

EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

JUAN MOLINS GARCÍA-ATANCE

Magistrado Especialista Sala de lo Social del TSJ de Aragón

EXTRACTO

Palabras Clave: Seguridad Social, Incapacidad Temporal

La gestión del subsidio por incapacidad temporal se enfrenta a dos problemas distintos pero interconectados. En las bajas médicas emitidas por los Servicios Públicos de Salud, la falta de control efectivo por parte de algunos médicos de cabecera propicia el devengo de subsidios por incapacidad temporal injustificados. Y en las altas médicas emitidas por los Servicios Médicos de las Mutuas en las prestaciones de incapacidad temporal de etiología profesional, el rigor de estas altas médicas emitidas por entidades privadas puede causar la desprotección del trabajador. Estos problemas están interconectados porque muchas veces el trabajador, en vez de impugnar judicialmente el alta médica de la Mutua, acude a su médico de cabecera para que expida una baja médica por contingencias comunes.

Con el objeto de evitar esta desprotección del trabajador, el Real Decreto 1430/2009 ha establecido un procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas de las Mutuas, durante cuya tramitación el trabajador continúa percibiendo el subsidio por incapacidad temporal y el contrato de trabajo está suspendido. Sin embargo, la tutela efectiva de éste requeriría asimismo una reforma procesal, estableciendo un procedimiento judicial urgente de impugnación de las altas médicas, exento de reclamación previa y que finalizase por sentencia no susceptible de recurso de suplicación, lo que permitiría un control judicial efectivo de la licitud del alta médica, incompatible con la demora propiciada por los recursos de suplicación y posterior casación unificadora.

ABSTRACT

Key Words: Social Security, Temporary Incapacity

The temporary incapacity State Benefit has two related problems. In temporary incapacity for work/sickness absence, granted by the Health Public Sector, the lack of real and effective control over some general practitioner leads to the increase of absences, sometimes unjustified, by temporary incapacity. And for those patient released by the Benefit Society Service after a temporary incapacity, the rigorous medical releases may simply not protect workers. These two problems are connected because many times workers, instead of directly impugned the release in the Benefit Society, go to the general practitioner to get the temporary incapacity for "common causes".

In order to avoid workers' vulnerability, the Royal Decree 1430/2009 has established an administrative procedure to review medical release in the Benefit Societies, meanwhile the worker still receives the aid of temporary incapacity and the work contract is suspended. Even though, the effective tutelage should require a labor procedural change, that is that the revision of medical release shall have a definite and specific solution.

ÍNDICE

1. INCAPACIDAD TEMPORAL Y ABSENTISMO
2. DURACIÓN DE LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL
 - 2.1. Duración ordinaria: 365 días
 - 2.2. Prórroga hasta 180 días más
 - 2.3. Prolongación hasta los 21 meses
 - 2.4. Demora de la calificación hasta 730 días
3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN DE LAS ALTAS MÉDICAS EXPEDIDAS POR LAS MUTUAS Y LAS EMPRESAS COLABORADORAS
 - 3.1. Contingencias comunes
 - 3.2. Contingencias profesionales
 - 3.3. Procedimiento administrativo de revisión
4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CITACIÓN A UN TRABAJADOR POR UNA MUTUA PARA QUE ACUDA A UN RECONOCIMIENTO MÉDICO
5. CONCLUSIONES

1. INCAPACIDAD TEMPORAL Y ABSENTISMO

La incapacidad temporal es una de las prestaciones de la Seguridad Social que en las dos últimas décadas ha sido objeto de mayores medidas de reforma¹. No ha habido proceso reformador que se precie que no haya incidido en la regulación de la incapacidad temporal². Ello se debe a que, desde principios de la década de los 90, experimentó crecimientos espectaculares, que han motivado sucesivas reformas que han intentado limitar el gasto³. Se ha afirmado que se

¹ Panizo Robles, J. A.: “La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 298, 2008, pág. 9.

² Ferrando García, F. M.: “La reforma de la incapacidad temporal”, en Ferrando García, F. M. (coordinadora): *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 99.

³ En cuanto a la evolución del gasto de incapacidad temporal, en millones de euros, ha sido el siguiente:

Ejercicio	Absoluto	Incremento %	Ejercicio	Absoluto	Incremento %
1991	3.017,02	21,31	2000	3.784,36	13,52
1992	3.396,58	12,58	2001	4.278,29	13,05
1993	3.349,07	- 1,40	2002	4.754,48	11,13
1994	3.374,68	0,76	2003	5.154,21	8,41
1995	3.375,93	0,04	2004	5.830,18	13,11
1996	3.513,85	- 4,09	2005	6.406,70	9,88
1997	3.316,70	- 5,61	2006	6.655,68	3,89
1998	3.163,26	- 4,63	2007	7.312,77	9,87
1999	3.333,63	5,39	2008	7.306,72	- 0,09

Fuentes: Panizo Robles, J. A.: “La reforma de la Seguridad Social...”, ob. cit., págs. 9 y 10, nota 13 y Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral* nº 22, 2009, pág. 2678, nota 1.

Las citadas cifras se refieren a los costes directos de la incapacidad temporal. Como explican Romay López, R. y Santín González, D.: “El control del gasto público por incapacidad temporal mediante redes neuronales”, *Hacienda pública española*, nº 165, 2003, pág. 53, los costes indirectos pueden ascender al triple que los directos.

trata de “una de las prestaciones más complicadas de nuestro Sistema de Seguridad Social” por la intervención de múltiples sujetos, el establecimiento de un complicado sistema de gestión y las diversas cuantías a reconocer⁴.

La incapacidad temporal es una prestación dominada por el riesgo moral⁵. El riesgo moral es un concepto económico que describe una situación en la que un individuo, aislado de las consecuencias de sus acciones, podría cambiar su comportamiento del que habría tenido si hubiera estado expuesto completamente a las consecuencias de sus acciones. Más específicamente, el riesgo moral es la influencia de un seguro en la conducta de un agente. Se basa en la existencia de asimetrías informativas entre los agentes que intervienen en un mercado. Por ejemplo, en los seguros contra incendios, el propietario del inmueble tiene información privada acerca de sus propias acciones: si ha tomado las precauciones necesarias para evitar un incendio. Por ello, es probable que las compañías de seguros tengan que enfrentarse a más reclamaciones que si hubieran podido determinar exactamente el esfuerzo realizado por cada propietario para evitar el incendio. El problema de los incentivos distorsionados surge cuando un individuo tiene información privada acerca de sus propias acciones y son otras las personas que soportan los costes de un esfuerzo insuficiente. En definitiva, es difícil controlar en determinados casos la incidencia que tiene el propio asegurado en los procesos incapacitantes vividos por él. Es el denominado riesgo moral. Para resolver este problema es necesario dar a los individuos con información privada algún incentivo para que se esfuercen. En el caso de la prestación de incapacidad temporal, este incentivo ha sido el reforzamiento de los sistemas de control. Como el control es muy complejo, se acude al uso estratégico de la prestación.

El riesgo moral es bajo cuando se trata de una incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales porque la aparición de la contingencia es verificable en un grado relativamente alto. En estos casos, la información privada del beneficiario de la prestación tiende a ser baja. Pero la incidencia del riesgo moral es muy alta en las contingencias comunes porque son más difíciles de verificar. Por ello, el subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes ofrece diversos usos estratégicos, convirtiéndose en una “prestación refugio”⁶, utilizándose como recurso económico para cortos periodos de tiempo de inactividad (sustituyendo permisos), para atender

⁴ Gracia Alegre, G.: “Real Decreto 1430/2009, un desarrollo urgente del subsidio de incapacidad temporal”, *Tribuna Social*, nº 227/2009, pág. 42.

