de Seguridad Social, su devolución sólo responde a razones de equilibrio patrimonial (diversas al logro de la efectividad de una prestación).*

No se dan, en fin, los condicionantes previstos en la Ley General Presupuestaria para que proceda el abono de intereses por parte de la TGSS, a cuyo fin sería preciso que tal Servicio Común incurriese en mora al devolver (en todo o en parte) el capital coste de rentas a la Mutua.

[14] *Abandonando un criterio precedente, y tras un serio debate interno, así se afirma en las SSTS (2) de 26 enero 1998, dictadas en Sala General (RJ 1998, 1055 y 1139), seguidas por las de 27 y 28 enero 1998 (RJ 1998, 1141 y 1147); 2 febrero 1998 (RJ 1998, 1253); 6 marzo 1998 (RJ 1998, 2367); 28 abril 1998 (RJ 1998, 4581); 12 noviembre 1998 (RJ 1998, rec. 708/1998) y 1 diciembre 1998 (RJ 1998, rec. 1694/1998).*

porta distintas facultades de uno y otra de acuerdo con la legislación vigente (arts. 57 y 67 de la LGSS; art. 1 del RD-Ley 36/1978; art. 2 del RD 2609/1982 y art. 1.1.*a)* del RD 1300/1995, de 21 julio). Esta última norma atribuye al INSS la facultad de evaluar, calificar y revisar la incapacidad (sin limitar expresamente dicho fuero competencial a las incapacidades "permanentes"), así como reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de las mismas.

● Negar al INSS la facultad de calificar unas dolencias como constitutivas de accidente, reservando estas facultades a las Mutuas Patronales, implica otorgar a la Entidad Gestora, Mutuas Patronales y empresas colaboradoras una posición de total igualdad, susceptible de producir situaciones de desprotección total del beneficiario, cuando todas ellas se negaran a asumir –aunque sea de manera no definitiva– la responsabilidad por una contingencia.

Aunque es claro que sólo en caso de discrepancia en la identificación del agente productor de la incapacidad (Mutua que niega sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, INSS que sostiene justo lo contrario) prevalecerá la calificación de la Entidad Gestora como órgano garante y responsable último de la organización, vigilancia y dispensación efectiva de las prestaciones del sistema público de Seguridad Social, parece que el criterio inclina excesivamente la balanza del lado de los entes gestores del sistema de protección social, hasta el punto de disociar la asunción de responsabilidad en el pago de la prestación por

HAY AQUÍ UN IMPLÍCITO TRIUNFO DE LA GESTIÓN PRIVADA (LA MUTUA) SOBRE LA PÚBLICA (INSS Y SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD) QUE NO PUEDE EXPLICARSE POR UNA MERA CUESTIÓN IDEOLÓGICA, PERO QUE SIN DUDA ACABA TENIENDO IMPLICACIONES DE TODO TIPO; LÁSTIMA, UNA VEZ MÁS, QUE TODO ELLO SE HAGA SIN EL CLARIFICADOR DEBATE DEL ÓRGANO LEGISLATIVO

incapacidad temporal de la propia capacidad de intervención y control en su reconocimiento, pues llevada al límite tal postura puede abocarse en la conversión de las entidades colaboradoras en meras cajas pagadoras.

E. Sobre el aseguramiento empresarial

En muchos escritos jurídicos (incluidas importantes sentencias) late o aparece la idea de que la responsabilidad mancomunada de los empresarios que se integran en la Mutua obedece a que es el mismo quien responde de forma objetiva, aun sin culpa ni dolo, de las consecuencias perjudiciales que puedan seguirse para sus empleados. En consecuencia, el empleador podría asumir directamente el riesgo de referencia y no concertar seguro alguno ("autoaseguramiento"), en lugar de acudir a la Mutua (o a otra entidad de las que asumen tal cometido); en temas de Seguridad Social, si cotiza a la TGSS e INSS queda a salvo de todo ulterior riesgo respecto de las prestaciones (al margen eventuales recargos por falta de medidas de seguridad), mientras que si lo hace por la Mutua está a expensas de eventuales responsabilidades subsidiarias incluso respecto de contingencias producidas en otras empresas; en temas de prevención de riesgos, si se acude a un Servicio de Prevención externo diverso de la propia Mutua ya no habrá de afrontarse tampoco ningún eventual descalabro económico por su deficitario funcionamiento.

Hay que hacer una definitiva llamada de atención a semejante modo de razonar porque en nuestro sistema de Seguridad Social quien queda asegurado es el trabajador y no su empresario; en contingencias profesionales opera el alta de pleno derecho; las Entidades Gestoras responden subsidiariamente de los incumplimientos empresariales; las técnicas solidarias de financiación descartan radicalmente la legitimidad (incluso teórica) del autoaseguramiento incluso para empresario que cumpla escrupulosísimamente sus obligaciones y acepte correr con el coste de eventuales prestaciones, etc. Que la asociación a la Mutua sea cauce hábil para que la empresa cumpla la obligación de proteger a sus trabajadores es algo bien diverso a que se identifique como que el empresario está limitándose a asegurar su propia responsabilidad por tal camino; que la Seguridad Social y las Mutuas basen buena parte de su esquema económico-financiero en técnicas aseguratorias no debe iden-

Redacción conferida por RD 576/1997	Redacción conferida por RD 428/2004
La gestión comprende la función de declaración del derecho al subsidio, previo examen de la concurrencia de los hechos que constituyen la situación legal de incapacidad temporal y de los requisitos que condicionan el nacimiento del derecho, así como las funciones de denegación, suspensión, anulación o extinción del derecho. Asimismo las Mutuas asumirán el coste del subsidio de incapacidad temporal, el de la gestión administrativa que realicen en relación con estas prestaciones y de las actuaciones de control y seguimiento de la prestación económica y de la situación de incapacidad temporal, así como el de las actuaciones a que se refiere el artículo 82 y de los acuerdos y conciertos aludidos en el artículo 83.	■ Corresponde a las mutuas la función de declaración del derecho al subsidio, así como las de su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción en los procesos de incapacidad temporal correspondientes a trabajadores dependientes de empresas asociadas y de los trabajadores por cuenta propia adheridos. ■ La declaración del derecho a la prestación económica y su mantenimiento se efectuará previa determinación de la contingencia por la Mutua y comprobación de todos los hechos y condiciones establecidos en el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 130 de la misma Ley, así como de los específicos establecidos para esta prestación en los distintos regímenes especiales que regulan el acceso al derecho de los trabajadores por cuenta propia, sin perjuicio del control sanitario de las altas y las bajas médicas por parte de los servicios públicos de salud en los términos y con el alcance establecidos en el Real Decreto 575/1997, de 18 abril. ■ Asimismo las Mutuas asumirán el coste del subsidio de incapacidad temporal, el de la gestión administrativa que realicen en relación con estas prestaciones y de las actuaciones de control y seguimiento de la prestación económica y de la situación de incapacidad temporal, así como el de las actuaciones a que se refiere el artículo 82.

tificarse con la existencia de un contrato de seguro.

F. Sobre la voluntariedad en la pertenencia a la Mutua

Derivación primaria del carácter asociativo de la Mutua es el carácter voluntario de la pertenencia a la misma: se integra en la Mutua la empresa que lo desea. Así se aprecia en conocidas y básicas normas:

● Para formalizar la protección de contingencias profesionales "los empresarios podrán optar entre hacerlo en la entidad gestora competente o asociándose a la Mutua" (art. 70.1 LGSS).

● Cuando la empresa se haya asociado a la Mutua "podrá asimismo optar por que la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de ese mismo personal se lleve a efecto por la misma Mutua" (Disp. Adic. 11.ª LGSS).

● También la empresa puede optar libremente por desarrollar su actividad preventiva a través de uno o varios servicios de prevención (art. 31 LPRL), llegando al oportuno concierto de la actividad preventiva (art. 20 RD 39/1997), que puede ser la Mutua a la que aquélla esté asociada (art. 1.º OM 22 abril 1997).

Es lógico que nunca se disponga la pertenencia obligatoria a la Mutua pues ello pugnaría con su naturaleza asociativa, la cual está presente tanto en el momento de constituir la asociación, como en el de integrarse en una preexistente, en el de promover la extinción o en el de darse de baja. Para la empresa existe una obligación (de asegurar a sus trabajadores, de proporcionarles seguridad laboral) y se le brindan varias opciones o posibilidades para cumplirla; por eso la pertenencia a la Mutua es voluntaria, facultativa y no forzosa. Conciliables con el derecho empresarial de elegir cómo cumplir sus obligaciones y, en consecuencia, asociarse o no a la Mutua son las restricciones legales tales como la unidad de empresa

(art. 70.2 LGSS), la necesidad de contar previamente con la opinión de los representantes de los trabajadores [art. 33.1.*b)* LPRL], la necesaria aceptación de toda solicitud empresarial de asociación respecto de contingencias de Seguridad Social (art. 70.3 LGSS), etc.

Lo cierto es que desde que a principios de siglo, aunque con otra denominación, las MATEPSS irrumpieron en el mundo de la protección laboral han aparecido como una posibilidad, una fórmula alternativa, y nunca como una imposición. Las funciones de la Mutua no han sido desempeñadas nunca con exclusividad, de manera que la voluntariedad de los socios es doble: primero porque han podido recurrir a otras fórmulas y, segundo, porque han podido elegir una u otra Mutua.

Esta constante histórica se rompe con la ya citada redacción conferida a la Disp. Adic. 11.ª de la LGSS mediante Ley 66/1997: ya no hay alternativa para proteger la incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia. O para ser más exactos: la alternativa se da entre la ausencia de protección económica en los casos de incapacidad temporal de tales trabajadores por cuenta propia y su integración en una Mutua, única vía para acceder a aquélla; lo mismo vale para la cobertura de las contingencias profesionales de los autónomos. Aunque –en sí mismo– el asunto es muy concreto y apenas ha sido objeto de comentario, lo cierto es que se trata de novedad sumamente relevante puesto que, por primera vez, se admite que para acceder a la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social el beneficiario ha de asumir un riesgo patrimonial; quiere decirse que con el abono de las correspondientes cotizaciones no se está por completo a salvo de posteriores aportaciones económicas con semejante fin, puesto que la responsabilidad mancomunada inherente a los asociados a la Mutua provoca que, el menos en teoría, haya que estar al resultado económico de la gestión.

Son de tal magnitud los cambios experimentados por las Mutuas que está llamado al fracaso el intento de explicar su actual configuración desde los mismos postulados que presidieron su creación. Esa metamorfosis no puede darse por cerrada y en los próximos años se producirán nuevos reajustes, ojalá que con una verdadera intervención del legislativo.

F. Reformas enigmáticas

Aunque la reordenación que de las Mutuas se ha venido haciendo en los últimos quince años peca de aluvional, a veces de falta de transparencia (por la ausencia de un íter legislativo ordinario), lo que ahora se quiere evidenciar es la falta de claridad en las consecuencias de ciertos cambios directamente relacionados con la gestión de la IT. Tomaremos dos ejemplos para mostrar las razones de este severo juicio.

■ El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios; se trata de norma referida a la materia que su propia rúbrica indica y atenta a consideraciones de índole macroeconómica ("la política económica debe mantener la línea ya emprendida y avanzar en el proceso de liberalización y flexibilización del marco económico en el que operan los agentes productivos"; la norma persigue "aumentar la capacidad de crecimiento potencial y la productividad de nuestra economía, bases del proceso de convergencia de los niveles de renta y empleo con los del resto de países de la Unión Europea"). Lo cierto es que, sin una clara conexión con el resto del articulado y sin apenas explicación alguna[(15)] se toma una importante medida cual la de parificar las competencias de los servicios médicos de la Mutua con la de los propios del INSS[(16)].

¿Quiere eso decir que el ordenamiento jurídico ha optado, finalmente, por equiparar las facultades o prerrogativas de los entes encargados de dispensar las prestaciones de Seguridad Social? ¿Puede el desarrollo reglamentario separarse de esa homogenización, por ejemplo abordando la referida al INSS y postergando la de las Mutuas? Además de las críticas que la deslocalización normativa merece hay que apuntar, como se ve, a las incertidumbres que el modus operandi ge-

(15) La Exposición de Motivos se limita a afirmar que "con la finalidad de fomentar un uso más adecuado de las prestaciones por incapacidad temporal, se otorga a los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales la capacidad de dar altas y bajas por esta situación".

(16) "A los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 131 bis del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio , sobre expedición de altas médicas en los procesos de incapacidad temporal por los Médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social, se entenderá referido a los Médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales respecto del personal al servicio de los asociados a éstas en los términos que reglamentariamente se establezcan".

nera y a la importante innovación de referencia.

■ Otra sorprendente modificación en la materia surge de la mano del RD 428/2004, de 12 marzo, dedicado a la modificación del Reglamento General sobre colaboración en la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (RM). La norma surge como consecuencia de que los sujetos protegidos por el RETA puedan mejorar, de forma voluntaria, su protección en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; ahora se norma "a fin de regular el régimen jurídico de la gestión por dichas entidades de la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el expresado régimen, que ejerciten la referida opción"[17]. Vayamos derechamente al contenido del artículo 80.1 del RM en la parte que interesa y comprobemos el tenor de las modificaciones (ver cuadro pág 132).

Por más que la reforma se haya llevado a cabo para adecuar el RM a las novedades producidas con ocasión de la ampliación de la protección en el RETA, lo cierto es que la precedente alusión a los condicionantes de las competencias que posea la mutua "previo examen de la concurrencia de los hechos que constituyen la situación legal de incapacidad temporal y de los requisitos que condicionan el nacimiento del derecho") se ha trocado por otra diversa ("se efectuará previa determinación de la contingencia por la mutua y comprobación de todos los hechos y condiciones establecidos…"), en la que se da a entender que la calificación de la contingencia ha pasado a ser competencia de la Mutua. ¿Es razonable que una cuestión tan relevante se introduzca de incógnito? ¿Puede la norma reglamentaria introducir esa modificación? ¿El precepto ha querido disponer lo que estamos interpretando o es una errónea locución?

LA CUESTIÓN CRUCIAL ESTÁ EN QUE LA FACULTAD PARA CALIFICAR LA ALTERACIÓN DE LA SALUD Y SU EFECTO INCAPACITANTE ESTÁ RESIDENCIADA CON CARÁCTER ESTRUCTURAL EN "LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD", LO CUAL NO ES NI NUEVO NI ORIGINAL, SINO QUE SIEMPRE HA SIDO ASÍ. NO ES, POR TANTO, NINGUNA APORTACIÓN CIENTÍFICA, AFIRMAR QUE EXISTE UNA DISOCIACIÓN ENTRE LA INSTITUCIÓN QUE SOPORTA EL COSTE DE LOS PROCESOS INCAPACITANTES Y LA INSTITUCIÓN QUE TIENE FACULTADES PARA DETERMINAR SU INICIACIÓN, MANTENIMIENTO Y EXTINCIÓN

2. La IT y las Mutuas

A) La IT por contingencia común y su control

■ La sucesivas reformas sobre el tema no han pretendido tanto completar la ordenación de la IT cuanto actuar sobre los mecanismos de control (para reducir el gasto y el nivel de fraude) sobre los procesos incapacitantes temporales basados en alteraciones de la salud de carácter transitorio[18]. La cuestión crucial está en que la facultad para calificar la alteración de la salud y su efecto incapacitante está residenciada con carácter estructural en "los servicios públicos de salud", lo cual no es ni nuevo ni original, sino que siempre ha sido así. No es, por tanto, ninguna aportación científica, afirmar que existe una disociación entre la institución que soporta el coste de los procesos incapacitantes y la institución que tiene facultades para determinar su iniciación, mantenimiento y extinción.

Aunque resulte sorprendente, por su falta de novedad, la separación de funciones constituye el centro neurálgico del problema. Quien soporta el coste

[17] *Así se afirma en el citado Preámbulo, añadiéndose que "A tal efecto, este Real Decreto modifica el referido Reglamento, incorporando la regulación correspondiente a la forma en que los trabajadores interesados puedan establecer el correspondiente vínculo obligacional con las mutuas para la gestión de dicha cobertura y el alcance de éste, así como la relativa al régimen jurídico, administrativo, financiero y contable de la actividad".*

[18] *Sobre los elementos teóricos que conceptúan la incapacidad temporal, J. L. TORTUERO PLAZA, La incapacidad temporal para el trabajo en la Seguridad Social, Tesis doctoral inédita, Madrid, 1987 UCM, Cap. II y La incapacidad laboral temporal: contingencia y situaciones protegidas, en Tribuna Social, núm. 44-45, 1994, págs. 30-53; J. I. GARCÍA NINET, La incapacidad temporal, en AAVV. La incapacidad temporal, Madrid, edit. Tecnos,1996.*

de la protección ha ido generando una desconfianza histórica e irrecuperable en la efectividad de los mecanismos de control ejercitados por los servicios públicos de salud[19]. No se trata de iniciar un proceso de imputación de responsabilidades que derive, como ha derivado, en declaración pública de desconfianza, sino de buscar soluciones que actúen sobre el núcleo del problema. Tampoco esto es novedoso. Recuérdese, que un problema similar se planteó con la incapacidad permanente, y la solución pasó por ubicar en una sola institución, el INSS, el conjunto de funciones. Sin duda, la IT posee connotaciones propias y singulares que dificultan la aplicación de criterios analógicos con la incapacidad permanente.

■ Lo dicho sólo pretende constatar, que la disociación de funciones, como problema, tiene precedentes inequívocos, lo que constituye un elemento de crítica adicional a la actuación normativa acometida por el RD 575/1997[20]. Esta reforma operada (secundada por la Orden de 19 junio 1997) alcanzó, además, a la estructura de los mecanismos de control, pero arrancaba con un vicio original que desvirtuaría su contenido: las Mutuas carecen de facultades directas sobre los aspectos sanitarios de la IT por contingencias comunes, lo que las convertía en una entidad pagadora de la prestación, facultada para realizar controles y realizar simples propuestas (en especial para proponer el "alta médica"), carentes de mayor virtualidad. Al cabo, se reprodujo en la Mutuas los inconvenientes que ya existían respecto del INSS, duplicándose ahora las entidades pagadoras e incrementándose la disociación entre quien soporta el coste de la prestación y quien mantiene el control sanitario del proceso incapacitante.

El conjunto normativo referido se estructura respetando –como no podía ser de otra forma– las competencias del sistema público en materia de control sanitario, el derecho a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores y garantizando la confidencialidad de los datos derivados de las actuaciones médicas. Su finalidad, expresamente declarada, es ordenar "los instrumentos de gestión y de control necesarios para una actuación eficaz en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal llevada a cabo tanto por la Entidades Gestoras como por las "Mutuas" (Disp. Adic. 11.ª LGSS); evitando en definitiva, "una utilización indebida de la prestación, cuando no el fraude" (E de M de la OM 19 junio 1997)[21].

■ La siguiente intervención normativa, más trascendente, tuvo origen en la modificación del art. 131.1 bis LGSS (desarrollado por el RD 1117/1998, de 5 junio y por la Orden de 18 noviembre 1998). El mensaje era claro, a saber, "sin perjuicio de la competencia que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al INSS podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de la prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan".

El nuevo precepto era explosivo en su contenido e incierto en su configuración y desarrollo. Por primera vez se planteaba formalmente la problemática subyacente, esto es, la disociación de competencias; por primera vez también, el INSS asumía ciertas facultades respecto al control sanitario del proceso incapacitante. El precepto era una declaración pública de desconfianza hacia los controles de los Servicios Públicos de Salud, que nunca debió ver la luz, solapada, para salvar los temas competenciales, en una referencia a "... los exclusivos efectos económicos..." de incomprensible traducción conceptual y jurídica, salvo que se reformulara conceptualmente la propia IT.

Reformando el art. 131.1 bis,

[19] Control no debe ser un término "amenazante" basado en actuaciones puntuales en el tiempo, sino una actitud permanente rodeada de elementos de garantía para el su-jeto controlado. Insisto sobre este extremo, porque control no significa discreccionalidad, reducción o desplazamiento del coste de prestación, desprotección, autoritarismo, crear un ambiente de temor o recelo hacia el controlador... La gestión de un control adecuado, exige formación (no sólo clínica) del controlador, actuaciones motivadas, agilidad y claridad en el diagnóstico, concreción en las medidas terapéuticas...), exige también, respeto y garantías hacia el trabajador, información adecuada, procedimientos de solución de controversias ágiles que impidan la desprotección...

[20] Una visión de estas reforma en J. A. PANIZO ROBLES, "El control de la incapaci-dad temporal. A propósito del Real Decreto 575/1997, de 19 de abril", en Re-vista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Sección Seguridad Social, núm. 4, 1997, págs. 88 y ss.

[21] Sobre los nuevos mecanismos de control pueden verse, JA. PANIZO ROBLES, El control de la incapacidad temporal... cit, pag. 81 y ss.; J. CRUZ VILLALON, El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la pres-tación económica por incapacidad temporal, en "Relaciones Laborales" núm. 4/1996, pág. 7 y ss. MA. PÉREZ ALONSO y M. MAGALLÓN ORTIN, La colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional en la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes, en "Tribuna Social", núm. Págs. 41 y ss; JI. GARCÍA NINET, Sobre el reforzado papel de las Mutuas de AT. Y Ep. de la Seguridad Social y sobre los nuevos esfuerzo para el control de la incapacidad laboral temporal. Algunas consideraciones de urgencia, en "Tribunal Social", núm. 77, 1997.

la cuestión se centraba en cómo instrumentalizar las nuevas facultades de los médicos adscritos al INSS y hacerlas operativas, en el sentido de que constituyan un mecanismo de control efectivo. La solución del desarrollo reglamentario equivale a crear un procedimiento de expedición del alta médica sustentado en el cumplimiento de unos plazos prácticamente imposibles de cumplir. Dicho de otra forma, la efectividad del mecanismo de control se alcanza a través de un procedimiento que se sabe, desde su configuración, de difícil cumplimiento[(22)]..Con todo, si el mecanismo establecido se sigue llegamos a un callejón sin salida: al final prevalece la decisión de la Inspección Sanitaria, sin que se habilite un procedimiento de solución de las discrepancias. La disociación competencial sigue estando presente y, por tanto, no pueden existir discrepancias con relevancia jurídica entre quien tiene y quien no tiene competencias. Precisamente por ello, el "parte de alta" emitido por los facultativos del INS es condicional, esto es, su carácter definitivo se alcanza mediante la aceptación tácita de quien tiene competencias.

B) El reconocimiento del derecho al subsidio

La colaboración en la gestión que llevan a cabo las Mutuas

LA INCORPORACIÓN DE LAS MUTUAS A LA GESTIÓN DE LA IT POR CONTINGENCIAS COMUNES HA IDO ACOMPAÑADA DE TODA UNA SERIE DE EXIGENCIAS FORMALES EN SU ACTUACIÓN, SIN PRECEDENTES. LOS ACTOS QUE DECLAREN, DENIEGUEN, SUSPENDAN… EL DERECHO A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DEBERÁN SER FORMALIZADOS POR ESCRITO Y MOTIVADOS EN DERECHO, ESTO ES, DEBERÁN CONTENER LOS HECHOS Y LAS RAZONES CON FUNDAMENTACIÓN Y APOYO JURÍDICO QUE JUSTIFIQUEN SU DECISIÓN

comprende las funciones de declaración del derecho al subsidio, así como las de denegación, suspensión, anulación y extinción (RM, art. 80.1), en los términos y con las condiciones generalmente previstos en las normas aplicables del régimen de la Seguridad Social que corresponda, debiéndose dispensar la prestación con igual alcance que las entidades gestora de la Seguridad Social. El acto de declaración exige, como no podía ser de otra forma, el examen previo sobre la concurrencia de los requisitos que condicionan el nacimiento del derecho, esto es, los generales de estar afiliado y en alta, los particulares del riesgo originario (enfermedad común o accidente no laboral) y los impuestos por el régimen al que pertenezca el trabajador.

Se suele afirmar que las referidas competencias son más bien de carácter formal, cuestión que exige matices importantes con el fin de contextualizar la afirmación. Cierto es, que la determinación de la alteración de la salud con efecto incapacitante corresponde al facultativo del Servicio de Salud que expide el "parte de baja". Ello quiere decir, que ni la Mutua ni el INSS tienen facultades para determinar el nacimiento de la contingencia desde la órbita sanitaria, sino sólo el nacimiento de la protección económica de la misma[(23)].

Cierto es también, que el empresario, con base en su colaboración obligatoria con la Seguridad Social, procede a un reconocimiento inicial de la prestación económica. Sin embargo, el reconocimiento oficial, esto es, el que goza de fuerza jurídica (que es el decisorio), es competencia de la entidad que gestiona, en nuestro caso de la Mutua, de ahí sus facultades de "reconocimiento

[(22)] A los efectos descritos, baste con recordar que la Inspección del Servicio Sanita-rio tiene un plazo de "tres días hábiles" para oponerse al "parte de alta condicional" expedido por los Facultativos del INS que se convertirá en definitiva por el mero trans-curso del plazo. Es de suponer, que la Inspección no tiene información actualizada al día de todos los procesos del i.t. existentes en su demarcación, por lo que en el plazo de tres días no sólo debe pedir y obtener la información del Facultativo que asiste al trabajador, sino oponerse motivadamente al "parte de alta. Ello quiere decir que, salvo supuestos milagrosos, los partes de alta condicional se convertirán generalmente en definitivos.

[(23)] Las competencias están divididas de forma que a unos corresponde la valoración clínico-jurídica y, a otros, la determinación jurídico-prestacional. Sin embargo, ambas compe-tencias forman parte de un todo donde la dependencia de una sobre otra es absoluta. En efecto, sin baja no hay prestación y sin ésta no hay protección, aunque exista alteración de la salud con efecto incapacitante.

o denegación del derecho"[24]. Cosa distinta es que el reconocimiento pueda realizarse de forma expresa o tácita, esto es, que el silencio de que tiene la competencia confirme y de validez jurídica a la actuación del empresario.

Cosa distinta es la determinación del ente que sume la facultad de fijar la naturaleza del riesgo que origina la contingencia. Al existir más de una entidad que puede asumir la cobertura del riesgo, tanto profesional como común, la cuestión se centra en determinar qué ocurre en caso de discrepancia. El tema ha sido una asignatura históricamente pendiente y, ha sido la desidia del legislador (frecuentísima en materia de Seguridad Social) la provocadora de soluciones jurisprudenciales no del todo afortunadas[25]..

C) Condiciones formales del acto de reconocimiento o denegación

La incorporación de las Mutuas a la gestión de la IT por contingencias comunes, ha ido acompañada de toda una serie de exigencias formales en su actuación, sin precedente. Los actos que declaren, denieguen, suspendan... el derecho a la prestación económica, deberán ser formalizados por escrito y motivados en derecho, esto es, deberán contener los hechos y las razones con fundamentación y apoyo jurídico que justifiquen su decisión.

La Mutua podrá dictar actos para la determinación inicial del subsidio que tendrán carácter provisional durante los dos meses siguientes a la fecha en que se efectuó la liquidación y pago del mismo (o la primera si afecta la IT más de un mes, hay que entender). El carácter provisional viene impuesto por la colaboración obligatoria del empresario, dado que es él quien inicialmente comprueba los requisitos y calcula el subsidio. De ahí, que tanto la actuación del empresario como las iniciales que pudiera efectuar la Mutua tengan carácter provisional, hasta que ésta alcance pleno conocimiento de todos los elementos que condicionan el reconocimiento del derecho y de los que componen la determinación de la cuantía del subsidio. El carácter definitivo surge, bien por acto expreso de la Mutua, realizado en los términos vistos, bien por el transcurso del plazo. Este último supuesto facilita la gestión y en él se sobreentiende que las actuaciones del empresario constituyeron "solicitud" a los efectos del acto presunto. Con todo, y dada la singularidad de la Mutua como entidad colaboradora, la norma debió exigir siempre acto expreso.

Finalmente sorprende que el RM, art. 80.2, vincule la efectividad de los actos de reconocimiento, denegación..., a su notificación a los beneficiarios y a los empresarios de éstos, siempre que se mantuviera la relación laboral. Es claro que la exigencia de notificación pretende evitar que los actos de reconocimiento... constituyan meros trámites internos del expediente de IT que confeccione la Mutua. Sin embargo, esta razonable exigencia se ve desvirtuada por la posibilidad de que aquel reconocimiento se alcance por el mero transcurso del plazo de dos meses, sobre todo porque la fórmula es de utilización generalizada.

D) Información y control ordinarios de la IT por contingencia común

Para ejercitar cualquier mecanismo de control, es imprescindible disponer de la información necesaria (tanto inicial como sostenida). La expedición del correspondiente parte médico de baja exige una valoración de carácter clínico-legal, en el sentido de que es necesario una adecuada ponderación entre la alteración de la salud padecida y su efecto sobre la capacidad laboral del trabajador. Esta valoración no es de carácter genérico, sino que debe ir referida a la actividad que el trabajador realiza y a los medios materiales y la forma en que aquella se desarrolla, incluida la necesidad misma del desplazamien-

[24] Cierto es, finalmente, que la protección nace "ope legis" sin necesidad de soli-citud (SSTSud. 12-11 1993, 21-1 y 17-II-1994). Ello significa, tan sólo, que el "parte de baja" pone en funcionamiento el procedimiento, o dicho de otra forma, que tras el "parte de baja" no es necesaria la solicitud de la prestación económica. La "baja" y el reconocimiento del derecho son cosas distintas, aunque de-pendien-tes.

[25] El Tribunal Supremo ha entendido que, en caso de discrepancia, la facultad para determinar la naturaleza del riesgo originario corresponde al INS (STSud. 27 y 28-1, 2-II y 6-III-1998). La solución de reconocer la competencia a quien puede ser "juez y parte", que implica, además, im-poner (en sede administrativa) la cobertura y la protección, no es razonable. Pero aún más, la solución dada rompe la unidad del acto de reconocimiento (el origen del riesgo es el que determina el régimen jurídico aplicable), lo que convierte a la entidad cola-boradora en una mera receptora de la "orden de pago". Claro está, que la discrepancia puede provocar una desprotección vedada por CE. Art. 41, y esto es lo que el legislador debió resolver con cientos de fórmulas posibles (y respetuosas con el orden competencial), que conduzcan a dar prioridad a la protección y a residenciar la controversia en sede judicial.

to [26]. Esta información es recibida por el trabajador, la Inspección Sanitaria y la entidad que asume la gestión (INS o Mutua), no así por la empresa como medida para garantizar la confidencialidad[27]..

Por lo que se refiere a los partes de confirmación, que se expiden cada siete días (salvo el primero que lo es al cuarto día), deberán reiterar todos los datos vistos, aunque referidos a la fecha de expedición de cada parte, diagnóstico de baja, de confirmación, descripción de la limitación funcional a cada fecha, etc. Conjuntamente con el tercer parte de confirmación y cada cuatro semanas en lo sucesivo, el facultativo debe realizar un "informe complementario" que se integra en el parte de confirmación, y donde debe hacerse constar el tratamiento médico prescrito, las pruebas diagnosticadas y la duración prevista para el tratamiento y/o las pruebas[28].

Finalmente, la Inspección del Servicio de Salud, receptora también de un ejemplar de todos los partes, viene obligada a intervenir trimestralmente con una doble función, a saber, ejercitando un control público adicional al que desarrolla el facultativo y suministrando información adicional a las Entidades gestoras o Mutuas. A estos efectos la Inspección emitirá "un informe médico con todos los datos que justifiquen el mantenimiento del proceso de IT" (OI, art. 11).

COMO SE PUEDE COMPROBAR, SI LOS MECANISMOS DE INFORMACIÓN-CONTROL FUNCIONAN, ESTO ES, SI EL CONTENIDO DE LOS PARTES CORRESPONDE A SU FINALIDAD Y NO SON CUMPLIMENTADOS CON VAGUEDADES, EN FORMA INCOMPLETA O RUTINARIA, LA INFORMACIÓN SOBRE EL ESTADO PATOLÓGICO DEL TRABAJADOR ESTÁ ASEGURADA. PARA VELAR POR SU FUNCIONALIDAD, LA INSPECCIÓN SANITARIA DEBE JUGAR UN PAPEL TRASCENDENTAL

Sin perjuicio de toda la información que la Mutua recibe del facultativo y de la Inspección, puede solicitar de éstos los datos complementarios que estime oportunos, siempre referidos al proceso patológico desencadenante de la situación de baja o aparecidos durante la misma y respetando la lógica confidencialidad[29]. Como se puede comprobar, si los mecanismos de información-control funcionan, esto es, si el contenido de los partes (baja, confirmación, informes complementarios...) corresponde a su finalidad y no son cumplimentados con vaguedades, en forma incompleta o de forma rutinaria, la información sobre el estado patológico del trabajador está asegurada. Para velar por su funcionalidad, la Inspección Sanitaria debe jugar un papel trascendental, ya que a ella le corresponde romper con el uso incorrecto y sin control efectivo de los trámites expuestos.

E) Controles adicionales de naturaleza pública

De los posible mecanismos de información-control, el más relevante y singular consiste en la posibilidad de requerir al trabajador incapacitado para someterle a los reconocimientos médicos necesarios a realizar por los servicios médicos de la Mutua. Esta actuación puede ejercitarse a iniciativa propia o a petición del empresario. La singularidad radica en que el acto de comprobación-control

[26] Todas aquellas cuestiones que subyacen al acto médico de calificación deben tener un cierto reflejo en el parte de baja, de forma que quien tiene facultades para ejer-citar funciones de seguimiento y control, disponga de la información inicial necesaria. A este fin, al referido parte de baja deberá contener: el diagnóstico, la descripción de la limitación en la capacidad funcional que motiva la situación de incapacidad, el puesto de trabajo y la duración probable del proceso patológico (también la duración estándar).

[27] Téngase en cuenta que ET. Art. 20.4 establece: "El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justi-ficar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo del perso-nal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresa-rio por dichas situaciones".

[28] Estos últimos datos tienen una importancia derivada en lo que se refiere a las funciones de las Mutuas, ya que según el art. 82 del RM, "cuando, transcurridos más de quince días a partir de la baja, la situación de incapacidad se prolongase a consecuencia de la demora en la práctica de las pruebas diagnosticadas o en la aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos prescritos por el Servicio de Salud..., los servicios médicos de las Mutuas podrán llevar a cabo dichas pruebas o tratamientos, previo consentimiento del trabajador y con la conformidad de la autoridad sanitaria...".

[29] Incluso la información adicional necesaria puede obtenerse requiriendo al trabajador para someterle a los oportunos reconocimientos médicos.

del proceso incapacitante se ejerce por quien carece de competencia (tanto el INSS como la Mutua) en materia sanitaria respecto de los procesos derivados de riesgos comunes. Podríamos decir que estos actos constituyen formas de colaboración que tienen como finalidad suministrar información adicional o complementaria a quien tiene la competencia inspectora, a saber, la Inspección Sanitaria.

Las actuaciones de la Mutua en el sentido descrito están sometidas a una serie de límites de distinta naturaleza. Unos, de orden material, en el sentido de que los actos de comprobación deben quedar reconducidos a los datos que fundamenten los partes de baja, confirmación e informes médicos complementarios, para lo cual el trabajador aportará el historial clínico que obre en su poder o, el proporcionado por el Servicio de Salud o en su defecto, podrá requerirse de aquel la documentación clínica necesaria. Otros, consistentes en garantizar la confidencialidad de las informaciones clínicas y, respetar el derecho a la intimidad y a la dignidad del trabajador en todas y cada una de las actuaciones que se realicen. A este respecto, conviene destacar que la exigencia de confidencialidad es exigida en todo caso y, por tanto, también cuando la actuación de la Mutua es requerida por el empresario. Lo cual quiere decir, que la información que suministre la Mutua deberá ir referida tan sólo a los aspectos incapacitantes y no a la información sanitaria.

F) Efectos de los actos de control

■ Es posible que los servicios médicos de la Mutua entiendan que continúa la transitoriedad de la alteración de la salud con efecto incapacitante y que, por tanto, el proceso curativo debe continuar al se la patología susceptible de curación o mejoría. En tal supuesto, aunque las normas callan, debería realizarse el correspondiente informe motivado dirigido a la Inspección sanitaria que impone la facultad de colaboración. A idéntica conclusión habría que llegar, aunque también el supuesto es silenciado, cuando el resultado de los reconocimientos aconseje el inicio del procedimiento de declaración de incapacidad permanente.

■ Regulación expresa tienen los supuestos en los que se formule propuesta de alta médica, o sea, cuando los servicios médicos de la Mutua entienden que el proceso incapacitante ha concluido, en el sentido de que "el trabajador pudiera no estar impedido para el trabajo" (art. 14.2 OM). La literalidad de la expresión puede incorporar dos supuestos distintos: uno, que el facultativo pudiera haber otorgado una baja incorrecta al carecer la alteración de la salud de efecto incapacitante, y otro, que pudiera existir un alargamiento innecesario del proceso de baja, al haber finalizado el exigido carácter transitorio del mismo. En ambos supuestos los servicios médicos de la Mutua podrán dirigir a la Inspección Sanitaria una "propuesta de alta médica" debidamente motivada. La motivación requerida, debe consistir en una calificación clínico-legal en términos similares a los que describimos, como condicionante de la expedición del parte médico de baja.

■ Idéntico efecto, la propuesta de alta médica, está previsto para los supuestos en los que el trabajador en IT "se niegue infundadamente a someterse a los reconocimientos médicos". El supuesto incluye, tanto la no comparecencia como la negativa a someterse al reconocimiento. Sin embargo, la norma silencia cuáles pueden ser las causas motivadoras de la "negativa", lo que conduce a operar con criterios de racionalidad. Y ello sin perjuicio, claro está, de los supuestos más evidentes (imposibilidad física, falta de recepción de la citación, etc.). En la medida en que el efecto de la negativa es la pro-puesta de alta ante la Inspección Sanitaria, parece razonable que el trabajador pueda alegar en este trámite y ante la Inspección, la causa motivadora de la negativa. Todo ello sin perjuicio de la impugnación del "alta médica" en el caso de producirse.

