

CONTROL PÚBLICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y ABSENTISMO LABORAL: PUNTOS DE FRICCIÓN¹

Por

ERIK MONREAL BRINGSVAERD
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad islas Baleares

erikmonreal@gmail.com

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 28 (2012)

RESUMEN: Este estudio versa sobre la relación que existe entre la incapacidad temporal como contingencia protegida del sistema público español de Seguridad Social y la práctica del absentismo laboral. Tras pasar revista crítica al estado actual del reparto de facultades y competencias entre los distintos entes, organismos o entidades participantes en la gestión de dicha prestación, con especial atención a la evolución jurisprudencial en este punto y a las más relevantes opiniones doctrinales, el estudio se centra en identificar aquellos extremos del régimen jurídico de la protección por IT en los cuales se aprecia discordancia entre los respectivos objetivos de controlar el gasto público y luchar contra el absentismo laboral. En particular, estos puntos de fricción surgen en tres supuestos -procedimiento de disconformidad con las altas del INSS; condiciones de pérdida del derecho al subsidio por IT como consecuencia de la incomparecencia injustificada del trabajador/beneficiario al reconocimiento médico eventualmente ordenado por la mutua; y procedimiento de revisión de las altas de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los procesos de IT causados por contingencia profesional-. El estudio finaliza con una valoración de conjunto del estado de la situación que se acompaña de una sucinta formulación de sugerencias o alternativas de mejora de la problemática examinada.

PALABRAS CLAVE: Incapacidad temporal; absentismo laboral; mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

SUMARIO: I. Consideraciones generales.- II. Gestión de la IT y reparto de competencias INSS/mutuas/servicio público de salud.- III. Dialéctica control del gasto/control del absentismo.- IV.- Valoración.-

PUBLIC CONTROL OF THE TEMPORARY DISABILITY AND LABOR ABSENTEEISM: POINTS OF FRICTION

ABSTRACT: This study deals with the relation existing between the temporary disability as a contingency protected from the public Spanish system of National Health Service and the practice of the labor absenteeism. After a critical review to the current condition of the distribution of powers and authority fields between the different entities and organisms which participate in the management of the above mentioned allowance, with special attention to the jurisprudential evolution in this matter and to the most relevant doctrinal opinions, the study focuses on identifying those ends of the juridical regime of the protection for IT in which we can appreciate disagreement

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación DER-2009-09705.

between the respective aims of control of the public expenditure and fight against the labor absenteeism. Specially, these points of friction arise in three suppositions -procedure of non-dissent with the INSS's discharges; conditions of loss of the right to the subsidy for IT as per consequence of the unjustified nonappearance of the worker / beneficiary to the medical recognition eventually arranged by the joint health care society; and procedure of revision of the discharges issued by the joint health care society in IT's processes caused by professional contingency-. The study finishes with an overall evaluation of the situation, which is accompanied of a succinct formulation of suggestions or alternatives for improvement of the examined problematics.

KEYWORDS: Temporary disability; labor absenteeism; joint health care society.

SUMMARY: I. General considerations.- II. Management of the IT and distribution of powers and authority fields INSS/joint health care society/public service of health.- III. Debating between control of the expense/control of the absenteeism.- IV. Evaluation.-

I. CONSIDERACIONES GENERALES

No es novedad afirmar que la IT constituye una prestación de nuestro sistema público de Seguridad Social dominada por el denominado riesgo moral², lo que ocasiona que dicha institución se erija en la principal causa de absentismo laboral en España³. La práctica del absentismo, por tanto, en tanto que conducta psico-sociológica del trabajador que constituye más un desviado hábito laboral que una conducta claramente definida desde el punto de vista jurídico contractual⁴, consiste esencialmente en utilizar la cobertura que proporciona la protección estatal en caso de incapacidad temporal para obtener una renta económica de sustitución pero sin estar realmente incapacitado para trabajar⁵. A tasas de accidentalidad y enfermedad similares, el aumento del gasto público