⁵ Respecto de la noción de riesgo moral aplicada a la incapacidad temporal, *vide* Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 8, 2009, pág. 16, cuyos argumentos reiteramos.

⁶ Sempere, A. V.; Tortuero, J. L.; Martín, R. Y García Viña, J.: *Hacia un nuevo modelo de gestión de la incapacidad temporal*, MTAS FIPROS, Madrid, 2005, págs. 11 y ss.

a hijos o personas mayores, como solución temporal para situaciones laborales incómodas, como instrumento de huida de las prestaciones de incapacidad permanente, sustitutivo de las prestaciones por desempleo⁷. Este uso desviado ocasiona un incremento del gasto⁸ y perjudica el tejido empresarial. Se ha señalado como un elemento disfuncional de la prestación de incapacidad temporal el establecimiento de mejoras voluntarias consistentes en complementos de esta prestación, lo que opera como desincentivo al efecto de riesgo moral que se produce en esta situación⁹.

La mayoría de los subsidios por incapacidad temporal son de etiología común. El procedimiento de reconocimiento de esta prestación se inicia cuando el trabajador acude al médico de atención primaria del Servicio Público de Salud. Éste debe efectuar un reconocimiento médico del trabajador y solicitar del paciente los datos que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico (art. 1.2 del Real Decreto 575/1997). Este diagnóstico médico cumple dos funciones muy distintas. Por un lado, sirve para establecer el tratamiento médico necesario para que el paciente recupere su salud. Pero además se exige al facultativo de atención primaria que efectúe una valoración de carácter clínico-legal: si la alteración de la salud impide al trabajador desarrollar su actividad laboral¹⁰.

Ello supone que se atribuye a los médicos de atención primaria una función de asistencia sanitaria pero también otra de colaboración en la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Es un médico pero también es un importante colaborador en la gestión de prestaciones de la Seguridad Social. El problema radica en que no solo son dos funciones distintas sino que, en buena medida, también son incompatibles. 1) Un médico tiene que velar por la salud de su paciente. Y para poder desarrollar esta tarea es preciso que exista una relación de confianza médico-paciente. 2) En cambio, como colaborador en el reconocimiento y denegación de determinadas prestaciones económicas de la Seguridad Social, puede verse obligado a enfrentarse a su paciente. Puede ocurrir que el paciente exija al médico de atención primaria que expida un parte médico de baja o de confirmación y el facultativo considere que sus dolencias no lo justifican, produciéndose un conflicto que puede perjudicar la relación médico-paciente. Y la información de interés médico que el paciente transmite al facultativo de atención primaria puede estar sesgada por el objetivo del beneficiario de que el médico emita un parte de baja o no expida un alta médica. La función de gestión perjudica la función médica.

⁷ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., pág. 16.

⁸ Vide Mercader Uguina, J. R.: “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales*, 2004-I, págs. 403 y ss.

⁹ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., pág. 22.

¹⁰ Sempere Navarro, A. V. y Tortuero Plaza, J. L.: “Dos apuntes sobre las Mutuas patronales y su gestión de la incapacidad temporal”, *Foro de Seguridad Social*, nº 12/13, págs. 137 y 138.

Por tanto, se ha atribuido un acto esencial del procedimiento de reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes a unas personas (los médicos del Sistema Público de Salud) que realizan una función (la asistencia sanitaria) distinta y en buena medida incompatible con la de colaborar en el reconocimiento de estas prestaciones. Parte de la doctrina científica se ha referido a la irresponsabilidad de los médicos de los Servicios Públicos de Salud al emitir los partes de baja, mencionando un estudio que efectuó la Subdirección de Inspección del INSALUD en dos provincias (Murcia y Toledo), que sostenía que un 21% de los facultativos de los centros de Atención Primaria del INSALUD eran hiper o hipoprescriptores de bajas laborales¹¹.

Paradójicamente, a las Mutuas les han negado algo que quieren tener: la gestión íntegra de las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes. Y a los médicos de atención primaria les obligan a hacer algo que muchos de ellos no quieren: colaborar en la gestión de la prestación de incapacidad temporal, efectuando una valoración jurídico-clínica. Se lo niegan a quien quiere hacerlo y se lo imponen a quien no quiere hacerlo. La consecuencia práctica es la falta de control efectivo de muchos partes médicos de baja y de confirmación y el descontrol del gasto en el pago del subsidio por incapacidad temporal, que ha dado lugar a sucesivas reformas legales para intentar limitarlo. Aunque ello no supone que el absentismo en España sea superior al de otros países. Resultan significativos los cuadros siguientes.

Porcentaje de trabajadores (ponderados por edad) con baja laboral en UE-15, en el año 2000¹²:

Grecia	6,70%	Irlanda	8,30%
Portugal	8,40%	Italia	8,50%
Reino Unido	11,7%	España	11,8%
Dinamarca	12,4%	Francia	14,3%
Bélgica	15,6%	Austria	16,0%
Suecia	17,0%	Luxemburgo	17,4%
Alemania	18,3%	Holanda	20,3%
Finlandia	24,4%	Media	14,5%

¹¹ Méjica, J.: *Derecho sanitario de la incapacidad temporal*, Comares, Granada, 1998, págs. 37, 64 y 65. Este autor, *ibidem*, pág. 71, se refiere a la práctica de expedir partes médicos de baja sin reconocimiento y la existencia de situaciones casi coactivas de los beneficiarios sobre el médico de la Seguridad Social para extender las confirmaciones de la enfermedad.

¹² Gimeno, D.; Benavides, F. G.; Benach, J. y Amick III, B. C.: "Distribution of sickness absence in the European Union countries", *Occupational and Environmental Medicine*, 61 (10), págs. 867-869.

Y respecto de otros países que no están incluidos en la Unión Europea resulta significativo el cuadro siguiente¹³:



Fuente: Osterkamp, R. et al. CESifo Economic Studies 2007

En España, la media continua de trabajadores afiliados a la Seguridad Social que se encuentra en situación de incapacidad temporal asciende al 6,2 por 100.¹⁴ Este promedio, similar al del resto de Europa pero muy superior al de cualquier otra región del mundo, incluye situaciones muy diversas.

Un estudio realizado por el Director Provincial del INSS de Barcelona evidenció que el 94 por 100 de los procesos de incapacidad temporal tienen una duración inferior a 180 días. El porcentaje de procesos de incapacidad temporal en relación con su duración era el siguiente:

- Entre 1 y 15 días, el 65 %
- Entre 16 y 30 días el 12 %
- Entre 31 y 180 días, el 17 %

Estos datos se mantienen, en lo esencial, a nivel nacional:

- Entre 1 y 15 días, el 57,45 %
- Entre 16 y 30 días, el 12,26 %
- Entre 31 y 60 días, el 10,70 %

¹³ OSTERKAMP y RÖHN: "Being on Sick Leave: Possible Explanations for Differences of Sick-leave Days Across Countries", *CESifo Economic Studies* 53-1, págs. 97-114.

¹⁴ FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: "Breves consideraciones en torno a la incapacidad temporal y sus mecanismos de control en el marco de su continua e interminable reforma", *Revista Técnico Laboral*, nº 120, 2009, pág. 168

- Entre 61 y 180 días, el 12,14 %
- Entre 181 y 360 días, el 4,34 %

Pese a que los procesos de incapacidad temporal que superan los doce meses suponen un porcentaje mínimo, las reformas normativas se han centrado en estas situaciones, que pueden considerarse marginales¹⁵. La duración media de los procesos de incapacidad temporal con alta médica es notablemente más alta en el caso de las Mutuas que en el del INSS¹⁶.