■ Producida la propuesta de alta, debe ser remitida a la Inspección, a fin de que ésta pueda remitirla al facultativo que expidió el parte de baja, quien deberán pronunciarse en el plazo de diez días, bien para confirmar la baja médica, bien para admitir la propuesta de alta. Sea cual sea la propuesta del facultativo (discrepancia, confirmación o silencio), la competencia decisoria reside en la Inspección que deberá pronunciarse en el plazo de quince días, comunicando la actuación realizada a la Entidad Gestora o Mutua que hubiese formulado la propuesta de alta.

■ El procedimiento de control que se ha analizado adolece de un importante defecto. La norma evita injustificadamente estructurar un procedimiento completo, acabado y residenciado en la Inspección Sanitaria. El actualmente existente silencia un sin fin de cuestiones que puede convertirlo en ineficaz. Así, por ejemplo, ¿qué ocurre si la Inspección no se pronuncia una vez superados los plazos?, ¿dónde están las garantías para el trabajador que

no tiene prevista audiencia? Si el resultado último es el silencio, ¿de qué sirven los controles, reconocimientos..., etc.? Los defectos en la estructuración de la actuación de la Inspección Sanitaria, pueden salvarse ordenando un procedimiento con todas las garantías, esto es, dando trámite de audiencia al trabajador, sometiendo las actuaciones a plazos de caducidad, fijando los efectos y condiciones del acto presunto, imputándose responsabilidades en los términos de los arts. 41, 42 y 79.2 LRJyPAC. El procedimiento descrito (que puede ser aplicable a un futuro órgano mixto) no exige una ampliación de plazos, los existentes pueden ofrecer las garantías necesarias.

G) El alta dada por la Mutua

Junto a la propuesta de alta médica que puede estimular el INSS o la Mutua, aparece la posibilidad de que los servicios médicos del INSS expidan, no una "propuesta", sino un "parte de alta condicional", que es cosa distinta. El interrogante es el siguiente: ¿Para expedir el parte de alta condicional, es necesario que los facultativos el INSS agoten el procedimiento común de la "propuesta"?, esto es, ¿es necesario realizar una propuesta de alta dirigida a la Inspección Sanitaria y no obtener la requerida respuesta? La contestación, evidentemente, es negativa. Se trata de dos procedimientos superpuestos, que, por su estructura, uno vacía de contenido al otro. Dicho de otra forma, la efectividad, la inmediatez y el ahorro buscado por la reforma inutiliza de hecho cualquier otro procedimiento de control.

Por eso no resultaba razonable, ni equitativo, la imposición a las Mutuas de tener que agotar el trámite de la "propuesta de alta" para poderse dirigir, en caso de silencio, a los facultativos del INSS a fin de que éstos procedan, si así lo entienden, a la expedición del parte de alta condicional[(30)].; mal podría entenderse cumplida la exigencia de la Disposición Adicional Undécima LGSS ("las disposiciones reglamentarias... establecerán... los instrumentos de gestión y control necesarios para una actuación eficaz en la gestión y control necesarios para una actuación eficaz en la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal llevada a cabo tanto por las Entidades Gestoras como por las Mutuas"). Los trámites básicos son los siguientes:

- La Mutua tendrá que tramitar la correspondiente propuesta de alta dirigida a la Inspección Sanitaria y, en caso de que aquella no fuese resuelta en los plazos establecidos, podrá la Mutua optar entre reiterar la propuesta o plantear la iniciativa de alta médica ante los servicios médicos del INSS. Si se opta por reiterar la propuesta ante la Inspección y no se obtiene respuesta, podrá la Mutua solicitar la actuación del INSS.

- La iniciativa ante los servicios médicos del INSS debe ir acompañada de toda la información necesaria (datos del trabajador, partes, informes, resultados de los reconocimientos, causa motivadora del alta y acreditación de haber agotado el trámite de propuesta ante la Inspección) para proceder, si lo estiman oportuno, a la expedición del "alta médica condicional".

- En el supuesto de que la Inspección Sanitaria no manifestara su oposición en el plazo de tres días hábiles siguientes al de la comunicación, el alta médica adquirirá carácter definitivo y, tras los trámites oportunos, la Mutua dictará el correspondiente acto de extinción de la prestación económica en los términos del RM, art. 80, con efectividad del día de efectos del alta médica, esto es, el quinto día hábil siguiente al de la expedición. En el supuesto de que la Inspección manifestara su oposición al alta médica, el INSS dará traslado de la misma a la Mutua, continuando, por tanto la situación de baja.

Así las cosas, nada extraña que mediante Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 junio, se hicieran extensivas a "los Médicos de las Mutuas" las facultades que ya venían titularizando los "Médicos adscritos" al INSS en orden a "expedir el correspondiente alta médica" bien que "a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social". Una remisión total a "los términos en que reglamentariamente se establezcan" las condiciones de ejercicio de tal facultad, unida a la ulterior pasividad del Poder ejecutivo, ha conducido a la insatisfactoria situación actual (parificación teórica, paralización práctica, contradicciones conceptuales, reformas inacabadas, dudas interminables). ●

[(30)] Arts. 6 bis del RD 575/1997 de 18 de abril y 15 de la OM de 19 de junio de 1997, según redacción dada por el RD 1117/1998 y la OM de 18 noviembre 1998.

ACTUALIDAD LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

LA INCAPACIDAD TEMPORAL: UNA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL*

EN LOS ÚLTIMOS AÑOS, LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL HA VENIDO GENERANDO GRAN LITIGIOSIDAD EN SEDE DE SUPLICACIÓN, CIRCUNSTANCIA QUE HA DEMANDADO LA POSTERIOR FUNCIÓN UNIFICADORA POR PARTE DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO. EL ESTUDIO DE ESTA ÚLTIMA CONSTITUYE OBJETO DE ANÁLISIS EN LAS PÁGINAS QUE SIGUEN. NO SE ASPIRA, POR RAZONES OBVIAS, AL EXAMEN EXHAUSTIVO Y COMPLETO DE ESTA INSTITUCIÓN, SINO A DESTACAR LAS CUESTIONES MÁS RELEVANTES QUE LA INTERPRETACIÓN DE SU NORMATIVA REGULADORA HA SUSCITADO EN LA ÚLTIMA DÉCADA.

Bartolomé RÍOS SALMERÓN

Magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo

Francisca Mª FERRANDO GARCÍA

Belén GARCÍA ROMERO

Mª Carmen LÓPEZ ANIORTE

Profesoras Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

I. REQUISITOS DE LOS BENEFICIARIOS

De conformidad con el art. 130 LGSS, serán beneficiarios del subsidio por IT las personas que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinadas en el art. 128 LGSS, siempre que reúnan, al tiempo de producirse el hecho causante, además de la condición general exigida en el número 1 del art. 124 del antedicho cuerpo legal –estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta– un período de cotización mínimo, para el caso de enfermedad común, de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores. Para los supuestos de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional la Ley no impone período previo de cotización alguno.

La interpretación de los requisitos, arriba mencionados, que la LGSS impone a los beneficiarios para causar derecho a la prestación de incapacidad temporal, ha suscitado interesantes debates en sede de suplicación que han sido finalmente resueltos por el TS en unifica-

El presente trabajo se encuadra en el Proyecto de Investigación SEC2002-01901 (2003-2006), sobre "El futuro del sistema español de protección social: análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficencia y equidad", dentro del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2000-2003, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

ción de doctrina. Al análisis de los más relevantes dedicamos las páginas que siguen.

A) ALTA O SITUACIÓN ASIMILADA

a) Demandante de empleo sin derecho a prestaciones

El TS viene descartando, en reiterada doctrina, que la mera situación de demandante de empleo pueda considerarse asimilada al alta a efectos de lucrar prestaciones económicas por IT por parte de quien antes de finalizar un proceso precedente de incapacidad temporal ha visto extinguido su contrato de trabajo[(1)].

El problema suscitado es el siguiente: se extingue la relación laboral de un trabajador en situación de IT. Finalizado, por alta, el proceso incapacitante, aquél se inscribe como demandante de empleo sin derecho a prestaciones, tras lo cual, comienza otra situación de incapacidad temporal, suscitándose la duda de si el desempleado tiene derecho a la percepción de la prestación por IT.

El Alto Tribunal resuelve la cuestión en sentido negativo, bajo el argumento de que el art. 125.1 LGSS sólo considera situación asimilada al alta la de desempleo durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia o, como se dice en el art. 4.1 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, "la situación de desempleo total y subsidiado". Dichos preceptos venían siendo interpretados en jurisprudencia precedente afirmándose que la situación asimilada al alta a que se refieren se limita al desempleo protegido a través de la prestación por desempleo del nivel contributivo, sin incluir el subsidio asistencial. Así pues, concluye el TS, en su S. de 19 de septiembre de 2003, "con mayor razón, estará excluida de la asimilación la situación de desempleo no protegida"[(2)].

b) Recaída antes del transcurso de seis meses desde la curación sin actividad laboral intermedia

La interesante STS de 5 de julio de 2000[(3)] contempla el siguiente supuesto: un trabajador sufre un accidente de trabajo y accede a la prestación por incapacidad temporal al reunir los requisitos de alta y de carencia mínima. El problema se suscita tras su recaída, antes del transcurso de seis meses desde la curación, sin que haya existido actividad laboral intermedia: el INSS deniega el acceso a la protección subsidiada en la segunda baja al considerar que no se observa el requisito de alta.

Al Alto Tribunal, avanzando en la labor integradora de los preceptos en este caso concernidos (LGSS, art. 128.2 y Orden de 13 de octubre de 1967, art. 9), reconoce la prestación por IT al trabajador accionante, bajo el argumento de que este último se encuentra sometido a la disciplina de las recaídas en la medida en que:

1) Se cuenta con el requisito temporal de aparición de la misma en el plazo de seis meses (entre alta y baja médicas).

2) Es indiferente que la contingencia sea un accidente de trabajo o que todo el tiempo intermedio no sea de actividad laboral.

Ese régimen de las recaídas significa -razona el TS- que "estamos ante un período único, generado por sufrirse, aquí, un accidente de trabajo, y que los requisitos entonces exigidos y ostentados, el de alta básicamente (porque los accidentes no requieren carencia alguna), conservan ahora, cuando la segunda baja médica, toda su virtualidad"[(4)].

B) CARENCIA

Recuérdese que, para el sólo supuesto de enfermedad común, el art. 130 LGSS exige, a fin de lucrar la correspondiente prestación económica por incapacidad temporal, un período de cotización mínimo de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores. Si bien desde alguna perspectiva dicho requisito puede resultar cuestionable, no cabe duda que el mismo se orienta a garantizar las notas de incertidumbre y carácter futuro que deben acompañar al concepto de riesgo, al tiempo que a proteger al propio sistema público de Seguridad Social frente a eventuales abusos[(5)].

El TS ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en unificación de doctrina, sobre un elevado número de supuestos conflictivos suscitados en esta materia. Examinamos, a continuación, algunos de los más relevantes:

a) "Brote" de una misma enfermedad tras agotamiento del período incapacitante anterior sin haber trabajado seis meses entre uno y otro proceso.

La cuestión litigiosa planteada es la de si se tiene derecho a prestación por IT teniendo en cuenta que, tras haberse agotado un primer período de IT derivada de enfermedad común se produce la reincorporación al trabajo y, antes del transcurso de seis meses de actividad laboral, se causa nueva baja por "brote" de la misma enfermedad (la Sala elude utilizar el término "recaída").

El INSS deniega la prestación pues, al entender de dicho Instituto, es requisito necesario para causar derecho a nueva prestación el haber trabajado al menos durante seis meses tras la reincorporación, en aplicación del art. 9.1 de la OM de 13 de octubre de 1967.

Sin embargo, el TS, en reiterada doctrina unificadora[(6)], descarta que el precepto invocado por el INSS sea el llamado a resolver la cuestión controvertida, por cuanto la OM de 1967 se limitaría a regular la posibilidad de considerar períodos nuevos de incapacidad temporal aquéllos que se producen después de seis meses de actividad efectiva en los supuestos en los que no se agotó la duración de la incapacidad tempo-

(1) SSTS 19 septiembre 2003 (RJ 2003/6428), 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/ 7052) y 18 de septiembre de 2002 (RJ 2003/499).

(2) Al respecto, precisa el TS que "ni siquiera la existencia de un potencial derecho a prestaciones por desempleo alteraría esa doctrina, pues aunque la prestación de desempleo se hubiera solicitado dentro del plazo de quince días, el derecho a la misma se retrotraería, según el art. 209 de la LGSS, al momento inicial de la situación protegida (terminación del primer proceso de incapacidad temporal con el contrato ya extinguido)".

(3) RJ 2000/8325.

(4) Concreta el TS, sobre el particular, que "conservar toda su eficacia quiere decir que el accionante accede a la protección subsidiada que postula; sin que en contra sea obstáculo atendible la inexistencia, cuando la recaída, de una renta de trabajo, a la que ese subsidio estaría llamado a sustituir (...) Lo que realmente se repara es la situación del trabajador, que le impide aceptar ofertas de empleo adecuadas; observación que es válida tanto para la incapacidad temporal como para la permanente".

(5) Véase, PÉREZ ALONSO, M.A., "La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad social: un recorrido por nuestra jusrisprudencia", Tribuna Social, núm. 44-45, Valencia, 1994, pág. 85.

(6) SSTS de 8 de noviembre 2004 (RJ 2004/7353), 30 de abril de 2004 (RJ 2004/4492), 28 de octubre de 2003 (RJ 2003/7592), 22 de octubre de 2002 (RJ 2002/10690), 25 de julio de 2002 (RJ 2002/10547) y 20 de febrero de 2002 (RJ 2002/4535).

ral[7]. La solución al problema planteado habría, pues, que buscarla en el propio art. 130 LGSS, precepto legal que establece las condiciones generales para causar derecho a una prestación de la Seguridad Social, sin que éstas puedan ser restringidas por norma reglamentaria. A partir de los anteriores razonamientos, el TS aclara que "el hecho de que la enfermedad sea nueva (…) o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar", y ello "aunque el art. 131 bis de la propia LGSS disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, pues el indicado precepto se está refiriendo al período máximo de duración de cada proceso"[8].

Sentado lo anterior, el TS concluye que para tener derecho a la prestación solicitada en el supuesto planteado, es suficiente con que se cumpla la exigencia general del art. 130 LGSS de que se hayan cotizado seis meses en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

b) Cómputo de cuotas que sirvieron para reconocer una prestación anterior

Como es razonable, la doctrina anterior resulta extensible a otros supuestos, haciendo posible, por ejemplo, que, a efectos de reconocimiento de una prestación de IT, sean tenidas en cuenta cotizaciones que sirvieron para reconocer una anterior prestación por incapacidad permanente compatible con la de incapacidad temporal, sin que sea necesario, a tal efecto, acreditar un período laboral de seis meses entre el reconocimiento de la invalidez permanente total y la baja por incapacidad temporal.

El asunto ha sido resuelto, entre otras, en la STS de 10 de febrero de 1998 (RJ 1998/1797), en la que, una vez más, se insiste en que el artículo 130 LGSS establece con toda claridad que el período de cotización de 180 días necesario para causar derecho a las prestaciones de incapacidad temporal por enfermedad común tiene que computarse dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación y no autoriza ninguna otra limitación. Como fundamento a su argumentación, el Alto Tribunal trae a colación su Sentencia de 31 de enero de 1992 (RJ 1992/141), en la que se establece la relevante doctrina de que "en el sistema español de Seguridad Social no existe con carácter general ningún principio que impida computar el mismo período de cotización para distintas prestaciones", siendo la regla general la contraria y constituyendo "la única excepción la que rige para las prestaciones por desempleo".

c) Cómputo de cotizaciones por pagas extraordinarias

El debate en este caso suscitado es el de si, a efectos del cómputo del período mínimo de cotización para el reconocimiento del derecho a la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común, sólo se han de tener en cuenta los días de trabajo cotizado o si se han computar todos los días cuota, incluyendo la cotización de las gratificaciones extraordinarias.

El TS, en sentencia de 20 de junio 2002 (RJ 2002/9897), se decanta en favor de la segunda solución. Las razones aducidas en apoyo de la misma son de doble naturaleza:

1.º Un primer argumento tiene en cuenta los criterios de la interpretación gramatical y sistemática. Así, cuando el art. 130 LGSS exige un período mínimo de cotización se está refiriendo, en principio, de acuerdo con el art. 124.2 de la propia Ley, a "cotizaciones efectivamente realizadas", y tan efectivas y reales son las cotizaciones por un período de trabajo como las que corresponden a los "días teóricos" de las gratificaciones extraordinarias. Sólo en el supuesto de la prestación por desempleo el cómputo de cotizaciones se hace, en principio, por días de trabajo; pero el legislador se cuida de hablar entonces, no de días de cotización, sino de días de ocupación cotizada (art. 110.1 y 2 LGSS).

2.º En segundo término, se toma en consideración la línea jurisprudencial de la Sala de lo Social del TS, de acuerdo con la cual deben ser evitadas las interpretaciones excesivamente rigurosas de los requisitos legales de los derechos a prestaciones sociales que restrinjan de manera desproporcionada el derecho a la protección[9].

d) Inaplicación de la "teoría del paréntesis"

A veces concurren circunstancias que imposibilitan la cotización. Así sucede en los períodos de desempleo no subsidiado (y en el pasado, durante la desaparecida situación de invalidez provisional). Se plantea la duda de si cabe aplicar en tales casos la teoría del "paréntesis" a efectos de calcular el período mínimo de carencia para lucrar prestaciones por incapacidad temporal. Dicha teoría permitiría excluir de dicho cómputo el tiempo en que el beneficiario hubiera permanecido en circunstancias en las que no existe obligación de cotizar para, de este modo, anudar las últimas cotizaciones con las efectuadas inmediatamente antes de iniciarse aquéllas.

La neutralización de dichas situaciones fue admitida por el TS para el cómputo de la carencia específica exigible para el reconocimiento de pensiones de jubilación y de incapacidad permanente[10]. Ello no obstante, más recientemente, el Alto Tribunal, en doctrina de unificación ya consolidada, rechaza la aplicación de la teoría del paréntesis para el reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal. El TS basa su decisión en tres razones fundamentales[11]:

1.º Se trata de una contingencia de carácter temporal, para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo, dentro de los cuales implícitamente se prevén situaciones eventuales de inactividad y falta de cotización que no constituyen obstáculo para tener derecho al subsidio.

2.º En esta materia la redacción de la LGSS, art. 130 a), es muy precisa al exigir un período de carencia específico.

3.º Luego, no hay margen para las interpretaciones extensivas apoyadas en doctrinas nacidas con otra finalidad.

[7] En este sentido, entre otras, SSTS de 8 de mayo 1995 (RJ 1995/3755) y 7 de abril de 1998 (RJ 1998/2691). En las mismas se precisa que, a efectos del cálculo de la duración máxima de la situación de incapacidad temporal, no son acumulables los períodos de recaída y observación cuando entre tales períodos incapacitantes medie una actividad laboral de duración superior a seis meses o la baja obedezca a distinta causa. El intervalo de actividad superior a seis meses da lugar a la iniciación de un nuevo período de incapacidad subsidiada, se deba ésta a la misma dolencia o a patología distinta.

[8] STS de 8 de noviembre 2004 (RJ 2004/7353).

[9] Exponente de esta línea jurisprudencial en materia de cómputo de períodos de cotización es la sentencia dictada en interés de Ley de 10 de junio de 1974 (RJ 1974/3021), que acogió el criterio del cómputo por días cuota para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido a efectos del derecho a la suscripción de un convenio, con la entidad gestora, de situación asimilada al alta.

[10] Así, la STS 17 de noviembre de 1992 (RJ 1992/8818) interpretó el art. 2.1 Ley 26/1985, de 31 de julio, en el sentido de que el paro involuntario con la consiguiente inscripción en la Oficina de Empleo, debe considerarse como un paréntesis para el período en que ha de acreditarse la carencia especial o cualificada.

[11] SSTS 11 de marzo de 2002 y 10 de octubre de 1994 (RJ 1994/7762).

II. LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

A) PRESTACIÓN ECONÓMICA: DETERMINACIÓN Y CUANTÍA

a) Base reguladora

Dispone el art. 129 LGSS que la prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad temporal consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esta Ley y en los Reglamentos generales para su desarrollo. Los criterios para el cálculo de la base reguladora se contienen en el art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. Se comentan a continuación algunas de las más relevantes cuestiones suscitadas en esta materia, examinadas y resueltas en unificación de doctrina por el TS.

a') Cálculo: horas extraordinarias

Conforme al artículo 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, la base reguladora de que depende el subsidio por incapacidad temporal resulta de manejar un doble criterio, según la naturaleza de la retribución que haya servido para determinar la base de cotización:

- El artículo 13.1 establece una regla general, de mensualización, que se aplicará a cualesquiera retribuciones que en el mes anterior a la baja fueren computables para cotizar, según la contingencia de que se trate (art. 13.1). La referencia a la contingencia es relevante para los casos de accidente de trabajo, porque en ellos se cotiza por horas extraordinarias, al contrario de lo que sucede en contingencias comunes (LGSS 1994, art. 109)

- Por su parte, el apartado 4 del art. 13 contiene una regla especial, de anualización, cuando en la base de cotización aparecen las "pagas extraordinarias", los conceptos retributivos que tengan una "periodicidad en su devengo superior a la mensual", y aquellos otros que "no tengan carácter periódico" .

Sentado lo anterior, es preciso dilucidar cómo se determina la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo cuando en el mes anterior a la baja médica el trabajador realizó horas extraordinarias. En la doctrina de suplicación se han desarrollado dos corrientes contrapuestas:

- Una de ellas considera que el cálculo debe realizarse conforme al promedio de las horas extraordinarias realizadas en los doce meses anteriores a la baja (art. 13.4), bajo el entendimiento de que dichas horas carecen de carácter periódico. De este modo, sólo repercutirían en el subsidio en cuanto a su valor promedio anual.

- La segunda, por su parte, tiene en cuenta la base de cotización del último mes cotizado, en la que integra la remuneración percibida por horas extraordinarias correspondiente a ese período mensual. Al efecto, aplica los apartados 1, 2 y 3 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

El TS estableció la unidad de doctrina en su sentencia de 14 de diciembre de 1999 (RJ 2000/519), recientemente confirmada en la de 21 de octubre de 2003 (RJ 2003/8801). El Alto Tribunal se ha decantado en favor de la primera opción, conforme a la cual la retribución por horas extras repercute en el subsidio solamente en su valor promedio anual. Dicho resultado es imputable, no sólo a los preceptos sobre cotización durante los tiempos de baja, sino al propio artículo 13.4 del Decreto de 1972: las horas extraordinarias no son una percepción periódica por su propia naturaleza, incluso aunque en ocasiones sea frecuente o reiterada su utilización.

b') Cálculo: actividad laboral durante escasos días durante el mes anterior a la baja

Recordemos que el artículo 13 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio, regula la manera de calcular la base reguladora para el subsidio de IT, determinando que tal base será, como regla general, el cociente que resulte de dividir la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad por el número de días a que dicha cotización se refiera.

Ahora bien, cuando un trabajador, que comienza su actividad laboral a final de mes y sólo trabaja en el mismo durante escasos días, inicia proceso de incapacidad temporal por contingencia profesional a mediados del mes siguiente, se suscita la duda de cómo calcular en este particular supuesto la base reguladora del correspondiente subsidio.

En la doctrina de suplicación se han seguido dos corrientes contrapuestas: 1º) la que considera que se ha de tomar en consideración todo el período cotizado y trabajado, desde la incorporación a la empresa hasta finales del mes siguiente, en que se produce la baja, y dividiendo a continuación por el número de días de este último mes; 2º) y la que calcula la base reguladora sobre las cotizaciones efectuadas únicamente en el mes anterior a la baja y dividiendo por el número de días de dicho mes.

El debate ha sido finalmente zanjado por el TS, quien ya cuenta en esta materia con una consolidada doctrina de unificación, de la que constituye uno de sus más recientes exponentes la STS de 23 de septiembre 2002 (RJ 2002/10652)[(12)]. Para el Alto Tribunal, el art. 13 del Real Decreto 1646/1972, regula, de forma clara y precisa, la manera de calcular la base reguladora para el subsidio litigioso (en los términos más arriba expuestos), no distinguiendo, al efecto mencionado de fijar la base reguladora de incapacidad temporal, entre trabajadores que prestan su actividad laboral durante todo ese mes anterior a la baja o que lo hagan sólo durante unos días. Así pues, concluye el TS, "no cabe una interpretación distinta a la que resulta de la propia literalidad del precepto, que sólo contempla (…) la excepción referida al trabajador que inicia el período de incapacidad temporal en el mismo mes en el que empieza a trabajar, supuesto en el que, lógicamente, se aplican las bases de cotización correspondientes a dicho mes".

c') Cambio de base reguladora tras recaída de IT anterior

El problema en esta ocasión planteado es el siguiente: un trabajador, a consecuencia de un accidente sufrido, es declarado en situación de IT y pasa a percibir el subsidio en función de altas bases de cotización. Posteriormente, recibe el alta médica, desempeña su actividad por un tiempo inferior a seis meses y causa baja por recaída. Durante el período de actividad intermedio su base de cotización se ve reducida por cuanto ha cesado la situación de pluriempleo anterior.

La cuestión que es necesario dilucidar es la de si ha de seguir abonándose la prestación sobre la base reguladora inicial, en la medida en que la recaída es consecuencia de las secuelas derivadas de accidente anterior, o si aquélla ha de ser recalculada tomando en consideración las bases de cotización correspondientes al período de actividad intermedio.

El asunto ha sido resuelto en unificación de doctrina, en STS de 2 de octubre 2003 (RJ 2003/7375). El Alto Tribunal, tras constatar que las normas que regulan la materia (arts. 13 D. 1646/1972, de 23 de junio, y 9 Orden de 13 de octubre de 1967), se limitan a fijar su cuantía inicial y a establecer su duración, pero sin llegar a resolver la

[(12)] *En el mismo sentido, véanse, entre otras, SSTS 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9309), 15 de febrero de 1999 (RJ 1999, 3749) y 17 de octubre de 2001 (RJ 2002/2460).*

cuestión suscitada, advierte que será necesario buscar una solución al margen de la mera literalidad de la normativa reguladora de la contingencia, una solución que se acomode perfectamente a la finalidad del subsidio, contributivo y sustitutivo de rentas salariales previas.

Siendo ello así - concluye el Alto Tribunal- la prestación habrá de estar "conectada con la situación más próxima a la de la última baja, que es además el período más próximo por el que se ha cotizado". De este modo, al producirse la recaída se habrá de volver a calcular la base reguladora de la prestación en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento, de conformidad con las previsiones generales del art. 129 LSS y art. 13 del Decreto de 1972.

En apoyo de este criterio, el TS trae a colación la jurisprudencia que mantiene que a partir de la normativa aplicable a esta prestación no se puede sostener que una recaída después de trabajar menos de seis meses dé derecho a la prestación que se tenía, pues, al contrario, una recaída supone el inicio de una nueva situación que determinará la aplicación del régimen jurídico que en ese momento corresponda[13].

B) COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

a) Salarios de tramitación

Cuando el despido de un trabajador es declarado judicialmente nulo o improcedente y éste accede a la situación de IT, cabe plantearse si el mismo conserva el derecho a percibir el correspondiente subsidio durante el lapso de tiempo en que coincidan la IT y la obligación empresarial de abonar los salarios de tramitación. En los supuestos en esta ocasión examinados, el INSS deniega el pago del subsidio durante el tiempo en que se tuvo derecho a los salarios de tramitación, al rechazar la compatibilidad entre aquél y éstos; considera la Entidad Gestora que, de aceptarse dicha compatibilidad decaería la finalidad del subsidio de reparar un estado de necesidad económica, a la vez que se generaría un enriquecimiento injusto.

El TS, en una consolidada doctrina que arranca de su sentencia de 16 de junio de 1994 (RJ 1994/5442)[14], acepta la tesis de la incompatibilidad, si bien extrae de la misma consecuencias opuestas a las pretendidas por el INSS, de suerte que no será la entidad gestora sino el empresario quien quedará liberado de su obligación, por cuatro razones fundamentales:

1) La indemnización por IT es una prestación contributiva sólo condicionada a la imposibilidad de trabajar y a la necesidad de recibir asistencia médica, amén de estar en alta y tener la carencia exigida.

2) Esta prestación no se pierde por tener otros ingresos y sí por trabajar (art. 130 LGSS Y 11.1.d Orden 13 de octubre de 1967).

3) Es una situación que suspende el contrato de trabajo (art.45. c ET) y que exonera, por tanto, de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar.

4) La única previsión legal que contempla la percepción por parte el trabajador de una cantidad que cubra lo adeudado por salarios de tramitación libera al empresaio deudor de estos salarios, y no al que satisface la cantidad (art. 56.1.b ET)[15].

La reciente STS de 22 de julio de 2004 (RJ 2004/7116) ha extendido la doctrina anterior al supuesto de improcedencia reconocida en conciliación administrativa.

b) Pluriactividad

El art. 132.1.b) LGSS establece que el derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido "cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena". Es ésta una previsión pensada para la generalidad de las situaciones, es decir, para aquellas en las que un trabajador tiene un solo trabajo por el que se halla dado de alta. Con la misma se pretende impedir el fraude que podría suponer que quien está percibiendo una prestación por su incapacidad para trabajar derivada de una enfermedad, se halle, sin embargo, trabajando.

Pero la interpretación del precepto se complica cuando, como consecuencia de tener el afectado por la incapacidad una doble actividad, se halla obligatoriamente afiliado a dos regímenes de la Seguridad Social distintos. El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre diversos aspectos de esta complicada materia en algunas de sus sentencias dictadas en unificación de doctrina:

a') Mera situación de alta, sin actividad, en otro Régimen del sistema

En la STS de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/3651) se contempla el siguiente supuesto: un trabajador afiliado al Régimen General y al Especial de Autónomos permanece en situación de IT, por enfermedad común, para su actividad por cuenta ajena, y en alta para su actividad por cuenta propia. La cuestión que el TS ha de dilucidar es la de si la mera situación de alta en el RETA, sin desarrollo de actividad, es causa de denegación de la prestación por IT en el Régimen General.

El Alto Tribunal resuelve el problema mediante la interpretación literal del precepto aplicable a este caso, es decir, el art. 132.1.b) LGSS, de donde claramente se deduce que lo incompatible con la enfermedad es el trabajo efectivo. Conforme a lo anterior, en un caso como el presente en el que el interesado no había llevado a cabo ningún trabajo por cuenta propia durante el período de baja por enfermedad en su trabajo dependiente, no concurriría el supuesto previsto en el art. 132.1.b) LGSS, resultando, por lo tanto, injustificada la denegación de la prestación por parte del INSS.

b') Realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena

El caso que ahora se examina presenta relevantes particularidades respecto del anterior. Si bien vuelve a contemplarse el supuesto de un trabajador con doble actividad, por cuenta ajena y propia, lo que ahora se cuestiona no es la compatibilidad entre la prestación de incapacidad temporal causada en un Régimen de la Seguridad Social con la mera alta en otro, sino con el desarrollo de un trabajo encuadrado en otro Régimen del sistema.

Pese a las sustanciales diferencias existentes con el supuesto arriba examinado, también ahora el TS, en su sentencia de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/4364), reconoce la compatibilidad entre ambas situaciones. Ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes –una de las cuales exige gran esfuerzo físico y la otra es sedentaria–[16], el Alto Tribunal considera

[13] *SSTS 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10031) y 18 de febrero de 1999 (RJ 1999/2016), en las que se contemplan supuestos en los que el trabajador no reunía la carencia necesaria cuando inició la IT y sí que la tenía cuando se produjo la recaída.*

[14] *En la misma línea, SSTS 24 de junio de 1996 (RJ 1996/5388), y 22 de julio de 2004 (RJ 2004/7116).*

[15] *Obviamente el TS se refiere al supuesto en que el trabajador despedido hubiera encontrado otro empleo en fecha anterior a la de la sentencia que declare el despido improcedente.*

[16] *Concretamente, el motivo de la baja médica y del correspondiente proceso de IT fue una "hernia discal", dolencia que le impedía realizar una actividad como la agraria, sometida a graves rigores físicos y climatológicos, pero que, sin embargo, no afectaba a la realización de su actividad por cuenta ajena de naturaleza sedentaria, no sometida a especiales esfuerzos (auxiliar administrativo), y desarrollada, además, a tiempo parcial (véase, STS de 19 de febrero de 2002, RJ 2002/4364).*

posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal (art. 128.1 LGSS), que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro.

Bajo esta perspectiva –concluye- negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador, que ejerce una pluriactividad, por la que está en alta y cotiza, en estado de clara desprotección. De otro lado, tal resultado "sería contrario al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al efecto útil de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social".

c) Pensión por incapacidad permanente total

En este apartado examinamos dos supuestos distintos (de los que, como es lógico, el TS deduce consecuencias diversas): por una parte, la concurrencia entre prestación por IT y pensión de IP con efectos retroactivos, y por otra, la eventual percepción por parte del pensionista por incapacidad total que sigue trabajando del subsidio por incapacidad temporal.

a') Concurrencia de prestación por incapacidad temporal y pensión por incapacidad total con efectos retroactivos

En el caso de declaración en sede judicial de incapacidad permanente total con efectos retroactivos, el TS, en reiterada doctrina unificadora, de la que constituye uno de sus más recientes ejemplos la S. de 9 de julio de 2001 (RJ 2001/7313)[(17)], ha declarado que se ha de aplicar, en cuanto más beneficiosa, la prestación de incapacidad temporal en el período de la retroacción, no abonándose durante el mismo la prestación de incapacidad permanente total.

Los argumentos en los que el Alto Tribunal fundamenta el sentido de su resolución son, básicamente, los siguientes:

1) Estamos en presencia de un supuesto de concurrencia de prestaciones que se produce al margen de la sucesión normal entre una incapacidad temporal y la permanente. Dicha concurrencia, al afectar a una pensión y a un subsidio no está comprendida en el art. 122 LGSS que establece la incompatibilidad de pensiones.

2) Hay incompatibilidad, como reconocen las dos partes, porque en nuestro Ordenamiento la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida.

3) Faltando una norma que regule la selección entre las dos prestaciones incompatibles, la laguna ha de integrarse con la norma del artículo 122, que permite la opción el beneficiario, lo que en la práctica coincide con el criterio de la prestación más favorable para el beneficiario que recoge el art. 131.bis.3 LGSS.

4) La solución sería distinta si la IT cubriera la pérdida de una renta profesional derivada de una profesión no comprendida en la declaración de IPT[(18)]. Esta matización es la que explica la distinta solución ofrecida por el TS en el supuesto que a continuación se comenta:

b') Pensionista por incapacidad total que sigue trabajando

Cabe la posibilidad de que una persona que ha sido declarada en incapacidad permanente para una determinada profesión y pasa a trabajar en otra diferente, desarrolle la actividad y funciones propias de esta última con toda normalidad durante un largo período[(19)], y que, sin embargo, al cabo de ese tiempo los padecimientos originarios, causantes de la invalidez permanente, le impidan transitoriamente el desempeño del nuevo trabajo.

En tales supuestos, señala el TS en su sentencia de 10 de junio de 1997 (RJ 1997/4698), con la que consolida doctrina unificada anterior[(20)], no parece razonable privar del subsidio de IT al interesado, que había venido desarrollando la labor de la segunda profesión sin merma alguna durante un tiempo dilatado.

La compatibilidad sólo cesaría cuando la misma evidenciase la existencia de fraude por parte del beneficiario, por ejemplo, cuando la imposibilidad para llevar a cabo la nueva actividad, por causa de las mismas dolencias que determinaron el reconocimiento de la incapacidad permanente en la anterior profesión, existiese desde el mismo momento en que el interesado fue contratado en el nuevo trabajo, pues ello evidenciaría que "este nuevo contrato laboral no respondía a una real prestación de servicios y que fue concertado con el fin de conseguir, en su momento, nuevas prestaciones de la Seguridad Social".

C) COTIZACIÓN

Dentro del plazo máximo previsto por el art. 128 LGSS continúa la obligación de cotizar según el art. 106.4 LGSS. Ahora bien, pese a que el art. 131 bis 1 no cita la terminación del contrato de trabajo como causa de extinción de la situación de incapacidad temporal, y por tanto el trabajador continúa percibiendo el subsidio en las condiciones establecidas en el art. 222.1 LGSS, la jurisprudencia ha entendido que tras la finalización de la relación laboral desaparece la obligación de cotizar, sin que pueda imputarse ésta al empresario, ni al INEM, salvo en los lapsos en que la incapacidad se superpone al período de desempleo contributivo[(21)].

De otro lado, extinguida la situación de incapacidad por agotamiento de su plazo máximo, desaparece la obligación de cotizar. Por ello, pese a que el art. 131 bis 2 LGSS prevea la prórroga del subsidio en caso en que se produzca la demora en la calificación de la incapacidad permanente para evitar la desprotección del incapaz, durante dicho período de espera "no subsistirá la obligación de cotizar", según declara el párrafo tercero del mismo precepto[(22)], y reitera la Disp. Ad. 5ª.2 del RD 1300/1995. Como consecuencia de esta previsión, la prórroga por demora de la calificación de la

[(17)] En el mismo sentido, véanse, SSTS de 22 mayo 2001 (RJ 2001/5476) y 19 diciembre 2000 (RJ 2001/825).

[(18)] STS 29-09-1995, RJ 1995/6924

[(19)] Téngase en cuenta que, conforme al art. 141.1 LGSS, en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

[(20)] Véase, STS 29 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6924).