² Vid., J. R. MERCADER UGUINA: 'El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)', RL, nº 9, (2004), LA LEY 819/2004, pág. 7 de 38; y J. MOLINS GARCÍA: 'La enfermedad como causa de discriminación en el anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación', Diario La Ley, nº 7584, (2011), LA LEY 1676/2011. Utilizando el lenguaje de la prensa, cuando coloquialmente se habla de luchar contra el absentismo lo que se quiere significar es que cifras que rondan el 25% de los trabajadores que están de baja por una enfermedad común se reincorporan a su puesto de trabajo al día siguiente de ser avisados por su mutua para un control médico, existiendo también el llamado 'profesional' de las bajas de larga duración, o falso enfermo psicosocial que prolonga su incapacidad temporal hasta el máximo de 18 meses, escondiendo segundos empleos, y que al socaire de la ansiedad, la depresión o la sobrecarga mental, engaña con facilidad al médico que en apenas unos minutos 'cree' la versión de su dolencia psiquiátrica. La cifra es escandalosa y se sitúa cercana al 40%, vid., A. SÁNCHEZ CERVERA: 'Absentismo laboral versus crisis económica', febrero, 2009, Noticiasjuridicas.com.

³ Insiste en ello J. MOLINS GARCÍA: 'El control de la incapacidad temporal', TL, nº 106, (2010), pág. 15.

⁴ Vid., con cita a M. Alonso Olea, S. GONZÁLEZ ORTEGA: *Absentismo y despido del trabajador*, Pamplona, pág. 31.

⁵ Vid., A. DESDENTADO BONETE: 'Mutuas de accidentes de trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal', AL, nº 6, (2008), LA LEY 3101/2008, pág. 27. En este mismo sentido, manifestando que existe la convicción de que se trata de una prestación refugio que acaba acogiendo, por dificultades de control, situaciones de bajas

en este concepto resulta explicable únicamente, según se ha demostrado⁶, en atención a una mayor evolución del número de procesos patológicos y un alargamiento de su duración⁷, algo que a su vez se justifica sin demasiada dificultad en los beneficios sustancialmente importantes que para el trabajador conlleva la situación de IT, y entre otros los siguientes⁸: a) El tiempo de baja por IT es tiempo de suspensión contractual -arts. 45.1.c) ET-; b) Es tiempo durante el cual se percibe una renta sustitutiva del salario -art. 129 LGSS -; c) Pervive, al menos durante un tiempo, la obligación de cotizar -art. 106.4 LGSS -; y, d) Todo ese periodo computa como cotizado a efectos de Seguridad Social -art. 124.3 LGSS -. Por este motivo, suele afirmarse que las reformas en el sistema de control de la incapacidad temporal -unas objeto de pacto entre interlocutores sociales y otras no, pese a ser vehementemente anunciadas, como la producida en 2011 para reformar la negociación colectiva⁹- tienen por objetivo reducir nuestras elevadas

fraudulentas o de conexión irregular y especulativa con otras prestaciones, vid., S. GONZÁLEZ ORTEGA: 'El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal -I- (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal', RL, nº 12, (2011), LA LEY 12748/2011, pág. 3.

⁶ Vid., J. R. MERCADER UGUINA: 'El control de la incapacidad temporal...', cit. pág. 4. También, J. M. PAREDES RODRÍGUEZ y R. D. SÁNCHEZ MIGALLÓN: 'La gestión y el control de la incapacidad temporal', AS, nº 22, (2006), BIB 2006/2829, pág. 7, que a las alturas de 2006 explicaban que desde el punto de vista médico o epidemiológico no es posible explicar un aumento del gasto cercano al 10%; en la misma línea, J. M. PAREDES RODRÍGUEZ: 'Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de control de la incapacidad temporal', AS, nº 21, (2010), BIB 2010/252, pág. 2.

⁷ El sustancial descenso de trabajadores afiliados debido a la crisis económica y a la reducción de la actividad productiva hace más relevante el incremento del número total de bajas así como el de su importancia relativa en el contexto del Sistema, según S. GONZÁLEZ ORTEGA: 'El control de las bajas médicas...', cit. pág. 3. Incidiendo en los beneficios de una reducción de la duración de los procesos por IT, vid., C. JOVER RAMÍREZ: 'Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado', TL, 106, (2010), pág. 47.

⁸ Según señalan F. J. TOROLLO GONZÁLEZ: 'El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica', RMTAS, nº 59, (2005), pág. 6, y M. ARENAS VIRUEZ: 'La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia', RL, nº 1, (2011), LA LEY 15442/2010, pág. 2.