2. DURACIÓN DE LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

A partir de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4-12, que supuso la desaparición de la denominada “incapacidad permanente provisional”, instaurada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, la duración de los procesos de incapacidad temporal es la siguiente¹⁷:

2.1. Duración ordinaria: 365 días

La duración *ordinaria* de la prestación de incapacidad temporal alcanza hasta 365 días (12 meses). La Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado para 2010, modifica la regulación de los arts. 128 y siguientes de la LGSS sustituyendo los plazos computados por meses por plazos computados por días. Todas las menciones a plazos de seis meses se sustituyen por menciones a 180 días, los plazos de doce meses se sustituyen por 365 días, los plazos de dieciocho meses se sustituyen por 545 días y los de veinticuatro meses por 730 días.

¹⁵ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., págs. 17 y 18.

¹⁶ La duración media de los procesos de incapacidad temporal con alta ha sido la siguiente:

Año	INSS	Mutua
2005	43,89	32,67
2006	47,75	34,63
2007	43,85	32,07
2008	45,84	31,95

Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., pág. 20.

¹⁷ Panizo Robles, J. A.: “La reforma de la Seguridad Social...”, ob. cit., pág. 18 y Rabanal Carbajo, P. F.: “La prórroga de la situación de incapacidad temporal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 84, 2009, págs. 42 a 46.

2.2. Prórroga hasta 180 días más

El subsidio por incapacidad temporal se prorroga por el INSS hasta 180 días más (de los 12 a los 18 meses) cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. El art. 128.1.a), párrafo segundo de la LGSS atribuye al INSS la competencia exclusiva del control de la incapacidad temporal que ha agotado el plazo de 365 días. A partir de entonces, la Entidad Gestora es la única competente para 1) emitir el alta médica, 2) reconocer la prórroga expresa de 180 días, o 3) iniciar un expediente de incapacidad permanente.

La gestión de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes requiere diferenciar¹⁸:

1) Procesos de incapacidad temporal de corta duración (inferior a 365 días). En ellos intervienen a) los Servicios Públicos de Salud (baja, control y competencia plena para el alta); b) la Inspección Médica de Servicios Sanitarios (con capacidad de control y competencia plena para el alta); c) el INSS (con capacidad de control y competencia limitada en relación con el alta a través de la propuesta de alta y la intención de alta); d) las Mutuas (con posibilidad de control y propuesta de alta directa e intención de alta a través del INSS) y e) las empresas, a las que se atribuye la posibilidad de control laboral de estas situaciones.

2) Procesos de incapacidad temporal de larga duración (superior a 365 días). El control total corresponde al INSS.

Casi dos años después de la aprobación de la Ley 40/2007, el Real Decreto 1430/2009, de 11-9, que la desarrolla reglamentariamente¹⁹, establece en su art. 1 que cuando el servicio público de salud expida el último parte médico de confirmación antes de agotarse el plazo máximo de doce meses, comunicará al interesado en el acto del reconocimiento médico que, a partir de dicho momento, corresponde a la Entidad Gestora competente el control de su situación, circunstancia que pondrá en conocimiento de la misma mediante procedimiento informático. Por tanto, debe comunicarlo al propio interesado y a la Entidad Gestora. Una vez cumplido el plazo indicado, el servicio público de salud no emitirá partes de confirmación de la baja médica. El INSS efectuará las comunicaciones que procedan al interesado, a la empresa, al servicio público

¹⁸ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, ob. cit., pág. 17.

¹⁹ Como explica Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas...”, ob. cit., pág. 2678, el conjunto de medidas contempladas en este Real Decreto 1430/2009 tiene como finalidad última cerrar el nuevo modelo de control de la incapacidad temporal para controlar el gasto en esta prestación. Fernández Orrico, F. J.: “Cinco nuevos aspectos de aplicación en la incapacidad temporal y la enfermedad profesional incorporados por Real Decreto 1430/2009, de 1 de septiembre”, *AS*, nº 16, 2010, pág. 58, indica que el Real Decreto 1430/2009 regula aspectos no esenciales pero que permiten la aplicación de las modificaciones establecidas por la Ley 40/2007.

de salud y, en su caso, a las entidades colaboradoras y al Servicio Público de Empleo Estatal. Ello supone que ya no pueden exigirse los partes de confirmación a la empresa. El más que probable incremento de resoluciones del INSS puede suponer una ralentización e incluso una paralización de los procesos que culminan con una resolución²⁰.

Como consecuencia de la exclusividad de las entidades gestoras en el control de la incapacidad temporal que excede de 365 días, también cesa la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación económica por incapacidad temporal (art. 2 del Real Decreto 1430/2009). Este cese se produce el último día del mes en que la Entidad Gestora competente haya dictado la resolución en la que se declare expresamente la prórroga de dicha situación o la iniciación de un expediente de incapacidad permanente. La empresa deja de abonar el subsidio por incapacidad temporal y comienza a abonarlo el INSS.

Como excepción, siguen abonando la prestación de incapacidad temporal hasta su extinción o hasta la calificación de la incapacidad permanente, las empresas autorizadas para colaborar en la gestión de aquélla²¹ y las corporaciones locales respecto del personal al que vinieran reconociendo y abonando la prestación por incapacidad temporal, conforme a la disposición transitoria quinta del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Local²² (art. 2 del Real Decreto 1430/2009).

2.3. Prolongación hasta los 21 meses

Por razones de gestión, el subsidio por incapacidad temporal puede alcanzar los 21 meses (sin obligación de cotizar). Cuando se han agotado los 545 días (18 meses) de prestación de incapacidad temporal, ésta puede prolongarse durante tres meses más (de 18 meses a 21 meses), periodo en el que se debe examinar el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

²⁰ Fernández Orrico, F. J.: “Cinco nuevos aspectos...”, ob. cit., págs. 60 y 61.

²¹ La colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social está regulada en el art. 77 LGSS, art. 62 del Real Decreto 2064/1995 y arts. 15 bis a 15 quater de la Orden Ministerial de 25 de noviembre de 1966.

²² El Real Decreto 480/1993 integra en el Régimen General de la Seguridad Social al personal activo y pasivo que, en fecha 31 de marzo de 1993, estuviese incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración Local y con efectos del 1 de abril, desde cuya fecha les será aplicable la normativa de dicho Régimen General.

2.4. Demora de la calificación hasta 730 días

La prestación de incapacidad temporal puede alcanzar hasta 730 días (24 meses), si continúa la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, y la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación.

Esta última prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal está condicionada a la expectativa de mejora sanitaria con vistas a la reincorporación laboral. No basta con que el trabajador continúe recibiendo tratamiento médico, sin que sus dolencias se hayan estabilizado, para acceder a esta prolongación de efectos económicos hasta los 24 meses.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN DE LAS ALTAS MÉDICAS EXPEDIDAS POR LAS MUTUAS Y LAS EMPRESAS COLABORADORAS

En relación con las Mutuas, hay que diferenciar entre las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes y profesionales. El Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de la Seguridad Social, Real Decreto 1993/1995, distingue entre la “Gestión de la protección respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” (capítulo I del título II) y la “Gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes” (capítulo II del título II). La distinción no es meramente semántica²³.