[(21)] Por todas, SSTS de 21 enero 1994 (RJ 1994/359), 19 julio 1996 (RJ 1996/6370), 28 abril 1997 (RJ 1997/3546), 4 abril 2000 (RJ 2000/3279), y 20 julio 2001 (RJ 2001/7800).

[(22)] Téngase en cuenta que la reforma introducida por la Ley 24/2001, estableciendo el mantenimiento de la obligación de cotizar (nuevo párrafo tercero del art. 131 bis 3 LGSS), no se refería a la prórroga durante la demora para la calificación de la IP, sino únicamente a la prórroga que tiene lugar tras el alta médica con propuesta de IP que se produzca antes del agotamiento del plazo máximo de duración de la IT, sin ulterior declaración de IP, y hasta la extinción del citado plazo máximo o de la relación laboral.

incapacidad permanente, supone la existencia de lagunas de cotización en la carrera asegurativa del trabajador, cuyos efectos perniciosos en el devengo de futuras prestaciones han sido parcialmente neutralizados por la jurisprudencia, mediante la aplicación de la "teoría del paréntesis" que antaño se aplicara a la extinta invalidez provisional, durante la que tampoco existía obligación de cotizar. Según esta doctrina, el período no cotizado por esta prórroga se considera tiempo muerto a efectos del cómputo de la carencia específica y del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente[(23)].

Igualmente, como ocurría al acceder a la situación de invalidez provisional, la empresa debe cursar el correspondiente parte de baja del trabajador a la Seguridad Social a fin de poner término a su obligación de cotizar durante la prórroga[(24)]. Pero, tratándose de un trabajador por cuenta propia, será la TGSS quien comunique al trabajador la baja de oficio por el transcurso del plazo máximo de 18 meses, sin perjuicio de que el trabajador quede en situación asimilada al alta, según jurisprudencia unificada[(25)].

III. NACIMIENTO, DURACIÓN Y EXTINCIÓN DEL DERECHO AL SUBSIDIO

A) NACIMIENTO

a) Principio de automaticidad: requisitos

Uno de los rasgos distintivos del derecho al subsidio por incapacidad temporal consiste, como se sabe, en que su nacimiento no se halla condicionado a la solicitud formal por parte del interesado, de forma que la Entidad Gestora ha de proceder a su abono directo y automático, conforme al principio de automaticidad.

Este principio, que juega aun en caso de descubierto o retraso en el pago de cotizaciones por parte del empresario[(26)], no alcanza sin embargo a las prestaciones por incapacidad en caso de ausencia de alta del trabajador en el momento de producirse el hecho causante, según ha precisado la doctrina de casación[(27)].

Ahora bien, la automaticidad de su reconocimiento está condicionada a la presentación de los correspondientes partes de baja y confirmación. En el RETA corresponde remitir dichos partes al propio trabajador autónomo en el plazo de 5 días desde su expedición (art. 5 Orden Ministerial de 19 de junio de 1997), si bien la STS de 26 de octubre de 2004 (RJ 2004/7827) ha entendido, con criterio flexibilizador, que su remisión fuera de plazo, siempre que se efectúe durante el curso de la enfermedad, no obsta al reconocimiento automático de la prestación, máxime cuando la enfermedad padecida pudiera razonablemente haber impedido la presentación de los partes en el plazo establecido.

Cuestión distinta es la trascendencia del retraso en la presentación de los mencionados partes médicos en orden a la caducidad de las mensualidades, así como sus consecuencias disciplinarias en el ámbito de la relación laboral, cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena.

b) Plazo de caducidad. Inaplicación del plazo de retroacción de tres meses

En lo que concierne a la prescripción y caducidad de la prestación por IT, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 26 de octubre de 2004 (RJ 2004/7827) y 28 de mayo de 2001 (RJ 2001/5447) reitera la doctrina dictada en casación para la unificación de doctrina en sentencias anteriores[(28)], según la cual el reconocimiento de las prestaciones por IT, tanto en el RGSS como en el RETA, se rige por el principio de oficialidad de los documentos presentados, de ahí que no se exija solicitud de reconocimiento formal por parte del interesado, sino que corresponda a la Entidad Gestora su abono directo y automático, siempre que el beneficiario reúna los presupuestos generales para su percepción.

Corolario del principio de oficialidad es, según la jurisprudencia precitada, la inaplicación de la retroacción de tres meses prevista en el art. 43.1 LGSS a la prestación económica por IT, aun en el supuesto de presentación extemporánea de los partes de baja, pues dicho precepto tiene por objeto limitar el alcance del reconocimiento a los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud para que la prestación sea reconocida, solicitud que no se exige para la prestación de IT[(29)].

Con todo, a efectos de la reclamación del pago de las prestaciones periódicas ya reconocidas, sí rige el art. 44 LGSS que dispone un plazo de caducidad de un año, computable mes por mes. Así pues, las mensualidades del subsidio de IT caducan al año de su vencimiento.

B) DURACIÓN DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN

a) Período inicial y prórroga del subsidio en la incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente

La función unificadora del Tribunal Supremo en materia de duración del subsidio por incapacidad temporal se ha centrado en la interpretación del requisito del art. 128.1.a), en la medida en que condiciona la prórroga de seis meses, una vez agotado el período inicial de 12 meses de la IT, a que "se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación". Dicha presunción se consideraba implícita en los partes de confirmación de baja emitidos por los servicios médicos compe-

[(23)] SSTS de 7 febrero 2000 (RJ 2000/1610), 1 octubre 2002 (RJ 2003/3153), 25 octubre 2002 (RJ 2003/1907), 11 diciembre 2002 (RJ 2003/1958) y 26 febrero 2003 (RJ 2003/3257).

[(24)] Resolución DGOJECSS de 19 mayo 1995 (Catálogo de Resoluciones Administrativas del INSS, MTAS, 2002, pág. 336)]. La presentación del parte de baja por la empresa en la Seguridad Social, no obedece en este caso a voluntad extintiva del contrato de trabajo, sino que tiene por objeto complementar las normas de Seguridad Social para suspender las obligaciones de pago delegado y de cotización, según expresa la STSJ Cataluña de 24 octubre 1996 (AS 4795).

[(25)] SSTS de 2 febrero 2005 (RJ 2005/2780), 28 mayo y 20 enero 2004 (RJ 2004/ 7098 y 3908) y 16 junio 1998 (RJ 1998/5783).

[(26)] Obviamente sí es relevante en el caso de los trabajadores autónomos, a quienes se exige estar al corriente en el pago de las cotizaciones en la fecha en que se entienda causada la prestación correspondiente a efectos de lucrar el subsidio de incapacidad temporal (art. 3.2 RD 2110/1994, de 28 de octubre).

[(27)] Por todas, véanse, las SSTS de 24 junio 2000 (RJ 2000/5116), 9 diciembre 1996 (RJ 1996/9137), de 22 (dos) abril 1994 (RJ 1994/3271 y 3273).

[(28)] SSTS de 9 octubre 1992 (RJ 1992/7627), 12 febrero 1993 (RJ 1993/1161), 20 septiembre 1993 (RJ 1993/6885) y 19 noviembre 1993 (RJ 1993/8698), 1 febrero 1999 (RJ 1999/85) y 4 julio 2000 (RJ 2000/6288).

[(29)] Véase, igualmente, la STS de 9 febrero 1988 (RJ 1988/603), dictada en recurso de casación por infracción de ley.

tentes tras el agotamiento del período inicial de ILT, por lo que la inexistencia de resolución oficial decidiendo la prórroga con anterioridad a la finalización del período de doce meses no impedía su apertura[30].

Con todo, en la actualidad, el art. 7.1 RD 575/1997 preceptúa que la posibilidad de recuperación en el transcurso de seis meses ha de ser manifestada expresamente en el informe médico complementario (elaborado por los servicios médicos del Servicio Público de Salud correspondiente o la Mutua), que debe acompañar el parte de confirmación de la baja. Dicho precepto parece tener por objeto desvirtuar el principio jurisprudencial de automaticidad en la prórroga de la IT en caso de persistir la situación de baja médica, impidiendo que la prórroga opere de forma tácita, cuando tras la expiración del período inicial de 12 meses continúen emitiéndose partes de baja[31].

b) Recaídas e interrupción del cómputo de la duración del subsidio

a') Concepto

La referencia en el art. 128.2 LGSS, a los períodos de <<recaída>> como computables a efectos del período máximo de duración de la IT, ha suscitado, a falta de una definición legal, gran litigiosidad precisando por ello de exégesis jurisprudencial a lo largo de la última década. Partiendo de una interpretación sensu contrario del art. 9.1 Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, según el cual "si el proceso de incapacidad se viera interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad", el Tribunal Supremo ha concluido en que la misma consiste en una baja médica por idénticas dolencias acaecida dentro de un período de seis meses desde el alta médica.

Por esta razón, no se considera recaída la baja por dolencias distintas ni la aparición de dolencias concurrentes durante un período de IT, pues dan comienzo a un nuevo período de incapacidad temporal.

Tampoco constituye recaída la producida transcurridos seis meses, con independencia de las dolencias que la causen, y ello porque el art. 9.1 OM hace prevalecer el criterio temporal frente al causal cuando la baja se produce superado dicho plazo, de forma que, en tal caso aun debiéndose a idénticas dolencias la nueva baja tendrá como consecuencia la interrupción del proceso de incapacidad temporal y el inicio del cómputo de un nuevo plazo[32]. Precisa la jurisprudencia que la interrupción de la anterior situación y apertura de un nuevo período de incapacidad temporal tendrá lugar incluso cuando el trabajador no hubiera sido dado de alta por curación sino por agotamiento del plazo máximo de la situación anterior[33].

● Tampoco existía acuerdo en la doctrina de suplicación en cuanto al sentido que debía darse a la expresión contenida en el precitado art. 9.1 OM, relativa a "períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses". En este punto, la STS de 5 de julio de 2000 (RJ 2000/8325), efectuando una interpretación flexible del concepto legal de recaída, viene a declarar que a efectos de considerar si la segunda baja producida por las mismas dolencias dentro de los seis meses siguientes al alta constituye o no una recaída, la LGSS no exige el desarrollo efectivo de una actividad laboral entre el alta por curación y la segunda baja médica, ni la existencia de rentas del trabajo.

Más complejo resulta el supuesto en que la incapacidad anterior por las mismas dolencias ha agotado su duración máxima, y el trabajador causa nueva baja por las mismas dolencias dentro del plazo de seis meses. La jurisprudencia distingue aquí el caso en que el trabajador no está en alta al momento de la baja, en cuyo caso niega la posibilidad de iniciar un nuevo período de incapacidad subsidiada[34], de aquel otro en que la trabajadora se reincorporó al trabajo, y se hallaba en alta y cotizando cuando sobrevino la nueva baja, supuesto en el que reconoce el derecho al inicio de un nuevo período de incapacidad temporal, pese a no haber completado seis meses de cotización entre el alta y la nueva baja[35]. La Sala Cuarta considera este supuesto, un nuevo proceso de la enfermedad anterior, análogo al de la baja por nueva enfermedad, de ahí que declare que no le es de aplicación el régimen de las recaídas regulado en el art. 9.1 OM, sino el art. 130.a) LGSS, que únicamente exige a fin de acceder a las prestaciones de incapacidad temporal, haber cotizado ciento ochenta días en los cinco años anteriores.

● En lo que concierne a la exigencia de los requisitos para causar derecho a la prestación cuando se produce una recaída, la jurisprudencia postula una interpretación de la legislación acorde con el art. 41 CE y el principio de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas, concluyendo que:

a) Cuando en la fecha de la recaída el trabajador no reuniera los requisitos de acceso (cotización o alta) a la prestación por incapacidad temporal, pero sí lo hiciera en la fecha de la primera baja, puesto que se trata de un único período de incapacidad temporal, los requisitos exigidos y ostentados en el momento de la primera baja conservan toda su virtualidad respecto de la segunda baja médica[36].

b) En el caso contrario, es decir, cuando el trabajador no reuniera los requisitos de acceso a la prestación en la fecha de la primera baja, siéndole denegada entonces la prestación, pero como consecuencia de la realización de un posterior período de actividad pudiera acreditar su concurrencia en la fecha de la recaída, el trabajador tendrá derecho a la prestación.

Según razona el Tribunal Supremo, resultaría contrario al principio de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas, "y al de proporcionalidad, consagrar una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de incapacidad temporal por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta, tal defecto inicial se prolonga indefinidamente en el tiempo futuro sin posibilidad para el beneficiario de acceso al reco-

[30] SSTS de 18 julio 1995 (RJ 1995/6310), y de 19 junio y 20 octubre 1993 (RJ 1993/7559 y 8056). Igualmente el INSS [Criterio refundido IV/3/11, y Circulares núms. 14/1985, de 22 mayo y 18/1986, de 9 mayo (BISS núms. 5/93 y 5/131, respectivamente; Tribuna Social, núms. 44/45, 1994, págs. 144 y 145)] había afirmado que de no mediar informe del órgano competente al término de los 12 meses, debía considerarse prorrogada la situación de ILT.

[31] La STS de 28 febrero 1998, FD. 2º.2 (RJ 1998/2219), advierte de la existencia de esta nueva regulación, si bien declara su inaplicación al caso del recurso.

[32] SSTS de 8 mayo 1995 (RJ 1995/3755), 10 diciembre 1997 (RJ 1997/9311), 7 abril 1998 (RJ 1998/2691) y 23 julio 1999 (RJ 1999/6465) y de 26 septiembre 2001 (RJ 2002/326).

[33] SSTS de 1 febrero 1999 (RJ 1999/1143) y 24 marzo 1998 (RJ 1998/3008).

[34] STS de 17 diciembre 2001 (RJ 2001/7790).

[35] SSTS 20 febrero 2002 (RJ 2002/4535), 22 octubre 2002 (RJ 2002/10690), 28 octubre 2003 (RJ 2003/7592) y 30 abril 2004 (RJ 2004/4492).

[36] STS de 5 julio 2000, cit.

nocimiento de la situación y prestación económica una vez cumplidos los requisitos habilitantes, máxime cuando tratándose de Seguridad Social pública, los preceptos que puedan restringir derechos individuales, deben ser interpretados de forma restrictiva (SSTS 9 junio 1997 (RJ 1997/4697)] y, en el caso examinado, ninguna norma existe que prohíba acceder al reconocimiento de una situación de incapacidad temporal, a quien en la fecha de la última baja por enfermedad que le origina impedimento para trabajar, cumple con el requisito de carencia que no cubrió en una anterior fecha de baja por la misma dolencia".

No obstante, en este supuesto, la fecha de inicio del cómputo no es la del hecho causante, sino la del reconocimiento de la prestación que es la fecha de la recaída, pues sólo entonces concurren los requisitos habilitantes que hacen posible su reconocimiento[37].

c) Trascendencia de determinadas vicisitudes que afectan a la relación laboral en la duración de la situación de incapacidad temporal: Interrelación de las situaciones de maternidad e incapacidad temporal

Reiterada jurisprudencia, que inician las dos SSTS de 20 de enero de 1995[38], relativas a los supuestos de maternidad subsiguientes al alta en una situación de ILT derivada de enfermedad común en pago directo por haberse extinguido la relación laboral, declara la conveniencia de considerar dicha situación como asimilada al alta.

Esta jurisprudencia se basa en la analogía de la ILT en pago directo con la situación de invalidez provisional, que fue considerada como situación asimilada al alta a efectos de determinadas prestaciones[39], pese a que durante la misma el pago era directo y no se mantenía la cotización. Avala esta conclusión la propia intercomunicación entre las situaciones de la antigua ILT, por enfermedad y por maternidad, admitida en su día por el art. 12.3 Orden de 13 de octubre de 1967, y en la actualidad, ya respecto de las situaciones de IT y maternidad, por los arts. 9 y 10 RD 1251/2001[40].

No obstante la consideración de la situación de IT tras la extinción del contrato de trabajo como situación asimilada a la de alta a efectos de causar derecho a la prestación económica por maternidad exige que la baja por maternidad se produzca sin solución de continuidad, esto es, interrumpiendo la situación de IT o coincidiendo en el mismo día o en el siguiente a aquel en que se extinga dicha situación por alta médica (art. 10.4.2.ª RD 1251/2001).

C) CAUSAS DE EXTINCIÓN

La IT finaliza por las causas señaladas en el art. 131 bis apartado 1 LGSS, de las cuales, la extinción por el agotamiento del plazo máximo establecido para la situación IT, y por alta médica con o sin declaración de IP, constituyen el origen de buena parte de la jurisprudencia unificadora en la materia, por lo que en ellas centramos las líneas que siguen.

a) Extinción por agotamiento del plazo máximo: Prórroga de los efectos de la incapacidad temporal por demora de la calificación

a') Supuesto de hecho

La prórroga de los efectos de la IT por demora de la calificación de la IP tiene lugar cuando, tras el agotamiento del plazo máximo de la IT, subsiste la incapacidad del trabajador, circunstancia que impide el alta por curación, pero tampoco cabe valorar de forma inmediata la invalidez del trabajador –que, de ser posible, se habría realizado en el plazo de 3 meses (art. 131 bis 2 párr. 1.º LGSS)–, pues la situación clínica del impedido aconseja demorar la declaración de IP por más tiempo, según dispone el párrafo segundo del art. 131 bis apartado 2. El art. 7.3 RD 575/1997 de 18 de abril, que regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, establece a este respecto la necesidad de que exista dictamen previo de los servicios médicos del INSS *"en el que expresamente se señale la conveniencia de no proceder de inmediato a la calificación de la invalidez permanente, atendida la situación clínica del interesado y la necesidad de continuar con el tratamiento médico"*.

Desde un punto de vista formal, la jurisprudencia ha supeditado además la apertura de la prórroga especial a la existencia de informe-propuesta de incapacidad permanente, en grado de total, absoluta o gran invalidez. Esta condición no es sino fruto de la exégesis judicial del art. 131 bis 2 LGSS a la luz de la anterior normativa sobre la prórroga de la ILT, respecto de la cual, el art. 10.2 Orden de 13 de octubre de 1967 disponía que la situación de ILT que hubiera de extinguirse por alta médica, prorrogaría sus efectos en caso de que el facultativo diese de alta médica con declaración de IP, o la Inspección de Servicios Sanitarios emitiera informe-propuesta de IP[41].

No obstante, según ha matizado con acierto la STS de 29 de enero de 1997[42], cuando el trabajador disconforme impugne el alta y, tras solicitar la calificación de IP, se produzca finalmente la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez -bien por resolución del INSS que, pese a la propuesta inicial, apreciara su existencia, o bien mediante sentencia judicial que la declarara-, tendrá derecho a que le sea reconocido el subsidio desde el alta hasta la resolución del INSS, ya que el alta fue errónea pues debió ser con propuesta de IP. Ello, siempre que –como precisa el citado pronunciamiento– con la

[37] *SSTS de 24 noviembre 1998 (RJ 1998/10031) y 18 febrero 1999 (RJ 1999/2016).*

[38] *RJ 393 y 1146, resolviendo sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, cuya fundamentación ha sido asumida posteriormente en numerosos pronunciamientos.*

[39] *Refiriéndose a las prestaciones por desempleo [art. 2.1.e) RD 625/1985], jubilación (art. 161.3 LGSS), muerte y supervivencia [art. 172.1.b) LGSS] e incapacidad permanente [STS de 14 abril 1980 (RJ 1980/1622)]. Véase asimismo STS de 10 mayo 1996 (RJ 1996/4389).*

[40] *Cfr. STS de 10 mayo 1996 (RJ 1996/4389).*

[41] *Por esta razón la jurisprudencia [SSTS de 24 noviembre 2003 (RJ 2004/291), 5 marzo 1999 (RJ 1999/2065), 14 julio 1997 (RJ 1997/5699), 2 abril 1996 (RJ 1996/2978), 24 marzo (RJ 1995/8986), 29 mayo (RJ 1995/4011) y 22 noviembre 1995 (RJ 1995/8683)] ha negado la prórroga de las prestaciones de IT en caso de alta médica con propuesta de lesiones permanentes no invalidantes. Igualmente, respecto del alta con informe-propuesta de IP Parcial, véase, STS de 26 octubre 1999 (RJ 1999/7555).*

[42] *RJ 1997/642. Se refería la citada sentencia a un supuesto de extinción de ILT por alta por curación, siendo posteriormente declarada en vía judicial la IP TOTAL. Entendió el tribunal que aun cuando el art. 10.2 Orden de 13 octubre 1967 (redactado según Orden de 21 abril 1972) sólo concede la continuidad del derecho al subsidio por ILT cuando el alta efectuada por el facultativo o la Inspección de Servicios Sanitarios fuera con informe-propuesta de declaración de invalidez, también procede mantener tal derecho, cuando en el procedimiento de declaración de la invalidez se acredita que el alta debió ser con propuesta de IP. Cfr. Criterio INSS 98/33 (Régimen Jurídico de las Prestaciones. Criterios de aplicación en supuestos consultados, INSS, 1998, págs. 106 y 107).*

impugnación del alta y de la resolución denegatoria de IP[43], se reclamara la continuación del subsidio de IT, y el beneficiario no se hubiera reincorporado al trabajo.

b') Plazo para declarar la incapacidad permanente y duración de la prórroga de los efectos económicos de la Incapacidad Temporal

El art. 131 bis 2 LGSS concede al INSS la posibilidad de ampliar el plazo para proceder a la valoración y determinación del grado de incapacidad, hasta alcanzar los 30 meses desde el inicio de la situación de IT, sin que la norma distinga entre la causa determinante de la IT o el período cotizado. Entretanto, y al objeto de evitar la desprotección del impedido, el art. 131 bis apartado 3 LGSS prevé la prórroga de los efectos de la situación de la IT hasta la calificación de la incapacidad. En realidad, el mencionado apartado determina la ultraactividad de los efectos económicos de la IT ya extinguida, en suma, la continuidad del percibo del subsidio de IT, en tanto no exista resolución del INSS sobre la incapacidad.

El subsidio se devengará durante el transcurso de este período de espera hasta la fecha de calificación de la IP, conforme establece el art. 131 bis 3 párrafo 2, calificación que el art. 6.3 RD 1300/1995 considera producida en la fecha de la resolución del Director provincial del INSS, que pone fin al expediente de incapacidad. En virtud de dichos preceptos, y del principio general sentado en el art. 57.1 Ley 30/1992, según el cual los actos de las Administraciones Públicas surtirán efectos desde la fecha en que se dicten, la jurisprudencia ha concluido de forma reiterada desde la STS de 20 de enero de 2000[44], que los efectos de la IT no se prorrogan hasta la fecha de su notificación.

Ello no obstante, consciente la propia Entidad Gestora del daño económico que supone para el trabajador el lapso temporal existente entre la resolución que extingue el subsidio y su notificación, ha establecido en el núm. 97/47 de los Criterios de aplicación en supuestos consultados[45], que cuando no sea posible avanzar el contenido de la resolución denegatoria de la IP al interesado, ocasionando un "desajuste entre la extinción del subsidio y la reincorporación al trabajo, por causas ajenas a la voluntad del trabajador", se le abonará la prestación correspondiente a esos días, previa reclamación formal y justificada del beneficiario.

Ahora bien, el trabajador no percibirá el citado subsidio cuando se haya reincorporado al trabajo[46]. Ello es así, porque la IT exige como elemento definitorio, que la alteración de la salud afecte al individuo de tal forma que le incapacite (real o presuntamente) temporal y absolutamente para la realización de su trabajo habitual o que le impida el desarrollo de su actividad productiva.

***1.º** Duración de la prórroga cuando la resolución del INSS se produce más allá del plazo máximo de calificación de 30 meses*

Cuestión debatida es si el plazo máximo de que dispone el INSS para proceder a la calificación de la IP tiene por único destinatario a dicha Entidad Gestora, o por el contrario, constituye un límite temporal absoluto a la prórroga de los efectos de la IT. De suscribir la segunda interpretación, el derecho a percibir el subsidio se extinguiría en todo caso transcurridos 30 meses desde el inicio de la IT, aun cuando la Entidad gestora no hubiera resuelto sobre la IP, y persistieran la necesidad de asistencia médica y la incapacidad para el trabajo.

Adoptando una solución intermedia, la STSJ Navarra de 31 de diciembre de 1997 (AS 4624) ha declarado al respecto que los efectos económicos de la IT no se pueden prorrogar fuera del plazo máximo excepcional de 30 meses, cuando el expediente administrativo concluye con retraso y declarando la inexistencia de una IP. Se funda el TSJ en la anterior doctrina del Tribunal Supremo expresada en Sentencia de 3 de febrero de 1993[47], según la cual la prórroga de la Invalidez provisional más allá de los seis años, contemplada en el art. 133.3 LGSS 1974, quedaba circunscrita al supuesto en que fuera declarada una invalidez permanente.

De esta doctrina se infiere, en primer lugar, que los efectos económicos de la IT se prorrogarían más allá de los 30 meses hasta la resolución del INSS, cuando ésta declarara la IP. Por el contrario, la prórroga se extinguiría con el agotamiento del mencionado plazo caso de ser denegada a posteriori la declaración de IP, cuando las secuelas no tengan carácter definitivo o grado invalidante, o cuando el trabajador impedido no hubiera acreditado la cotización mínima exigida, según han precisado posteriormente las SSTS de 6 de febrero de 1998 y de 26 de octubre de 1999, respecto de la desaparecida Invalidez provisional[48], y la propia Administración de la Seguridad Social tanto para dicha situación como para la prórroga especial de la IT[49].

[43] En el supuesto que dio lugar a la sentencia precitada, la trabajadora había impugnado con éxito en otro procedimiento la resolución del INSS denegando la declaración de IP, pero no había reclamado conjuntamente el abono del subsidio desde el alta hasta la fecha de efectos de la declaración judicial de IP. Lo que el Alto Tribunal niega es que quepa reclamar de forma autónoma la prórroga del subsidio pues es cuestión que ha de ser resuelta junto con la impugnación de la resolución denegatoria de la IP. Téngase en cuenta en este punto que, no es posible impugnar el alta médica y reclamar la prórroga del subsidio si no se ha instado ante la Entidad Gestora la iniciación del expediente de IP, caso de que el mismo no haya sido ya iniciado de oficio por el INSS. Es en el supuesto en que dicha resolución deniega la IP, cuando la reclamación de prórroga del subsidio ha de plantearse junto con la impugnación de la resolución, según se deduce de la comentada STS de 29 enero 1997.

[44] RJ 2000/983. Asimismo, fijando la fecha de extinción de la prórroga en la de la resolución del INSS, véanse SSTS de 30 abril 2002 (RJ 2002/6158), 17 mayo 2001 (RJ 2001/5466), 11 y 30 abril 2001 (RJ 2001/4866 y 5129), 12 enero 2001 (RJ 2001/766), 3 octubre 2000 (RJ 2000/8355) y 11 julio 2000 (RJ 2000/7177).

[45] Régimen Jurídico de las Prestaciones. Criterios de aplicación en supuestos consultados, INSS, 1997, págs. 132 y 133.

[46] Criterio INSS 97/22 (Régimen Jurídico de las Prestaciones. Criterios de aplicación en supuestos consultados, INSS, 1997, págs. 78 y 79). Ya el art. 10.2 Orden 13 octubre 1967, redactado por Orden 21 abril 1972, establecía que el derecho al subsidio por ILT no se extinguiría, "siempre que el trabajador no se reintegre antes al trabajo hasta que recaiga una resolución definitiva de las Comisiones Técnicas Calificadoras".

[47] RJ 1993/738. Véanse igualmente SSTS de 20 febrero (RJ 1995/1166), 26 junio (RJ 1995/5229) y 20 julio 1995 (RJ 1995/6320).

[48] RJ 1998/1641 y RJ 1999/8407, respectivamente.

[49] Se trata de un criterio avanzado por la Resolución DGRJSS de 14 abril 1980 [Catálogo de Resoluciones Administrativas (Acción Protectora), 4ª Ed., INSS, Madrid, 1997, pág. 195]. Asimismo, en el núm. 97/46 de los Criterios de aplicación en supuestos consultados (Régimen Jurídico de las Prestaciones. Criterios de aplicación en

No obstante, la doctrina de suplicación no ha aceptado pacíficamente la citada solución, pues diversos pronunciamientos han afirmado la posibilidad de que el subsidio supere el plazo de 30 meses, con independencia de cual sea el signo de la resolución del INSS. En este sentido, se ha alegado que en ningún momento condiciona el legislador el percibo de este subsidio de espera a la resolución positiva del expediente de incapacidad; antes bien, el párrafo 2º del art. 6.3 RD 1300/1995 señala que cuando la IP sea denegada, las cantidades devengadas hasta la resolución no serán objeto de reintegro[50]. De otro lado, se razona que si la razón de ser de la prórroga es la presunción de IP que se produce cuando se extingue la IT por agotamiento del plazo máximo de 18 meses, basta a estos efectos que la IT finalice con informe-propuesta de IP, como viene exigiendo la jurisprudencia antes mencionada[51].

Planteada la contradicción en la doctrina de suplicación, la STS de 1 diciembre 2003 (RJ 2004/1932) ha resuelto en casación para la unificación de doctrina el derecho del trabajador a percibir la prestación económica por IT hasta la calificación de la incapacidad permanente, por considerar que el retraso en la calificación, más allá del plazo de 30 meses, no es imputable al trabajador, que no debe sufrir el perjuicio derivado de dicho incumplimiento[52].

2º.- *Prolongación de la prórroga tras la resolución denegatoria del INSS*

Materia igualmente objeto de debate es la posibilidad de que el subsidio se prolongue más allá de la fecha de la resolución del INSS que deniega la IP. Aun cuando el art. 1.1.g) RD 1300/1995 señala que el INSS declarará la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de IT a que se refiere el art. 131 bis 3 LGSS, *"en el momento en que recaiga resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación de invalidez",* un sector de la doctrina judicial ha entendido que, cuando el INSS hubiera denegado la declaración de IP, por entender que las secuelas no tienen carácter permanente o no alcanzan grado suficiente de disminución de la capacidad laboral[53], o por falta de período de cotización necesario[54], pero tampoco procediera el alta por curación, el trabajador mantendrá el subsidio hasta la fecha en que el trabajador recuperara la capacidad laboral[55], con el límite de los 30 meses.

Con anterioridad, la STS de 19 de noviembre de 1991[56], relativa a un trabajador que se hallaba en invalidez provisional cuando fue denegada su calificación como inválido permanente por falta del período de cotización exigido, había mantenido que el trabajador tenía derecho a continuar percibiendo el subsidio por invalidez provisional hasta que se agotara el período máximo de 6 años[57]. Más recientemente, las SSTS de 6 de febrero de 1998 (RJ 1998/1641) y de 26 de octubre de 1999 (RJ 1999/8407), han confirmado dicha jurisprudencia respecto de la posibilidad de agotar la duración máxima de la Invalidez provisional pese a carecer del período mínimo de cotización para lucrar la pensión de IP, si bien han puntualizado que no podrá prorrogarse el subsidio más allá de dicha duración máxima aun en el supuesto de que no haya recaído la resolución del INSS. En el caso de las prestaciones por IT, esta jurisprudencia ha sido ahora retomada por la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003/3634), para declarar la extinción del subsidio por agotamiento de su duración máxima conforme al art. 128.1 LGSS, y denegar la prórroga por demora de la calificación hasta los 30 meses de duración, cuando el INSS deniega las prestaciones por incapacidad permanente por falta de carencia.

Sin embargo, la STS de 11 de noviembre de 2001 (RJ 2002/2113), declara el derecho a "la prolongación del subsidio mientras perdure la situación de baja médica e impedimento para el trabajo", como consecuencia de la recaída o agravamiento de la afección ocurrida tras la resolución denegatoria de la declaración de IP por el INSS. Con todo, la prolongación del subsidio y de la situación suspensiva tras la resolución denegatoria de IP se halla limitada según la citada sentencia y la doctrina de suplicación al plazo máximo de 30 meses. Agotado dicho plazo, sin que el trabajador haya recuperado la capacidad laboral, la existencia de informes médicos certificando la inhabilidad para el trabajo no parece bastar, conforme a la legislación vigente para prolongar la situación de prórroga especial.

Si bien los mencionados informes médicos no constituyen fundamento jurídico suficiente para ampliar la duración de la prórroga especial, sí podrían justificar el inicio de un nuevo proceso de IT, que diera cobertura legal a la suspensión del contrato de trabajo. En este sentido, cabe traer a colación la STS de 20 de febrero de 2002[58], referida a un supuesto en que el trabajador había agotado el período máximo de la IT y, seguido expediente de IP, ésta es denegada, el trabajador se incorpora a su puesto de trabajo y, tras permanecer en el mismo unos días, vuelve a causar baja en el trabajo por IT, aquejado de la misma dolencia precedente.

Según el Alto Tribunal, en los supuestos en que se produce un nuevo brote de la misma enfermedad por la que se agotó un período de duración máxima de IT, no cabe exigir un nuevo período de cotización de seis meses para causar derecho al subsidio. En este sentido, recuerda que el art. 130 LGSS no establece más requisito de carencia que un período de cotización de 180

supuestos consultados, INSS, 1997, pág. 129), el INSS ha concluido que cuando "se agotase el plazo límite de los treinta meses sin que se hubiese adoptado resolución en el expediente de incapacidad permanente, no puede repercutirse sobre el trabajador la deficiencia gestora, de forma que se mantendrá el pago de la prórroga hasta que recaiga resolución sobre la incapacidad permanente, siempre que se cumplan los requisitos exigidos para causar prestación por esta última contingencia".

[50] STSJ Cataluña de 17 mayo 2000 (AS 2626).

[51] STSJ Canarias de 9 octubre 1998 (AS 4061).

[52] Las SSTSJ Canarias de 31 de julio de 2000 (AS 2935); Murcia de 18 diciembre 1998 (AS 4712), han utilizado anteriormente este mismo razonamiento.

[53] STSJ Navarra de 15 octubre 1999 (AS 6869); SSTSJ Castilla y León de 16 marzo 1999 (AS 1229); 24 septiembre 1999 (AS 6700); STSJ Madrid de 12 enero 1999 (AS 5100); STSJ Cataluña de 30 marzo 1998 (AS 2477).

[54] Es el caso de la STSJ Cataluña de 28 julio 1999 (AS3453) y las SSTSJ Andalucía de 19 octubre 1999 (AS 7174), y 6 febrero 1998 (AS 975).

[55] Véanse STSJ Galicia de 23 mayo 2000 (AS 1358) y STSJ Canarias de 12 febrero 1999 (AS 5639).

[56] RJ 1991/8252. Doctrina que ya anunciada en la STS de 16 febrero 1988 (RJ 1988/878) y reiterada por la STS de 2 julio 1992 (RJ 1992/5572).

[57] También lo entendió la Resolución DGOJECSS de 25 marzo de 1992 [Catálogo de Resoluciones Administrativas (Acción Protectora), 5ª Ed., INSS, Madrid, 1998, págs. 281 y 282].

[58] RJ 2002/4535, cuya doctrina ha sido reiterada en las posteriores SSTS de 22 octubre 2002 (RJ 2002/10690), 28 octubre 2003 (RJ 2003/7592) y 30 abril 2004 (RJ 2004/4492).

días cotizados dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la situación de IT por enfermedad común, y por tanto no cabe introducir más limitaciones, ni concluir la imposibilidad de computar el mismo período de cotización para distintas prestaciones[59]. Asimismo, declara que los límites temporales que el art. 131 bis 1 LGSS impone a la situación de IT se refieren a la duración de cada proceso, pero no a procesos posteriores de la misma enfermedad anterior, que podrán alcanzar, a su vez, aquella duración. En definitiva, el trabajador podrá causar derecho a las nuevas prestaciones por las mismas dolencias a partir de las cotizaciones que sirvieron al anterior proceso, en la medida en que se efectuaran en el período de los cinco años anteriores al hecho causante[60].

Con estos pronunciamientos, el Tribunal Supremo amplía la doctrina que, respecto de la sucesión de bajas por distintas dolencias, sentara la STS de 10 de febrero de 1998 (RJ 1998/1797), que reconoció el derecho a una nueva prestación por IT a un trabajador que había agotado un proceso previo de IT, y vio denegada la IP total que reclamaba, sin exigir para ello el transcurso del período de seis meses de actividad a que se refiere el art. 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

b) Alta médica con o sin declaración de IP total, absoluta o gran invalidez

La eficacia contractual de la resolución que pone fin al expediente sobre incapacidad permanente ha dado lugar a una interesante jurisprudencia que distingue a este respecto entre las resoluciones que declaran la IP en grado de total, absoluta o gran invalidez, y aquéllas que deniegan su existencia.

En el primer caso, la jurisprudencia[61] ha mantenido que la resolución impugnada no produce efectos sobre el contrato hasta que no alcance firmeza, en atención al perjuicio irreparable que supondría la extinción del contrato con base en una declaración no firme susceptible de ser revocada.

Respecto del alta médica por curación o de la resolución administrativa denegando la IP, la doctrina de casación ha predicado, por el contrario, su ejecutividad inmediata, de suerte que la mera impugnación de dichos actos por el trabajador no prorrogará automáticamente la suspensión del contrato hasta la eventual decisión judicial firme sobre la resolución impugnada.

Entiende el Alto Tribunal que, con la resolución administrativa sin declaración de IP desaparece la justificación de las ausencias, y puesto que su impugnación constituye un hecho externo a la relación laboral, corresponde al trabajador informar al empresario y justificar su incomparecencia por causa de incapacidad laboral, "ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa"[62].