⁹ La recomendación 13 del Pacto de Toledo, de abril de 1995, venía referida a la necesidad de adoptar medidas destinadas a mejorar la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal y por invalidez, al objeto de frenar las causas de fraude en el acceso y permanencia de las prestaciones. Recomendación que retomó el punto décimo del Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de Protección Social, de 4 de abril del 2001, previendo la adopción de medidas dirigidas a impedir la concatenación abusiva de la IT con la prestación de desempleo así como la prolongación indebida de la prestación cuando el trabajador llamado a reconocimiento médico por la entidad responsable del pago de la prestación dejase de acudir a los mismos sin causa justificada. Más adelante, el punto octavo del apartado A de la Renovación del Pacto de Toledo - Resolución de 2 de octubre de 2003 del Congreso de los Diputados- insistió en esta necesidad e instó a reforzar las medidas de coordinación entre todos los protagonistas en la gestión de esta prestación. El siguiente hito lo marcó el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social - Palacio de la Moncloa, 13 de julio de 2006-, con diversas iniciativas generales referidas básicamente a la protección contributiva. Tras la revisión en 2003 del Pacto de Toledo, el Informe de Evaluación y Reforma de dicho Pacto, de 29 de Diciembre de 2010, vuelve a subrayar la necesidad de contar con más y mejores mecanismos de control y seguimiento de la prestación de IT, especialmente en los procesos de corta duración, a fin de evitar el absentismo injustificado y su

tasas de absentismo¹⁰. A mi juicio, sin embargo, esto no es exactamente así sino que es más apropiado entender que el objeto de las sucesivas reformas de la incapacidad temporal, más directamente, radica en la contención del gasto público, por mucho que indirectamente las medidas adoptadas puedan ser beneficiosas para frenar el absentismo laboral¹¹.

Por poner solo un ejemplo de lo que se está diciendo, es conocido que no todos los supuestos extintivos del derecho al subsidio de incapacidad temporal previstos en Ley General de Seguridad Social se pueden entender, paralelamente, como ceses de la causa legal de suspensión del contrato de trabajo con obligación del trabajador de solicitar la reincorporación a su puesto de trabajo¹². Más claramente, esto significa que en la práctica no siempre que un trabajador pierde el derecho al subsidio de IT está obligado a solicitar inmediatamente su vuelta al trabajo si no quiere incurrir en la falta disciplinaria que constituyen las ausencias injustificadas al trabajo. Valdría decir, así, que las medidas adoptadas en el terreno de la IT resultan necesarias pero no suficientes -hay quien considera que estas medidas ya están agotadas¹³- para combatir un problema macroeconómico, el absentismo laboral, para el cual el ordenamiento jurídico no ofrece un tratamiento unitario, ni siquiera previsiones coherentes entre sí, y que implica a diferentes instituciones de la relación laboral y del propio sistema de Seguridad Social¹⁴.

Pues bien, sobre la base de que las reformas normativas producidas en el terreno de la IT tienen por objeto directo contener el gasto público y solo indirectamente contribuyen a erradicar el absentismo laboral, las páginas siguientes están dedicadas al análisis de

utilización como mecanismo alternativo al desempleo o la jubilación, vid., al respecto, J. M. PAREDES RODRÍGUEZ y R. D. SÁNCHEZ MIGALLÓN: 'La gestión y el control...', cit. y R. ZAPATERO DEL CASTILLO: 'Una breve aproximación de la incidencia, en la empresa española, de las recomendaciones propuestas en el informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, de 20 de diciembre de 2010', Diario La Ley, nº 7565, (2011), LA LEY 1828/2011.

¹⁰ Vid., A. BLASCO PELLICER y M. ALEGRE BUENO: 'La reforma laboral de 2010', *Revista jurídica canaria*, nº 19, (2010), versión on line, pág. 33.

¹¹ En este mismo sentido, P. GETE CASTRILLO: 'La Disposición adicional decimonovena de la Ley 35/2010: De nuevo a vueltas con el control de la incapacidad temporal', en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo 2010*, F. VALDÉS DAL RÉ y E. POSADA MARTÍNEZ, (coords.), Madrid, 2011, pág. 641, alude a un rosario de cambios normativos producidos alrededor del empecinado y desenfocado intento de controlar los procesos de IT, señalando que ello por lo pronto reducirá el gasto público y que también será beneficioso en la lucha contra el absentismo, aunque subrayando que en este punto debiera canalizarse un mayor esfuerzo de control pero en el plano que lógicamente corresponde, que no es otro que el empresarial.