3.1. Contingencias comunes

La disposición adicional 11^a.1 de la LGSS; el art. 80 del Real Decreto 1993/1995, de 7-12 y el art. 1 del Real Decreto 575/1997, de 18-4, evidencian que, cuando se trata de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la determinación de la alteración de la salud con efecto incapacitante corresponde al facultativo de los Servicios Públicos de Salud,

²³ Respecto de la problemática subsunción constitucional de la actuación de las Mutuas en el ámbito de la Seguridad Social, *vide* Gil Plana, J. y González del Río, J. M.: “Aspectos problemáticos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 139, págs. 565 y ss.

mediante la expedición del parte de baja²⁴. Ni la Mutua ni el INSS tienen facultades para determinar el nacimiento de la contingencia desde la órbita sanitaria. Se escinde la valoración jurídico-clínica, que corresponde a los Servicios Públicos de Salud, y la determinación jurídico-prestacional, que corresponde a la Mutua o al INSS, en función de que la empresa haya formalizado la cobertura de esta prestación con una Mutua o no²⁵. Existe una disociación entre la institución que soporta el coste de los procesos incapacitantes (en su caso, la Mutua) y la institución que, en principio, tiene facultades para determinar su iniciación, mantenimiento y extinción (los Servicios Públicos de Salud)²⁶.

Por una parte, el art. 80.1 del Real Decreto 1993/1995 atribuye a las Mutuas la competencia para comprobar todos los hechos y condiciones del art. 128 de la LGSS, lo que debe entenderse como la necesidad de asistencia sanitaria y la imposibilidad para el trabajo. Por otra, el esquema esencial del reparto competencial Mutua-Servicio Público de Salud atribuye a este último la valoración jurídico-clínica, que efectúa emitiendo un parte médico de baja, el cual constituye el acto que inicia el reconocimiento de la prestación.

²⁴ El médico de atención primaria debe efectuar el reconocimiento médico del trabajador y expedir el parte médico de baja por cuadruplicado, según un modelo establecido normativamente. El original se envía a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, el segundo ejemplar se remite a la Entidad Gestora o Mutua, el tercer ejemplar se entrega al trabajador y el cuarto ejemplar al trabajador para su presentación en la empresa. Cuando se alcance el cuarto día del inicio de la situación de incapacidad temporal se expide el parte médico de confirmación y sucesivamente se expedirá un parte de confirmación cada siete días contados desde el primer parte de confirmación. Cuando se expide el tercer parte médico de confirmación de baja (el día 18 de duración de la incapacidad temporal), se remite un informe complementario que recoge las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional. Este informe complementario debe formalizarse cada cuatro semanas.

²⁵ Tortuero Plaza, J. L.: "Actuación en el ámbito de la incapacidad temporal por contingencias comunes", en Sempere Navarro, A. V. (director) y De Val Tena, A. L. (coordinador): *Perfiles de las Mutuas de Accidentes de Trabajo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 86.

²⁶ Tortuero Plaza, J. L.: "Actuación en el ámbito...", ob. cit., pág. 79.

El problema se plantea cuando, en una prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes²⁷, la Mutua no cuestiona la concurrencia de los requisitos relativos al periodo de carencia, a la situación de alta o asimilada, ni los específicos de los regímenes especiales, sino que la Mutua cuestiona la propia baja médica. El supuesto típico es el de un trabajador que sufre un accidente laboral, iniciando un proceso de incapacidad temporal en virtud de la baja expedida por los servicios médicos de la Mutua. Y posteriormente la Mutua expide el alta médica. Puede ocurrir que el trabajador no esté conforme con el alta de la Mutua porque considera que no está en condiciones de trabajar. Lo lógico sería que el trabajador impugnase judicialmente el alta de la Mutua. Sin embargo, el TS ha afirmado que la mera impugnación de las resoluciones sobre la situación de incapacidad temporal no conlleva el mantenimiento de los efectos suspensivos de la relación laboral²⁸. Por consiguiente, si el trabajador no se reincorpora a su puesto de trabajo, cometerá una falta sancionable. Y si se reincorpora sin estar en condiciones médicas adecuadas, puede perjudicar su recuperación sanitaria e incluso causar un perjuicio para la seguridad en el trabajo: el art. 25.1, párrafo 2º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales prohíbe el empleo de trabajadores que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. En esta tesitura, frecuentemente los trabajadores acuden a los Servicios Públicos de Salud, que a veces emiten un parte médico de baja por contingencias comunes. La Mutua recibe un parte médico de baja sin solución de continuidad respecto del alta médica emitida por ella.

Para evitar estas prácticas, el Real Decreto 428/2004, de 12-3, introdujo un nuevo párrafo en el citado art. 61.2 del Real Decreto 1993/1995, pos-

²⁷ La intervención de las Mutuas es mayoritaria en la gestión de la prestación de incapacidad temporal. La evolución de la población protegida, a efectos de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, entre el INSS y las Mutuas, ha sido la siguiente:

Ejercicio	Población protegida Mutuas	% variación	Población protegida INSS	% variación
2002	8.079.571		6.692.176	
2003	8.255.228	2,17	6.944.561	3,76
2004	8.768.720	6,23	7.051.722	1,54
2005	9.454.443	7,81	7.201.070	1,02
2006	10.129.351	7,13	7.231.154	0,41
2007	11.060.662	9,19	6.893.697	- 4,61
2008	11.506.457	4,03	6.481.933	- 6,27

Fuente: Panizo Robles, J. A.: "Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal", *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 320, 2009, pág. 51, nota 59.

²⁸ Sentencias del TS de 22-10-1991, recurso 1075/1990; 2-3-1992, recurso 595/1991 y 15-4-1994, recurso 2883/1993.

teriormente modificado por el art. 5.1 de Real Decreto 1041/2005, de 5-9, que atribuye a la Mutua la competencia para acordar las sucesivas bajas, confirmaciones de baja y altas, expedidas en los procesos originados por las mismas patologías que causaron procesos derivados de contingencias profesionales correspondientes a los trabajadores dependientes de las empresas asociadas comprendidos en el ámbito de la gestión de la Mutua.

El procedimiento de reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes se caracteriza por que intervienen dos entidades distintas: una entidad que emite el parte médico de baja, que puede ser pública o privada, y una entidad que reconoce la prestación, que también puede ser pública (la Entidad Gestora) o privada (la Mutua que ha formalizado la protección de estas contingencias)²⁹. Si el parte médico de baja lo emite la Administración pública encargada del Servicio Público de Salud, se trata de un acto administrativo. Y no es un acto administrativo de mero trámite sino que tiene importantes consecuencias jurídicas. No determina per se el reconocimiento del derecho al subsidio por incapacidad temporal porque para ello hacen falta unos requisitos añadidos, pero sí que suspende el contrato de trabajo. Así, la mera emisión del parte médico de baja, aun cuando posteriormente el trabajador no tenga derecho al subsidio económico por incapacidad temporal (por ejemplo, por no reunir la preceptiva carencia), justifica la suspensión del contrato de trabajo ex art. 45.1.c) del ET, lo que supone que la inasistencia al trabajo no dará lugar a la correspondiente sanción del empleador. En el momento en que se emite este parte de baja el trabajador tiene amparo legal para dejar de acudir al centro de trabajo sin que ello implique responsabilidad legal alguna, al concurrir una causa legal de suspensión de la relación laboral.

Por consiguiente, si el parte médico de baja lo extiende una Administración pública, se trata de un acto administrativo ejecutivo e impugnabile. Así, la sentencia del TSJ de Aragón 2/2006, de 4-1, enjuició un supuesto en el que un trabajador había iniciado el 6-7-2004 un proceso de incapacidad temporal derivado de accidente de trabajo por sufrir lesión traumática en una mano, siendo dado de alta con propuesta de baremo el 23-11-2004. El día siguiente acudió al médico de atención primaria, que emitió parte de baja derivado de enfermedad común con un diagnóstico distinto (depresión). Y la Mutua que tenía concertadas las contingencias profesionales y comunes con la empresa procedió a impugnar judicialmente esta baja médica, estimándose la demanda porque se acreditó que se había producido una simulación intencionada de síntomas psi-

²⁹ Como explica Tortuero Plaza, J. L.: "Actuación en el ámbito...", ob. cit., pág. 79, la separación de funciones entre ambas instituciones constituye el centro neurálgico del problema.

quiátricos, sin que concurrieran dolencias justificativas de la baja. Lo relevante es que la Mutua no procedió a anular de oficio un parte de baja que consideraba antijurídico sino que, al tratarse de un acto administrativo dictado por el órgano competente (el Servicio Público de Salud), dotado de ejecutividad, procedió a impugnarlo ante los tribunales³⁰.