La reciente STS de 7 octubre 2004 (RJ 2004/7889) constituye uno de esos supuestos excepcionales en que se desconoce la fecha de la resolución del INSS que deniega la IP en grado de total, absoluta o gran invalidez, negándole eficacia extintiva de la situación suspensiva. La sentencia da preferencia a estos efectos al alta médica emitida en fecha posterior (aun cuando tuviera efectos retroactivos para coincidir con la fecha de la resolución del INSS) por existir constancia de la subsistencia de la incapacidad temporal en dicha fecha, si bien recuerda la necesidad de que el trabajador ponga en conocimiento de la empresa tal circunstancia.

D) DENEGACIÓN, PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DEL DERECHO AL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

La jurisprudencia sobre denegación, pérdida o suspensión del derecho al subsidio por la causa b) del art. 132.1 LGSS incompatibilidad con la realización de otras actividades por cuenta propia o ajena[63], y sobre la nula trascendencia en esta materia del mero hecho de figurar en alta en Regímenes Especiales de la Seguridad Social[64], ha sido comentada supra epígrafe II.C), al que por razones de espacio nos remitimos.

Respecto de la suspensión del derecho basada en el abandono por parte del beneficiario del tratamiento que le fuere indicado (art. 132.2 LGSS), la STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2002/7794), ha precisado que el procedimiento contradictorio previsto por el art. 102 LGSS/1974, para determinar si la negativa del beneficiario a seguir el tratamiento es o no razonable, únicamente es exigible, según se deduce de su desarrollo reglamentario contenido en el art. 17 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, cuando el trabajador hubiera solicitado previamente la autorización a la Entidad gestora o colaboradora para no someterse al tratamiento prescrito o para abandonarlo. En caso contrario, cuando el beneficiario simplemente abandona el tratamiento sin solicitar previamente autorización al efecto, la suspensión de la prestación puede ser automática, sin perjuicio del derecho del trabajador de impugnar la decisión de la Gestora.

E) REINTEGRO DE LAS PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

La imputación de responsabilidades en caso de prestaciones indebidamente percibidas y la consiguiente determinación del sujeto obligado al reintegro es cuestión que ha entretenido a la jurisprudencia en los últimos años, habiéndose operado un cambio radical en la doctrina del Alto Tribunal a partir de la STS de 2 abril 2003 (RJ 2003/4048).

La citada sentencia se plantea el supuesto en que las prestaciones percibidas indebidamente han sido abonadas por la empresa en pago delegado, posteriormente compensadas mediante deducciones sobre las cotizaciones. Entiende la Sala General que no corresponde efectuar su reintegro a la empresa, en razón a las deducciones practicadas, sino al trabajador que percibió la prestación, que es quien, conforme al art. 17 Orden de 25 de noviembre de 1966, debe justificar el tiempo trabajado en otras empresas a fin de completar el período de cotización reglamentariamente exigido.

Frente a la tesis mantenida en sentencias anteriores[65], el Alto Tribunal viene a afirmar que el deber de comprobación de las condiciones precisas para lucrar prestaciones económicas por incapacidad temporal no incumbe al empresario pagador, que carece de la información y los datos necesarios al efecto, sino a la entidad gestora deu-

[59] *SSTS de 9 junio 1997 (RJ 1997/4697) y 31 enero 1992 (RJ 1992/141).*

[60] *Recuérdese, no obstante, que el propio Tribunal [STS de 17 diciembre 2001 (RJ 2001/7790)] mantiene la solución contraria, cuando el trabajador no llegó a reincorporarse al trabajo tras el agotamiento del anterior proceso de incapacidad, ni está en alta en la fecha de la nueva baja.*

[61] *SSTS de 27 junio 1983 (RJ 1983/3050), 24 enero 1984 (RJ 1984/90), 24 enero 1985 (RJ 1985/95), 13 junio 1988 (RJ 1988/5277) y 11 mayo 1994 (RJ 1994/5355).*

[62] *SSTS de 2 marzo 1992 (RJ 1992/1609), 22 octubre 1991 (RJ 1991/7745) y 15 abril 1994 (RJ 1994/3249).*

[63] *Véase la STS 19 febrero 2002 (RJ 2002/4364).*

[64] *SSTS de 7 abril 2004 (RJ 2004/3651) y 23 marzo 1984 (RJ 1984/1604).*

[65] *SSTS de 25 septiembre 2001 (RJ 2001, 8487) y 4 diciembre 2002 (RJ 2003/1941).*

dora, por tanto a ésta corresponde exigir al trabajador las prestaciones indebidamente percibidas[66].

F) PAGO. SUJETO RESPONSABLE

Como bien es sabido, el pago del subsidio de IT se regula genéricamente en el art. 6 de la Orden de 13 de octubre de 1967, de acuerdo con el cual, dicho abono correrá a cargo de la Entidad Gestora o, en su caso, Mutua o empresa autorizada para colaborar en la gestión, sin perjuicio del pago delegado del subsidio por las Empresas, de acuerdo con las normas que regulan la colaboración obligatoria de las mismas.

Si se conecta el precepto mencionado con el art. 131 LGSS, resulta que, en relación con el pago del subsidio de IT, se pueden dar distintos supuestos de responsabilidad en función de diversos factores: la causa- común o profesional- de la que derive la incapacidad, la Entidad Gestora o Colaboradora que haya cubierto la contingencia, la modalidad de colaboración – voluntaria u obligatoria (ente pagador por delegación del responsable último) que haya asumido la empresa, así como que el cumplimiento por el empleador de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y/o cotización (art. 126.2 LGSS), excluya la responsabilidad empresarial.

El análisis de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de imputación de responsabilidades permite esclarecer algunas de las numerosas dudas que suscita la determinación del sujeto obligado al pago en las diferentes situaciones que pueden plantearse.

a) Alcance de la colaboración de las empresas.

Al amparo del art. 77 LGSS las empresas individualmente consideradas y en relación con su propio personal podrán colaborar en la gestión de la Seguridad Social de forma voluntaria o de forma obligatoria.

La colaboración voluntaria supone asumir directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones económicas de incapacidad temporal por contingencias comunes y/o profesionales, gestión ésta que puede efectuarse conjuntamente o no con la de la asistencia sanitaria. A cambio de ella, la empresa tiene derecho a reducir la cuota a la Seguridad, mediante la aplicación del coeficiente que, a tal efecto, fija cada año el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en la normativa de cotización.

Cuando la empresa no se acoge a esta forma de colaboración, debe asegurar la cobertura de la IT de sus trabajadores, bien con la Entidad Gestora, bien con una Mutua, opción de aseguramiento que no excluye la colaboración obligatoria de la empresa afectada, ni la posible existencia de responsabilidad empresarial por incumplimiento de sus obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y/o cotización (art. 126.2 LGSS).

La colaboración obligatoria consiste en el pago por delegación de las prestaciones por todas las contingencias durante la situación de IT (con el tope máximo de los 18 meses). Las empresas de esta forma anticipan a sus trabajadores el subsidio de IT, resarciéndose posteriormente de la entidad responsable en el momento de abono de las cuotas a la Seguridad Social. Este tipo de colaboración se impone al empresario cualquiera que sea la causa determinante de la incapacidad temporal, si bien, cuando sea por causas comunes, la obligación de pago delegado surge a partir del día 16º de la baja, mientras que en incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, el empresario deberá proceder al pago delegado desde el mismo día del nacimiento del derecho al subsidio (día siguiente a la baja en el trabajo). Lógicamente, esta obligación de realizar el pago delegado conoce algunas excepciones.

Diferente del pago delegado reembolsable es el supuesto de imputación al empresario de la carga de los doce días por contingencias comunes. Así, cuando la IT deriva de causa común la prestación corre a cargo exclusivo de la empresa del 4º al 15º día, ambos inclusive, sin ningún tipo de reembolso.

Veamos los principales criterios establecidos por el TS en sus Sentencias más recientes en relación con los perfiles de la colaboración empresarial en la gestión de la IT.

a') Colaboración voluntaria.

● En los casos de colaboración voluntaria en la gestión de la IT, **la empresa es responsable de la prestación aunque el contrato se extinga** [STS (Sala de lo Social), de 14 de junio 2002 (RJ 2002/7205)][67].

La única cuestión sometida a debate en la sentencia citada consistía en determinar el sujeto responsable del pago de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando el empresario ha asumido el pago directo del subsidio al amparo del art. 77 LGSS y la IT se origina durante la vigencia del contrato, pero continúa produciendo efectos una vez que se ha extinguido la relación laboral. La duda se planteó acerca de si, en virtud del principio de "automaticidad de las prestaciones", debe hacer frente a esa obligación la entidad gestora o la empresa que ha asumido el pago directo, a su cargo, de las prestaciones.

Para el TS, una vez causada la prestación, la entidad que practica el autoaseguramiento responde plenamente de aquélla con independencia de las incidencias que puedan producirse con posterioridad en la relación laboral, porque para ello ha percibido la correspondiente contrapartida económica (la participación en la fracción de cuota correspondiente). La responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante. Y, desde luego, es contraria a la lógica del aseguramiento y a los criterios de equidad imputar al INSS la responsabilidad de un gasto por el que no ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas.

● **Dicha responsabilidad es compatible con la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia de la empresa que colabora en la gestión.** [SSTS 14 junio de 2000, citada; 15 de mayo de 2001 (Sala General) y 2 de junio de 2003, por analogía con el supuesto de pago empresarial del 4º al 15º día]

De acuerdo con el criterio acogido por el TS "la función colaboradora de la empresa no puede equipararse plenamente a una actuación de autoaseguramiento que sitúe la protección de la contingencia asegurada extramuros del actual sistema de Seguridad Social, a cargo, siempre y en todo caso, de la empresa, y permita a la Entidad Gestora desentenderse definitivamente de sus obligaciones de protección. Para el TS dejar desprotegidos a los trabajadores afiliados y en alta a causa de la insolvencia de su empleador, significaría otorgar prevalencia a la autonomía privada en el diseño de la acción protectora dispensada; resultado que debe ser descartado con total rotundidad.

b') Colaboración obligatoria:

1.º Pago directo de la prestación de IT derivada de causas comunes.

● **La imputación legal de responsabilidad a las empresas en el abono del pe-**

[66] *En el mismo sentido, véase la STS de 11 diciembre 2003 (RJ 2003/9570).*

[67] *En el mismo sentido, véanse SSTS 17 enero 2002 (RJ 2002, 3756), 8 noviembre 2001 (RJ 2001, 9873), 17 septiembre 2001 (RJ 2001, 8444), 11 julio 2001 (RJ 2001, 7014), 15 de mayo 2001 (RJ 2001, 5214), 30 abril 2001 (RJ 2001, 4619), 16 mayo 2000 (RJ 2000, 4618), 19 enero 2000 (RJ 2000, 980), 23 diciembre 1997 (RJ 1997, 9556), 18 noviembre 1997 (RJ 1997, 9155).*

ríodo comprendido entre el cuarto y el decimoquinto día no excluye la responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora. [STS (Sala de lo Social), 15 de junio 1998 (RJ 1998/5796)][68]

La cuestión controvertida se concreta en determinar si el empleador es exclusivamente responsable del pago de la prestación por Incapacidad Temporal desde el cuarto al decimoquinto día de la baja por enfermedad común o cabe que, independientemente de esta responsabilidad directa, el INSS asuma, en el supuesto de impago por el empleador, el anticipo del pago de la prestación, sin perjuicio de su derecho a repercutir su importe frente al empresario incumplidor.

Para el TS sería contrario a la esencia y el carácter bilateral del vínculo de protección que éste dejara de producir sus efectos, por un incumplimiento patronal fruto de su colaboración en la gestión. Debe permanecer el sistema de garantías accesorias establecidas para los supuestos de incumplimiento de la obligación prestacional por parte del empresario directamente obligado a su pago. En definitiva, el trabajador ha causado derecho a la prestación de Incapacidad Temporal y la responsabilidad de su pago debe imponerse "ex lege" al sujeto obligado, que es el empleador actual (art. 126.1 LGSS), pero ello no impide –a falta de norma expresa en sentido contrario- la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, sin perjuicio de que ésta se subrogue en los derechos del beneficiario (art. 126.3 LGSS).

● Sin embargo, **la doctrina de la responsabilidad subsidiaria del INSS para los casos de insolvencia empresarial no se aplica cuando la colaboración en la gestión referida a las prestaciones de IT derivadas de contingencias comunes se lleva a cabo con una Mutua.** [STS (Sala de lo Social), de 26 octubre de 2004 (RJ 2005/1307)][69].

El criterio mantenido en dicha sentencia es el siguiente: una vez que el art. 70.2 del RD 1993/1995 (RCL 1995, 3321) contempla la posibilidad de que las Mutuas puedan asumir la cobertura de la prestación económica por Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del personal al servicio de los empresarios asociados, "en los mismos términos y con el mismo alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social", la Mutua se sitúa en la misma posición que el INSS cuando éste es el responsable del pago de las prestaciones por IT. Por ello será la Mutua y no el INSS quien responda subsidiariamente en caso de insolvencia de la empresa en el pago de las prestaciones de las que ha de responder directamente, las comprendidas entre el cuarto y el decimoquinto día de la baja, y únicamente le alcanzará la responsabilidad en estos casos, cuando la Mutua resulte insolvente.

2.º Pago delegado.

Sobre el alcance de esta colaboración empresarial, así como de las consecuencias de su incumplimiento ha tenido ocasión de pronunciarse el TS, modificando en recientes sentencias su anterior criterio.

● Así, en relación con el **reintegro de prestaciones indebidas y la determinación de responsabilidades** se ha producido un importante cambio doctrinal. Inicialmente, la jurisprudencia había sostenido que la empresa, antes de iniciar el pago de la prestación, debía verificar que- caso de tratarse de IT derivada de enfermedad común- el trabajador reunía los requisitos de carencia pudiendo exigir a éste que acreditase las cuotas de trabajos anteriores, si fuere necesario, ya que, de otro modo en caso de abono de prestaciones indebidas el INSS podía exigirle la devolución de las mismas [SSTS 4 diciembre 2002 (RJ 2003, 1941), 25 septiembre 2001 (RJ 2001, 8487)]. Sin embargo, dicho criterio ha sido modificado recientemente **[Vid. SSTS (Sala de lo social), de 11 de diciembre 2003 (RJ 2003/9570),** 2 abril 2003 (RJ 2003,4048), 15 de julio 2003].

De acuerdo con el nuevo criterio, el abono de las prestaciones económicas por incapacidad temporal representa una obligación que vincula a la entidad gestora, de una parte, y al beneficiario, de otra; que al empresario no le impone la Ley otra obligación que la de anticipar el pago por cuenta de la entidad gestora, una vez que ha recibido el reglamentario parte médico de baja y los de confirmación; que tampoco la Ley ha previsto que sea el empresario el que, en caso de que el trabajador no reúna los requisitos necesarios y a pesar de ello perciba prestaciones, deba reclamar el reintegro de las prestaciones así percibidas, pues es ésta una competencia que corresponde en exclusiva a la entidad gestora de la Seguridad Social, por lo que tampoco deberá "reintegrar" lo percibido por otro, aunque se le reserven las acciones para repetir contra el verdadero obligado".

● De otro lado, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre **la procedencia o no del reintegro por parte del INSS a la Mutua de las cantidades descontadas por la empresa, en pago delegado.** Esto es, si el INSS, en calidad de responsable subsidiario de la prestación, debe o no reintegrar a la Mutua las cantidades descontadas por la empresa, en pago delegado, por el concepto de incapacidad temporal, en las liquidaciones hechas a la Mutua existiendo responsabilidad empresarial por descubiertos reiterados y prolongados en el pago de las cotizaciones. **[STS (Sala de lo Social), de 30 de septiembre 2002 (RJ 2002/10910)**; en el mismo sentido, véanse SSTS 26 de junio 2002 (RJ 2002, 8937) y 3 julio 2002 (RJ 2002, 9198)].

Al respecto, el TS ha establecido que la obligación de pago de la prestación de IT sea como pago delegado, ya como responsable directo, corresponde al empleador. Cuestión diferente a este pago, es que pueda existir una deducción indebida de cotizaciones por parte del empleador; acto indebido que puede dar lugar, como materia incluible en gestión recaudatoria, a que la Mutua reclame ante la Tesorería General de la Seguridad Social la deuda por el importe de las deducciones practicadas, conforme al art. 8 del RD 1637/1995, de 6 de octubre (RCL 1995, 2891, 3179). Sin embargo, la normativa específica de la Seguridad Social carece de una previsión concreta que regule la conducta aquí enjuiciada y consistente en la necesidad de reintegro a la Mutua aseguradora de lo que le fue detraído en su día por el empresario, sin título jurídico alguno. Efectuada esta deducción, sin causa legal, no puede derivarse la responsabilidad subsidiaria que se pide, porque el Fondo asegura la eficacia de los derechos del trabajador accidentado o de sus causahabientes, pero no interviene en las responsabilidades derivadas de la relación de aseguramiento entre empresa y Mutua patronal.

● **En caso de incumplimiento por la empresa del pago delegado, la Entidad Gestora ha de anticipar el pago de las prestaciones** [STS (Sala de lo Social), de 6 de marzo 1997 (RJ 1997/2253)].

Las prestaciones económicas de incapacidad temporal serán hechas efectivas de forma directa e inmediata por la Entidad Gestora. Sin perjuicio de lo que se disponga en orden al pago delegado de las prestaciones.

En este sentido, el art. 19 de la Orden de 25 de noviembre 1966, establece que cuando el trabajador no reciba de la empresa las prestaciones que aquélla ha de darle por pago delegado, la entidad gestora

[68] *En el mismo sentido, STS 17 julio 1997 (RJ 1997, 6350).*

[69] *En el mismo sentido, SSTS 26 enero 2004 (RJ 2004, 4092) y, especialmente, 1 de junio de 2004 (RJ 2004, 5385), en la que se matiza y, en alguna manera, se rectifica las de 24 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3254) y 2 de julio de 2003 (RJ 2003, 6884).*

adoptará "con toda urgencia" las medidas necesarias para que se corrija la falta o deficiencia, comunicándolo a la Inspección de Trabajo. Y una de esas medidas ha de ser la de anticipar el pago, sin perjuicio de su repetición contra la empresa incumplidora.

En sentido similar se ha pronunciado el TS en otros supuestos en que ha establecido la responsabilidad subsidiaria del INSS cuando la empresa que colabora voluntariamente en la gestión de la contingencia de IT incumple su obligación de abono del subsidio, sin perjuicio de repetir contra la empresa incumplidora. Véanse, entre otras, SSTS 2 de julio 2003 (RJ 2003, 6884), 17 enero 2002 (RJ 2002, 3756); 8 noviembre 2001 (RJ 2001, 9873); 15 mayo 2001, (RJ 2001, 5214) y 14 junio 2000 (RJ 2000, 5115). Por el contrario, este criterio de la responsabilidad subsidiaria del INSSS es inaplicable, al no estar expresamente fijada en la norma, en los supuestos en que la colaboración en la gestión en cuanto a las prestaciones por IT derivada de contingencias comunes no es asumida por la empresa sino por una Mutua: STS 26 enero 2004 (RJ 2004 (RJ 2004, 4092).

c') Responsabilidad empresarial.

● **El empresario es el único responsable del pago de la prestación por IT por contingencias comunes cuando en la fecha de de actualización de la contingencia no ha dado de alta al trabajador, sin que exista aquí responsabilidad ni subsidiaria del INSS.** [STS de 14 de junio 2000 (RJ 2000/5116)][(70)].

En la Sentencia citada, el TS trata de resolver el problema de la responsabilidad que puede corresponder al INSS en el pago del subsidio de la incapacidad temporal con origen en la enfermedad común, cuando en la fecha de la actualización de la contingencia el trabajador no se encuentra en alta en la Seguridad Social, por haber incumplido la empresa sus obligaciones al respecto.

En ella destaca que por lo que se refiere a los supuestos de contingencias comunes de trabajadores no en alta, el art. 95.1.2ª de la Ley de Seguridad Social de 1966 exige, de modo ineludible, el alta del trabajador para que proceda la obligación de anticipo por parte de la Entidad Gestora de la Seguridad Social de la prestación económica de incapacidad temporal. En ausencia de aquélla, la prestación "será abonada por el empresario directamente y a su cargo". Salvo que se trate de contingencias profesionales. No cabe confundir la situación de descubierto o retraso en el pago de las pertinentes cotizaciones a la SS por parte de la empresa, situación en la que sí opera el mecanismo de automaticidad en el pago (art. 95.1.2ª LGSS de 1966) mediante el oportuno anticipo y sin perjuicio del subsiguiente reintegro, con la ausencia total de alta al tiempo de producirse la actualización de la contingencia, supuesto en que la Entidad Gestora queda exenta de toda responsabilidad.

b) Alcance de la colaboración de las Mutuas en la gestión de las prestaciones de IT.

1.º Determinación de la entidad responsable.

● **A partir del momento en que la empresa opte por suscribir contrato de asociación con una Mutua para la cobertura de la IT, ésta se hará cargo de las prestaciones por tal contingencia de los trabajadores de aquélla, incluso de los que ya estuvieren en situación de IT. Ausencia de responsabilidad del INSS.** [STS (Sala de lo Social), de 19 enero 2004 (RJ 2004/1365)][(71)].

El problema suscitado era el siguiente: el trabajador demandante venía percibiendo prestaciones de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de la Mutua Fremap, en pago directo, desde agosto de 1998 a 30 de noviembre de 1999. Con efectos de 1 de diciembre del mismo año, la empresa suscribió con la Unión de Mutuas el correspondiente documento para el abono de prestaciones económicas de incapacidad temporal por contingencias comunes. A partir de dicha fecha ninguna de las Mutuas ni el INSS se hicieron cargo de las prestaciones correspondientes al período 1 de diciembre de 1999 a 28 de mayo de 2000.

Se trata de resolver si el deber de atender el pago del subsidio, en supuestos como el descrito, debe atribuirse a la Mutua que ha pasado a ser la aseguradora o a aquélla que era responsable en el momento del hecho causante.

De acuerdo con el criterio acogido en la sentencia por el TS, La Mutua está obligada a extender su cobertura a todos los trabajadores de la empresa y, a hacerse cargo de la prestación económica de todas las incapacidades temporales que existan en ese momento, cualquiera que sea la fecha de su aparición o nacimiento, evitando así que en una misma empresa puedan coexistir diversos gestores de la misma contingencia dependiendo de la fecha de su inicio.

● **La única entidad responsable de los riesgos profesionales es la que los tenía asegurados en la fecha en que acaeció el accidente de trabajo (fecha del hecho causante), aunque el efecto dañoso (la incapacidad o muerte) aparezca con posterioridad.** [STS (Sala de lo Social), 15 diciembre 2003 (RJ 2003/9571)][(72)].

Confrontado a la cuestión de determinar la entidad responsable de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, en supuestos en que la Mutua colaboradora en la fecha en que se produjo el accidente, es distinta a la Mutua del momento en que el trabajador fue declarado en situación de invalidez, el TS ha establecido el siguiente criterio: "La entidad responsable de los riesgos profesionales es la que los tenía asegurados en la fecha en que acaeció el accidente de trabajo (fecha del hecho causante), dado que éste es el riesgo asegurado, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o muerte) aparezca con posterioridad. Ello es así porque en el sistema español de Seguridad Social para la protección de los accidentes se establece una técnica próxima al aseguramiento privado, de forma que mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que éste se produce. Lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten éstas, ni mucho menos la de su constatación administrativa o médica. La declaración de invalidez, lejos de significar el hecho causante, es meramente una formalidad administrativa determinante".

2.º Imputación de responsabilidad de la Mutua y no al INSS. Supuestos.

[(70)] En el mismo sentido, SSTS 14 junio 2000 (RJ 2000, 5115), de 26 septiembre 1996 (RJ 1996, 6904), 9 diciembre 1996 (RJ 1996, 9137), 13 diciembre 1995 (RJ 1995, 9306), 22 septiembre 1995 (RJ 1995, 6791), 24 julio 1995 (RJ 1995, 6329), 6 junio 1995 (RJ 1995, 4765), 18 mayo 1995 (RJ 1995, 7578), 27 diciembre 1994, (RJ 1994, 10509), 22 abril 1994 (RJ 1994, 3271, 3273).

[(71)] En el mismo sentido, SSTS de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 9117), 4 de febrero 2003 (RJ 2004, 1338), 31 mayo 2001 (RJ 2001, 5459), 27 febrero 2001 (RJ 2001, 3831), entre otras.

[(72)] En sentido similar, El TS ha declarado la responsabilidad de la entidad que tenía los riesgos asegurados en el momento de producirse el accidente, tanto en los supuestos de reaseguro –SSTS 1 febrero 2000 (RJ 2000, 1069), 7 febrero 2000 (RJ 2000, 2035), 21 marzo 2000 (RJ 2000, 2872), 14 de marzo 2000 (RJ 2000, 2857), entre otras – como en relación con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social – STS de 18 abril 2000 (RJ 2000, 3968), 20 julio 2000 (RJ 2000, 6637) o 21 septiembre 2000 (RJ 2000, 8212).

● **Cuando la empresa ha optado por suscribir contrato de asociación con una Mutua para la cobertura de la IT derivada de contingencias comunes, ésta será la responsable última del pago de la prestación, sin que pueda trasladar su carga a la Seguridad Social.** [STS (Sala de lo Social), de 26 de enero 2004 (RJ 2004/4092)].

La cuestión litigiosa debatida en la Sentencia citada, se limitaba a determinar si el INSS ha de responder o no solidariamente del pago de la prestación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, cuando el empleador del trabajador-beneficiario ha sido declarado responsable directo del pago de esta prestación, y la Mutua Patronal en la que el empleador había asegurado el riesgo de esta contingencia ordinaria, ha anticipado el pago al resultar insolvente la empresa.

El argumento principal utilizado es la ausencia de previsiones normativas al respecto. Más concretamente se afirma que no existiendo normas concretas sobre responsabilidad subsidiaria del INSS respecto de las prestaciones económicas derivadas de contingencias comunes y anticipadas por la Mutua en el caso de responsabilidad directa de la empresa, aquel Instituto no debe responder subsidiariamente de la misma. Aquélla percibe, por la función aseguradora asumida respecto de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, "como contraprestación la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

El TS excluye así la aplicación de la doctrina de la responsabilidad subsidiaria del INSS en casos de insolvencia de la empresa colaboradora a los supuestos en que la colaboración en la gestión en cuanto a las prestaciones de IT derivadas de contingencias comunes no es asumida por la empresa sino por la Mutua, lo que supone un vuelco de la anterior doctrina acogida en su STS de 24 de febrero 2003 (RJ 2003, 3254), en la que se declara de forma expresa plenamente aplicable la anterior doctrina de la responsabilidad subsidiaria del INSS respecto de los supuestos de insolvencia de la empresa colaboradora de las contingencias al supuesto de autos donde la colaboración de la gestión en cuanto a las prestaciones por incapacidad temporal derivadas de enfermedad común se lleva a cabo por una Mutua.

c) Responsabilidad del INSS.

a') Incapacidad subsiguiente al extinguirse el contrato.

● **Debe ser el INSS quien abone el subsidio de IT del trabajador que inicia una IT en el momento posterior al día de su despido, fecha en la que la empresa le da de baja y deja de cotizar por él, sin perjuicio de percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación. Esta doctrina es aplicable no sólo en los supuestos de despido declarado improcedente en vía judicial, sino también en el caso de improcedencia reconocida en conciliación administrativa.** [STS (Sala de lo Social), de 22 julio 2004 (RJ 2004/7116)][(73)].

b') Responsabilidad subsidiaria del INSS

● Como se ha indicado, la doctrina de unificación ha establecido que la doctrina de la responsabilidad subsidiaria del INSS resulta aplicable en una serie de supuestos de impago de la prestación por parte de la empresa responsable del abono, ya sea por **insolvencia** de ésta [SSTS 14 junio de 2000, citada; 15 de mayo de 2001 (Sala General) y 2 de junio de 2003, por analogía con el supuesto de pago empresarial del 4º al 15º día], ya sea por **incumplimiento de su obligación de pago delegado** [STS (Sala de lo Social), de 6 de marzo 1997 (RJ 1997/2253)]. **Sin embargo, la doctrina de la responsabilidad subsidiaria del INSS para los casos de insolvencia empresarial no se aplica cuando la colaboración en la gestión referida a las prestaciones de IT derivadas de contingencias comunes se lleva a cabo con una Mutua.** [STS (Sala de lo Social), de 26 octubre de 2004 (RJ 2005/1307)][(74)].

● **El plazo para solicitar el pago directo del subsidio por parte de la Entidad Gestora ante el incumplimiento de la obligación empresarial de pago delegado, caduca al año de su vencimiento.** [STS 1 febrero 1999 (RJ 1999, 85)].

En la citada Sentencia, el TS rechaza aplicar el plazo prescriptivo de cinco años para el reconocimiento del derecho a las prestaciones (art. 43.1 LGSS), pronunciándose, con argumentos poco convincentes, a favor de la aplicación del plazo más breve de caducidad anual para exigir el cobro de prestaciones ya reconocidas (art. 44 LGSS), por entender que pese a no mediar un acto expreso de reconocimiento de la prestación por parte del INSS, ya estaba reconocido en virtud del principio de automaticidad contenido en el art. 95.2 LSS de 1966, y ello, pese a que el trabajador no había percibido de la empresa ni una sola mensualidad de la prestación.

IV. GESTIÓN Y CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

A) RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL SUBSIDIO

En esta compleja materia se ha producido un giro doctrinal de extraordinaria importancia. En efecto, desde enero de 1998 el TS ha abandonado el anterior criterio recogido en su STS de 8 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7653), de acuerdo con el cual "la competencia para reconocer que un determinado proceso de incapacidad temporal deriva de accidente de trabajo, con derecho a las prestaciones correspondientes, incumbe en exclusiva a la Mutua o empresa colaboradora que ha asumido su aseguramiento", y sienta una nueva doctrina reiterada en numerosas Sentencias recaídas en unificación [por ejemplo, STS (Sala de lo Social), de 22 noviembre 1999 (RJ 1999/8525)][(75)],

En ellas ha subrayado el superior papel del INSS sobre las demás entidades colaboradoras , especialmente las Mutuas, en orden a los actos de reconocimiento, denegación, suspensión y extinción del derecho a la prestación económica por IT, así como determinar, en última instancia, y sin perjuicio de los recursos en vía administrativa y después ante los Tribunales, cuál es la causa última –común o profesional- causante de la IT.

La actual doctrina puede expresarse como sigue:

● **Corresponde al INSS la competencia para la calificación, sin necesidad de acudir a la vía judicial, de la contingencia determinante de un proceso de incapacidad temporal y determinación de responsabilidades, incluso cuando la cobertura del riesgo profesional es asumida por una Mutua.**

(73) En el mismo sentido. SSTS 17 enero 1995 (RJ 1995, 356) y 24-6-96 (RJ 1996, 5388).

(74) En el mismo sentido, SSTS 26 enero 2004 (RJ 2004, 4092) y, especialmente, 1 de junio de 2004 (RJ 2004, 5385), en la que se matiza y, en alguna manera, se rectifica las de 24 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3254) y 2 de julio de 2003 (RJ 2003, 6884).

(75) En el mismo sentido, SSTS 19 marzo 1999 (1999, 3011), 26 enero 1999 (RJ 1999, 1104), 1 diciembre 1998 (RJ 1998, 8919), 12 noviembre 1998 (RJ 1998, 9742), 28 abril 1998 (RJ 1998, 4581), 6 marzo 1998 (RJ 1998, 2367), 2 febrero 1997 (RJ 1998, 1253), 28 enero 1998(RJ 1998, 1147), 27 enero 1998 (RJ 1998, 1141), 26 enero 1998 (RJ 1998, 1139).

Las razones que, a juicio del TS, fundamentan un pronunciamiento favorable a la competencia del INSS se pueden resumir en los siguientes puntos:

1. El artículo 57 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por RDLeg 1/1994, de 20 de junio) reafirmó la competencia omnicomprensiva que tradicionalmente incumbió al INSS al afirmar que corresponde al INSS "la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social...". Se le confiere así el rango de entidad de base para la organización y vigilancia y, en su caso, dispensación, de las prestaciones, siendo el papel de Mutuas Patronales y Empresas, meramente auxiliar, habiendo destacado siempre este carácter secundario al ser designadas por todas las disposiciones rectoras del sistema de Seguridad Social, como "Entidades Colaboradoras".

2. El papel rector de la Entidad Gestora ya aparecía en el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 36/1978, y aparece ratificado en las prestaciones de incapacidad en el Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre y, hoy, de manera general, en el artículo 1.1 a) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio (RCL 1995, 2446), norma que atribuye al INSS la facultad de evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de las mismas.

3. Esta atribución competencial no aparece modificada por precepto alguno con rango suficiente para hacerlo. Es más, el mandato del artículo 5 de la OM de 13 de octubre de 1967 (RCL 1967, 2097 y NDL 27266) que desarrolló reglamentariamente las prestaciones de ILT, al atribuir a Mutuas y empresas colaboradoras el reconocimiento del derecho a las prestaciones, no contradice aquella facultad rectora del INSS, sino que meramente la completa.

4. Negar al INSS la facultad de calificar unas dolencias como constitutivas de accidente, reservando estas facultades a la Mutuas Patronales, implica otorgar a la Entidad Gestora, Mutuas Patronales y empresas colaboradoras una posición de total igualdad, susceptible de producir situaciones de desprotección total del beneficiario, cuando todas ellas se negaran a asumir -aunque sea de manera no definitiva- la responsabilidad por una contingencia.

● El TS ha declarado asimismo la competencia de **las Entidades Gestoras para revisar de oficio sus actos declarativos en caso de incapacidad temporal reconocida como derivada de enfermedad común y posteriormente como enfermedad profesional, con posibilidad de exigir el reintegro de la Mutua al INSS de las prestaciones abonadas. El INSS puede imputar directamente esta responsabilidad a las MATEPSS sin necesidad de acudir a la vía del art. 145 LPL, dado que su resolución supone una mayor protección para los trabajadores** [STS (Sala de lo Social), de 26 de enero 1998 (RJ 1998, 1055)].

1. La doctrina de este Tribunal Supremo ha comprendido entre los supuestos en que la Entidad Gestora puede actuar de oficio y revisar sus propias resoluciones, no sólo los incluidos en el art. 145 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino también, aquellos otros en los que la facultad revisoria venga amparada por una norma legal y además, aquellos supuestos, de diferente naturaleza, en los que la revisión proceda en virtud de un hecho nuevo.

2. Resultan habilitadas las Entidades Gestoras para revisar su propias resoluciones, sin necesidad de acudir a los Tribunales, en aquellos supuestos en que (...) existe una actuación fundada e impuesta, como en el caso debatido, en un hecho nuevo y posterior -cual fue el dictamen de la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades, emitido en un expediente de invalidez- que motivó la nueva calificación de la contingencia. Nueva calificación que comporta la facultad del Ente Gestor para exigir a la Entidad colaboradora, la asunción del coste de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional y de esta forma, compensar o reintegrar las cantidades indebidamente abonadas por la Seguridad Social, para el cumplimiento de una prestación, cuya satisfacción corresponde a la Mutua de Accidentes de Trabajo. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la decisión definitiva sobre la calificación de la contingencia, y, consecuentemente, de las repercusiones económicas, que corresponde a la Jurisdicción Social.

3. De otra parte, la prohibición de revisión contenida en el artículo 145 viene limitada a los supuestos de revisión en perjuicio de los beneficiarios y no afecta a las revisiones que les beneficien. Al efecto, no es dudoso, que la protección de Seguridad Social, aunque se refiera a la misma contingencia y produzca igual necesidad, es más intensa en el riesgo profesional, que en el común.

4. El mandato contenido en el artículo 145 LPL, que impide a la Entidad Gestora revisar de oficio los actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios, no alcanza a situaciones como la presente, en la que el órgano gestor, tras atender, por el principio de "oficialidad", las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de una dolencia diagnosticada como enfermedad común, en el parte de baja médica extendido por el Servicio Médico de la Salud, constata, en el expediente de invalidez seguido a partir de dicho padecimiento, que éstas constituyen una enfermedad profesional, y, consecuentemente, y ante la incidencia que tal dato tiene sobre la situación anterior, "revisa" ésta e impone a la entidad colaboradora la asunción de su obligación prestacional.

En definitiva, la resolución administrativa litigiosa precisa con claridad en qué razones fundamenta la revisión; se inscribe en el orden normal de una diligente gestión y administración, que no afecta negativamente, ni perjudica a los derechos subjetivos del beneficiario, ni produce indefensión a la Mutua colaboradora, quien, como ha hecho, ha ejercitado su defensa tanto en vía administrativa, como judicial.

Diferente fue el pronunciamiento del TS en Sentencia de 8 octubre 1997 (RJ 1997, 7653) (Recurso número 561, 1997), recaída sobre un asunto que presenta gran analogía con el que es objeto del actual recurso; de todas maneras, en aquella sentencia se debatió la competencia del INSS para reconocer el derecho a una prestación, cuya gestión se ha asumido en régimen de colaboración por una Mutua de Accidentes de Trabajo.

B) CONTROL SANITARIO: IMPUGNACIÓN DEL ALTA MÉDICA

La mayoría de las Sentencias de unificación recaídas en relación con el control sanitario de la situación de IT versan sobre impugnación del alta médica. Los principales criterios al respecto son los siguientes:

● **El incumplimiento de los requisitos formales en el parte de alta médica extendido por la Inspección Médica no es causa de nulidad, cuando el afectado conoce sobradamente la causa del alta.** [STS (Sala de lo Social), de 17 junio 2002 (RJ 2002/7420)].

Según recuerda el TS, no todos los defectos de forma son determinantes de la nulidad del acto. Con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), la nulidad sólo procede por defectos formales cuando carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados, solución que, por analogía, ha de ser aplicada a los actos de las Entidades Gestoras. Y no hay dato alguno que permita inducir que se ha producido indefensión de clase alguna, pues el propio beneficiario no especifica en qué haya consistido la supuesta merma de su capacidad de defensa.