¹² Como explica Y. SÁNCHEZ URÁN: 'Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente', AS, Vol. I-1999, BIB 1999/815, pág. 2.

¹³ Vid., C. JOVER RAMÍREZ: 'Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado', TL, 106, (2010), pág. 45.

¹⁴ Formulando estas advertencias, vid., A. BLASCO PELLICER: 'La reforma de la extinción del contrato de trabajo en la Ley 35/2010', en C. L. ALFONSO MELLADO, A. BLASCO PELLICER, L. M. CAMPS RUIZ y J. M. GOERLICH PESET, *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 2010, pág. 24.

aqueños extremos del régimen jurídico de la protección pública por incapacidad temporal que abstracción hecha de su virtualidad como diques de contención del gasto público, en la práctica pueden estar revelándose insuficientemente regulados desde el punto de vista de la efectividad de las políticas antiabsentistas. Este planteamiento excluye del análisis otros importantes extremos del régimen jurídico de la protección por IT que también conectan con la problemática del absentismo laboral, por ejemplo todo lo relativo a la dinámica de las obligaciones del trabajador de entregar los partes de baja o de reincorporarse tras el alta médica. El estudio tampoco atiende a otra institución fundamental estrechamente vinculada con este asunto, como es el régimen de las facultades empresariales de control de la actividad laboral en general y del fenómeno del absentismo en particular. No hay duda que el análisis de todos estos puntos resulta inexcusable en un estudio integral de la problemática que se viene citando. Sin embargo, la intención de este estudio es bastante más modesta porque se centra exclusivamente, como se ha dicho, en identificar extremos concretos del régimen de protección por IT donde se evidencia claramente que los objetivos de contención del gasto público en este concepto y lucha contra el absentismo laboral no siempre corren parejos.

II. GESTIÓN DE LA IT Y REPARTO DE COMPETENCIAS INSS/MUTUAS/SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

El punto ciego de la gestión de la incapacidad temporal radica en la intervención cruzada y en buena medida descoordinada entre diversos sujetos, entidades, órganos u organismos, cada uno de ellos titular de intereses propios y no necesariamente coincidentes. Mientras que la formalización de la situación de incapacidad temporal por contingencia común corresponde al parte de baja del facultativo del servicio público de salud de la correspondiente Comunidad Autónoma -principio de oficialidad¹⁵-, el coste económico de la correspondiente prestación corre a cargo del INSS o, en su caso, de la mutua en la parte no transferida a los empresarios, o también de los propios empresarios si se da el caso de que colaboran oficialmente en la gestión de esta prestación de

¹⁵ Como señalan A. V. SEMPERE NAVARRO y J. L. TORTUERO PLAZA: 'Dos apuntes sobre las mutuas patronales y su gestión de la IT', Foro de Seguridad Social, nº 9/10, (2005), pág. 7 de 17, 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.

Seguridad Social. Existe, por tanto, una clara separación -o disociación¹⁶- entre quien concede la prestación y quien es responsable de su abono¹⁷, lo que no favorece precisamente un control eficaz de la misma ni, por consiguiente, del absentismo, existiendo evidencias prácticas actuales que lamentablemente ilustran bien sobre lo que se está diciendo¹⁸. Una muestra de la descoordinación reinante en este campo la proporciona el régimen vigente sobre control de la incapacidad temporal derivada de contingencia común durante los primeros días de la suspensión del contrato. Así, teniendo en cuenta que el 57 por ciento de los procesos patológicos de los trabajadores se corresponden con bajas laborales inferiores a 15 días¹⁹, el control de la situación durante dicho periodo inicial corresponde, en solitario, al empresario desde el año 1992. Éste, en efecto, solo cuenta para controlar dicha situación desde la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980 con la facultad de establecer reconocimientos médicos voluntarios de los trabajadores, no sujetos a más sanción disciplinaria que la pérdida de concretos derechos económicos²⁰ -art. 20.4 ET -.

¹⁶ Con A. V. SEMPERE NAVARRO y J. L. TORTUERO PLAZA: 'Dos apuntes...', cit. pág. 11 de 17.