Y la sentencia del TSJ del País Vasco 2509/2004, de 30-11, argumenta que la potestad que se atribuye a las Mutuas en orden al ejercicio de las funciones del art. 80 del Real Decreto 1993/1995 no es absoluta sino reglada, pudiendo ejercitar estas facultades solo en los supuestos y por las causas legalmente previstas.

Puede suceder que el parte médico de baja no lo extienda una Administración pública sino una entidad privada a la que se ha atribuido la atención primaria, en cuyo caso no cabe hablar de acto administrativo. Pero incluso en este supuesto la cuestión competencial, que es el elemento esencial, subsiste: la valoración jurídico-clínica incumbe a un órgano distinto de la Mutua. Y ésta no puede revisar o ignorar este acto, emitido por otra entidad, al margen de los cauces competenciales que se le han atribuido.

También puede ocurrir que el parte médico de baja lo expida una entidad privada y el subsidio por incapacidad temporal la abone una Administración pública (la Entidad Gestora), pero ello no autoriza a esta última a dejar sin efecto unilateralmente el parte de baja, debiendo, en su caso, impugnarlo.

Por consiguiente, el acto administrativo (en su caso) con el que comienza el procedimiento de reconocimiento de la prestación (el parte médico de baja) está investido de ejecutividad, desplegando sus efectos hasta que sea dejado sin efecto judicialmente. Y si un trabajador acude a los Servicios Públicos de Salud, donde le examina un médico de atención primaria, que cursa un parte médico de baja por considerar que presenta unas dolencias que le impiden trabajar, el hecho de que el día anterior los servicios médicos de la Mutua le hayan dado de alta médica por curación, no significa que la Mutua conozca con certeza cual es el estado médico del trabajador el día de la baja médica. En este sentido se ha pronunciado parte de la doctrina científica, que sostiene que la Mutua no puede revisar el acto médico de baja, que le obliga a iniciar las actuaciones conducentes a la declaración del derecho al subsidio por incapacidad temporal³¹.

³⁰ La sentencia del TS de 15-11-2005, recurso 4772/2004, establece que, cuando una Mutua impugna una resolución del INSS que declara el carácter profesional de un proceso de incapacidad temporal, la Mutua no solo está legitimada para impugnar la calificación de la contingencia, sino que puede mantener la inexistencia de lesiones, afecciones o déficits funcionales, negando que haya habido lesión que justifique el proceso de incapacidad temporal.

³¹ Ruiz-Larrea Aranda, P.: "Las funciones atribuidas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de gestión y control de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, nº 4, 1997, pág. 121.

Si la Mutua, que es una entidad privada sin competencia para expedir partes médicos de baja por contingencias comunes, considera que ese acto (el parte médico de baja del Servicio Público de Salud) es contrario a derecho, debe impugnarlo ante los tribunales. Es cierto que el art. 80 del Real Decreto 1993/1995 condiciona la declaración del derecho a esta prestación económica a la comprobación de todos los hechos y condiciones establecidos en el art. 128 de la LGSS, pero añade: “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”. Como quiera que la Mutua no tiene competencias en el ámbito de la valoración jurídico-clínica en las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes, forzoso es concluir que la competencia de la Mutua se limita a constatar que se ha emitido el parte médico de baja, sin poder ignorar o anular por sí misma este parte. Es decir, la competencia de la Mutua alcanza a comprobar la existencia del hecho del que trae causa el subsidio³²: la situación de incapacidad temporal para el trabajo, acreditada por el parte médico de baja, viniendo impuesta a la Mutua la valoración jurídico-clínica del Servicio Público de Salud, salvo que la impugne judicialmente.

Si la regla general es que las Entidades Gestoras no pueden revisar por sí mismas sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social, *ex art.* 145 de la LPL, las entidades colaboradoras no pueden revisar por sí mismas un acto que no es suyo sino del Servicio Público de Salud (la baja médica) del que derivan importantes consecuencias jurídicas para el beneficiario.

Y si el parte médico de baja incumple los requisitos legales, ello no autoriza a denegar la prestación de incapacidad temporal por este motivo, sino que, en todo caso, la Mutua deberá proceder a su devolución con la debida advertencia y el requerimiento de su correcta cumplimentación³³.

3.2. Contingencias profesionales

El 94 por 100 de los afiliados a la Seguridad Social cubren las contingencias profesionales a través de Mutuas. Se trata de un modelo tendencialmente unitario³⁴. El art. 61.2 del Real Decreto 1993/1995, de 7-12, que aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en la gestión de la Seguridad Social, regula la competencia de las Mutuas respecto de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales correspondientes a los trabajadores

³² Ruiz-Larrea Aranda, P.: “Las funciones atribuidas...”, *ob. cit.*, pág. 115.

³³ MÉJICA, J.: *Derecho sanitario...*, *ob. cit.*, pág. 52.

³⁴ Mercader Uguina, J. R.: “La fábula del paciente...”, *ob. cit.*, pág. 17.

dependientes de las empresas asociadas comprendidas en el ámbito de la gestión de la Mutua. En este supuesto la Mutua tiene competencia para “la expedición de los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta, así como la declaración del derecho al subsidio, su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción”. Y tiene idéntica competencia respecto de “las sucesivas bajas, confirmación de baja y alta, expedidas en los procesos originados por las mismas patologías que causaron procesos derivados de las indicadas contingencias correspondientes a dichos trabajadores, en los términos y con el alcance antes mencionados, así como la declaración del derecho al subsidio, su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción”³⁵.

En consecuencia, si se trata de una baja médica cursada por la misma patología que motivó un proceso de incapacidad temporal anterior derivado de accidente de trabajo, la Mutua es quien tiene la competencia para expedir el parte médico de baja, no los Servicios Públicos de Salud.

Cuando una Mutua cursa una alta médica, el trabajador que no está de acuerdo con el alta médica debe impugnarla judicialmente. El problema radica en la situación de desprotección en que queda el trabajador que efectivamente está impedido para trabajar cuando una entidad privada (una Mutua) le da de alta médica, en particular si tiene que reincorporarse a su trabajo (por no estar en situación de desempleo). En efecto, ello puede abocar al trabajador a una situación insostenible, que puede afectar a su salud e integridad física (art. 15 de la CE), en la medida en que una entidad privada que colabora en la gestión de un servicio público le niega la suspensión del contrato de trabajo por motivos de salud, sin que la impugnación judicial proporcione una respuesta adecuada, por su demora. Ni siquiera está prevista la existencia de un procedimiento judicial urgente para dilucidar estas cuestiones, que se tramitan conforme a la modalidad procesal especial de Seguridad Social. Si se privatiza un ámbito tan relevante como éste, parece obligado establecer mecanismos eficaces de solución de conflictos.

El art. 71.2, párrafo 2º LPL, en la redacción conforme a la Ley 24/2001, 27 de diciembre, establece que “*si la resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación previa se interpondrá, en el mismo plazo, ante el órgano correspondiente de la Entidad gestora o Servicio común cuando resulte competente*”. La reclamación previa contra una resolución de una mutua se resuelve por la Entidad Gestora (el INSS o el Instituto Social de la Marina), lo que permite que una Administración pública, que sirve con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 CE) controle la legalidad de la resolución de la entidad colaboradora con carácter previo al proceso judicial.