● **La mera impugnación de las resolu-**

ciones administrativas sobre la situación de incapacidad temporal (declaración de nacimiento, persistencia y extinción de la misma) no trae consigo el mantenimiento de los efectos suspensivos de la relación laboral. [STS (Sala de lo Social), de 15 abril 1994 (RJ 1994/3249)][(76)].

La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina refiere a la repercusión de la resolución administrativa de alta médica por curación, que pone fin al subsidio de incapacidad laboral transitoria [actual Incapacidad Temporal] sobre la situación de suspensión de la relación contractual de trabajo regulada en el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores En concreto, el punto litigioso a resolver es si dicha alta médica, cuando ha sido impugnada ante los órganos de la jurisdicción social, careciendo de firmeza por tanto, hace desaparecer por sí misma la causa de suspensión del contrato de trabajo.

El criterio sostenido es el siguiente: El efecto suspensivo inmediato en la relación individual de trabajo de las resoluciones administrativas sobre la situación de incapacidad laboral transitoria debe valer igualmente para las que declaran el nacimiento o persistencia de la misma, y para las que declaran su extinción; El empresario puede por tanto deducir las consecuencias extintivas –disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento– que deriven de la falta de justificación por el trabajador de la incomparecencia o no reincorporación tras el alta médica; Corresponde en consecuencia al trabajador (si quiere evitar, en el caso excepcional o al menos no presumible de error en la resolución administrativa, el despliegue normal de su eficacia) la carga tanto de "manifestar su voluntad de mantener la relación" como de "acreditar que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo... ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa"; y "Lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme". ■

[(76)] *En el mismo sentido, véase, STS 22 octubre 1991 (RJ 1991, 7745) y 2 marzo 1992 (RJ 1992, 1609).*

RESEÑA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Francisca M.ª FERRANDO GARCÍA

Belén GARCÍA ROMERO

M.ª Carmen LÓPEZ ANIORTE

Profesoras Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

I. REQUISITOS DE LOS BENEFICIARIOS

A) ALTA O SITUACIÓN ASIMILADA

Sentencia Tribunal Supremo de 19 de septiembre 2003 (RJ 2003/6428)

Denegación de la prestación por incapacidad temporal por no estar en alta o situación asimilada: desempleado que no percibe prestación: proceso de incapacidad que se inicia tras la terminación de otro anterior, durante el cual se produjo la extinción del contrato de trabajo.

Disposiciones estudiadas: LGSS, art. 125.1, y Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, art. 4.1.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3576/2002) interpuesto por D. Juan Alberto contra la Sentencia de 15 de julio de 2002 del TSJ de Murcia, dictada en autos promovidos por el recurrente contra Mutua Maz e INSS, sobre incapacidad temporal

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Tercero: "(…) El art. 125.1 LGSS sólo considera en situación asimilada al alta a la situación de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia, como se dice en el art. 4.1 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, la situación de desempleo total y subsidiado, preceptos que han sido interpretados también por esta Sala afirmándose que la situación asimilada al alta a que se refieren se limita al desempleo protegido a través de la prestación contributiva, sin incluir el subsidio asistencial, con lo que, con mayor razón, estará excluida de la asimilación la situación de desempleo no protegida".

En este sentido, SSTS 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003/ 7052) y 18 de septiembre de 2002 (RJ 2003/499).

Sentencia Tribunal Supremo de 5 de julio 2000 (RJ 2000/8325)

Concesión de la prestación por incapacidad temporal: alta o situación asimilada: recaída antes del transcurso de seis meses desde la curación sin actividad laboral intermedia.

Disposiciones estudiadas: LGSS, art. 128.2 y Orden de 13 de octubre de 1967, art. 9.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 4415/1999) interpuesto por Emilio T.F. contra la Sentencia de 12 de noviembre de 1999, del TSJ del Principado de Asturias, que casa y anula, confirmando la sentencia del JS dictada en autos promovidos por el recurrente contra el INSS y otras, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Bartolomé Ríos Salmerón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Cuarto: "(…) Por tanto, el trabajador accionante, que ya disfrutara de subsidio durante la primera baja médica, se encuentra sometido a la disciplina de las recaídas, ya que por un lado, se cuenta con el requisito temporal de aparición de la misma en el plazo de seis meses (entre alta y baja médicas), y por otro lado, es indiferente que la contingencia sea un accidente de trabajo, o que todo el tiempo intermedio no sea de actividad laboral. Ese régimen de las recaías significa, ante todo, que estamos ante un período único, generado por sufrirse, aquí, un accidente de trabajo, y que los requisitos entonces exigidos y ostentados, el de alta básicamente (porque los accidentes no requieren carencia alguna), conservan ahora, cuando la segunda baja médica, toda su virtualidad".

"Conservar toda su eficacia quiere decir que el accionante accede a la protección subsidiada que postula; sin que en contra sea obstáculo atendible la inexistencia, cuando la recaída, de una renta de trabajo, a la que ese subsidio estaría llamado a sustituir (…) Lo que realmente se repara es la situación del trabajador, que le impide aceptar ofertas de empleo adecuadas; observación que es válida tanto para la incapacidad temporal como para la permanente".

B) CARENCIA

Sentencia Tribunal Supremo de 8 de noviembre 2004 (RJ 2004/7353)

Beneficiarios: requisitos en caso de brote de una misma enfermedad después del agotamiento del plazo máximo con denegación de incapacidad permanente: innecesario haber trabajado durante seis meses entre uno y otro proceso: suficiencia con la cobertura del plazo de carencia.

Disposiciones estudiadas: LGSS/1994, art. 130.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 6144/2003) interpuesto por D. Benito contra la Sentencia de fecha 17 de octubre de 2003, del TSJ del Principado de Asturias, que casa y anula, dictada en autos promovidos por la recurrente contra el INSS, sobre prestaciones de incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Quinto: "Se señala en nuestra sentencia de 20 de febrero de 2002 (RJ 2002/4535) que el art. 9.1 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 (…) no se ha previsto para resolver la cuestión controvertida (…) Lo que regula, en definitiva, el precepto de 1967 es la posibilidad de considerar períodos nuevos de incapacidad temporal aquellos que se producen después de seis meses de actividad efectiva en los supuestos en los que no se agotó la duración de la incapacidad temporal; y en tal sentido fue interpretado y aplicado por sentencias de esta Sala como (…). Así pues (…), la solución al problema planteado no puede fundarse en el art. 9.1 de la Orden de 1967 (…) sino en el propio art. 130 LGSS citada, tanto porque aquella Orden no contempla esta situación (…), cuanto porque el establecimiento de las condiciones para causar derecho a una prestación de la Seguridad Social no puede venir establecido en una disposición que no tenga rano legal, puesto que vienen establecidas en la propia LGSS".

"(…) A partir de tales consideraciones, el hecho de que la enfermedad sea nueva (…) o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar (…) Ello aunque el art. 131 bis de la propia LGSS disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, pues el indicado precepto se está refiriendo al período máximo de duración de cada proceso (…)".

"Así pues, según la doctrina expuesta es suficiente para tener derecho a la prestación solicitada en el caso de autos (…) el que se cumpla, como aquí efectivamente sucede, la exigencia general del art. 130 LGSS de que se hayan cotizado seis meses en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante".

En el mismo sentido, SSTS 20 de febrero de 2002 (RJ 2002/4535), 25 de julio de 2002 (RJ 2002/10547), 22 de octubre de 2002 (RJ 2002/10690), 28 de octubre de 2003 (RJ 2003/7592) y 30 de abril de 2004 (RJ 2004/4492).

Sentencia Tribunal Supremo de 20 de junio 2002 (RJ 2002/9897)

Período de carencia: cómputo de cotizaciones por pagas extraordinarias.

Disposiciones estudiadas: LGSS/2004, arts. 124.2 y 130.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2812/2001) interpuesto por doña Florentina V. contra la Sentencia de 28 de mayo de 2001, del TSJ de Castilla y León, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por la recurrente contra el INSS y otras, sobre incapacidad temporal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Segundo: "(…) Cuando el art. 130 LGSS exige un período mínimo de cotización se está refiriendo en principio, de acuerdo con el art. 124.2 de la propia Ley, a "cotizaciones efectivamente realizadas", y tan efectivas y reales son las cotizaciones a realizar por un período de trabajo como las que corresponden a los "días teóricos" de las gratificaciones extraordinarias. Sólo en el supuesto de la prestación por desempleo el cómputo de cotizaciones se hace en principio, sin perjuicio de matizaciones en las que no es preciso entrar aquí, por días de trabajo; pero el legislador se cuida de hablar entonces no de días de cotización sino de días de ocupación cotizada (art. 110.1 y 2 LGSS)".

Sentencia Tribunal Supremo de 11 de marzo 2002 (RJ 2002/4679)

Denegación de la prestación por incapacidad temporal por no tener cubierto el período de carencia: inaplicación de la "teoría del paréntesis".

Disposiciones estudiadas: LGSS/2004, art. 130 a).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 4703/2000) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 6 de noviembre de 2000, del TSJ de Cantabria, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por doña Etelvina L. contra el recurrente sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Iglesias Cabero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Cuarto: "(…) La doctrina expuesta (en la STS de 10 de octubre de 1994, referente al período de carencia específica exigible para el reconocimiento de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente, y conforme a la cual el paro involuntario debe considerarse un paréntesis para el período en que ha de acreditarse carencia cualificada) no es aplicable al reconocimiento del subsidio por incapacidad laboral transitoria, por ser ésta una contingencia de carácter temporal, para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo, dentro de los cuales implícitamente se prevén situaciones eventuales de inactividad y falta de cotización que no constituyen obstáculo para tener derecho al subsidio".

En el mismo sentido, STS 10 de octubre de 1994 (RJ 1994/7762).

Sentencia Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1998 (RJ 1998/1797)

Compatibilidad con la pensión por incapacidad total; período de carencia: cómputo de cuotas abonadas con anterioridad a la declaración de incapacidad total, y que sirvieron para reconocer ésta.

Disposiciones estudiadas: LGSS/1994, art. 130.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3137/1997) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 30 de abril de 1997 del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos por "Limpiezas Inicial, SA" contra el recurrente y otros, sobre reintegro de prestaciones por incapacidad.

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Segundo: "(…) El artículo 130 LGSS establece claramente (…) que el período de cotización de 180 días necesario para causar derecho a las prestaciones de incapacidad temporal por enfermedad común tiene que computarse dentro de los cinco años anteriores al hecho causante de la prestación y no autoriza ninguna otra limitación. Por otra parte, como precisó la Sentencia de esta Sala de 31 de enero de 1992 (RJ 1992/141), en el sistema español de Seguridad Social no existe con carácter general ningún principio que impida computar el mismo período de cotización para distintas prestaciones. La regla general es la contraria y la única excepción es la que rige para las prestaciones por desempleo (…)".

Sentencia Tribunal Supremo de 22 de noviembre 1997 (RJ 1997/8634)

Abono de la prestación en el Régimen General: período de carencia insuficiente: cobertura con cuotas en el Régimen Especial Agrario pese a existir descubiertos: legislación aplicable.

Disposiciones estudiadas: Reglamento General del Régimen Especial Agrario, aprobado por el Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, art. 68.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm.126171997) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 31 de octubre de 1996 del TSJ de Andalucía, sede en Sevilla, dictada en autos promovidos por Manuel B.V. contra el recurrente y la TGSS, sobre ILT.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Segundo: "La norma que regula tal supuesto es el núm. 5 del art. 68 del mencionado Reglamento (Reglamento General del Régimen Especial Agrario), en la que se ordena que la totalización de períodos de cotización prevista en el número 1 del presente artículo se llevará a cabo para cubrir los períodos de carencia que se exijan para prestaciones distintas de las especificadas en el número 2 del mismo, otorgándose en tal caso dichas prestaciones por el Régimen en que se encuentre en alta el trabajador en el momento de producirse el hecho causante, y siempre que tuviese derecho a ellas de acuerdo con las normas propias de dicho régimen".

"Esta es la disposición que se ha de tomar en consideración en este litigio, y por ello es claro que la prestación de ILT en tal Régimen (pues para la cobertura del período de carencia se totalizan las cotizaciones que abonó al Régimen Agrario), es forzoso reconocerle el derecho a percibir esta pensión".

En el mismo sentido, SSTS 9 de junio, 24 de julio y 25 de noviembre de 1997 (RJ 1997/4696, RJ 1997/6485 y RJ 1997/8621).

C) ESTAR AL CORRIENTE EN EL PAGO DE CUOTAS: TRABAJADOR AGRÍCOLA

Sentencia Tribunal Supremo de 6 de noviembre 2000 (RJ 2000/9633)

Reconocimiento del derecho a la prestación: recaídas sucesivas por idénticas dolencias: períodos de actividad inferior a seis meses: cumplimiento de requisitos en la última baja, pero no en las anteriores; trabajador agrícola autónomo: requisito de estar al corriente en el pago de cuotas.

Disposiciones estudiadas: LGSS, art. 128 y Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, art.9.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2698/1999) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 14 de junio de 1999, del TSJ de Castilla y León, dictada en autos promovidos por Policarpo N.A. contra el recurrente y la TGSS, sobre incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Tercero: "(…) Cabe reconocer la situación de incapacidad temporal pretendida, a partir de la fecha de la baja… (se refiere a la segunda)…, momento en que el recurrente reunía todos los requisitos para el acceso a la prestación litigiosa, y, será a partir de esta fecha, en su caso, cuando se plantearían las cuestiones referentes a la duración de la prestación reconocida. Distinción e interpretación que sería más conforme al art. 41 CE y al principio de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas en orden al reconocimiento de las prestaciones sustitutorias de rentas de la Seguridad Social. Resultaría contrario a este principio y al de proporcionalidad consagrar una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de incapacidad temporal por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta (en nuestro caso el de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones), tal defecto inicial se prolongara indefinidamente en el tiempo futuro, sin posibilidad para el beneficiario de acceso al reconocimiento de la situación y prestación económica, una vez cumplidos los requisitos habilitantes, máxime cuando tratándose de Seguridad Social Pública, los preceptos que puedan restringir derechos individuales deber ser interpretados de forma restrictiva".

En el mismo sentido, SSTS 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10031) y 18 de febrero de 1999 (RJ 1999/2016).

II. LA PROTECCIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL

A) PRESTACIÓN ECONÓMICA: DETERMINACIÓN Y CUANTÍA

A) BASE REGULADORA

Sentencia Tribunal Supremo de 21 de octubre 2003 (RJ 2003/8801)

Prestación por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo: base reguladora: determinación: horas extraordinarias.

Disposiciones estudiadas: D. 1646/1972, de 23 de junio, art. 13, LGSS/1994, art. 109 y LPL/1995, art. 222.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 648/2002) interpuesto por don Millán contra la Sentencia de 30 de noviembre de 2001, del TSJ de Galicia, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el INSS y otros, sobre incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Segundo: "Según el artículo 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio la base reguladora de que depende el subsidio por incapacidad temporal resulta de manejar un doble criterio, según la naturaleza de la retribución que a su vez haya servido para determinar la base de cotización. Existe una regla general, de mensualización, que se aplica a cualesquiera retribuciones que en el mes anterior a la baja fueren computables para cotizar, según la contingencia de que se trate (art. 13.1); la referencia a la contingencia es trascendente para los casos de accidente de trabajo, porque en ellos se cotiza por horas extraordinarias, al contrario de lo que sucede en contingencias comunes (LGSS 1994, art. 109), coincidente con la LGSS/1974, art. 73).Y hay una regla especial, de anualización, cuando en la base de cotización aparecen las "pagas extraordinarias", los conceptos retributivos que tengan una "periodicidad en su devengo superior a la mensual", y aquellos otros que "no tengan carácter periódico" (art. 13.4)…Sabido es que las normas sobre cotización en los casos de incapacidad temporal, imponen estar al promedio correspondiente a los doce meses anteriores a la baja; de donde se sigue que tales horas repercuten en el subsidio solamente en su valor promediado anual; resultado que a la postre es imputable, no sólo a los preceptos sobre cotización durante los tiempos de baja, sino al propio artículo 13.4 del Decreto de 1972: las horas extraordinarias no son una percepción periódica por su propia naturaleza, incluso aunque en ocasiones sea frecuente o reiterada su utilización".

En este sentido, véase, entre otras, STS 14 de diciembre de 1999 (RJ 2000/519).

Sentencia Tribunal Supremo de 2 de octubre 2003 (RJ 2003/7375)

Base reguladora: recaída de IT anterior: período de actividad inferior a seis meses: la fijada en el momento de la recaída: producida durante contrato en que el salario es inferior.

Disposiciones estudiadas: LGSS/1994, art. 129, D. 1646/1972, de 23 de junio, art. 13, y Orden de 13 de octubre de 1967, art. 9.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3605/2002) interpuesto por don Carlos Francisco contra la Sentencia de 26 de junio de 2002, del TSJ del País Vasco, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el INSS y otras, sobre incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Segundo: "El problema aquí planteado no puede estimarse resuelto directamente a partir de la mera literalidad de la normativa reguladora de la indicada contingencia, por lo que habrá que buscar la solución que mejor se acomode a la finalidad que con dicho subsidio persigue aquella normativa (…) En concreto, si nos atenemos a la naturaleza contributiva de esta prestación y a la finalidad de este subsidio, que no es otra que la de suplir con aquella prestación la falta de rentas derivada de una situación de baja laboral, la solución lógica a la situación planteada no puede ser otra que la prestación había de estar conectada con la situación más próxima a la de la última baja, que es, además el período más próximo por el que se ha cotizado (…). Esta nueva situación es la que determina, en consecuencia, el reconocimiento del derecho y la cuantía del mismo, lo que significa que, a salvo lo previsto, en cuanto a su duración en el precitado art. 9, es en el momento de la recaída en el que habrá que volver a calcular la base reguladora de la prestación en atención a las circunstancias concurrentes en ese momento de conformidad con las previsiones generales del art. 129 LGSS y art. 13 del Decreto de 1972".

Sentencia Tribunal Supremo de 23 de septiembre 2002 (RJ 2002/10652)

Base reguladora: cálculo: dividiendo la base de cotización del mes anterior a la baja por el número de días a que dicha cotización se refiera; enfermedad profesional.

Disposiciones estudiadas: D. 1646/1972, de 23 de junio, art. 13.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3884/2001) interpuesto por don Valentín F.A. contra la sentencia de 12 de septiembre de 2001, del TSJ de Cataluña, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el INSS y otros, sobre incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Cuarto: "El artículo 13 del Real Decreto 1646/1972, regula, de forma clara y precisa, la manera de calcular la base reguladora para el subsidio litigioso, determinando que tal base será el cociente que resulte de dividir la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad por el número de días a que dicha cotización se refiera. Este precepto no distingue, al efecto mencionado de fijar la base reguladora de incapacidad temporal, entre trabajadores que prestan su actividad laboral durante todo ese mes anterior a la baja o lo hagan sólo durante unos días, como ocurre en el caso aquí examinado, en el que el demandante prestó servicios sólo dos en el mes de junio (…), por lo que no cabe una interpretación distinta a la que resulta de la propia literalidad del precepto, que sólo contempla en su número 3 la excepción referida al trabajador que inicia el período de incapacidad temporal en el mismo mes en el que empieza a trabajar, supuesto en el que, lógicamente, se aplican las bases de cotización correspondientes a dicho mes".

En este sentido, véanse, entre otras, SSTS 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9309), 15 de febrero de 1999 (RJ 1999, 3749) y 17 de octubre de 2001 (RJ 2002/2460).

B) MEJORAS VOLUNTARIAS

Sentencia Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8089)

Complemento a cargo de la empresa: percepción correcta: invalidez permanente con efectos retroactivos anteriores al percibo del complemento: duración y extinción de la prestación; reintegro de prestaciones indebidas: alcance.

Disposiciones estudiadas:

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 4673/1996) interpuesto por Rogelio S. contra la Sentencia de 25 de octubre de 1996 del TSJ del Principado de Asturias, que casa y anula, desestimando la demanda promovida por HUNOSA contra el recurrente, sobre reclamación de cantidad.

Ponente: Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Tercero: "(…) De acuerdo con los artículos 10.2 de la OM 13 octubre 1967 y 131 bis.1 de la LGSS de 1994, los supuestos de declaración retroactiva de invalidez permanente se rigen por el criterio de mayo protección del beneficiario, de tal modo que si la ILT, que proporcionaba un subsidio del 75% de la base reguladora era sustituida por una situación de menor protección, los efectos de la nueva situación no se retrotraen, y sí tiene en cambio efecto retroactivo la sustitución de la incapacidad temporal por una prestación de cuantía más elevada".

En el mismo sentido, entre otras, SSTS 19 de junio de 2000 (RJ 2000/5166), 3 de octubre de 1997 (RJ 1997/6988), 9 de octubre de 1997 (RJ 1997/7194) y 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6626).

B) COMPATIBILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

A) SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Sentencia Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1994 (RJ 1994/7740)

Condiciones para la percepción de la prestación por incapacidad temporal: abono en caso de concurrencia con la percepción de salarios de tramitación por despido.

Disposiciones estudiadas: LGSS/1974, arts. 126 y 130, y Orden de 13 de octubre de 1967, arts. 1 y 11,1,d).

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 841/1994) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 4 de enero de 1994 del TSJ de Cataluña, dictada en autos promovidos por D. José G. contra el recurrente, sobre prestaciones por incapacidad laboral transitoria.

Ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Tercero: "(…) El presupuesto de que parte el recurso, incompatibilidad entre salarios dejados de percibir y subsidio de incapacidad laboral transitoria, y que lo fundamenta en un único argumento, falta de finalidad del subsidio si se perciben los salarios, no puede ser aceptado en los términos que se plantean, pues (…), de darse esa incompatibilidad y en la medida en que se diera, la entidad exonerada sería la empresa y no la Entidad Gestora, por ello es evidente que, concurriendo todos los requisitos que exige la LGSS y la Orden de 13 de octubre 1967 para causar la prestación solicitada, y no habiéndose infringido ninguno de los preceptos que como tales cita el recurso, es de estimar que la sentencia recurrida es la que contiene la doctrina recta, (…) sin que ello implique que el trabajador tenga derecho a cobrar doblemente el subsidio por ILT y salarios dejados de percibir pues, ello significaría situar al trabajador en una situación abusiva y de enriquecimiento injusto (…)".

En este sentido, SSTS 16 de junio de 1994 (RJ 1994/5442) y 15 de enero de 1995 (RJ 1995/356)

Sentencia Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004 (RJ 2004/7116)

Abono de la prestación por incapacidad temporal en caso de concurrencia con la percepción de salarios de tramitación por despido: anticipo de la entidad Gestora: imputación de responsabilidades.

Disposiciones estudiadas: Orden de 18 enero 1995, Disposición Adicional 1ª.1,a) y Orden 11 enero 1996, art. 1.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 24 de abril de 2003 del TSJ de Cataluña, dictada en autos promovidos por D. Carlos Ramón contra el recurrente y otro, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Sexto: "Para el segundo supuesto, –improcedencia reconocida en conciliación administrativa– si bien la inexistencia de previsiones normativas análogas (entiéndase: a las previstas para el caso de despido declarado improcedente o nulo en vía judicial), impide la aplicación mecánica del precepto en que la sentencia recurrida sustenta su decisión, [Disposición Adicional 1ª.1,a) de la O. 18 enero 1995 en relación con el art. 1 de la O. 11 enero 1996] que sólo se refiere al supuesto anterior, sí cabe llegar a la misma solución que alcanza la sentencia recurrida, por las siguientes razones:"

– "En primer lugar merece destacarse el hecho de que ninguna responsabilidad hubiera correspondido al empresario en el pago de la IT iniciada por el trabajador tras producirse el despido si, llegada la conciliación administrativa, se hubiera limitado a reconocer la improcedencia del despido, sin fijar otra fecha de efectos distinta de aquella en que se produjo, puesto que ninguna norma legal le obliga a ello (…)".

– "Tampoco existe razón fundada para que el empresario quede exonerado de responsabilidad respecto de la IT si reconoce la improcedencia del despido en conciliación judicial, sin perjuicio de su obligación de cotizar (art. 66.3 O 26-5-99) y sin embargo, tenga que pechar con ella si efectúa igual reconocimiento en conciliación administrativa (…)".

–"La inexistencia de normas específicas para el caso, obligan a resolver la cuestión aplicando por analogía la misma solución que dieron nuestras sentencias de 17-1-94 (RJ 1995/356) y 24-6-96 (RJ 1996/5388) (…). Debe ser por tanto el INSS quien abone el subsidio de ILT al actor, sin perjuicio de percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación (…)".

En esta línea, véanse, entre otras, SSTS de 17 de enero de 1994 (RJ 1995/356) y 24 de junio de 1996 (RJ 1996/5388).

b) Pluriactividad

Sentencia Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004 (RJ 2004/3651)

Incompatibilidades: desestimación: pluriactividad: trabajador afiliado al Régimen General y al Especial de Autónomos que permanece en situación de IT para su actividad por cuenta ajena y en alta médica para su actividad por cuenta propia: inexistencia de presunción de realización de trabajos.

Disposiciones estudiadas: LGSS/1994, art. 132.1.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 1508/2003) interpuesto por el INSS contra Sentencia de fecha 21-01-2003, de TSJ de Cataluña, en autos promovidos por don Andrés contra el recurrente y otro, sobre prestación por IT.

Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Segundo: "La cuestión debatida se concreta en determinar si la mera permanencia en la situación de alta en el Régimen de Autónomos es causa de denegación de las prestaciones por incapacidad temporal a un trabajador por cuenta ajena que se halle dado de baja en su trabajo como consecuencia de un proceso de enfermedad común. La solución a dicha cuestión derivará de la interpretación que haya de hacerse del art. 132.1 LGSS/1994 cuando establece que "el derecho al subsidio de incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido… b) Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena". Está claro que de la mera literalidad del precepto se desprende que lo que el legislador ha querido impedir con tal previsión normativa es el fraude que podría suponer que quien está percibiendo una prestación precisamente por su incapacidad para trabajar derivada de una enfermedad, se halle, sin embargo, trabajando, y está igualmente claro que tal previsión está pensada para la generalidad de las situaciones, o sea, para aquellas en las que un trabajador tiene un solo trabajo por el que únicamente está dado de alta y cotizando. Pero esta interpretación del precepto (…) es más compleja cuando (…), como consecuencia de tener el afectado por la incapacidad una doble actividad se halla obligatoriamente afiliado a dos regímenes de la Seguridad Social distintos (…)".

"(…) Puesto que lo incompatible con la enfermedad es el trabajo efectivo, en un caso como el presente en el que la sentencia recurrida partía de la realidad de que el interesado no había llevado a cabo ningún trabajo por cuenta propia durante el período de baja por enfermedad en su trabajo dependiente, esa situación no es contraria a lo dispuesto en el art. 132.1.b) LGSS y por lo tanto no estaba justificada la denegación de la prestación por parte del INSS".

Sentencia Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002/4364)

Compatibilidad de la prestación por incapacidad temporal con la realización de otro trabajo por cuenta propia o ajena: pluriactividad: afiliación en distintos Regímenes de la Seguridad Social.

Disposiciones estudiadas: LGSS/1994, art. 132.1.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2127/2001) interpuesto por D. Joseph M. V. S contra la Sentencia de 16 de marzo de 2001 del TSJ de Cataluña, que casa y anula en el sentido que se indica en el último fundamento de derecho, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el INSS, sobre reintegro de prestaciones.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Segundo: "(…) Ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes –una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria-, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal (art. 128.1 LGSS), que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro. Bajo esta perspectiva, negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador, que ejerce una pluriactividad, por la que está en alta y cotiza, en estado de clara desprotección. Y, además, semejante conclusión sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al "efecto útil" de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social".

C) PERCEPCIÓN DE PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

Sentencia Tribunal Supremo de 9 de julio de 2001 (RJ 2001/7313)

Concurrencia de prestación por incapacidad temporal y pensión por incapacidad total con efectos retroactivos: efectos.

Disposiciones estudiadas: LGSS/1994, arts. 122 y 131.bis.3.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3432/2000) interpuesto por el INSS contra

la Sentencia de 17 de julio de 2000, del TSJ de Galicia, dictada en autos promovidos por doña Dolores G. contra el recurrente, sobre incapacidad permanente.

Ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Tercero: "(…) De lo que se trata es de una concurrencia de prestaciones que se produce al margen de la sucesión normal entre una incapacidad temporal y la permanente. Es cierto que esta concurrencia, al afectar a una pensión y a un subsidio no está comprendida en el art. 122 LGSS que establece la incompatibilidad de pensiones (…) Hay incompatibilidad, como reconocen las dos partes, porque en nuestro Ordenamiento la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida. Así se desprende de lo dispuesto en el art. 131.bis.3 LGSS, aunque la solución sería distinta si la IT cubriera la pérdida de una renta profesional derivada de una profesión no comprendida en la declaración de IPT (STS 29-09-1995, RJ 1995/6924) (…). La laguna ha de integrarse con la norma del artículo 122, que permite la opción el beneficiario, lo que en la práctica coincide con el criterio de la prestación más favorable para el beneficiario que recoge el art. 131.bis.3 LGSS".

En este sentido, véanse, SSTS de 22 mayo 2001 (RJ 2001/5476) y 19 diciembre 2000 (RJ 2001/825).

Sentencia Tribunal Supremo de 10 de junio de 1997 (RJ 1997/4698)

Pensionista por incapacidad total que sigue trabajando: enfermedades de la misma etiología: compatibilidades.

Disposiciones estudiadas: LGSS/1974, arts. 138.1 (art. 141.1 LGSS/1994) y 91 (art. 122 LGSS/1994).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm.3217/1996) interpuesto por Domingo N. contra la Sentencia de 30 de abril de 1996 del TSJ de Canarias, sede en Las Palmas, que casa y anula, estimando la demanda promovida por el recurrente contra el INSS, sobre prestaciones por ILT.

Ponente: Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Segundo: "Es totalmente posible que una persona a la que se le ha declarado en incapacidad permanente para una determinada profesión y pasa a trabajar en otra diferente, desarrolle la actividad y funciones propias de esta última con normalidad y sin cortapisa alguna durante meses o incluso durante años, y que, sin embargo, al cabo de ese tiempo los padecimientos originarios, causantes de la invalidez permanente, le impidan por las razones que sean, al menos transitoriamente, el desempeño del nuevo trabajo; y en tales casos no parece muy acomodado a razón privar del subsidio de ILT al interesado, pues había venido desarrollando la labor de la segunda profesión sin traba o merma alguna durante un tiempo que incluso puede ser muy dilatado. Esta compatibilidad sólo cesaría (…) cuando realmente la misma evidenciase la existencia de fraude por parte del beneficiario; como pudiera ser el caso en el que la imposibilidad para llevar a cabo la nueva actividad, por causa de las mismas dolencias que determinaron el reconocimiento de la incapacidad permanente en la anterior profesión, existiese desde el mismo momento en que el interesado fue contratado en el nuevo trabajo, lo que pondría en evidencia que este nuevo contrato laboral no respondía a una real prestación de servicios y que fue concertado con el fin de conseguir, en su momento, nuevas prestaciones de la Seguridad Social".

En este sentido, véase, STS de 29 de septiembre de 1995 (RJ 1995/6924).

D) PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN LA MODALIDAD DE PAGO ÚNICO

Sentencia Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10240)

Abono de la prestación por incapacidad temporal en caso de concurrencia con la percepción de prestación por desempleo en la modalidad de pago único.

Disposiciones estudiadas: Ley 31/1984 de Protección por Desempleo, art. 19.2 y RD 1044/1985, de 19 de junio.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 1129/1992), interpuesto por el INSS contra la Sentencia del TSJ de Madrid, dictada en autos promovidos por Miguel G. contra el recurrente, sobre prestaciones por ILT.

Ponente: Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Tercero: "(…) La referida incompatibilidad únicamente es predicable mientras el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total, como además señala el (…) art. 19.2 (Ley 31/1984 de Protección por Desempleo) que obviamente se refiere a su abono periódico (art. 8), que, por otra parte, era el único regulado en la Ley de 1984, pero no cuando percibe la prestación en su modalidad de pago único, no sólo porque en tal momento se considera extinguida la prestación por desempleo (…), sino porque otra interpretación sería contraria a la propia finalidad que persigue el RD 1044/1985 de propiciar la iniciativa de autoempleo de los trabajadores desempleados, facilitando la realización de un trabajo por cuenta propia (…).

"Y es que, si el actor, en cumplimiento de dicha norma, realiza un trabajo por cuenta propia invirtiendo lo percibido como pago único en su nueva actividad industrial, dándose de alta en el RETA y durante el ejercicio de tal actividad sufre un accidente de trabajo (…), sería contrario a la lógica que careciese de protección ante tal evento".

C) COTIZACIÓN

A) DURANTE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL QUE SE PROLONGA TRAS LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

STS (Sala de lo Social) de 28 abril 1997 (RJ 1997/3546)

No procede el mantenimiento de la obligación de cotizar, con cargo a la empresa o al INEM, tras la extinción del contrato de trabajo y, en su caso, de la prestación por desempleo.

Disposiciones estudiadas: arts. 103 y 222 LGSS.

Desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la STSJ Comunidad Valenciana de 16 abril 1996, dictada en autos promovidos por el recurrente contra el INSS, sobre pensiones de viudedad y orfandad.

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

TERCERO: "(...) ni las empresas, después de extinguida la relación laboral con baja del trabajador, ni el INEM, una vez concluida la prestación por desempleo, ni el INSS están obligados a cotizar en la situación en que se mantiene la percepción del subsidio por ILT. Se trata, en definitiva, de la exención de la obligación de cotizar en período de ILT coetáneo a la inexistencia de relación laboral. Como dijo la Sentencia de 26 junio 1992 (RJ 1992/4678) (Recurso 2068/1991), el precepto contenido en el artículo 70.4 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (artículo 106.4 del vigente Texto Refundido de 1994, re-

dactado según el artículo 32.2 de la Ley 42/1994 ha de relacionarse, de una parte, con lo que dispone el artículo 67 de la misma Ley de 1974 (artículo 103 del vigente Texto Refundido), imponiendo tal obligación a los trabajadores y empresarios por cuya cuenta trabajen aquéllos, lo que es sobradamente expresivo de que dicho deber queda limitado al tiempo en que persista la relación laboral, sin extenderse más allá de su extinción; y el artículo decimonoveno de la Ley 31/1984, de 2 agosto, que corresponde al artículo 222 del vigente Texto Refundido, dispone que "Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad laboral transitoria y durante ella se extinga su contrato por alguna de las causas previstas en el artículo 6.1, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad laboral transitoria hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo..., sin que se descuente del período de percepción de la prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad laboral transitoria". No existe –ha dicho nuestra jurisprudencia– base legal ninguna para atribuir a las empresas, después de extinguido el contrato y cursada la baja del trabajador, un deber de cotizar, como tampoco al Instituto Nacional de Empleo cuando, como es el caso, dicha extinción contractual no genera inmediato derecho a protección por desempleo".

En el mismo sentido, véanse, por todas: SSTS de 4 abril 2000 (RJ 2000/3279), 19 julio 1996 (RJ 1996/6370), y 21 enero 1994 (RJ 1994/359).

B) DURANTE LA PRÓRROGA DEL SUBSIDIO POR DEMORA EN LA CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE, TRAS LA EXTINCIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL POR AGOTAMIENTO DE SU DURACIÓN MÁXIMA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 febrero 2000 (RJ 2000/1610)

Prestaciones por Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes: cálculo de la base reguladora: existencia de períodos de invalidez provisional: Aplicación de la doctrina del paréntesis a los vacíos de cotización generados durante la invalidez provisional y la prórroga del subsidio de incapacidad temporal por demora de la calificación de la incapacidad temporal.

Disposiciones estudiadas: arts. 131 bis 3, 138.2 y 140.1 y 4 LGSS.

El TS, constituido en Sala General, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la STSJ País Vasco de 1 diciembre 1998, que casa y anula, condenando al INSS y a la TGSS.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEGUNDO: "Se trata, en definitiva, de resolver si la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, cuando dentro del plazo anterior al hecho causante contemplado por el art. 140 de la LGSS haya habido algún período durante el que no existiera obligación de cotizar –cual es el caso de la situación de invalidez provisional– deberá calcularse teniendo en cuenta durante tal período la base mínima de cotización, o si ese período no resulta computable, sino que tal base reguladora se calculará a partir del mes inmediatamente anterior a producirse la situación que dio lugar a la exención del deber de cotizar, aplicando sólo las reglas 1.ª y 2.ª del apartado 1, así como el apartado 2, del citado precepto [...].

TERCERO: Esta interpretación literal (que llevaría a aplicar las bases mínimas hasta cuatro años y seis meses tras la terminación de la incapacidad laboral transitoria en las incapacidades permanentes derivadas de la anterior situación de invalidez provisional) debe reconsiderarse, en opinión mayoritaria de la Sala, porque su aplicación conduce en la mayor parte de los casos a un resultado gravemente perjudicial para los beneficiarios, sobre todo en unos supuestos en los que el retraso en el paso de la situación de incapacidad temporal a la de incapacidad permanente suele ser imputable a la Entidad Gestora, que es la que tiene que realizar la calificación.

Hay que llevar a cabo, por tanto, una interpretación declarativa de la verdadera voluntad de la ley (....).

CUARTO: A los efectos de la interpretación que antes se propugna, hay que tener en cuenta la equivocidad del término **"hecho causante"** empleado en diversos preceptos de nuestra legislación positiva, lo que permite una hermenéutica abierta, ya que la prestación puede entenderse causada en diversos momentos (bien la fecha de la contingencia –accidente o enfermedad– determinante de la incapacidad permanente, bien la fecha en la que se objetivan las lesiones como permanentes o invalidantes, o bien la fecha de la constatación administrativa de esas lesiones), y el Derecho de la Seguridad Social no suministra una determinación exacta de ese momento [...].