³⁵ El párrafo 2º del art. 61.2 del Real Decreto 1993/1995 fue añadido por el Real Decreto 428/2004, de 12-3 y fue reformado por el Real Decreto 1041/2005, de 5 septiembre.

Es importante precisar que desde el momento en que el Servicio Público de Salud considera que el trabajador está impedido para trabajar y extiende parte médico de baja sin solución de continuidad con el alta médica de la Mutua, entonces el conflicto deja de afectar a dos partes (la Mutua que emite el alta médica y el beneficiario disconforme con ella) y pasa a ser un conflicto en el que intervienen tres partes (la Mutua por un lado y el Servicio Público de Salud y el beneficiario por el otro), e incluso cuatro partes, al afectar a la Entidad Gestora.

Este conflicto, propio de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, hunde sus raíces en la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. En esta última, se ha atribuido a entidades privadas (las Mutuas) la competencia para expedir partes médicos de baja, confirmación y alta, que tienen gran trascendencia para los trabajadores. Las Mutuas ofrecen la ventaja de un mejor control de los procesos de incapacidad temporal, lo que favorece a las empresas, en cuanto los trabajadores están menos tiempo de baja, y a la propia Mutua, que debe abonar menos prestaciones de incapacidad temporal, disminuyendo sus gastos. Y las Mutuas, con todo el respeto que merecen y la eficacia de la que han hecho gala, no son Administraciones públicas que sirvan con objetividad a los intereses generales. Por eso, es necesario establecer un sistema para resolver con la mayor celeridad el conflicto que puede surgir entre la Mutua que da el alta médica y el trabajador.

La propia Administración sanitaria ha sido consciente de este problema. Las “Instrucciones sobre la improcedencia de expedición de bajas laborales por contingencias comunes por parte de facultativos de Atención Primaria de Salud a los trabajadores que la solicitan por las mismas causas por las que fueron alta laboral en contingencias profesionales por los servicios médicos de las Mutuas”, dictadas el 1-3-2004 por la Directora del Equipo Provincial de Inspección de la Junta de Andalucía, prohibían la expedición de estos partes médicos de baja por contingencia común, pero lo admitían “solo en supuestos muy excepcionales³⁶ cuando se constate una limitación muy importante³⁷ del paciente para el trabajo habitual”, imponiendo unos rigurosos requisitos, que incluían una fotocopia de la reclamación contra el alta laboral de la Mutua realizada por el paciente.

3.3. Procedimiento administrativo de revisión

Hasta la aprobación del Real Decreto 1430/2009, el trabajador que no estaba conforme con el alta médica extendida por la Mutua solo podía impugnar

³⁶ En mayúscula en el original.

³⁷ Subrayado en el original.

judicialmente dicha alta. En la práctica, frecuentemente el trabajador iniciaba un nuevo proceso de incapacidad temporal derivado de enfermedad común el día siguiente o unos días después del alta médica y se iniciaba un procedimiento administrativo de determinación de contingencia para determinar si el segundo proceso de incapacidad temporal era de etiología profesional o común.

Para afrontar este problema, la disposición adicional 19ª de la Ley 40/2007 estableció que “reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión, por el INSS y a instancia del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal”.³⁸ La plasmación reglamentaria de esta disposición se desarrolla en el art. 4 del Real Decreto 1430/2009, de 11-9, que regula el procedimiento administrativo de revisión de estas altas médicas. Este procedimiento tiene un triple límite subjetivo, objetivo y temporal:³⁹ 1) se limita a los partes médicos de alta emitidos por las Mutuas y entidades colaboradoras, excluyendo los expedidos por los médicos de los Servicios Públicos de Salud; 2) se ciñe a los partes médicos de alta derivados de contingencias profesionales, excluyendo las contingencias comunes; y 3) solo opera durante los primeros doce meses de incapacidad temporal. El cumplimiento del mes 12 de la tramitación de este procedimiento administrativo supondrá que el INSS (o el Instituto Social de la Marina —ISM) resuelva de conformidad con el art. 128.1.a) LGSS.

Este procedimiento administrativo no tiene como finalidad revisar un acto administrativo sino un acto de una entidad privada (Mutua o empresa colaboradora), con la finalidad de que los partes médicos de alta se controlen por una Administración pública dotada de mayor objetividad e imparcialidad.⁴⁰ Frente a las altas médicas de las Mutuas y las empresas colaboradoras, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, emitidas con anterioridad al agotamiento del plazo de doce meses de duración de dicha situación, el interesado podrá iniciar ante la Entidad Gestora competente, el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta, cuya tramitación se considera preferente por la Entidad Gestora, con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible. La Entidad Gestora competente es la Dirección Provincial del INSS o ISM del domicilio del trabajador (art. 15.3 del Real Decreto 2583/1996, en la redacción dada por el Real Decreto 900/2009).

³⁸ Un juicio crítico tanto del procedimiento de disconformidad como del procedimiento previsto en esta disposición adicional 19ª de la Ley 40/2007 lo efectúa GETE CASTRILLO, P.: “Los últimos retoques legislativos en materia de Seguridad Social: la Ley 40/2007, de 4 de diciembre”, *Documentación Laboral*, nº 83, 2008, pág. 121.

³⁹ Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas...”, ob. cit., pág. 2678.

⁴⁰ Martínez Lucas, J. A.: “Las nuevas medidas...”, ob. cit., pág. 2679.

3.3.1. Iniciación

El interesado podrá instar la revisión del alta médica emitida por la entidad colaboradora (Mutuas y empresas colaboradoras), en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al de su notificación, mediante solicitud presentada a tal efecto ante la Entidad Gestora competente (el INSS o el ISM), en la que manifestará los motivos de su disconformidad con dicha alta médica. El Real Decreto 1430/2009 solo prevé que pueda iniciar este procedimiento administrativo el trabajador, como lo evidencia la mención relativa a que debe comunicarlo a la empresa. Sin embargo, la empresa puede resultar afectada por el alta médica, puesto que puede verse obligada a dar trabajo a una persona que no está en condiciones médicas de hacerlo.⁴¹ Si la solicitud se presenta fuera del plazo de cuatro días, se desestimará la pretensión, adquiriendo plenos efectos el alta médica.

A la indicada solicitud, que estará disponible en la página web de las correspondientes entidades gestoras, y con el fin de que la Entidad Gestora conozca los antecedentes médico-clínicos existentes con anterioridad, se acompañará necesariamente el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora.

El interesado que inicie el procedimiento de revisión, lo comunicará a la empresa en el mismo día en que presente su solicitud o en el siguiente día hábil. La empresa debe continuar con el pago delegado de la prestación por incapacidad temporal hasta que finalice este procedimiento administrativo. Asimismo, la Entidad Gestora debe comunicar a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por el interesado.

Para evitar la citada situación de desprotección del trabajador frente al alta médica emitida por una entidad privada, este Real Decreto 1430/2009 establece que la mera iniciación del procedimiento especial de revisión suspenderá los efectos del alta médica emitida, debiendo entenderse prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional durante la tramitación de dicho procedimiento, manteniéndose, en su caso, el abono de la prestación en la modalidad de pago delegado, sin perjuicio de que posteriormente puedan considerarse indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal. Se suspenden los efectos del alta médica, en virtud de la cual el trabajador debería volver al trabajo en las 24 horas siguientes a la expedición del parte. Se entiende prorrogada la prestación de incapacidad temporal, sin que la empresa pueda sancionar al trabajador por su inasistencia al trabajo.

⁴¹ Martínez Lucas, J. A.: "Las nuevas medidas...", ob. cit., pág. 2679.