Esta equivocidad ha permitido un juego flexible a la Jurisprudencia para lograr una solución adecuada y justa en determinados casos, entre los que pueden citarse los dos siguientes. En primer lugar, la determinación del momento en que haya de exigirse el cumplimiento del requisito del alta. El art. 138.3 de la LGSS señala que es "en el momento del hecho causante"; pero si éste es el momento final de la invalidez provisional, entonces el solicitante ya no está en alta y se quedará sin prestación, salvo que acredite en todos los casos quince años de cotización. Como quiera que ello conduciría al absurdo, ya que privaría de la protección a un gran número de solicitantes procedentes de la situación de invalidez provisional, las SSTS-4.ª de 12 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8800) y 9 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7675), llegaron a la conclusión en el sentido de que no es posible que el legislador pretendiera la obtención de la aludida consecuencia. Y en segundo término, la determinación del momento a partir del cual ha de comenzar a computarse hacia atrás el período de cotización exigible. El art. 138.2 de la LGSS se refiere al hecho causante como término final del período, por lo que, si se aplica rígidamente la regla, los trabajadores procedentes de la antigua situación de invalidez provisional, y también los de la actual incapacidad temporal prorrogada, u otros períodos de tal situación de incapacidad temporal en que no exista obligación de cotizar, tendrían serias dificultades para el cumplimiento de las denominadas "carencias cualificadas" (la exigencia de que una quinta parte del período de cotización se cumpla en los 10 años anteriores al hecho causante), por lo que en estos casos las SSTS-4.ª de 10 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9771) y 24 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8106) sentaron la doctrina conocida como del "paréntesis" para solucionar el problema.

El mismo criterio debe aplicarse en materia de base reguladora, pues los términos de la regulación son los mismos: la referencia al "hecho causante" en los arts. 138 y 140 de la LGSS; y también existe identidad de razón: evitar imponer al solicitante un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable, y en virtud de la utilización por parte de la ley de un término equívoco.

En el mismo sentido, véanse: SSTS de 26 febrero 2003 (RJ 2003/3257), 1 octubre 2002 (RJ 2003/3153), 25 octubre 2002 (RJ 2003/1907) y 11 diciembre 2002 (RJ 2003/1958).

STS (Sala de lo Social), de 2 febrero 2005 (RJ 2005/ 2780)

Trabajadores autónomos: baja de oficio

tras agotamiento de la incapacidad temporal. Inexistencia de obligación de cotizar durante la prórroga del subsidio durante la demora de la calificación de la incapacidad permanente: Situación asimilada al alta.

Disposiciones estudiadas: arts. 131 bis 2 párrafo 3.º LGSS, art. 47.1 RD 84/1996 de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la TGSS contra la STSJ Extremadura de 5 mayo 2004 (AS 1602), dictada en autos promovidos por Mutua Fremap contra la resolución de la TGSS dictando baja de oficio en el RETA y posterior alta con asignación a Fremap.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Iglesias Cabero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

TERCERO: "La cuestión […] se centra en determinar si un trabajador autónomo que, una vez agotado el período máximo de permanencia en incapacidad temporal (18 meses), continúa sin recibir el alta médica y sin que su situación sea calificada como constitutiva de una incapacidad permanente, así como las consecuencias que se derivan de tal situación. […]

Durante la prórroga de la situación de incapacidad temporal por necesidad de demorar la calificación "no subsistirá la obligación de cotizar". Se crea así una situación especial de equiparación al alta, como la contemplada en la sentencia de 20 de enero de 1995 (RJ 1995, 393) y en otras posteriores. Pero esta situación no impide la baja y pone fin a la obligación de cotizar, salvo que quiera mantenerse por el trabajador. Tampoco afecta la baja a la continuidad de la protección.

Aplicando tal doctrina al presente supuesto, el recurso de casación para la unificación de doctrina debe tener favorable acogida, pues la Tesorería General de la Seguridad Social procedió a dar de baja al trabajador una vez transcurridos los 18 meses de duración de la incapacidad temporal, puesto que no había sido declarado en situación de incapacidad permanente; la resolución del Servicio Común de la Seguridad Social presupone que el interesado pasa a la situación asimilada a la de alta y no le alcanza la obligación de cotizar, salvo que voluntariamente la asuma el trabajador…".

En igual sentido, véanse las SSTS de 28 mayo y 20 enero 2004 (RJ 7098 y 3908) y 16 junio 1998 (RJ 5783).

III. NACIMIENTO, DURACIÓN Y EXTINCIÓN DEL DERECHO AL SUBSIDIO

A) NACIMIENTO

A) PRINCIPIO DE AUTOMATICIDAD: REQUISITOS

STS (Sala de lo Social) de 14 junio 2000 (RJ 2000/5116)

Automaticidad en el pago de las prestaciones y anticipo por la Entidad Gestora: no procede cuando el trabajador no está de alta en la fecha del hecho causante, sí en caso de descubierto o retraso en el pago de las cotizaciones.

En el mismo sentido, véanse, por todas: SSTS (dos) de 22 abril 1994 (RJ 1994/3271 y 3273). Ambas tratadas infra epígrafe III.F).a).a').1.º.

STS (Sala de lo Social), de 26 octubre 2004 (RJ 2004/ 7827)

Trabajador autónomo: Reconocimiento de las prestaciones por IT: Principio de oficialidad: Automaticidad de su concesión sin necesidad de solicitud una vez presentados los correspondientes partes de baja y confirmación: Partes presentados fuera de plazo por impedirlo la enfermedad, aunque durante el curso de la misma: Inaplicación del plazo de retroacción de tres meses.

Disposiciones estudiadas: art. 43 LGSS.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ Comunidad Valenciana de 5 marzo 2003 (rec. suplicación núm. 1398/2002), dictada en autos promovidos contra el INSS en reclamación de Incapacidad Temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SÉPTIMO: "Ahora bien, hemos señalado en reiteradas ocasiones que el abono de la prestación económica correspondiente a la situación de incapacidad temporal (antes incapacidad laboral transitoria) "no está condicionado a la previa solicitud de parte, sino que se hace efectivo, de modo directo y automático, conforme al principio de oficialidad, una vez producidos y presentados los correspondientes partes médicos de baja y de confirmación (en caso de accidente no laboral o enfermedad común)" (STS 12 de febrero de 1993, rec. núm. 1335/1992, y en igual sentido, entre otras, las sentencias de 19 de noviembre de 1993, rec. núm. 3412/1992, 21 de enero de 1994, rec. núm. 3205/1991, 17 de febrero de 1994, rec. núm. 105/1993, y 20 de diciembre de 1999, rec. núm. 753/1999). Tal doctrina se ha estimado también aplicable al RETA de modo que, según dijimos en la primer de las sentencias citadas, "basta también en este Régimen Especial que se hayan hecho llegar los partes médicos de baja y confirmación al Instituto Nacional de la Seguridad Social (propiamente por el beneficiario, al no haber empresario interpuesto) para que se produzca dicho devengo".

En el caso de autos no se ha discutido la concurrencia de los presupuestos generales para la percepción de la prestación (alta, período de carencia, en su caso), se presentaron los partes de baja y confirmación (lo que se hizo durante el curso de la enfermedad) y en ningún momento se cuestionó la situación de incapacidad del actor. A ello ha de añadirse, como circunstancia propia del caso que nos ocupa, la índole de la enfermedad sufrida, que pudo razonablemente dificultar la remisión en plazo del parte de baja. En consecuencia ha de entenderse que se aplicó indebidamente el art. 43.1, inciso último, LGSS, por la sentencia recurrida".

En el mismo sentido véanse: SSTS 12 febrero 1993 (RJ 1161) y 19 noviembre 1993 (RJ 8698), 21 enero 1994 (RJ 358), 20 diciembre 1999 (RJ 10026) y 4 julio 2000 (RJ 6288).

B) PLAZO DE CADUCIDAD. INAPLICACIÓN DEL PLAZO DE RETROACCIÓN DE TRES MESES

STS (Sala de lo Social), de 28 mayo 2001 (RJ 2001/5447)

Reconocimiento de las prestaciones por IT: principio de oficialidad: automaticidad de su concesión sin necesidad de solicitud: Inaplicación del plazo de retroacción de tres meses. Caducidad de las mensualidades reclamadas al INSS al año de su vencimiento.

Disposiciones estudiadas: arts. 43 y 44 LGSS.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ Andalucía de 5 septiembre 2000 (rec. suplicación núm. 557/1999), dictada en autos promovidos contra el INSS en reclamación de Incapacidad Temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. José María Marín Correa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

TERCERO: "Sobre la caducidad del plazo de percibo del subsidio de incapacidad temporal, por aplicación del artículo 44 LGSS (art. 55.2 del Texto de 1974) hay

doctrina consolidada de esta Sala, iniciada por las de 9 de octubre de 1992, y reiterada en otras, cronológicamente más próximas, como la de 1 de febrero de 1999. En esta doctrina se parte de que es innecesario el reconocimiento formal del subsidio, por lo que el beneficiario lo que tiene que reclamar es su pago, y, por ello, está sujeto al plazo de caducidad de un año, computable mes por mes, según transcurra la situación de incapacidad".

CUARTO: "[…] Si no es preciso el reconocimiento formal, y el beneficiario únicamente tiene que cursar el parte médico de baja, no cabe aplicar un plazo que rige la solicitud para que la prestación sea reconocida, cuantificada y, en su caso, declarada la responsabilidad de quien haya de proporcionarla. […] (L)o que determina en definitiva la inaplicación para esta prestación de la retroacción expresada en el cuestionado artículo 54.1 "in fine" de la Ley General de la Seguridad Social".

En este punto véanse: SSTS de 9 octubre 1992 (RJ 7627), 12 febrero 1993 (RJ 1161), 20 septiembre 1993 (RJ 6885) y 19 noviembre 1993 (RJ 8698), 1 febrero 1999 (RJ 85) y de 26 octubre 2004 (RJ 2004/7827).

B) DURACIÓN DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN

A) PERÍODO INICIAL Y PRÓRROGA

STS (Sala de lo Social), de 28 febrero 1998 (RJ 1998/2219)

Prórroga de la IT: no precisa declaración expresa por parte de la Entidad Gestora antes de la extinción del plazo de los doce meses iniciales. Se presume que la curación del trabajador es previsible dentro de los seis meses siguientes, cuando los servicios médicos competentes siguen emitiendo partes de confirmación de la baja del incapacitado tras el agotamiento de los doce meses iniciales de ILT.

Disposiciones estudiadas: arts. 126.1 LGSS 1974 (en la actualidad, art. 128.1 LGSS), y 3.2 RD 2609/1982, arts. 14 y 15 RD 1646/1972.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la STSJ Andalucía de 2 septiembre 1996, dictada en autos promovidos por sobre invalidez provisional.

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEGUNDO: "[…] Lo que pasa es que ante la falta de resolución expresa de prórroga, la jurisprudencia de esa sala se ha pronunciado en sus Sentencias de 19 junio y 20 octubre 1993. En efecto la Sala tiene unificada su doctrina en las sentencias citadas, al declarar las mismas que el artículo 126.1 de la Ley no exige que la prórroga cuya validez se cuestiona haya de ser acordada por la Gestora antes del tiempo de extinción del plazo de los doce meses iniciales (Sentencia de 19 junio 1993); y que al haberse mantenido por los servicios médicos la situación de ILT una vez transcurridos los doce meses mediante los correspondientes partes, ello es manifestación clara de la presunción que dicho precepto establece".

En el mismo sentido, véanse: SSTS de 19 junio y 20 octubre 1993 (RJ 7559 y 8056) y 18 julio 1995 (RJ 6310).

B) RECAÍDAS E INTERRUPCIÓN

STS (Sala de lo Social), de 26 septiembre 2001 (RJ 2002/326)

No se considera como recaída una nueva baja por distinta enfermedad dentro de un período de seis meses: efecto de la aparición de una dolencia concurrente durante un período de IT: cómputo del período máximo de incapacidad temporal a partir de la aparición de dicha dolencia.

Disposiciones estudiadas: arts. 128.2 y 131 bis LGSS; art. 9.1 Orden de 13 octubre 1967.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la STSJ Cataluña de 29 noviembre 2000, dictada en autos promovidos por el INSS sobre reintegro de prestaciones.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

TERCERO: "…En definitiva, una misma enfermedad dará lugar a recaída cuando después del alta se produzca una nueva baja, sin seis meses intermedios de actividad; y producirá un nuevo período cuando desde el alta hasta la nueva baja, transcurra un período de actividad superior a seis meses. Y no podrá calificarse como recaída, el nuevo proceso de baja médica y laboral, cualquiera que sea su relación cronológica con el anterior, cuando responda a enfermedad diferente y autónoma de la aquejada con anterioridad. Así se ha dicho por esta Sala, en Sentencia de 8 de mayo de 1995, aunque tratando de la identificación de la "recaída", con la siguiente conclusión: -En definitiva, pues, el texto literal de las normas expuestas permite distinguir, a efectos de acumulación de los períodos sucesivos de incapacidad interrumpidos por la actividad laboral, un doble criterio: a) Cuando esta actividad es superior a 6 meses, el elemento temporal es decisivo y excluyente. b) Cuando la repetida actividad es inferior a 6 meses, cada proceso que se abre en virtud de una diferente enfermedad es independiente, por lo que al preponderar el elemento causal no cabe la acumulación. c) Naturalmente que la afirmación hecha en el anterior apartado no excluye, mecánicamente, que las distintas afecciones no puedan responder a un mismo proceso morboso que tenga diferentes manifestaciones".

CUARTO: […] (E)l INSS debió considerar formalmente finalizada la incapacidad temporal que dicha dolencia originó, a los efectos del cómputo del período máximo de la IT, aunque en aquella fecha persistiera la situación de baja a consecuencia de la aparición de un nuevo proceso patológico. […] Se trata de diagnósticos claramente diferenciados de tres dolencias distintas que, aunque afectaran al mismo miembro, debieron considerarse a efectos del cómputo del período máximo previsto en el art. 128 LGSS, no como un único período de IT sino como períodos distintos".

En este sentido, véanse SSTS ud. de 8 mayo 1995 (RJ 1995/3755), 10 diciembre 1997 (RJ 1997/9311), 7 abril 1998 (RJ 1998/2691) y 23 julio 1999 (RJ 1999/6465).

STS (Sala de lo Social), de 1 febrero 1999 (RJ 1999/1143)

Interrupción del cómputo de la duración de la prestación: baja por las mismas dolencias transcurrido un período de actividad superior a seis meses desde el alta. Procede también cuando el alta se debió a agotamiento del plazo máximo de la situación de incapacidad temporal: reconocimiento de un nuevo período de incapacidad temporal.

Disposiciones estudiadas: art. 9.1 Orden de 13 octubre 1967.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la STSJ Galicia de 30 enero 1998, dictada en autos promovidos por la recurrente contra el INSS sobre incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEGUNDO: "Como advierten tanto la sentencia recurrida como la sentencia de contraste, el precepto directamente aplicable a la cuestión litigiosa es el contenido en el párrafo segundo del art. 9.1 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967, que dice así: "Si el proceso de incapacidad la-

boral transitoria se viera interrumpido por períodos de actividad laboral por un tiempo superior a seis meses, se iniciará otro nuevo, aunque se trate de la misma o similar enfermedad". La sentencia recurrida ha entendido que la interrupción de que habla este precepto no concurre cuando la duración de la incapacidad temporal se ha agotado íntegramente, mientras que la sentencia de contrate entiende que existe interrupción de dicha prestación siempre que se haya producido un cese en la percepción de la misma, incluido el supuesto de extinción por agotamiento de su plazo máximo.

Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo se inclina por la solución adoptada por la sentencia de contraste, que es también la propuesta en el informe del ministerio Fiscal. El precepto reglamentario reproducido dice de manera inequívoca que el intervalo de actividad superior a seis meses da lugar a la iniciación de un nuevo período de incapacidad subsidiada. A ello debe añadirse que, si bien, la sentencia recurrida está inspirada en un atendible propósito de evitar posibles abusos o fraudes en la percepción de la prestación de incapacidad temporal, las consecuencias de la doctrina en que se apoya son excesivamente rigurosas, en cuanto que se privaría de protección en todas las situaciones de recaída en la misma enfermedad tras el agotamiento de un período de incapacidad subsidiada. Dichos posibles abusos o fraudes se deben atacar con los medios de inspección a disposición de las entidades gestoras de la Seguridad Social, y no mediante la negación de las prestaciones a quienes han conseguido de nuevo completar los requisitos para su obtención".

En el mismo sentido, respecto de un trabajador del RETA, véase: STS de 24 marzo 1998 (RJ 1998/3008), que considera irrelevante que el alta no se produjera por curación sino por agotamiento del plazo máximo, pues de la continuación en el pago de las cuotas y su aceptación por la Seguridad Social se deduce que en el tiempo comprendido hasta la nueva baja el trabajador desarrolló la actividad laboral que le es propia como trabajador autónomo, sin que se haya acreditado el hecho contrario, ni que el trabajador estuviese imposibilitado para desarrollarla.

STS (Sala de lo Social), de 5 julio 2000 (RJ 2000/8325)

Recaída antes del transcurso de seis meses desde el alta por curación sin actividad laboral intermedia: Interpretación flexible del concepto legal de "recaída": implica que el afectado recupera su capacidad de trabajo entre el alta por curación y la segunda baja médica, sin que la LGSS exija el desarrollo de una efectiva actividad laboral, ni la percepción de una renta de trabajo en dicho período intermedio. Tratándose de una recaída existe un período único de incapacidad temporal, por lo que el requisito de alta, exigido y ostentado en el momento de la primera baja médica por accidente de trabajo, conserva toda su virtualidad respecto de la segunda baja médica.

Disposiciones estudiadas: art. 128.2 LGSS; art. 9.1 Orden Ministerial de 13 octubre 1967.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la STSJ Asturias de de 12 noviembre 1999, dictada en autos promovidos contra el INSS, la TGSS y la empresa, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Bartolomé Ríos Salmerón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CUARTO: "3. También habla la Orden de 1967 de "períodos de actividad laboral" entre el alta por curación y la baja por recaída; esto es una manera, más o menos correcta, de expresar el fenómeno aludido: entre uno y otra acto médico, el afectado "recobra su capacidad de trabajo", como ya dijo nuestra sentencia de 8 mayo 1995; citada antes. Imponer a toda costa que en el intermedio haya, además, actividad laboral supone exceder las exigencias que derivan del escueto término que utiliza la LGSS, donde se habla de recaída sin más. Y adicionalmente se rozaría el absurdo, porque es claro que sin actividad previa, cabe la aparición de una incapacidad temporal, como lo muestra claramente la normativa sobre empleo, combinada con esta incidencia inhabilitante (LGSS, art. 222).

4. Por tanto, el trabajador accionante, que ya disfrutara de subsidio durante la primera baja médica, se encuentra sometido a la disciplina de las recaídas, ya que por un lado, se cuenta con el requisito temporal de aparición de la misma en el plazo de seis meses (entre alta y baja médicas), y por otro lado, es indiferente que la contingencia sea un accidente de trabajo, o que todo el tiempo intermedio no sea de actividad laboral. Ese régimen de las recaídas significa, ante todo, que estamos ante un período único, generado por sufrirse, aquí, un accidente de trabajo, y que los requisitos entonces exigidos y ostentados, el de alta básicamente..., conservan ahora, cuando la segunda baja médica, toda su virtualidad".

STS (Sala de lo Social), de 20 febrero 2002 (RJ 2002/4535)

Brote de una misma enfermedad después del agotamiento del plazo máximo: Innecesario haber trabajado durante seis meses entre uno y otro proceso en orden a lucrar las prestaciones por incapacidad temporal. Basta con haber cotizado ciento ochenta días en los cinco años anteriores.

Disposiciones estudiadas: art. 130 LGSS y art. 9.1 de la Orden de 13 de octubre de 1967.

Desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la STSJ Andalucía de 16 febrero 2001 (recurso de suplicación núm. 4277/1999), dictada en autos promovidos por la trabajadora contra el recurrente y la TGSS, sobre prestación por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEGUNDO: "[...] 3. En el presente caso se plantea un problema que es novedoso para la Sala, y consiste en determinar si ante un nuevo brote de la misma enfermedad por la que se agotó un período de duración máxima de una incapacidad temporal se ha de exigir un nuevo período de cotización por seis meses para causar derecho a prestaciones o si será suficiente la exigencia general del art. 130 LGSS de que se hayan cotizado seis meses en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

La solución al problema planteado no puede fundarse en el art. 9.1 de la Orden de 1967 en la que se apoya el recurso, sino en el propio art. 130 de la LGSS citada, tanto porque aquella Orden no contempla esta situación como se ha dicho más arriba, cuanto porque el establecimiento de las condiciones para causar derecho a una prestación de la Seguridad Social no puede venir establecido en una disposición que no tenga rango legal, puesto que vienen establecidas en la propia LGSS. A tal efecto, el art. 130 citado dispone que "serán beneficiarios del subsidio por incapacidad temporal las personas integradas en este Régimen General que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinadas en el art. 128, siempre que reúnan además de la general exigida en el artículo 124, las siguientes condiciones: a) En caso de enfermedad común, que hayan cumplido un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante; b) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional, no se exigirá ningún período propio de cotización"; y en el presente caso no existe duda alguna respecto del cumplimiento por la actora de los requisitos generales del art. 128 –estar en situación de recibir asistencia sanitaria y hallarse impedida para el trabajo–, ni tampoco

exista duda sobre el hecho de que, teniendo la contingencia protegida su origen en una enfermedad común, la demandante reunía en la fecha del hecho causante del nuevo proceso la carencia de ciento ochenta días en los últimos años que el precepto transcrito exige.

4. A partir de tales consideraciones, el hecho de que la enfermedad sea nueva -como contemplamos en las anteriores sentencias precitadas-, o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar cuando la LGSS no distingue a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación. Ello, aunque el art. 131 bis de la propia LGSS disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido, pues el indicado precepto se está refiriendo al período máximo de duración de cada proceso, pero no a procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso aquella duración, debiendo de interpretarse así esta disposición legal aun cuando una (STS de 17-12-2001 (Rec.-2218/2000) haya dicho literalmente lo contrario, pero contemplando un supuesto en el que el trabajador cuando causó nueva baja por la misma enfermedad no estaba en situación de alta, sino que se hallaba fuera del sistema de protección, razón por la que, aunque aparentemente parezca una decisión contradictoria con la presente, no puede considerarse así dada la enorme distancia entre las dos situaciones, en cuanto que en el presente caso la actora no sólo estaba en alta cuando causó la nueva baja sino que había reanudado su actividad y cotizado por un período de cuarenta y un días.

TERCERO: La aplicación del criterio antes expresado al supuesto que nos ocupa conduce a la desestimación del recurso y a confirmar la sentencia recurrida…"

En este sentido, véanse: SSTS de 22 octubre 2002 (RJ 2002/10690), 28 octubre 2003 (RJ 2003/7592) y 30 abril 2004 (RJ 2004/4492).

STS (Sala de lo Social), de 24 noviembre 1998 (RJ 1998/10031)

Recaída por idénticas dolencias tras un período de actividad inferior a seis meses: cumplimiento de los requisitos (alta y carencia mínima) de acceso a la prestación en la última baja, pero no en las anteriores: derecho a la prestación: fecha de efectividad de la misma, no lo es la del hecho causante, sino la de la última baja cuando sí concurren las condiciones exigidas y tiene lugar su reconocimiento.

Disposiciones estudiadas: arts. 128.2 y 130 LGSS; art. 9.1 Orden Ministerial 13 octubre 1967.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la STSJ Cataluña de de 18 diciembre 1997 (rec. suplicación núm. 1766/1997), dictada en autos promovidos contra el INSS, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

TERCERO: "[…] Conforme a lo antes expuesto, cabe reconocer la situación de incapacidad temporal pretendida, a partir de la fecha de baja, que se produjo en 19 de marzo de 1995; momento en que el recurrente reunía todos los requisitos de acceso a la prestación litigiosa, y, será a partir de esta fecha, en su caso, cuando se plantearían las cuestiones referentes a la duración de la prestación reconocida. Distinción e interpretación que sería más conforme al artículo 41 de la Constitución Española y al principio de eficacia y utilidad de las cotizaciones realizadas en orden al reconocimiento de las prestaciones sustitutorias de rentas de la Seguridad Social. Resultaría contrario a este principio y al de proporcionalidad, consagrar una doctrina expresiva de que, denegada una prestación de incapacidad temporal por no reunir en el momento de la primitiva baja por enfermedad común el requisito de carencia o alta, tal defecto inicial se prolonga indefinidamente en el tiempo futuro sin posibilidad para el beneficiario de acceso al reconocimiento de la situación y prestación económica una vez cumplidos los requisitos habilitantes, máxime cuando tratándose de Seguridad Social pública, los preceptos que puedan restringir derechos individuales, deben ser interpretados de forma restrictiva (SSTS 9 junio 1997 (RJ 1997/4697)] y, en el caso examinado, ninguna norma existe que prohíba acceder al reconocimiento de una situación de incapacidad temporal, a quien en la fecha de la última baja por enfermedad que le origina impedimento para trabajar, cumple con el requisito de carencia que no cubrió en una anterior fecha de baja por la misma dolencia. Debe añadirse, finalmente, que, al margen del hecho causante, la fecha de efectividad de la prestación [STS 26 enero 1998 (RJ 1998/1055)] opera solamente a partir del acto administrativo de reconocimiento. Acto que, precisamente, debe dictarse cuando se acredite la concurrencia de las condiciones exigidas en forma general por el artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social".

En el mismo sentido, el FUNDAMENTO DE DERECHO ÚNICO de la posterior STS de 18 febrero 1999 (RJ 1999/2016) resume esta doctrina "así: a) los preceptos de los arts. 128.2 de la LGSS/1994 y 9.1, párrafo 2.º de la OM de 13 de octubre de 1967 sobre recaídas en la incapacidad temporal (caer nuevamente enfermo de la misma dolencia a quien estaba convaleciendo o había recobrado su salud, según nuestra Sentencia de 8 de mayo de 1995 [RJ 1995/3755]) se refieren no a los requisitos del derecho a la prestación sino al cómputo de la duración de la misma; y b) la consideración en los citados preceptos como hecho causante de la incapacidad temporal de la dolencia inicial, a efectos de cómputo conjunto de los períodos de incapacidad subsidiada, es una ficción legal encaminada a evitar una prolongación excesiva del subsidio de incapacidad temporal en los supuestos de enfermedades recidivantes, que pierde su razón de ser cuando el asegurado no ha percibido tal subsidio en la manifestación inicial de la dolencia".

Sobre la fecha de efectividad de la prestación, véase: STS de 26 enero 1998 (RJ 1998/1055).

C) TRASCENDENCIA DE DETERMINADAS VICISITUDES QUE AFECTAN A LA RELACIÓN LABORAL EN LA DURACIÓN DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: INTERRELACIÓN DE LAS SITUACIONES DE MATERNIDAD E INCAPACIDAD TEMPORAL

STS (Sala de lo Social), de 20 enero 1995 (RJ 1995/393)

Constituye situación de asimilada al alta a efectos de la prestación por maternidad, la del trabajador en ILT por enfermedad común al extinguirse el contrato de trabajo.

Disposiciones estudiadas: art. 4 de la Orden 13 octubre 1967.

El TS, constituido en Sala General, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la STSJ Cataluña de 25 enero 1994, dictada en autos promovidos por la trabajadora, sobre incapacidad laboral transitoria por maternidad.

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Alvarez Cruz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CUARTO: "[...] Desde esta perspectiva hay que concluir que la falta de referencia a estos supuestos en el artículo 4 de la Orden 13 octubre 1967 no obedece a una voluntad de excluir la protección de la maternidad en estos casos, sino que se debe a que la norma ha considerado innecesaria esta precisión, porque ha tenido en cuenta el supuesto normal de ILT con mantenimiento de alta y no

el de baja por extinción del contrato de trabajo. Y en este sentido hay que señalar que la regulación reglamentaria parte de la intercomunicación de las situaciones de ILT, como se pone de relieve al examinar el artículo 12.3 de la aludida Orden, el cual prevé que, si agotado el período de descanso obligatorio posterior al parto... la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de ILT por enfermedad común, iniciándose a partir de ese momento, sin solución de continuidad, el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia.

QUINTO: Es preciso tener en cuenta, de otra parte, que una trabajadora con el contrato de trabajo extinguido, que el día siguiente al del alta en ILT por enfermedad común inicia nuevo proceso de ILT por maternidad, no está obligada a inscribirse como demandante de un empleo, ni a solicitar la prestación de desempleo. La maternidad lleva consigo que la trabajadora no pueda ejercer otro empleo si se encuentra en el período de descanso obligatorio, o esté legitimada para no aceptar una oferta de trabajo adecuada si se trata del período de descanso voluntario.

En este sentido la tesis de la entidad gestora conduce al absurdo: 1) la actora no puede acceder a la protección de desempleo porque no está en disposición de trabajar; pero 2) tampoco puede acceder a la protección por maternidad porque, extinguido su contrato de trabajo, no ha pasado a percibir prestaciones por desempleo. Este resultado ha de excluirse. Y tampoco puede aceptarse que el hecho de que la baja por maternidad se produzca el día siguiente al del alta médica por enfermedad común, y no el mismo día, resulte relevante para eliminar la situación de asimilación al alta, pues, aparte de que, para establecer con claridad el comienzo de la situación protegida, debería la entidad gestora haber cursado los preceptivos partes de "pronóstico de parto" y "notificación del parto" (artículo 18.1 de la Orden 13 octubre 1967), en vez de una irregular baja por maternidad, es que entre las dos situaciones no existe realmente solución de continuidad que pueda romper la situación de asimilación al alta; y todo ello con independencia de que en otro caso habría que tener en cuenta las precisiones del artículo 19.2 de la Ley 31/1984.

Es preciso señalar, por último, que la tesis de la sentencia aportada para confrontación, para la que el descanso por maternidad no tiene sentido cuando el contrato de trabajo se ha extinguido, no puede aceptarse, pues la protección por maternidad, y en general por incapacidad laboral transitoria, puede producirse tras la extinción del contrato de trabajo, y entonces lo que se garantiza es el descanso de la mujer trabajadora frente a la necesidad de búsqueda y aceptación de un nuevo empleo. Así lo reconoce el ordenamiento español cuando considera situación asimilada al alta, a efectos de ILT, el desempleo involuntario total y subsidiado."

En este sentido, véanse, entre otras: SSTS de 20 y 30 enero 1995 (RJ 1995/1146 y 525), 21 junio 1995. (RJ 1995/10065), y 22 mayo 1995. (RJ 1995/3993).

C) EXTINCIÓN

A) POR AGOTAMIENTO DEL PLAZO MÁXIMO ESTABLECIDO PARA LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL DE QUE SE TRATE

STS (Sala de lo Social), de 21 junio 2004 (RJ 2004/7468)

Improcedencia de la prórroga de las prestaciones por IT hasta un máximo de treinta meses, cuando ha recaído declaración de inexistencia de incapacidad permanente, a pesar de que subsiste la necesidad de asistencia sanitaria pues el trabajador está pendiente de intervención quirúrgica.

Disposiciones estudiadas: arts. 128.1 y 131 bis 2 LGSS.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la STSJ Canarias de 16 diciembre 2002 (JUR 2003, 34189), dictada en autos promovidos por la recurrente sobre prestación de IT.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

CUARTO: "[…] Por ello, el párrafo segundo del número 2 del artículo 131 bis no resulta de aplicación en este caso, pues aunque es cierto que el trabajador se encontraba pendiente de una intervención quirúrgica y necesitado de asistencia sanitaria, la Entidad Gestora estimó que la situación del demandante podía examinarse a efectos de incapacidad permanente y no era, como dice el precepto, aconsejable demorar esa calificación, que finalmente se pronunció sobre la inexistencia de incapacidad permanente en la situación del actor".

En el mismo sentido, véase STS de 25 febrero 2003 (RJ 3634).

STS (Sala de lo Social), de 11 diciembre 2001 (RJ 2002/2113)

Recaída o agravamiento de la enfermedad tras la resolución denegatoria de IP. Prolongación del subsidio mientras perdure la situación de baja médica e impedimento para el trabajo, con el límite de treinta meses.

Disposiciones estudiadas: arts. 128.1.a) y 131 bis 2 y 3 LGSS.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ Aragón de 30 diciembre 2000 (rec. suplicación núm. 557/1999), dictada en autos promovidos contra el INSS en reclamación de prestación por Incapacidad Temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

QUINTO: "La circunstancia concurrente en el litigio de que la entidad gestora hubiera declarado en momento anterior a la situación de baja médica enjuiciada que la dolencia crónica padecida por la actora no era constitutiva de incapacidad permanente no tiene virtualidad para la resolución en derecho de la cuestión enjuiciada en el sentido pretendido por la entidad gestora. Por un lado, porque tal declaración o calificación se produjo antes de la recaída o agravamiento de la dolencia asmática que dio lugar a la nueva situación de incapacitación y baja médica, práctica anticipada que no se ajusta a lo previsto en el art. 131 bis 2 de la LGSS. Y por otro lado, porque dicha declaración de inexistencia de alguno de los grados de incapacidad permanente tuvo lugar incluso antes del agotamiento de la duración máxima inicial del período de incapacidad temporal.

SEXTO: En conclusión, la recaída o agravamiento de la afección asmática con baja médica de la actora debió determinar en el caso, en primer lugar, la percepción del subsidio de incapacidad temporal hasta el agotamiento de los días restantes (veintitrés) (art. 128.1.a de la LGSS); y en segundo lugar, supuesto que se decidió no prorrogar la situación de incapacidad temporal, o bien la calificación inmediata de la invalidez permanente en el grado correspondiente (art. 131 bis 2 párrafo primero de la LGSS), o bien la demora de tal calificación (art. 131 bis 2 párrafo segundo de la LGSS), con la correspondiente prolongación del subsidio mientras continuara la baja médica […]. Dado que la entidad gestora no procedió al examen y calificación en tiempo previstos en el primer término de la alternativa hay que entender aplicable la regla sobre la demora de la calificación y la prolongación del subsidio mientras perdurara la situación de baja médica e impedimento para el trabajo, y hasta, en su caso, el citado límite de treinta meses".

STS (Sala de lo Social), de 1 diciembre 2003 (RJ 2004/1932)

Prórroga de los efectos económicos de la IT por demora de la calificación de la incapacidad permanente: procede hasta la calificación de la invalidez aun cuando la resolución sobrevenga transcurrido el plazo máximo de 30 meses.

Disposiciones estudiadas: art. 131 bis 2 y 3 LGSS.

Desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua demandada contra la STSJ Galicia de 15 julio 2002 (AS 3241), dictada en autos promovidos sobre incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEGUNDO: "Es cierto que el párrafo segundo del número 2 del artículo 131 bis fija un plazo máximo de treinta meses. Pero, como ya se ha dicho, ese plazo se concede para que en él se proceda a la calificación de la incapacidad permanente. Por otra parte, es importante poner de relieve que la regla del artículo 131.bis.3.3.º sobre el plazo máximo no va dirigida al interesado, que ningún poder tiene en el procedimiento de calificación, sino a la entidad gestora, que es la que tiene que realizar la calificación, que "podrá retrasarse por el período preciso", pero sin rebasar "en ningún caso" los treinta meses mencionados. No es el trabajador el que ha incumplido la norma y no debe, por ello, sufrir las consecuencias de la demora en la calificación, sin perjuicio de las responsabilidades de compensación que pudieran producirse entre la gestora y la mutua, como consecuencia del retraso y de la imputación de la causa del mismo".

STS (Sala de lo Social), de 30 abril 2002 (RJ 2002/6158)

Extinción de la prórroga de los efectos económicos de la IT por demora de la calificación de la incapacidad permanente: fecha de la resolución del INSS denegando la incapacidad permanente.

Disposiciones estudiadas: art. 131 bis 3 LGSS; art. 57.1 Ley 30/1992, de 22 noviembre; art. 1.1.g) RD 1300/1995, de 21 julio.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la STSJ Madrid de 22 febrero 2001 (rec. suplicación núm. 2794/2000), dictada en autos promovidos sobre incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. José María Marín Correa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEGUNDO: " [...] La doctrina en la materia ya ha sido unificada por la Sentencia de esta Sala de fecha 20 de enero de 2000 (RJ 2000/983) (Recurso 14/1999), a cuya fundamentación "in extenso" nos remitimos ahora, y en cuyo recurso se había aportado la misma sentencia referencial que en el presente. Se inclinó la Sala por la solución adoptada en esta resolución de contraste, con base, en esencia, en los siguientes argumentos:

a) El número 3 del art. 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido de 20 de junio de 1994 (LGSS), refiriéndose a la situación que aquí nos ocupa, señala que "los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de calificación de incapacidad permanente", regla ésta que se repite en el segundo párrafo del citado apartado 3.

b) Este criterio se corrobora por lo dispuesto en el art. 57.1 de la Ley 30/1992 de 22 de noviembre, cuando dispone que "los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo... producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa", y en la resolución del INSS no se establece salvedad alguna en relación a los efectos de la misma en lo que concierne a la extinción de la prestación de la incapacidad temporal.

c) La misma conclusión proclama el art. 1.1 g) del Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, que atribuye competencia al INSS para "declarar la extinción de la prórroga de los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal a que se refiere el apartado 3 del art. 131.bis de la LGSS... en el momento en que recaiga la correspondiente resolución por la que se reconozca o deniegue el derecho a prestación de invalidez".

d) La específica situación de incapacidad temporal recogida en el párrafo segundo del número 2 del art. 131 bis de la LGSS es una situación excepcional, por lo que resulta totalmente lógico que concluya en el momento en que se resuelva lo oportuno sobre la invalidez permanente –ya en sentido favorable o ya adverso–, sin necesidad de esperar a la notificación al interesado, pues en esta situación, que es objetiva, no debe tener incidencia alguna un elemento de carácter subjetivo, cual es el del conocimiento por parte del trabajador afectado del contenido de la resolución".

En el mismo sentido, véanse SSTS de 17 mayo 2001 (RJ 2001/5466), 11 y 30 abril 2001 (RJ 2001/4866 y 5129), 12 enero 2001 (RJ 2001/766), 3 octubre 2000 (RJ 2000/8355), 11 julio 2000 (RJ 2000/7177), y 20 enero 2000 (RJ 2000/983).

B) POR ALTA MÉDICA, CON O SIN DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

STS (Sala de lo Social), de 29 enero 1997 (RJ 1997/642)

Prórroga del subsidio de ILT: procede también a instancias del trabajador dado de alta por curación sin propuesta de invalidez, cuando se produce el reconocimiento judicial posterior de invalidez permanente total evidenciando que el alta debió ser con propuesta de invalidez permanente.

Disposiciones estudiadas: art. 10.2 Orden 13 octubre 1967.

Desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la STSJ Andalucía de 30 octubre 1995, dictada en autos promovidos contra el INSS y otros, sobre ILT.

Ponente: Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEGUNDO: "[…] Y aunque esta norma sólo concede el derecho al subsidio de ILT cuando son los órganos de la Entidad Gestora los que presumen la procedencia de invalidez permanente, es equitativo entender que este beneficio también es aplicable cuando en el procedimiento de declaración de invalidez permanente se acredita que la Entidad Gestora debió proponer dicha declaración al dar el alta de ILT por curación".

STS (Sala de lo Social), de 7 octubre 2004 (RJ 2004/7889)

Eficacia de la resolución del INSS que deniega el reconocimiento de IP total. Reincorporación al puesto de trabajo en la fecha de emisión del parte de alta por una Mutua de Accidentes de Trabajo, pero con posterioridad a la fecha de efectos retroactivos del mismo y a la fecha de la resolución del INSS que declara la IP Parcial. Despido improcedente: Continuidad de la incapacidad temporal y de la asistencia médica tras la resolución del INSS. La trabajadora informó al representante de la empresa sobre la subsistencia de su situación de incapacidad para el trabajo y de la necesidad de asistencia médica.

Disposiciones estudiadas: arts. 45.1.c) y 54.2.a) ET; arts. 56 y 57 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; art. 9.2 RD 2609/1982, de 24 de septiembre.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la STSJ Castilla-La

Mancha de 14 mayo 2003 (JUR 2003, 246089), dictada en autos promovidos por la recurrente en reclamación sobre despido.

Ponente: Excma. Sra. Dª. Milagros Calvo Ibarlucea.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

TERCERO: "[…] Lo que ocurre es que el acto administrativo de la gestora, al extinguir la situación de incapacidad laboral transitoria, priva en principio de justificación a la incomparecencia al trabajo de la misma forma que la baja había otorgado inicialmente esa justificación. El empresario puede, por tanto, deducir las consecuencias extintivas –disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento– que derivan de esa falta de justificación y el trabajador, que ha de prevenir la eventual apreciación de un desistimiento –cuya concurrencia o no habrá de valorarse en cada caso– manifestando su voluntad de mantener la relación, debe también, si quiere conservar la suspensión, destruir los efectos reflejos de la resolución administrativa acreditando que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo. Lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme y ello porque, aparte de lo dicho, frente a la desaparición de la justificación de la incomparecencia no basta la impugnación de una resolución administrativa en una relación externa a la laboral, sino que el trabajador ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario de la impugnación y a acreditar la subsistencia de una incapacidad temporal para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa.

[…] (E)xiste la constancia de que en la fecha del despido y en aquéllas en las que se imputa la no reincorporación al puesto de trabajo la trabajadora se hallaba recibiendo asistencia médica y una situación de incapacidad temporal que le impedía reincorporarse al trabajo".

Acerca de la eficacia inmediata de la resolución del INSS que pone fin al expediente administrativo de declaración de Incapacidad Permanente, véanse las SSTS de 15 abril 1994 (RJ 1994/3249), de 2 marzo 1992 (RJ 1609) y 22 octubre 1991 (RJ 7745).

STS (Sala de lo Social), de 11 mayo 1994 (RJ 1994/5355)

Eficacia de la resolución no firme de invalidez permanente: no produce efectos sobre el contrato de trabajo para extinguir el contrato conforme al art. 49.5 ET, hasta que no alcance firmeza: mantenimiento de la suspensión del contrato.

Disposiciones estudiadas: art. 49.5 ET; art. 110 Ley de Procedimiento Administrativo de 17 julio 1958; art. 9.2 RD 2609/1982, de 24 de septiembre; art. 18.4 Orden de 23 noviembre 1982.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ Andalucía de 6 junio 1993, dictada en autos promovidos sobre despido.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

TERCERO: "[…] (L)as resoluciones administrativas declarando la invalidez permanente no producen eficacia para extinguir el contrato de trabajo según el artículo 49.5 ET hasta que no alcancen firmeza, permaneciendo entre tanto suspendido el contrato con derecho a percibir la pensión y sin que el empresario tenga obligación de readmitirlo".

CUARTO: "No son contradictorias las dos líneas jurisprudenciales antes mencionadas pues en ambos casos se reconoce a las resoluciones administrativas una eficacia ejecutiva inmediata sobre la relación de aseguramiento social y una efectividad refleja o indirecta sobre el contrato de trabajo, que tiene distinto alcance según que el contenido de la declaración sea poner fin a la incapacidad laboral transitoria o reconocer una situación de invalidez permanente total o de superior grado.

En el primer caso, las tres sentencias de unificación de doctrina citadas reconocen a la resolución una efectividad no absoluta sino limitada y relativa respecto del contrato de trabajo, al entender que el trabajador tiene la carga de ponerse a disposición del empresario, pero puede acreditar que subsiste la incapacidad temporal que le impide la reincorporación ofreciendo, si es menester, medios para verificar tal situación. En el segundo, las otras sentencias citadas mantienen que la resolución no produce efectos sobre el contrato hasta que no alcance firmeza.

Se justifica el distinto alcance de la efectividad de las dos clases de resoluciones en la incidencia que pueden producir sobre el contrato de trabajo pues en el primer caso, la resolución declara la capacidad laboral del trabajador que está en ILT, con la consiguiente terminación de la suspensión del contrato y el renacimiento del deber de trabajar y el derecho a percibir el salario y, si se espera a la firmeza de la declaración se produciría la anómala situación de un trabajador que deja de percibir el subsidio correspondiente y tampoco cobra el salario al no reincorporarse a la empresa, mientras que en el segundo caso, la extinción del contrato con base a una declaración no firme de invalidez permanente podría producir efectos irreparables, pues si ésta es revocada en vía administrativa o judicial en el sentido de reconocer el grado de incapacidad parcial o que ésta no existe, el trabajador podría quedar sin la pensión y sin derecho a su puesto de trabajo pues el contrato ya había sido extinguido".

En el mismo sentido, véanse: SSTS de 27 junio 1983 (RJ 1983/3050), 24 enero 1984 (RJ 1984/90), 24 enero 1985 (RJ 1985/95) y 13 junio 1988 (RJ 1988/5277).

STS (Sala de lo Social), de 24 noviembre 2003 (RJ 2004/291)

Alta médica con informe-propuesta de lesiones permanentes no invalidantes: inexistencia de prórroga de la prestación de IT hasta la valoración de la incapacidad; la prestación económica se extingue en la fecha del alta médica.

Disposiciones estudiadas: art. 10.2 OM 13 octubre 1967.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Mutua contra la STSJ Cataluña de 8 noviembre 2002 (rec. suplicación núm. 1871/2002), dictada en autos promovidos sobre prestación de IT.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEGUNDO: "La Orden Ministerial 13 octubre 1967, en su artículo 10, apartado 2 […], desarrolló el mandato legal citado, disponiendo que si al producirse el alta médica se formulase informe-propuesta por la que se considerara que el trabajador estuviera afectado por una presunta invalidez permanente, no se produciría la extinción del derecho al subsidio, manteniéndose tal derecho hasta que recayera resolución definitiva de la Comisión Técnica Calificadora […].

Consiguientemente, si tal informe-propuesta, cuando propugnara el reconocimiento de lesiones permanentes no invalidantes no generaba derecho al mantenimiento del subsidio por incapacidad laboral transitoria, se ha de deducir, contrariamente a lo que declara la sentencia recurrida, que el mencionado dictamen no produce efectos distintos ni permite extender hasta su momento el derecho al subsidio…".

En el mismo sentido, véanse: SSTS de 5 marzo 1999 (RJ 1999/2065), 14 julio 1997 (RJ 1997/5699), 2 abril 1996 (RJ 1996/ 2978), 24 marzo (RJ 1995/8986), 29 mayo (RJ 1995/4011) y 22 noviembre 1995 (RJ 1995/8683). Igualmente, respecto del alta con informe-propuesta de IP Parcial, véase: STS de 26 octubre 1999 (RJ 1999/7555).

D) DENEGACIÓN, PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DEL DERECHO AL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

a) Por incompatibilidad con la realización de otras actividades por cuenta propia o ajena

Véanse las SSTS de 7 abril 2004 (RJ 2004/3651) y 19 febrero 2002 (RJ 2002/4364), citadas supra epígrafe II.C).

b) Por abandono del tratamiento

STS (Sala de lo Social), de 22 abril 2002 (RJ 2002/7794)

Suspensión de la prestación por abandono de tratamiento: sólo es preceptivo para la Entidad Gestora o colaboradora acudir al procedimiento reglamentario cuando el beneficiario ha pedido previamente a la Entidad aquiescencia para el abandono.

Disposiciones estudiadas: artículo 102 LGSS/1974; art. 17 Decreto 2766/1967, de 16 noviembre; art. 3.4 RD 2609/1982, de 24 septiembre.

Desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la STSJ Cataluña de 15 noviembre 2000 (JUR 2001, 30473), dictada en autos promovidos contra el INSS y otros, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

TERCERO: "De la interpretación conjunta de los preceptos –legal y reglamentarios– antes transcritos, se infiere con la suficiente claridad que el procedimiento impuesto por el art. 17.2 del Decreto 2766/1967 únicamente resulta exigible para el caso –que no es el presente– de que sea el beneficiario de la asistencia sanitaria quien haya solicitado de la Entidad gestora o colaboradora autorización, bien para no someterse al tratamiento que le haya sido prescrito, o bien para abandonar ulteriormente este tratamiento, pues en otro caso no tendrían sentido las expresiones "acompañando a su petición" (los informes o documentos que crea precisos) en abono de su pretensión, que la norma contiene. Es únicamente en este supuesto cuando la Entidad deudora de la prestación podrá manifestar su aquiescencia o su oposición a lo solicitado, previa la información que al efecto estime necesaria. Pero cuando –como acontece en los casos enjuiciados por las dos resoluciones contrastadas– el beneficiario simplemente se haya limitado a acudir a las vías de hecho, abandonando el tratamiento sin solicitar previamente autorización de la deudora de la prestación, no puede requerirse la tramitación de procedimiento alguno por parte de la Entidad gestora o colaboradora, por cuanto el único acto que reglamentariamente da lugar a la incoación de dicho procedimiento es la solicitud del beneficiario, y ésta es inexistente. Exigir en estos casos a la repetida Entidad el seguimiento de un expediente, supondría tanto como imponerle la carga de compeler al beneficiario a formular una solicitud al respecto, para cuya compulsión es evidente que aquélla no viene legal ni reglamentariamente facultada. Lo único que en tales supuestos procede es aplicar el apartado 1 del art. 102 de la LGSS/1974, haciendo uso la deudora de la prestación de la facultad que este precepto legal le confiere para sancionar al beneficiario con la suspensión de dicha prestación, pudiendo este último acudir a la Jurisdicción competente –tal como el recurrente hizo en el caso enjuiciado– en ejercicio de su derecho a impugnar la decisión de la Gestora, si es que no la estima ajustada a derecho".

E) REINTEGRO DE LAS PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS

STS (Sala de lo Social), de 2 abril 2003 (RJ 2003/4048)

Reintegro de prestaciones indebidas abonadas por la empresa en pago delegado: no corresponde efectuar su reintegro a la empresa, en razón a las deducciones practicadas sobre las cotizaciones, sino al trabajador que percibió la prestación, que es quien debe justificar que cumple todos los requisitos necesarios para lucrarla: el deber de comprobación de las condiciones precisas para lucrar prestaciones económicas por incapacidad temporal no incumbe al empresario pagador sino a la entidad gestora deudora.

Disposiciones estudiadas: art. 17 Orden de 25 noviembre 1966.

Estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa contra la STSJ Murcia de 28 mayo 2002 (JUR 2002, 175210), dictada en autos promovidos por la recurrente contra el INSS y otras, sobre reintegro de prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Iglesias Cabero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEPTIMO: "[…] cabría concluir afirmando que el abono de las prestaciones económicas por incapacidad temporal representa una obligación que vincula a la entidad gestora, de una parte, y al beneficiario, de otra; que al empresario no le impone la ley otra obligación que la de anticipar el pago por cuenta de la entidad gestora, una vez que ha recibido el reglamentario parte médico de baja y los de confirmación; que tampoco la ley ha previsto que sea el empresario el que, en caso de que el trabajador no reúna los requisitos necesarios y a pesar de ello perciba prestaciones, deba reclamar el reintegro de las prestaciones así percibidas, pues es esta una competencia que corresponde en exclusiva a la entidad gestora de la Seguridad Social, por lo que tampoco deberá 'reintegrar' lo percibido por otro, aunque se le reserven las acciones para repetir contra el verdadero obligado".

En el mismo sentido, véase la STS de 11 diciembre 2003 (RJ 2003/9570), que supone un cambio doctrinal respecto de la tesis contenida en las SSTS de 25 septiembre 2001 (RJ 2001, 8487) y 4 diciembre 2002 (RJ 2003/1941).

F) PAGO. SUJETO RESPONSABLE.

A) IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDADES.

a') Incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

1.º Alcance de la función colaboradora de las Mutuas en la gestión de las prestaciones de IT por causas comunes.

STS (Sala de lo Social), de 19 enero 2004 (RJ 2004/1365)

Incapacidad temporal derivada de enfermedad común: iniciada antes de la opción empresarial para que la gestión de la prestación se asuma por una Mutua Patronal: responsabilidad de ésta y no del INSS.

Disposiciones estudiadas: art. 87 LGSS (RCL 1994, 1825), arts. 69 a 71 del RD 1993/95 (RCL 1995, 3321), art. 4.1 RD 575/1997 (RCL 1997, 994).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 12/2003) interpuesto por FREMAP MPATEPSS contra la Sentencia de 20-06-2002, del TSJ de la Comunidad Valenciana, dictada en autos promovidos por Mutua La Fraternidad-Muprespa contra la recurrente y otros, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. El trabajador demandante venía percibiendo prestaciones de incapacidad temporal derivada enfermedad común de la Mutua Fremap, en pago directo, desde agosto de 1998 a 30 de noviembre de 1999. Con efectos de 1 de diciembre del mismo año, la empresa suscribió con la Unión de Mutuas el correspondiente documento para el abono de prestaciones económicas de incapacidad temporal por contingencias comunes. A partir de dicha fecha ninguna de las Mutuas ni el INSS se hicieron cargo de las prestaciones correspondientes al período 1 de diciembre de 1999 a 28 de mayo de 2000.

TERCERO. Se trata de resolver si el deber de atender el pago del subsidio, en supuestos como el descrito, debe atribuirse a la Mutua que ha pasado a ser la aseguradora o a aquélla que era responsable en el momento del hecho causante.

CUARTO. La Mutua está obligada a extender su cobertura a todos los trabajadores de la empresa y a hacerse cargo de la prestación económica de todas las incapacidades temporales que existan en ese momento, cualquiera que sea la fecha de su aparición o nacimiento, evitando así que en una misma empresa puedan coexistir diversos gestores de la misma contingencia dependiendo de la fecha de su inicio.

QUINTO. El RD 575/97, de 18 de abril, clarificó el tema en su artículo 4.1, del que se infiere que también corresponde a la Mutua la cobertura de las IT anteriores a la opción; por ello está facultada para controlar los hechos que las "originaron".

En el mismo sentido, SSTS de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 9117), 4 de febrero 2003 (RJ 2004, 1338), 31 mayo 2001 (RJ 2001, 5459), 27 febrero 2001 (RJ 2001, 3831), entre otras.

STS (Sala de lo Social), de 26 enero 2004 (RJ 2004/941)

Prestaciones económicas derivadas de contingencias comunes y anticipadas por la Mutua en caso de responsabilidad directa de la empresa por descubierto en el pago de las cuotas. Insolvencia empresarial. Responsabilidad de la Mutua y no del INSS.

Disposiciones estudiadas: Art. 126.2 y 3 LGSS (RCL 1994, 1825), en relación con los arts. 94, 95 y ss de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 (RCL 1966, 734, 997).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 4535/2002) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 18-07-2002 del TSJ de Madrid, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La cuestión litigiosa se limita a determinar si el INSS ha de responder o no solidariamente del pago de la prestación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, cuando el empleador del trabajador-beneficiario ha sido declarado responsable directo del pago de esta prestación, y la Mutua Patronal en la que el empleador había asegurado el riesgo de esta contingencia ordinaria, ha anticipado el pago al resultar insolvente la empresa.

SEGUNDO. Consecuentemente con la opción [ejercitada por la empresa al amparo del art. 69.1 RD 1993/1995, de 7 de diciembre (RCL 1995, 3321)], el art. 71.1 del citado Real Decreto, establece que las Mutuas "deberán asumir la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social".

Reiterada doctrina de esta Sala del TS ha sentado que en el supuesto de accidente de trabajo y enfermedad profesional la falta de cotización rupturista o expresiva de una volunta de incumplimiento acarrea la responsabilidad del empresario sin perjuicio de los deberes de anticipo de la Mutua y de la garantía subsidiaria final del INSS. Pero la responsabilidad subsidiaria del INSS se le ha atribuido en el concepto de sucesor del extinguido Fondo de Garantía de accidente de trabajo y enfermedad profesional (Disposición Final primera del RD Ley 36/1978, de 16 de noviembre [RCL 1978, 2506, 2632]); Fondo que, conforme a su régimen regulador (art. 39 a 41 del Decreto 22 junio de 1956 [RCL 1956, 1048, 1294]), aseguraba las prestaciones causadas por accidente de trabajo en el supuesto de insolvencia empresarial, o, en su caso, de la Mutua Patronal.

No existiendo normas concretas sobre responsabilidad subsidiaria del INSS respecto de las prestaciones económicas derivadas de contingencias comunes y anticipadas por la Mutua en el caso de responsabilidad directa de la empresa, aquel Instituto no debe responder subsidiariamente de la misma. Aquélla percibe, por la función aseguradora asumida respecto de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, "como contraprestación la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

En sentido contrario, STS de 24 de febrero 2003 (RJ 2003, 3254), en la que se declara de forma expresa plenamente aplicable la anterior doctrina de la responsabilidad subsidiaria del INSS respecto de los supuestos de insolvencia de la empresa colaboradora de las contingencias al supuesto de autos donde la colaboración de la gestión en cuanto a las prestaciones por incapacidad temporal derivadas de enfermedad común se lleva a cabo por una Mutua.

2.º Alcance de la colaboración de las empresas.

STS (Sala de lo Social), de 14 de junio 2002 (RJ 2002/7205)

Alcance de la colaboración voluntaria de las empresas Prestaciones por incapacidad temporal derivada de enfermedad común: trabajador cuyo contrato se extingue en tal situación.

Disposiciones estudiadas: art. 77.1 LGSS (RCL 1994, 1825), en relación con los arts. 9 y 10 de la O. de 25 noviembre de 1966 (RCL 1966, 2192), art. 62.1 y 2 del RD 2064/1995 (RCL 1996, 251, 603), art. 126.1 LGSS en relación con los arts. 5 y 6 de l O. 13 octubre 1967 (RCL 1967, 2097).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 654/2001) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 27-11-2000 del TSJ de Cataluña, sobre incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Iglesias Cabero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

SEGUNDO. La única cuestión sometida a debate consiste en determinar el sujeto responsable del pago de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, cuando el empresario ha asumido el pago directo del subsidio al amparo del art. 77 LGSS y la IT se origina durante la vigencia del contrato, pero continúa produciendo efectos una vez que se ha extinguido la relación laboral. La duda se plantea acerca de si, en virtud del principio de "automaticidad de las prestaciones", debe hacer frente a esa obligación la entidad gestora o la empresa que ha asumido el pago directo, a su cargo, de las prestaciones.

TERCERO. Una vez causada la prestación, la entidad que practica el autoaseguramiento responde plenamente de aquélla con independencia de las incidencias que puedan producirse con posterioridad en la relación laboral, porque para ello ha percibido la correspondiente contrapartida económica (la participación en la fracción de cuota correspondiente). La responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese

aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante. Y, desde luego, es contraria a la lógica del aseguramiento y a los criterios de equidad imputar al INSS la responsabilidad de un gasto por el que no ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas.

En el mismo sentido, véanse SSTS 17 enero 2002 (RJ 2002, 3756), 8 noviembre 2001 (RJ 2001, 9873), 17 septiembre 2001 (RJ 2001, 8444), 11 julio 2001 (RJ 2001, 7014), 15 de mayo 2001 (RJ 2001, 5214), 30 abril 2001 (RJ 2001, 4619), 16 mayo 2000 (RJ 2000, 4618), 19 enero 2000 (RJ 2000, 980), 23 diciembre 1997 (RJ 1997, 9556), 18 noviembre 1997 (RJ 1997, 9155).

STS (Sala de lo Social), 15 de junio 1998 (RJ 1998/5796)

Responsabilidad en el abono del período comprendido entre el cuarto y el decimoquinto día: anticipo por la Entidad Gestora.

Disposiciones estudiadas: Art. 126.1 y 3 y Art. 131.1 LGSS (RCL 1994, 1825); art. 16, c) de la O. de 25 noviembre 1996 (BOE de 7 de diciembre).

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3519/1997) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 15-10-1996, del TSJ de Cataluña, sobre prestaciones de incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La cuestión controvertida se concreta en determinar si el empleador es exclusivamente responsable del pago de la prestación por Incapacidad Temporal desde el cuarto al decimoquinto día de la baja por enfermedad común o cabe que, independientemente de esta responsabilidad directa, el INSS asuma, en el supuesto de impago por el empleador, el anticipo del pago de la prestación, sin perjuicio de su derecho a repercutir su importe frente al empresario incumplidor.

SEGUNDO. Lo realmente debatido es si la responsabilidad económica que soporta el empleador respecto a una prestación que no gestiona, excluye toda forma de responsabilidad de la entidad pública, que continúa ostentando las facultades propias de la gestión de la prestación.

Debe permanecer el sistema de garantías accesorias establecidas para los supuestos de incumplimiento de la obligación prestacional por parte del empresario directamente obligado a su pago. En definitiva , el trabajador ha causado derecho a la prestación de Incapacidad Temporal y la responsabilidad de su pago debe imponerse "ex lege" al sujeto obligado, que es el empleador actual (art. 126.1 LGSS), pero ello no impide –a falta de norma expresa en sentido contrario– la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, sin perjuicio de que ésta se subrogue en los derechos del beneficiario (art. 126.3 LGSS).

En el mismo sentido, STS 17 julio 1997 (RJ 1997, 6350).

STS (Sala de lo Social), 14 de junio 2000 (RJ 2000/5116)

Alta posterior al hecho causante. Anticipo del pago por la Entidad Gestora: denegación; automaticidad en el pago: supuestos.

Disposiciones estudiadas: Art. 126.2 y 3 LGSS (RCL 1994, 1825), en relación con los arts. 94, 95 y ss de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 (RCL 1966, 734, 997).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3096/1999) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 24-5-1999, del TSJ de Madrid, sobre prestaciones de incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La cuestión litigiosa gira en torno a la responsabilidad que puede corresponder al INSS en el pago del subsidio de la incapacidad temporal con origen en la enfermedad común, cuando en la fecha de la actualización de la contingencia el trabajador no se encuentra en alta en la Seguridad Social, por haber incumplido la empresa sus obligaciones al respecto.

TERCERO. Por lo que se refiere a los supuestos de contingencias comunes de trabajadores no en alta, (...) resulta innegable que el art. 95.1.2ª de la Ley de Seguridad Social de 1966 exige, de modo ineludible, el alta del trabajador para que proceda la obligación de anticipo por parte de la Entidad Gestora de la Seguridad Social de la prestación económica de incapacidad temporal. En ausencia de aquélla, la prestación "será abonada por el empresario directamente y a su cargo". Salvo que se trate de contingencias profesionales. No cabe confundir la situación de descubierto o retraso en el pago de las pertinentes cotizaciones a la SS por parte de la empresa, situación en la que sí opera el mecanismo de automaticidad en el pago (art. 95.1.2.ª LGSS de 1966) mediante el oportuno anticipo y sin perjuicio del subsiguiente reintegro, con la ausencia total de alta al tiempo de producirse la actualización de la contingencia, supuesto en que la Entidad Gestora queda exenta de toda responsabilidad.

En el mismo sentido, SSTS 14 junio 2000 (RJ 2000, 5115), de 26 septiembre 1996 (RJ 1996, 6904), 9 diciembre 1996 (RJ 1996, 9137), 13 diciembre 1995 (RJ 1995, 9306), 22 septiembre 1995 (RJ 1995, 6791), 24 julio 1995 (RJ 1995, 6329), 6 junio 1995 (RJ 1995, 4765), 18 mayo 1995 (RJ 1995, 7578), 27 diciembre 1994, (RJ 1994, 10509), 22 abril 1994 (RJ 1994, 3271, 3273).

b') Incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

STS (Sala de lo Social), de 30 de septiembre 2002 (RJ 2002/10910)

Incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo: pago delegado por la empresa existiendo responsabilidad empresarial por descubiertos reiterados y prolongados con posterior deducción indebida del subsidio en las liquidaciones hechas a la Mutua Patronal; inexistencia de responsabilidad subsidiaria del INSS.

Disposiciones estudiadas: Art. 126.2 y 3 LGSS (RCL 1994, 1825), en relación con los art. 77.1 c) y arts. 94, 95 y ss. de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 (RCL 1966, 734, 997); art. 3 y 16.d) Orden de 25 noviembre de 1966 (RCL 1966, 2192); art. 8 RD 1637/1995, de 6 de octubre (RCL 1995, 2891, 3179).

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 223/2002) interpuesto por Mutua Vizcaya Industrial contra la Sentencia de 20-11-2001 del TSJ del País Vasco, sobre accidente de trabajo.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La cuestión debatida tiene por objeto determinar si en el supuesto de accidente de trabajo existiendo responsabilidad empresarial debida a descubiertos prolongados y reiterados en el pago de cotizaciones, la Mutua con la que el empleador ha cubierto el riesgo de accidentes de trabajo, puede exigir al INSS, en el concepto de responsabilidad subsidiaria, además del reintegro de las prestaciones anticipadas por la Mutua (asistencia sanitaria; indemnización por lesiones permanentes no invalidantes y pago directo de la incapacidad temporal, tras ser dado de baja el trabajador) la cantidad que le ha sido retraída a la Mutua por la empresa a través de sistema de pago delegado.

SEGUNDO. El problema litigioso es si las cantidades descontadas por la empresa, en pago delegado, por el concepto de inca-

pacidad temporal deben ser reintegradas a la Mutua por el INSS, en concepto de responsable subsidiario de la prestación.

La obligación de pago de la prestación de IT sea como pago delegado, ya como responsable directo, corresponde al empleador. Cuestión diferente a este pago, es que pueda existir una deducción indebida de cotizaciones por parte del empleador; acto indebido que puede dar lugar, como materia incluible en gestión recaudatoria, a que la Mutua reclame ante la Tesorería General de la Seguridad Social la deuda por el importe de las deducciones practicadas, conforme al art. 8 del RD 1637/1995, de 6 de octubre (RCL 1995, 2891, 3179). Sin embargo, la normativa específica de la Seguridad Social carece de una previsión concreta que regule la conducta aquí enjuiciada. Efectuada esta deducción, sin causa legal, no puede derivarse la responsabilidad subsidiaria que se pide, porque el Fondo asegura la eficacia de los derechos del trabajador accidentado o de sus causahabientes, pero no interviene en las responsabilidades derivadas de la relación de aseguramiento entre empresa y Mutua patronal.

En el mismo sentido, véanse SSTS 26 de junio 2002 (RJ 2002, 8937) y 3 julio 2002 (RJ 2002, 9198).

B) RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSS

a') Incapacidad subsiguiente al extinguirse el contrato.

STS (Sala de lo Social), de 22 julio 2004 (RJ 2004/7116)

Abono de prestaciones en caso de concurrencia con la percepción de salarios de tramitación por despido: anticipo por la Entidad Gestora. Imputación de responsabilidades.

Disposiciones estudiadas: Art. 126 LGSS (RCL 1994, 1825) en relación con los arts. 94 a 96 Ley de Seguridad Social de 1966 (RCL 1996, 997); Disposición Adicional 1.ª.1 a) y 15.ª de la O. 18 enero 1995 (RCL 1995, 179, 275, 385) en relación con el art. 1 de la O. 11 de enero 1996 (RCL 1996, 122, 172); art. 9.1.1.º.1.l del RD 1637/95 de 6 de octubre (RCL 1995, 2891, 3179 y RCL 1996, 502); art. 66.3.2 O. 26-5-99 (RCL 1999, 1496, 2551), Disposición Adicional Sexta de la O. 28-1-2000 (RCL 2000, 275); art. 209.6 LGSS; art. 56 ET (RCL 1995, 997).

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la Sentencia 24-04-2003 del TSJ de Cataluña, sobre prestaciones de incapacidad temporal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Se plantea la cuestión de determinar quién debe ser responsable, si el empresario o el INSS, del subsidio de incapacidad temporal iniciado por un trabajador en el momento posterior al día de su despido, fecha en que la empresa le da de baja en la Seguridad Social y deja de cotizar por él.

SEGUNDO. Conviene distinguir entre dos supuestos: cuando la improcedencia del despido se declara judicialmente y cuando la improcedencia se reconoce en conciliación administrativa.

QUINTO. En el primer supuesto –despido declarado improcedente o nulo en vía judicial– y como consecuencia de la situación de alta condicional latente que persiste, el trabajador que inicia una IT después del despido, si éste se declara finalmente improcedente en vía judicial, debe ser considerado realmente en alta en la Seguridad Social, pese a la baja formal que dio la empresa; y consecuentemente será el INSS quien deba responder directamente del pago del subsidio con exoneración de la patronal, aunque dicha Entidad percibirá del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación.

SEXTO. Para el segundo supuesto –improcedencia reconocida en conciliación administrativa–, pese a la inexistencia de previsiones normativas análogas aplicables al supuesto anterior cabe llegar a la misma solución, por las siguientes razones:

En primer lugar, merece destacarse el hecho de que ninguna responsabilidad hubiera correspondido al empresario en el pago de la IT tras producirse el despido si, llegada la conciliación administrativa, se hubiera limitado a reconocer la improcedencia del despido, sin fijar otra fecha de efectos distinta de aquella en que se produjo. El trabajador habría estado desde la fecha del despido en situación legal de desempleo, con derecho a la percepción del subsidio y con las consecuencias que establece el art. 222 LGSS.

De otro lado, tampoco existe razón fundada para que el empresario quede exonerado de responsabilidad respecto de IT si "reconoce" la improcedencia del despido en conciliación judicial, sin perjuicio de su obligación de cotizar (art. 66.3 Orden de 26 de mayo de 1999 [RCL 1999, 1496, 2551]) y sin embargo, tenga que pechar con ella si efectúa tal reconocimiento en conciliación administrativa.

Debe por tanto ser el INSS quien abone el subsidio de IT sin perjuicio de percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación.

En el mismo sentido. SSTS 17 enero 1995 (RJ 1995, 356) y 24-6-96 (RJ 1996, 5388).

b') Insolvencia empresarial.

STS (Sala de lo Social), de 26 octubre de 2004 (RJ 2005/1307)

Responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia empresarial: prestaciones por incapacidad temporal derivada de enfermedad común: aseguramiento del riesgo con una Mutua. La responsabilidad subsidiaria del INSS sólo produciría cuando la Mutua resultara insolvente, no la empresa.

Disposiciones estudiadas: art. 70.2 en relación con el art. 2 del RD 1993/1995 (RCL 1995, 3321)

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3482/2003 interpuesto por el INSS contra la Sentencia de fecha 11-02-2003, del TSJ Comunidad Valenciana, sobre incapacidad temporal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. El problema a resolver consiste en determinar si el INSS es responsable subsidiario del pago de las prestaciones de incapacidad temporal correspondientes a la empresa –del cuarto al decimoquinto día– cuando ésta no las abona, en los casos en que la colaboración en la gestión en cuanto a las referidas prestaciones derivadas de enfermedad común se lleva a cabo por una MATEPSS.

CUARTO. Una vez que el art. 70.2 del RD 1993/1995 (RCL 1995, 3321) contempla la posibilidad de que las Mutuas puedan asumir la cobertura de la prestación económica por Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del personal al servicio de los empresarios asociados, "en los mismos términos y con el mismo alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social", la Mutua se sitúa en la misma posición que el INSS cuando éste es el responsable del pago de las prestaciones por IT. Por ello será la Mutua y no el INSS quien responda subsidiariamente en caso de insolvencia de la empresa en el pago de las prestaciones de las que ha de responder directamente, las comprendidas entre el cuarto y el decimoquinto día de la baja, y únicamente le alcanzará la responsabilidad en estos casos, cuando la Mutua resulte insolvente.

En el mismo sentido, SSTS 26 enero 2004 (RJ 2004, 4092) y, especialmente, 1 de junio de 2004 (RJ 2004, 5385), en la que se matiza y, en alguna manera, se rectifica las de 24 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3254) y 2 de julio de 2003 (RJ 2003, 6884).

STS (Sala de lo Social), de 26 de enero 2004 (RJ 2004/4092)

Responsabilidad directa de la empresa por descubierto en el pago de las cuotas y subsidiaria de la Mutua. Anticipo del pago de la prestación derivada de contingencias comunes e insolvencia empresarial. Responsabilidad de la Mutua y no del INSS.

Disposiciones estudiadas: Art. 126.2 y 3 LGSS (RCL 1994, 1825), en relación con los arts. 94, 95 y ss de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 (RCL 1966, 734, 997).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 4535/2002) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 18-07-2002 del TSJ de Madrid, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La cuestión litigiosa se limita a determinar si el INSS ha de responder o no solidariamente del pago de la prestación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, cuando el empleador del trabajador-beneficiario ha sido declarado responsable directo del pago de esta prestación, y la Mutua Patronal en la que el empleador había asegurado el riesgo de esta contingencia ordinaria, ha anticipado el pago al resultar insolvente la empresa.

SEGUNDO. No existiendo normas concretas sobre responsabilidad subsidiaria del INSS respecto de las prestaciones económicas derivadas de contingencias comunes y anticipadas por la Mutua en el caso de responsabilidad directa de la empresa, aquel Instituto no debe responder subsidiariamente de la misma. Aquella percibe, por la función aseguradora asumida respecto de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, "como contraprestación la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

En sentido contrario, STS de 24 de febrero 2003 (RJ 2003, 3254), en la que se declara de forma expresa plenamente aplicable la anterior doctrina de la responsabilidad subsidiaria del INSS respecto de los supuestos de insolvencia de la empresa colaboradora de las contingencias al supuesto de autos donde la colaboración de la gestión en cuanto a las prestaciones por incapacidad temporal derivadas de enfermedad común se lleva a cabo por una Mutua.

c') Incumplimiento empresarial

STS (Sala de lo Social), de 6 de marzo 1997 (RJ 1997/2253)

Incumplimiento por la empresa del pago delegado.

Disposiciones estudiadas: Art. 126.3 LGSS (RCL 1994, 1825), (art. 96.3 de la Ley General de Seguridad Social de 1974 (RCL 1974, 1482), en relación con los arts. 94, 95 y ss de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 (RCL 1966, 734, 997); art. 1 de la Orden de 25 noviembre 1966 (RCL 1966, 2192) en relación con el RD 716/1986, de 7 de marzo (RCL 1986, 1163, 2151 y 2403).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2272/1996) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 15-10-1996, del TSJ de Cataluña, sobre prestaciones de incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Somalo Giménez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La cuestión se centra en determinar quién es el responsable del pago de la prestación de incapacidad temporal, correspondiente a los meses en los que la empresa incumplió su obligación de pago delegado no abonando la prestación al trabajador pero, sin embargo, descontó las cantidades objeto de la misma al efectuar los ingresos de las cotizaciones ante la Tesorería General de la Seguridad Social.

TERCERO. Las prestaciones económicas de incapacidad temporal serán hechas efectivas de forma directa e inmediata por la Entidad Gestora. Sin perjuicio de lo que se disponga en orden al pago delegado de las prestaciones.

En este sentido, el art. 19 de la Orden de 25 de noviembre 1966, establece que cuando el trabajador no reciba de la empresa las prestaciones que aquélla ha de darle por pago delegado, la entidad gestora adoptará "con toda urgencia" las medidas necesarias para que se corrija la falta o deficiencia, comunicándolo a la Inspección de Trabajo. Y una de esas medidas ha de ser la de anticipar el pago, sin perjuicio de su repetición contra la empresa incumplidora.