3.3.2. *Tramitación*

El INSS (o el ISM, en su caso) comunicará a la Mutua competente el inicio del procedimiento especial de revisión para que, en el plazo improrrogable de dos días hábiles, aporte los antecedentes relacionados con el proceso de incapacidad temporal de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica. En el caso de que no se presentara la citada documentación, se dictará la resolución que proceda, teniendo en cuenta la información facilitada por el interesado.

La Mutua correspondiente podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, lo que motivará, sin más trámite, el archivo inmediato del procedimiento iniciado por el interesado ante la Entidad Gestora.

Asimismo, la Entidad Gestora competente comunicará a la empresa el inicio del procedimiento en el plazo de los dos días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud por parte del interesado. Cuando el interesado hubiera presentado a la empresa parte médico de baja emitido por el servicio público de salud, aquélla, con el fin de coordinar las actuaciones procedentes, deberá informar de dicha circunstancia al INSS (o al ISM, en su caso), con carácter inmediato.

A su vez, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencia común y del reconocimiento médico se desprenda la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el servicio público de salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar, en el plazo de los cuatro días naturales siguientes al de notificación del alta médica emitida por la entidad colaboradora, este procedimiento especial de revisión y, además, con carácter inmediato comunicará a la Entidad Gestora competente la existencia de dos procesos distintos de incapacidad temporal que pudieran estar relacionados.

En estos casos, se iniciará el abono de la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes hasta la fecha de resolución del procedimiento, sin perjuicio de que cuando el alta expedida por la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social no produzca efecto alguno, ésta deba reintegrar a la Entidad Gestora la prestación abonada al interesado y a éste la diferencia que resulte a su favor.

3.3.3. *Resolución*

El director provincial competente de la Entidad Gestora correspondiente dictará, en el plazo máximo de quince días hábiles, a contar desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapaci-

dades, que debe examinar y valorar el caso concreto. Este informe no es vinculante: el director provincial de la Entidad Gestora puede apartarse motivadamente del mismo. Se ha afirmado que la omisión del informe del equipo de valoración de incapacidades no supone que la resolución de la Entidad Gestora sea anulable porque este defecto formal solo tiene relevancia cuando ha supuesto una disminución real de las garantías del trabajador, lo que no sucede si la Dirección Provincial cuenta con elementos de juicio suficientes para valorar la situación del interesado⁴².

La resolución que se dicte determinará la fecha y efectos del alta médica o el mantenimiento de la baja médica, fijando, en su caso, la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, así como, en su caso, la improcedencia de otras bajas médicas que pudieran haberse emitido durante la tramitación del procedimiento especial de revisión por el servicio público de salud. En consecuencia, el procedimiento terminará con alguno de los siguientes pronunciamientos:

a) Confirmación del alta médica emitida por la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y declaración de la extinción del proceso de incapacidad temporal en la fecha de la mencionada alta.

b) Mantenimiento de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, por considerar que el interesado continúa con dolencias que le impiden trabajar. Por tanto, el alta médica emitida por la entidad colaboradora no producirá efecto alguno.

c) Determinación de la contingencia, común o profesional, de la que derive la situación de incapacidad temporal, cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo período de tiempo, y, por tanto, existan distintas bajas médicas. Asimismo, se fijarán los efectos que correspondan, en el proceso de incapacidad temporal, como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.

d) Cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, se podrá declarar sin efectos el alta médica emitida por la entidad colaboradora por considerarla prematura. En estos casos, la resolución determinará la nueva fecha de efectos del alta médica y de extinción del proceso de incapacidad temporal.

El transcurso del plazo máximo de 15 días hábiles sin dictar resolución administrativa permite al interesado entender desestimada su solicitud por silencio administrativo, pudiendo interponer demanda ante el orden jurisdiccional social⁴³.

⁴² Martínez Lucas, J. A.: "Las nuevas medidas...", ob. cit., pág. 2685.

⁴³ En este sentido se pronuncia Martínez Lucas, J. A.: "Las nuevas medidas...", ob. cit., pág. 2688, aplicando la disposición adicional 25ª.2 LGSS.

Cuando la Entidad Gestora competente confirme el alta médica emitida por la entidad colaboradora o establezca una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal, se considerarán indebidamente percibidas las prestaciones económicas de la incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, que se hubieran abonado al interesado a partir de la fecha establecida en la resolución.

En el denominado procedimiento de disconformidad, que impugna la resolución del INSS que declara la extinción de la incapacidad temporal por alta médica del interesado, previsto en el artículo 128.1.a) LGSS, se considera prorrogada la situación de incapacidad temporal durante su tramitación, aunque se desestime la impugnación del alta. Por el contrario, en este procedimiento de revisión de las altas médicas de las Mutuas y empresas colaboradoras, si se confirma el alta médica, se considera indebidamente percibido el subsidio por incapacidad temporal abonado a partir de la fecha del alta médica confirmada.

Si durante la tramitación de este procedimiento especial de revisión se cumpliera el plazo de doce meses de duración de la situación de incapacidad temporal, la Entidad Gestora competente resolverá de conformidad con lo previsto en el art. 128.1.a) LGSS, como si el plazo hubiera continuado sin la existencia de alta médica, acordando la prórroga del proceso, emitiendo alta médica o acordando el inicio del expediente de incapacidad permanente.

El abono de la prestación de incapacidad temporal durante la tramitación de este procedimiento especial será incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional.

Las resoluciones emitidas por la Entidad Gestora, en el ejercicio de las competencias establecidas en este artículo, podrán considerarse dictadas con los efectos atribuidos a la resolución de una reclamación previa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 LPL. En aras a la celeridad del ulterior proceso judicial, no es necesario interponer reclamación previa. Por el contrario, el Real Decreto 1430/2009 no reconoce la misma virtualidad a las resoluciones del INSS en el procedimiento de disconformidad con el alta médica del INSS al alcanzar el mes 12 del subsidio por incapacidad temporal.

El Criterio de Gestión del INSS de 3 de diciembre de 2009 sostiene que esta Entidad Gestora únicamente puede revisar el alta de las Mutuas o empresas colaboradoras a través del cauce previsto en el Real Decreto 1430/2009. Si el interesado soslaya este trámite y presenta directamente reclamación previa contra el alta de la Mutua, este Criterio de Gestión del INSS de 3 de diciembre de 2009 sostiene que la Entidad Gestora no puede entrar en el fondo del asunto por carecer de competencia para ello, puesto que solo puede examinar esta cuestión a través del citado procedimiento administrativo de revisión.

Se trata de una interpretación restrictiva carente de base normativa y per-

judicial para el interesado porque el plazo para instar el procedimiento administrativo de revisión de estas altas médicas es de únicamente cuatro días. Si el interesado deja transcurrir este breve plazo, no cabe instar este procedimiento administrativo. Pero ello no supone que decaiga su derecho a impugnar un alta médica con la que no está de acuerdo.

En efecto, este procedimiento administrativo permite que se prorrogue la situación de incapacidad temporal mientras se tramita. Si el interesado no insta este procedimiento administrativo, el alta médica de la Mutua desplegará sus efectos, pero ello no excluye que pueda ser impugnada judicialmente, previa reclamación previa. Y si se declara por sentencia firme que el alta médica fue contraria a derecho, se dejará sin efecto. Por consiguiente, aunque el interesado no solicite este procedimiento administrativo, tiene derecho a interponer la correspondiente reclamación previa, que puede y debe ser resuelta por el INSS, entrando en el examen del fondo del asunto y revisando, en su caso, el alta de la Mutua, aunque no se haya tramitado el procedimiento administrativo.

El INSS ha interpretado que si la reclamación previa se presenta dentro del plazo de 4 días, puede reconducirse esta petición al procedimiento administrativo de revisión del Real Decreto 1430/2009, aunque se haya usado la citada denominación de “reclamación previa”.

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CITACIÓN A UN TRABAJADOR POR UNA MUTUA PARA QUE ACUDA A UN RECONOCIMIENTO MÉDICO

La sentencia del TS de 29 de septiembre de 2009, recurso 879/2009, examinó un supuesto en que el trabajador había iniciado un proceso de incapacidad temporal, remitiéndole la Mutua un telegrama citándole a los servicios médicos. El telegrama fue enviado al domicilio del actor y devuelto por el servicio de correos con la indicación “no entregado, casa cerrada, dejado aviso”, sucediendo exactamente lo mismo con un segundo telegrama. La Mutua acordó la extinción de la prestación del actor por falta de comparecencia a reconocimientos médicos. El demandante contestó a la decisión extintiva indicando que no tenía noticia de las citas.

El TS explica que el art. 131 bis.1 LGSS dispone la posibilidad de extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal “*por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los medios adscritos al INSS o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social*”. La controversia litigiosa radica en determinar si la remisión por parte de la Mutua de dos telegramas que no pudieron ser entregados al interesado

por no encontrarse en su domicilio, dejándole aviso al demandante para que los recogiera en la Oficina de Correos, lo que no hizo, ha de entenderse como causa justificativa para no concurrir al reconocimiento médico. El trabajador no justificó ninguna causa razonable por la cual, a pesar de quedar avisado por el Servicio de Correos, no hubiera ido a recoger los telegramas remitidos por la Mutua. El trabajador únicamente reacciona frente al acto extintivo de la Mutua, cuando es privado de la prestación económica de incapacidad temporal, en cuyo momento remite un fax a la Mutua, en el que manifiesta que no ha recibido ninguna notificación ni por correo ni telefónicamente, lo cual es cierto, aunque omite el decir que sí que lo ha recibido mediante telegrama. Y también silencio que le han dejado aviso para recoger el telegrama enviado y que en dicho documento figura como remitente la Mutua Patronal Mugenat, por lo que no hay que presumir que, encontrándose de baja por incapacidad temporal, el objeto de dicha comunicación tenía que ver con su situación laboral. El TS remarca que, en la primera citación, tuvo un período de 14 días para recoger el telegrama, mientras que en la segunda el plazo fue de 7 días.

El TS sostiene que la conducta del trabajador fue de mera pasividad, rozando “una negligencia omisiva”, ya que al tener en su poder los avisos de Correos con la constancia del remitente, cualquier persona que obrase con la diligencia debida al ciudadano medio —conocedor de su situación laboral—, no hubiese dejado de recoger en la oficina de Correos los telegramas sobre los que se había dejado el aviso. El trabajador no justifica en ningún momento, sea mediante la aportación de algún documento o mediante manifestaciones objetivamente justificativas, su ausencia a la cita que tenía en los servicios médicos con objeto de ser examinado. Y no se aplica al presente supuesto el art. 59.4 de la Ley 30/1990, que obliga a las Administraciones públicas a practicar la notificación. El TS concluye que si el interesado no tuvo conocimiento de la comparecencia a que fue requerido por la Mutua se debió a su conducta omisiva, siendo de resaltar que la constancia en el aviso de que el telegrama notificado de la comparecencia procedía de la Mutua, hacía presumir que su contenido hacía referencia a su situación de incapacidad temporal, cuyo control correspondía, legalmente, a la Mutua aseguradora.

5. CONCLUSIONES

Hay dos problemas distintos pero interconectados:

1) Las bajas médicas de los Servicios Públicos de Salud, en los que la falta de control efectivo por parte de algunos médicos de cabecera al expedirlas, propicia el devengo de subsidios por incapacidad temporal injustificados, con el correspondiente coste para el Sistema de Seguridad Social y el perjuicio para el tejido empresarial.

2) Las altas médicas de los Servicios Médicos de las Mutuas (en las prestaciones de incapacidad temporal de etiología profesional), cuyo rigor puede causar la desprotección del trabajador.

Estos problemas están interconectados porque muchas veces el trabajador, en vez de impugnar judicialmente el alta médica de la Mutua, acude a su médico de cabecera para que expida una baja médica por contingencias comunes. La auténtica impugnación informal del alta médica de la Mutua es acudir al médico del Servicio Público de Salud para que expida una baja médica. Posteriormente se tramita un expediente de determinación de contingencia, se declara la etiología profesional del segundo proceso de incapacidad temporal, y se declara a la Mutua responsable de la prestación.

Como hemos explicado, la Mutua es la única competente para acordar las sucesivas bajas, confirmaciones de baja y altas, expedidas en los procesos de incapacidad temporal originados por las mismas patologías que causaron procesos derivados de contingencias profesionales correspondientes a los trabajadores dependientes de las empresas aseguradas por una Mutua. En caso de que el parte médico de baja lo haya expedido una Administración pública (el Servicio Público de Salud), se ha suscitado la cuestión relativa a si esta incompetencia constituye la causa de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.b) de la Ley 30/1992, de 26-11, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que considera nulos los actos “dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”, o en su defecto, si se considera que la incompetencia no es manifiesta, si se trata de una causa de anulabilidad.

Se ha argumentado que los Servicios Públicos de Salud son competentes para expedir las bajas médicas derivadas de enfermedad común, como efectivamente hacen en estos supuestos, lo que, en principio, excluye que se trate de un órgano manifiestamente incompetente ex art. 62.1.b) de la Ley 30/1992⁴⁴. Y si posteriormente se constata que, aunque el trabajador efectivamente estaba impedido para su trabajo (lo que justificaba la suspensión de su relación laboral y el abono del subsidio por incapacidad temporal), sus dolencias tenían su origen en un accidente de trabajo y no en enfermedad común, ello evidenciaría que el juicio clínico efectuado por el Servicio Público de Salud relativo a la inhabilidad laboral era correcto. En tal caso, el reproche antijurídico alcanza a ambas partes: a la Mutua y al trabajador. Aquélla dio de alta al trabajador cuando éste continuaba inhabilitado para el trabajo (o le negó la baja médica cuando el trabajador acudió manifestando que había sufrido una recaída de sus dolencias derivadas de accidente laboral), lo que justifica su responsabilidad. Y

⁴⁴ Molins García-Atance, J.: “La colaboración de las mutuas en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes”, *AS*, nº 6, 2006, págs. 68 y ss.

su conducta antijurídica fue la que motivó que el trabajador acudiese al Servicio Público de Salud para que extendiese un parte médico de baja derivado de enfermedad común cuando su dolencia tenía etiología profesional. La Mutua no puede pretender beneficiarse de su conducta antijurídica. Por ello, procedería declarar la ilicitud del acto administrativo únicamente respecto de la etiología de la prestación, pero no respecto de la inhabilidad para trabajar. Lo mismo sucede cuando hay solución de continuidad entre el alta médica de la Mutua y la posterior baja médica del Servicio Público de Salud pero el trabajador se ha dirigido previamente a los servicios médicos de la Mutua que le han negado injustificadamente la baja médica.

El establecimiento por el Real Decreto 1430/2009 del procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas de las Mutuas, durante cuya tramitación el trabajador continúa percibiendo el subsidio por incapacidad temporal y el contrato de trabajo está suspendido, ha supuesto un avance en orden a evitar esta desprotección del trabajador.

La tutela efectiva de éste requeriría asimismo una reforma procesal, estableciendo un procedimiento judicial urgente de impugnación de las altas médicas, exento de reclamación previa y que finalizase por sentencia no susceptible de recurso de suplicación, lo que permitiría un control judicial efectivo de la licitud del alta médica, incompatible con la demora propiciada por los recursos de suplicación y posterior casación unificadora.