En sentido similar se ha pronunciado el TS en otros supuestos en que ha establecido la responsabilidad subsidiaria del INSS cuando la empresa que colabora voluntariamente en la gestión de la contingencia de IT incumple su obligación de abono del subsidio, sin perjuicio de repetir contra la empresa incumplidora. Véanse, entre otras, SSTS 2 de julio 2003 (RJ 2003, 6884), 17 enero 2002 (RJ 2002, 3756); 8 noviembre 2001 (RJ 2001, 9873); 15 mayo 2001, (RJ 2001, 5214) y 14 junio 2000 (RJ 2000, 5115). Por el contrario, este criterio de la responsabilidad subsidiaria del INSSS es inaplicable, al no estar expresamente fijada en la norma, en los supuestos en que la colaboración en la gestión en cuanto a las prestaciones por IT derivada de contingencias comunes no es asumida por la empresa sino por una Mutua: STS 26 enero 2004 (RJ 2004 (RJ 2004, 4092).

STS (Sala de lo Social), 15 de junio 1998 (RJ 1998/5796)

Responsabilidad en el abono del período comprendido entre el cuarto y el decimoquinto día: anticipo por la Entidad Gestora.

Disposiciones estudiadas: Art. 126.1 y 3 y Art. 131.1 LGSS (RCL 1994, 1825); art. 16, c) de la O. de 25 noviembre 1996 (BOE de 7 de diciembre).

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3519/1997) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 15-10-1996, del TSJ de Cataluña, sobre prestaciones de incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La cuestión controvertida se concreta en determinar si el empleador es exclusivamente responsable del pago de la prestación por Incapacidad Temporal desde el cuarto al decimoquinto día de la baja por enfermedad común o cabe que, independientemente de esta responsabilidad directa, el INSS asuma, en el supuesto de impago por el empleador, el anticipo del pago de la prestación, sin perjuicio de su derecho a repercutir su importe frente al empresario incumplidor.

SEGUNDO. Lo realmente debatido es si la responsabilidad económica que soporta el empleador respecto a una prestación que no gestiona, excluye toda forma de responsabilidad de la entidad pública, que continúa ostentando las facultades propias de la gestión de la prestación. Ello comporta que (...) debe permanecer el sistema de garantías accesorias establecidas para los supuestos de incumplimiento de la obligación prestacional por parte del empresario directamente obligado a su pago. En definitiva , el trabajador ha causado derecho a la prestación de Incapacidad Temporal y la responsabilidad de su pago debe imponerse "ex lege" al sujeto obligado, que es el empleador actual (art. 126.1 LGSS), pero ello no impide –a falta de norma expresa en sentido contrario– la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, sin perjuicio de que ésta se subrogue en los derechos del beneficiario (art. 126.3 LGSS).

En el mismo sentido, STS 17 julio 1997 (RJ 1997, 6350).

C) PAGO DELEGADO

STS (Sala de lo social), de 11 de diciembre 2003 (RJ 2003/9570)

Colaboración voluntaria de la empresa asumiendo el pago delegado de la prestación: reintegro de prestaciones indebidas: determinación de responsabilidades: cambio doctrinal.

Disposiciones estudiadas: Art. 77.1 d) y 131 LGSS (RCL 1994, 1825) y arts. 2, 16, 17 y 18 de la O. de 25 de noviembre de 1966 (RCL 1966, 2192).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 582/2003) interpuesto por "Fundiciones Miguel Ros, SA" contra la Sentencia de 22-11-2002, del TSJ de la Cataluña, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

QUINTO. La cuestión que plantea el tercer motivo del recurso consiste en determinar si es la empresa la que está obligada a reintegrar al INSS el importe de las deducciones practicadas, lo que en puridad equivale para la Entidad Gestora reintegrarse del subsidio abonado en su nombre al trabajador, o es éste quien debe devolver lo percibido indebidamente.

SEXTO. El abono de las prestaciones económicas por incapacidad temporal representa una obligación que vincula a la entidad gestora, de una parte, y al beneficiario, de otra; que al empresario no le impone la Ley otra obligación que la de anticipar el pago por cuenta de la entidad gestora, una vez que ha recibido el reglamentario parte médico de baja y los de confirmación; que tampoco la Ley ha previsto que sea el empresario el que, en caso de que el trabajador no reúna los requisitos necesarios y a pesar de ello perciba prestaciones, deba reclamar el reintegro de las prestaciones así percibidas, pues es ésta una competencia que corresponde en exclusiva a la entidad gestora de la Seguridad Social, por lo que tampoco deberá "reintegrar" lo percibido por otro, aunque se le reserven las acciones para repetir contra el verdadero obligado".

En el mismo sentido, véase STS 2 abril 2003 (RJ 2003,4048), reiterada en STS de 15 de julio 2003. Estas últimas sentencias citadas modifican el criterio anteriormente seguido por el propio TS –SSTS 4 diciembre 2002 (RJ 2003, 1941), 25 septiembre 2001 (RJ 2001, 8487)– de acuerdo con el cual la empresa que abona el subsidio de IT en régimen de pago delegado debe comprobar que el trabajador reúne los requisitos para su devengo, siendo responsable de reintegrar al INSS los descuentos indebidamente aplicados por tal concepto.

D) CAMBIO DE ASEGURADORA

a') Efectos sobre prestaciones aún pendientes.

STS (Sala de lo Social), de 19 enero 2004 (RJ 2004/1365)

Incapacidad temporal derivada de enfermedad común: iniciada antes de la opción empresarial para que la gestión de la prestación se asuma por una Mutua Patronal: responsabilidad de ésta y no del INSS.

Disposiciones estudiadas: art. 87 LGSS (RCL 1994, 1825), arts. 69 a 71 del RD 1993/95 (RCL 1995/3321), Reglamento de Colaboración de las MATEPSS, art. 4.1 RD 575/1997 (RCL 1997, 994).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 12/2003) interpuesto por FREMAP MPATEPSS contra la Sentencia de 20-06-2002, del TSJ de la Comunidad Valenciana, dictada en autos promovidos por Mutua La Fraternidad-Muprespa contra la recurrente y otros, sobre prestaciones por incapacidad temporal.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. El trabajador demandante venía percibiendo prestaciones de incapacidad temporal derivada de enfermedad común de la Mutua Fremap, en pago directo, desde agosto de 1998 a 30 de noviembre de 1999. Con efectos de 1 de diciembre del mismo año, la empresa suscribió con la Unión de Mutuas el correspondiente documento para el abono de prestaciones económicas de incapacidad temporal por contingencias comunes. A partir de dicha fecha ninguna de las Mutuas ni el INSS se hicieron cargo de las prestaciones correspondientes al período 1 de diciembre de 1999 a 28 de mayo de 2000.

TERCERO. Se trata de resolver si el deber de atender el pago del subsidio, en supuestos como el descrito, debe atribuirse a la Mutua que ha pasado a ser la aseguradora o a aquélla que era responsable en el momento del hecho causante.

CUARTO. La Mutua está obligada a extender su cobertura a todos los trabajadores de la empresa y, a hacerse cargo de la prestación económica de todas las incapacidades temporales que existan en ese momento, cualquiera que sea la fecha de su aparición o nacimiento, evitando así que en una misma empresa puedan coexistir diversos gestores de la misma contingencia dependiendo de la fecha de su inicio.

QUINTO. El RD 575/97, de 18 de abril, clarificó el tema en su artículo 4.1, del que se infiere que también corresponde a la Mutua la cobertura de las IT anteriores a la opción; por ello está facultada para controlar los hechos que las "originaron".

En el mismo sentido, SSTS de 26 noviembre 2003 (RJ 2003, 9117), 4 de febrero 2003 (RJ 2004, 1338), 31 mayo 2001 (RJ 2001, 5459), 27 febrero 2001 (RJ 2001, 3831), entre otras.

b') Criterio determinante de la entidad responsable.

STS (Sala de lo Social), 15 diciembre 2003 (RJ 2003/9571)

La única entidad responsable de los riesgos profesionales es la que los tenía asegurados en la fecha en que acaeció el accidente de trabajo (fecha del hecho causante), aunque el efecto dañoso (la incapacidad o muerte aparezca con posterioridad).

Disposiciones estudiadas: arts. 69 a 71 del RD 1993/95 (RCL 1995/3321), arts. 87, 126.1 y 124 de LGSS 1994, (RCL 1994, 1825), arts 5 y 6, de la O. 13-10-67 (RCL 1967,2097), arts. 30 y 31 de la O. de 13-2-1967 (RCL 1967, 360) y art. 25 de la O. 15-4-69 (RCL 1969, 869, 1548).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 12/2003) interpuesto por Mutua Cyclops MPATEPSS contra la Sentencia de 28-10-2002, del TSJ de Castilla y León, dictada en autos promovidos por Mutua La Fraternidad-Muprespa contra la recurrente y otros, sobre prestación por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La cuestión litigiosa se limita a determinar la entidad responsable de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, en supuestos en que la Mutua colaboradora en la fecha en que se produjo el accidente, es distinta a la Mutua del momento en que el trabajador fue declarado en situación de invalidez.

SEGUNDO. La entidad responsable de los riesgos profesionales es la que los tenía asegurados en la fecha en que acaeció el accidente de trabajo (fecha del hecho causante), dado que éste es el riesgo asegurado, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o muerte) aparezca con posterioridad. Ello es así porque en el sistema español de Seguridad Social para la protección de los accidentes se establece una técnica próxima al aseguramiento privado, de forma que mientras en relación con las contingencias derivadas de riesgos comunes lo que la

Seguridad Social asegura o garantiza son unas concretas prestaciones, en relación con los accidentes de trabajo lo que se hace es asegurar la responsabilidad empresarial derivada del accidente desde que éste se produce. Lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten éstas, ni mucho menos la de su constatación administrativa o médica. La declaración de invalidez, lejos de significar el hecho causante, es meramente una formalidad administrativa determinante.

En sentido similar, El TS ha declarado la responsabilidad de la entidad que tenía los riesgos asegurados en el momento de producirse el accidente, tanto en los supuestos de reaseguro –SSTS 1 febrero 2000 (RJ 2000, 1069), 7 febrero 2000 (RJ 2000, 2035), 21 marzo 2000 (RJ 2000, 2872), 14 de marzo 2000 (RJ 2000, 2857), entre otras– como en relación con las mejoras voluntarias de la Seguridad Social – STS de 18 abril 2000 (RJ 2000, 3968), 20 julio 2000 (RJ 2000, 6637) o 21 septiembre 2000 (RJ 2000, 8212).

IV.- GESTIÓN Y CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

A) RECONOCIMIENTO DEL DERECHO AL SUBSIDIO

STS (Sala de lo Social), de 22 noviembre 1999 (RJ 1999/8525)

Competencia del INSS para calificación de la contingencia determinante de incapacidad temporal y determinación de responsabilidades. Incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo.

Disposiciones estudiadas: arts. 57 y 67 LGSS (RCL 1994, 1825), art. 1 del RDley 36/1978 (RCL 1978, 2506, 2632), art. 2 del RD 2609/1982 (RCL 1982, 2751, 3163) y art. 1.1, a) RD 1300/1995, de 21 de julio (RCL 1995, 2446).

El TS estima los recursos de casación para la unificación de doctrina (núm. 3996/1998) interpuesto por el INSS y por el recurrente contra la Sentencia de 11-09-1998, del TSJ del Principado de Asturias, sobre accidente de trabajo.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. El problema debatido se limita a determinar si el INSS es o no competente para declarar cuál sea la entidad responsable –Entidad Gestora o Mutua Patronal– de las prestaciones de incapacidad temporal. O en otros términos, si la Entidad Gestora tiene competencia para calificar la contingencia como accidente de trabajo.

SEGUNDO. Las razones que fundamentan un pronunciamiento favorable a la competencia del INSS se pueden resumir en los siguientes puntos:

1. El artículo 57 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por RDLeg 1/1994, de 20 de junio) reafirmó la competencia omnicomprensiva que tradicionalmente incumbió al INSS al afirmar que corresponde al INSS "la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social...". Se le confiere así el rango de entidad de base para la organización y vigilancia y, en su caso, dispensación, de las prestaciones, siendo el papel de Mutuas Patronales y Empresas, meramente auxiliar, habiendo destacado siempre este carácter secundario al ser designadas por todas las disposiciones rectoras del sistema de Seguridad Social, como "Entidades Colaboradoras".

2. El papel rector de la Entidad Gestora ya aparecía en el artículo 1.1 del Real Decreto-ley 36/1978, y aparece ratificado en las prestaciones de incapacidad en el Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre y, hoy, de manera general, en el artículo 1.1 a) del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio (RCL 1995, 2446), norma que atribuye al INSS la facultad de evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de las mismas.

3. Esta atribución competencial no aparece modificada por precepto alguno con rango suficiente para hacerlo. Es más, el mandato del artículo 5 de la OM de 13 de octubre de 1967 (RCL 1967, 2097 y NDL 27266) que desarrolló reglamentariamente las prestaciones de ILT, al atribuir a Mutuas y empresas colaboradoras el reconocimiento del derecho a las prestaciones, no contradice aquella facultad rectora del INSS, sino que meramente la completa.

4. Negar al INSS la facultad de calificar unas dolencias como constitutivas de accidente, reservando estas facultades a la Mutuas Patronales, implica otorgar a la Entidad Gestora, Mutuas Patronales y empresas colaboradoras una posición de total igualdad, susceptible de producir situaciones de desprotección total del beneficiario, cuando todas ellas se negaran a asumir –aunque sea de manera no definitiva– la responsabilidad por una contingencia.

En el mismo sentido, SSTS 19 marzo 1999 (1999, 3011), 26 enero 1999 (RJ 1999, 1104), 1 diciembre 1998 (RJ 1998, 8919), 12 noviembre 1998 (RJ 1998, 9742), 28 abril 1998 (RJ 1998, 4581), 6 marzo 1998 (RJ 1998, 2367), 2 febrero 1997 (RJ 1998, 1253), 28 enero 1998 (RJ 1998, 1147), 27 enero 1998 (RJ 1998, 1141), 26 enero 1998 (RJ 1998, 1139).

STS (Sala de lo Social), de 26 de enero 1998 (RJ 1998, 1055)

Procesos de Seguridad Social: prohibición de que las Entidades Gestoras revisen de oficio sus actos declarativos: extensión y límites: incapacidad temporal reconocida como derivada de enfermedad común y posteriormente como enfermedad profesional: reintegro de la Mutua Patronal al INSS de las prestaciones abonadas: automaticidad en el pago.

Disposiciones estudiadas: Art. 145 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563).

El TS, constituido en Sala General, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 548/1997) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 25-10-1996 del TSJ del Principado de Asturias, que casa y anula, sobre reintegro de prestaciones por ILT.

Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

TERCERO. 1. La doctrina de este Tribunal Supremo ha comprendido entre los supuestos en que la Entidad Gestora puede actuar de oficio y revisar sus propias resoluciones, no sólo los incluidos en el art. 145 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino también, aquellos otros en los que la facultad revisoria venga amparada por una norma legal y además, aquellos supuestos, de diferente naturaleza, en los que la revisión proceda en virtud de un hecho nuevo.

2. Resultan habilitadas las Entidades Gestoras para revisar su propias resoluciones, sin necesidad de acudir a los Tribunales, en aquellos supuestos en que (...) existe una actuación fundada e impuesta, como en el caso debatido, en un hecho nuevo y posterior –cual fue el dictamen de la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades, emitido en un expediente de invalidez– que motivó la nueva calificación de la contingencia. Nueva calificación que comporta la facultad del Ente Gestor para exigir a la Entidad colaboradora, la asunción del coste de las prestaciones derivadas de enfermedad profesional y de esta forma, compensar o reintegrar las cantidades indebidamente abonadas por la Seguridad Social, para el cumplimiento de una prestación, cuya satisfacción corresponde a la Mutua de Accidentes de Trabajo. Ello, naturalmente, sin perjuicio de la decisión de-

finitiva sobre la calificación de la contingencia, y, consecuentemente, de las repercusiones económicas, que corresponde a la Jurisdicción Social.

3. De otra parte, la prohibición de revisión contenida en el artículo 145 viene limitada a los supuestos de revisión en perjuicio de los beneficiarios y no afecta a las revisiones que les beneficien. Al efecto, no es dudoso, que la protección de Seguridad Social, aunque se refiera a la misma contingencia y produzca igual necesidad, es más intensa en el riesgo profesional, que en el común.

7. El mandato contenido en el artículo 145 LPL, que impide a la Entidad Gestora revisar de oficio los actos declarativos de derechos en perjuicio de los beneficiarios, no alcanza a situaciones como la presente, en la que el órgano gestor, tras atender, por el principio de "oficialidad", las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de una dolencia diagnosticada como enfermedad común, en el parte de baja médica extendido por el Servicio Médico de la Salud, constata, en el expediente de invalidez seguido a partir de dicho padecimiento, que éstas constituyen una enfermedad profesional, y, consecuentemente, y ante la incidencia que tal dato tiene sobre la situación anterior, "revisa" ésta e impone a la entidad colaboradora la asunción de su obligación prestacional.

En definitiva, la resolución administrativa litigiosa precisa con claridad en qué razones fundamenta la revisión; se inscribe en el orden normal de una diligente gestión y administración, que no afecta negativamente, ni perjudica a los derechos subjetivos del beneficiario, ni produce indefensión a la Mutua colaboradora, quien, como ha hecho, ha ejercitado su defensa tanto en vía administrativa, como judicial.

Diferente fue el pronunciamiento del TS en Sentencia de 8 octubre 1997 (RJ 1997, 7653) (Recurso número 561, 1997), recaída sobre un asunto que presenta gran analogía con el que es objeto del actual recurso; de todas maneras, en aquella sentencia se debatió la competencia del INSS para reconocer el derecho a una prestación, cuya gestión se ha asumido en régimen de colaboración por una Mutua de Accidentes de Trabajo.

B) CONTROL SANITARIO: IMPUGNACIÓN DEL ALTA MÉDICA

STS (Sala de lo Social), de 17 junio 2002 (RJ 2002/7420).

Parte de alta médica extendido por la Inspección Médica: incumplimiento de requisitos formales: no es causa de nulidad, cuando el afectado conoce sobradamente la causa del alta.

Disposiciones estudiadas: RD 575/1997, de 18 de abril (AS 2000, 1588), art. 1.4; O. 19 junio 1997 (RCL 1997, 1593), arts. 14 y 4.2; en relación con art. 62.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246).

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 3149/2001) interpuesto por el INSALUD contra la Sentencia de 19-06-2001, del TSJ de Castilla-La Mancha, dictada en autos promovidos por don Agustín B. C. contra el recurrente y otra, sobre alta médica.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Se discute en éste litigio si el incumplimiento de los requisitos formales exigidos por la Orden Ministerial de 19 de junio de 1997 (RCL 1997, 1593), para la extensión del alta médica, constituyen causa suficiente para declarar su nulidad. El demandante había causado baja el 21 de septiembre de 1998, alta por mejoría el 17 de diciembre del mismo año, nueva baja por recaída el 23 de diciembre de 1998. La Inspección Médica acordó el alta el 2 de noviembre de 1999, más sin expresar en el documento la causa por la que se le extendía.

TERCERO. Dos son las cuestiones que debe resolver la Sala: si el alta de la Inspección incurrió en defectos formales y, caso afirmativo, trascendencia que haya de darse a la infracción.

El alta del demandante fue cursada por la Inspección. Dos días más tarde fue extendido nuevo parte de baja –hemos de entender que por el facultativo que le atendía– y tal baja fue anulada por la Inspección. En el artículo 14 de la OM de 19 de junio de 1997, dictada en desarrollo del RD 575/1997, de 18 de abril (RCL 1997, 994), se dispone que las propuestas de alta se harán llegar por la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social a los facultativos que extendieron los partes de baja o de confirmación de la baja, los cuales deberán pronunciarse en el plazo de diez días, bien admitiendo la propuesta de alta, bien confirmando la baja. Esto último es lo que ocurrió en el presente supuesto, en cuyo caso, el párrafo 3 del citado artículo 14 faculta a la Inspección a acordar el alta dentro de los quince días. Así ocurrió en el caso enjuiciado. El trámite seguido hacía evidente, hasta la saciedad, que la causa del alta era la capacidad del beneficiario para incorporarse al trabajo, de modo que, aún estimando exigibles los requisitos establecidos en el artículo 4 de la Orden para los partes de alta, la omisión resultaba irrelevante en la medida en que el trámite seguido ponía de relieve la razón del alta acordada por la Inspección. Y ha de recordarse que no todos los defectos de forma son determinantes de la nulidad del acto. Con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), la nulidad sólo procede por defectos formales cuando carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados, solución que, por analogía, ha de ser aplicada a los actos de las Entidades Gestoras. Y no hay dato alguno que permita inducir que se ha producido indefensión de clase alguna, pues el propio beneficiario no especifica en qué haya consistido la supuesta merma de su capacidad de defensa.

STS (Sala de lo Social), de 26 septiembre 2001 (RJ 2002/326)

Alta médica indebida: inexistencia; duración del derecho: recaída: no se considera tal una nueva baja por distinta enfermedad acaecida dentro de un período de seis meses.

Disposiciones estudiadas: Orden 13-10-1967. Prestaciones Incapacidad Laboral Transitoria (RCL 1967/2097), Art. 9.1; Real Decreto Legislativo 20-6-1994, n.º 1/1994. Seguridad Social (RCL 1994/1825), Art. 128.2.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 466/2001) interpuesto contra la Sentencia de 29-11-2000, del TSJ de Cataluña, que casa y anula, dictada en autos promovidos por el INSS contra el recurrente, sobre reintegro de prestaciones.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. Se debate el efecto que puede producir la aparición de una dolencia concurrente durante un período de IT; y más concretamente si, en tal caso, el período máximo de incapacidad temporal ha de computarse desde el inicio de la IT sin tener en cuenta la dolencia concurrente, o a partir de la aparición de esta ultima.

CUARTO. Partiendo de un hecho incontestable, y es que el trabajador fue baja para el trabajo el día 15 de febrero de 1995 por padecer un –higroma de codo derecho– del que fue intervenido el día 3 de mayo de 1995, resulta que, finalizado el período de convalecencia de dicha operación y recuperada la movilidad funcional de dicho codo, el INSS debió considerar formalmente finalizada la incapacidad temporal que dicha dolencia originó, a los efectos del cómputo del período máximo de la IT, aunque en

aquella fecha persistiera la situación de baja a consecuencia de la aparición de un nuevo proceso patológico, como fue el –quiste de Backer– que exigió una intervención que no tenía conexión alguna con la dolencia del codo. Se trata de diagnósticos claramente diferenciados de dolencias distintas que debieron considerarse a efectos de cómputo del período máximo previsto en el art. 128 LGSS, no como un único período de IT sino como períodos distintos.

En el mismo sentido, sentando doctrina unificada véase la STS Sala IV de 8-5-1995 (RJ 1995, 3755), posteriormente reiterada en las de 10-12-1997 (RJ 1997, 9311), 7-4-1998 (RJ 1998, 2691) y 23-7-1999 (RJ 1999, 6465).

STS (Sala de lo Social), de 16 julio 1996 (RJ 1996/6108)

Alta médica indebida: invalidez provisional.

Disposiciones estudiadas: art. 27, 1 y 3, Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995/1144 y 7 1563), sobre el tema de acumulación de acciones; y art. 134 LGSS 1974 (RCL 1974/1482), art. 1 RD 36/1978, de 16 de noviembre (RCL 1978/2506, 2632) y art. 1 del RD 1855/1979, de 30 de julio (RCL 1979/1902), en lo que se refiere al tema de la legitimación pasiva del INSS.

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2271/1991) interpuesto por el INSS contra la Sentencia de 28-4-1995, del TSJ de Canarias, sobre impugnación de alta médica.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se solicita en la demanda la declaración de nulidad de determinado parte de alta médica y la condena de la parte demandada a reponer a la actora a su situación anterior de invalidez provisional hasta su curación o pase a la situación de invalidez permanente, "con los demás pronunciamientos que fueran de dar". La demandante está afecta de lumbalgias repetitivas que fueron las causas de ambas bajas; una vez agotado el plazo de incapacidad laboral transitoria, pasó a la situación de invalidez provisional; la Inspección acordó su alta de oficio el 21 de enero de 1994, por lo que al día siguiente se reintegró a su puesto de trabajo, si bien a las pocas horas de permanecer en el mismo fue trasladada a una Clínica, en donde fue atendida de lumbalgia aguda con afectación de miembros inferiores con precisión de intervención quirúrgica, previo estudio.

CUARTO.- En nuestro marco jurídico de la normativa de Seguridad Social son inseparables la petición de declaración de incapacidad (sea permanente, sea provisional) y la petición de la prestación correspondiente, pues hay una vinculación inescindible entre el reconocimiento de la invalidez y el reconocimiento de la prestación.

En el mismo sentido, véase, STS 31 enero 1996 (RJ 1996, 2296); STS 14 octubre 1991 (RJ 1991, 7659).

STS (Sala de lo Social), de 15 abril 1994 (RJ 1994/3249)

Impugnación de las resoluciones administrativas sobre la situación de incapacidad temporal (declaración de nacimiento, persistencia y extinción de la misma). Efectos de la resolución administrativa de alta médica por curación sobre la situación de suspensión de la relación laboral, cuando dicha alta médica ha sido impugnada judicialmente.

Disposiciones Estudiadas: art. 129.3 LGSS (1974/1482) y LEY 10-3-1980, n.º 8/1980, ET (RCL 1980/607), Art. 45.1, c) y Art. 49.4.

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2883/1993) interpuesto por Viajes Cafranga, SA contra la Sentencia de 15-7-1993, del TSJ del Principado de Asturias, sobre despido.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. La cuestión que plantea el presente recurso de casación para unificación de doctrina refiere a la repercusión de la resolución administrativa de alta médica por curación, que pone fin al subsidio de incapacidad laboral transitoria sobre la situación de suspensión de la relación contractual de trabajo regulada en el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores En concreto, el punto litigioso a resolver es si dicha alta médica, cuando ha sido impugnada ante los órganos de la jurisdicción social, careciendo de firmeza por tanto, hace desaparecer por sí misma la causa de suspensión del contrato de trabajo.

TERCERO. El efecto suspensivo inmediato en la relación individual de trabajo de las resoluciones administrativas sobre la situación de incapacidad laboral transitoria debe valer igualmente para las que declaran el nacimiento o persistencia de la misma, y para las que declaran su extinción; El empresario puede por tanto deducir las consecuencias extintivas –disciplinarias o en orden a la concurrencia de un desistimiento– que deriven de la falta de justificación por el trabajador de la incomparecencia o no reincorporación tras el alta médica; Corresponde en consecuencia al trabajador (si quiere evitar, en el caso excepcional o al menos no presumible de error en la resolución administrativa, el despliegue normal de su eficacia) la carga tanto de "manifestar su voluntad de mantener la relación" como de "acreditar que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo... ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa"; y "Lo que no cabe es entender que por la simple impugnación de las resoluciones administrativas se mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme".

En el mismo sentido, véase, STS 22 octubre 1991 (RJ 1991, 7745) y 2 marzo 1992 (RJ 1992, 1609).

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA EN MATERIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Francisca M.ª FERRANDO GARCÍA

Belén GARCÍA ROMERO

M.ª Carmen LÓPEZ ANIORTE

Profesoras Titulares de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

AA.VV. (BLANCO MARTÍN, J.M., coord.), Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico, 3ª Ed., Lex Nova, Valladolid, 2004.

AGUT GARCÍA, C., "La incapacidad temporal en los regímenes especiales de la Seguridad Social", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., FARGAS FERNÁNDEZ, J., "Cotización durante la situación de incapacidad laboral transitoria que se superpone y se prolonga más allá de la de desempleo contributivo (y passim sobre los límites de la unificación de doctrina)", REDT, núm. 69, 1995.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "La incapacidad temporal e invalidez permanente en el proceso laboral", Tribuna Social, núm. 61, 1996.

– "La incapacidad temporal y la maternidad", Tribuna Social, núm. 53, 1995.

APILLUELO MARTÍN, M., "A modo sistemático: El nuevo régimen jurídico de incapacidad temporal y de la maternidad", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

ARADILLA MARQUÉS, M.J., "La incapacidad temporal: Complementos de empresa y cláusula rebus sic stantibus", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

BALLESTER PASTOR, I., "La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión del sistema de la Seguridad Social", Tribuna Social, núm. 112, 2000.

BARBA MORA, A., Incapacidad Temporal, Tirant lo Blanch, Colección laboral, núm. 104, Valencia, 2000.

BARCELÓN COBEDO, S., El Tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social, Aranzadi, Colección Monografías, Pamplona, 2002.

BARRIOS BAUDOR, G.L., Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema Español de Seguridad Social, Aranzadi, Pamplona, 1997.

– "Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima [Comentario a la STSJ Navarra 31 diciembre 1997 (AS 1997, 4624)]", AS, 1997/V.

BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., "Incapacidad temporal y mejoras voluntarias: supresión o mantenimiento tras el Real Decreto-Ley 5/1992", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

BURGOS GINER, M.A., "El control de la incapacidad temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

– La incapacidad temporal y la maternidad, Cuadernos de Jurisprudencia Laboral y

Seguridad Social, CISS, núm. 9, Valencia, 1999.

CAMAS RODA, F., "La incapacidad temporal: objeto y consecuencias de las últimas modificaciones legislativas", AL, 1999/I, ref. III.

CAMPS RUIZ, L.M., "Prestaciones y responsabilidades de la Seguridad Social", AAVV., BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. (dir.), Seguridad Social Práctica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

CRUZ VILLALÓN, J., "El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal", RL, 1996/I.

DESDENTADO BONETE, A., TEJERINA ALONSO, J.I., "El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción", Tribuna Social, núms. 44/45, 1994.

DE ALCÁNTARA Y COLÓN, J.M., "El análisis de la aplicación del artículo 130.a) de la Ley General de la Seguridad Social (la exigibilidad de 180 días cotizados) en supuestos de recaída a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo", Revista de Información Laboral, Legislación y Convenios Colectivos, núm. 18, 2003.

DE VICENTE PACHÉS, F., "La cotización durante la situación de incapacidad temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

DUEÑAS HERRERO, L.J., "La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social", RL, 1996/I.

– "La contingencia de Incapacidad (Laboral) Temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., PALOMO BALDA, E., "Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente", RL, 1995/I.

ESTEBAN LEGARRETA, R., "Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

– Contrato de trabajo y discapacidad, Ibidem, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ BERMÚDEZ, J., "Algunas reflexiones sobre el hecho causante de la incapacidad permanente por enfermedad común, en especial el cálculo de la base reguladora por esta contingencia", AS, núm. 17, 2001.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Protección social complementaria de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

– "Problemas actuales de la incapacidad temporal", Tribuna Social, núm. 114, 2000.

FERNÁNDEZ PRATS, C., "La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

– "Las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad", AAVV., BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. (dir.), Seguridad Social Práctica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ URRUTIA, A., Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad, Tirant lo Blanch, Colección laboral, núm. 71, Valencia, 1999.

FERRER LÓPEZ, M., Las bajas médicas en el trabajo. Incapacidad temporal y maternidad, Deusto, Bilbao, 1997.

GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., "La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por convenio colectivo a cargo de una empresa pública", AL, 1987/I.

GARCÍA LLOPIS, J.M., Mecánica Procesal de las Incapacidades Laborales, Ediciones Tro, Biblioteca Jurídica, Valencia, 1999.

GARCÍA MURCIA, J., ROMÁN VACA, E., "Nuevas pautas en la regulación de la incapacidad laboral", AS, 1996/II.

GARCÍA NINET, I., "Situaciones protegidas: incapacidad temporal, incapacidad permanente y supervivencia. Régimen jurídico de laas prestaciones y revisión de las incapacidades", AAVV., Cien años de Seguridad Social, Fraternidad-Muprespa, Madrid, 2000.

– "La incapacidad temporal. La maternidad", AAVV., DE LA VILLA GIL, L.E. (dir.), Derecho de la Seguridad Social, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

– "La incapacidad temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

– "Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal", Tribuna Social, núm. 61, 1996.

– "Notas sobre los períodos de observación y diagnóstico y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional", Tribuna Social, núm. 53, 1995.

– "El alta y situaciones asimiladas al alta en la antigua ILT (hoy Incapacidad Temporal). Asimilación al alta a efectos de maternidad", Tribuna Social, núm. 53, 1995.

– "Terminación de la incapacidad laboral transitoria por alta médica recurrida y terminación de la suspensión del contrato de trabajo. Deberes de comunicación del trabajador (Consideraciones al hilo de la STS –social– de 15-4-1994), Tribuna social, núm. 46, 1994.

GARCÍA VIÑA, J., "El deber recíproco de buena fe en la incapacidad temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., "La suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo (En torno al artículo 48)", REDT, núm. 100, 2000.

GASCÓ VIDAL, F.J., "La base reguladora de la prestación por incapacidad temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

GOERLICH PESET, J.M., "La protección de la incapacidad: algunos puntos críticos de la doctrina jurisprudencial unificada", AL, 1996/3, ref. XXXIV.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., "Algunas cuestiones sobre el alcance y extinción de las prestaciones por incapacidad temporal (y su relación con la maternidad y el riesgo durante el embarazo) y de la incapacidad permanente", Aranzadi Social, núm. 19, marzo 2004.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., "Incapacidad temporal", AAVV., Sistema de Seguridad Social, Tecnos, Madrid, 1999.

GUALDA ALCALÁ, F.J., "Problemas aplicativos de la articulación de las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo tras la Ley 24/2001", Revista de Derecho Social, núm. 18, 2002.

IGLESIAS CABERO, M., "Aspectos críticos de la incapacidad temporal", RMTAS, núm. 14, 1999.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., "Reincorporación tardía del trabajador tras la incapacidad temporal: ¿abandono o despido?. Comentario a la STS (unif. doc.) 29 marzo 2001", AL, núm. 34, 2001.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A., "La cotización en las situaciones de incapacidad temporal y maternidad", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ-MACHUCA GIJÓN, M.A., "La gestión de la incapacidad temporal por las Mutuas", RL, núm. 3, 2001.

MEDIAVILLA CRUZ, M.L., "En torno a las causas de extinción de la incapacidad temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

MÉJICA, J., Derecho sanitario de la incapacidad temporal. Con estudio de la última normativa aplicable a la fiscalización de la incapacidad temporal, Comares, Granada, 1998.

MORRO LÓPEZ, J.J., "Algunas cuestiones sobre la gestión y control de la incapacidad temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

MUÑOZ MOLINA, J., La Incapacidad Temporal como Contingencia Protegida por la Seguridad Social, Colec. Monografías Aranzadi, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

MUÑOZ MOLTÓ, F.M., "Consideraciones económicas y técnicas sobre la reforma de la incapacidad", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., "Los efectos de la huelga sobre la incapacidad temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

PANIZO ROBLES, J.A., "Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 1998", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 180, 1998.

– "Las últimas modificaciones en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social (Comentario a la Ley de Acompañamiento para el año 2002), RL, núm. 2, 2002.

PEÑA OBIOL, S., "La empresa y la incapacidad temporal", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

PÉREZ ALONSO, M.ª A., La incapacidad temporal, Tirant lo Blanch, Colección laboral, núm. 20, Valencia, 1995.

– "La incapacidad laboral temporal en el Sistema de Seguridad Social: un recorrido por nuestra jurisprudencia", Tribuna Social, núms. 44/45, 1994.

RÍOS SALMERÓN, B., "Incapacidad Temporal y Maternidad", AAVV., MONTOYA MELGAR, A. (coord.), Curso de Seguridad Social, 2ª Ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

RIVAS VALLEJO, P., "Incapacidad temporal y desempleo", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M., La incapacidad para el trabajo, Bosch, Barcelona, 1993.

RUANO ALBERTOS, S., "Cuestiones procedimentales y procesales en torno a la revisión por las entidades gestoras y servicios comunes de sus actos declarativos de derechos", Tribuna Social, núm. 173, mayo 2005.

SALA FRANCO, T., La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente, Tirant monografías, núm. 348, Valencia, 2005.

SALINAS MOLINA, F., "Incapacidad temporal", AAVV., MARTÍN VALVERDE, A. (dir.), Las reformas laboral y de la Seguridad Social de 1997, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente", AS, 1999/I, §16.

SERRANO MARTÍNEZ, M.A., "Mejoras voluntarias y hecho causante de la incapacidad por enfermedad profesional", Revista de Derecho Social, núm. 14, 2001.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N., "La obligación de cotizar durante la situación de incapacidad laboral transitoria: su extensión temporal y modificaciones en la base de cotización aplicable", REDT, núm. 64, 1994.

TORRENTE GARI, S., "El tratamiento normativo de la incapacidad temporal y de la maternidad en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

TORTUERO PLAZA, J.L., "La incapacidad laboral temporal: contingencias y situaciones protegidas", Tribuna Social, núms. 44/45, 1994.

TORTUERO PLAZA, J.L., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., La Incapacidad Temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva, Edit. MAPFRE, Fundación MAPFRE Estudios, Colección Estudios y Monografías, Madrid, 1996.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., Los procedimientos administrativos de reconocimiento y revisión de las prestaciones de la Seguridad Social, Comares, Colección Trabajo y Seguridad Social, núm. 2, Granada, 2001.

TOVILLAS ZORZANO, J.J., "Las obligaciones de la empresa en las prestaciones económicas por invalidez provisional", AAVV., OJEDA AVILÉS, A. (coord.), La incapacidad temporal, AEDTSS, Tecnos, Colección Estado y Sociedad, Madrid, 1996.

VALLE MUÑOZ, F.A., "La retroacción de la pensión de incapacidad permanente agotada la incapacidad temporal", RL, 1999/I.

– "La retroacción de la pensión de incapacidad permanente agotada la incapacidad temporal", MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. (coord.), Presente y futuro de la contratación laboral y de las pensiones, Comares, Granada, 2000.

VICENTE PALACIO, A., "Efectos sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación económica de Incapacidad Temporal del incremento retroactivo de salarios por el convenio colectivo", AS, núm. 3, 2002.

VIDA SORIA, J., "La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)", Tribuna Social, núm. 61, 1996.

– "La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo", Tribuna Social, núms. 44/45, 1994.