¹⁷ Vid., M. D. SANTA-MARÍA: 'Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja', Foro de Seguridad Social, nº 9/10, (2005), pág. 3, manifestando que tanto el inicio de la prestación, a través de la expedición del parte de baja, 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, entidades colaboradoras o empresas colaboradoras, siendo por tanto absolutamente imprescindible una coordinación total entre los Servicios Públicos de Salud y las Entidades Gestoras y/o colaboradoras.

¹⁸ De lo que se trata es de evitar que puedan darse situaciones como la resuelta por STSJ Cataluña 24/1/11, relativa a un trabajador que no atiende el requerimiento de la empresa para justificar su falta de asistencia al trabajo y que es objeto de despido por esta causa, dándose sin embargo la particularidad de que "... existe un dilatado período de tiempo entre la fecha de emisión del parte de alta y el despido, unos siete meses, en los que tampoco se aportan partes de confirmación de la situación de incapacidad temporal, pero también lo es que durante todo este período la empleadora ha continuado abonando el subsidio, sin que conste la exigencia de la presentación de tales partes, y tampoco se justifica la aportación de los mismos por ninguna de las partes en el período previo, entre el 12 de febrero de 2.009, fecha en la que inició la situación de incapacidad temporal. Por ello, teniendo en cuenta tales extremos y de que se imputa a la trabajadora su inasistencia al trabajo desde la fecha en que fue emitido el parte de alta, debe indicarse que existe una justificación de la inasistencia, que impide considerar que se trate de ausencias al trabajo voluntarias e injustificadas, ya que de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia no puede deducirse que la trabajadora tuviera conocimiento de tal situación, ni de que se le hubiese entregado parte de alta de la Incapacidad Temporal".

¹⁹ Vid., M. ÁLVAREZ DE LA ROSA: 'La incapacidad temporal: lo esencial en su inacabable reforma', en L. M. CAMPS RUIZ, J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ y T. SALA FRANCO, (coords.), *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo*, Valencia, 2010, pág. 5.

²⁰ Vid., afirmando que la imputación de estos días al empresario busca obtener su colaboración en el destierro del problema del absentismo aunque lo que no está claro es con qué armas cuenta el empresario para ayudar más eficazmente en este campo, J. I. GARCÍA NINET: 'Art. 128. Incapacidad temporal', en AA.VV., *Comentario a la Ley general de Seguridad Social*, J. L. MONEREO PÉREZ y M^a. N. MORENO VIDA, (Coords.), Granada, 1999, págs. 1200-1201.

El tratamiento legislativo de esta institución de nuestro sistema de Seguridad Social evoluciona en la dirección de incrementar las prerrogativas del INSS frente al servicio público de salud y también frente a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Cabría afirmar, por consiguiente, que la opción política subyacente radica en asegurar una gestión de la incapacidad temporal por parte de una Administración Pública que sirva con objetividad los intereses generales²¹ -art. 103 CE - y que al menos en lo que respecta al servicio público de salud, cuenta además con más y mejores mecanismos de control para detectar situaciones fraudulentas que éste último²². Se ha optado así por un modelo de administración de la IT que tiende a dar prevalencia al INSS sobre servicio público de salud frente a otros modelos hipotéticamente posibles aunque al parecer por ahora inviables, entre los que destaca especialmente el modelo de gestión de la IT basado en la prevalencia de la gestión sanitaria a cargo del servicio público de salud -lo que exigiría para empezar contar con médicos de cabecera formados en Medicina del trabajo- dotado de un dispositivo judicial ágil y rápido para revisar los actos administrativos sobre altas y bajas laborales del servicio público de salud o, en su caso, de la mutua²³. Pues bien, como habrá ocasión de ver, además del ingente coste económico del actual sistema de gestión de la incapacidad temporal, los tiempos de la burocracia que le son inherentes pueden y de hecho a menudo acaban suponiendo en la práctica y respecto de determinados aspectos verdaderos incentivos para la práctica del absentismo -otro supuesto ejemplar de situación a evitar es uno resuelto este mismo año 2011 por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja²⁴-. Sobre este punto incide

²¹ Para J. MOLINS GARCÍA: 'El control de la incapacidad temporal', cit. pág. 29, las mutuas "con todo el respeto que merecen y la eficacia de que han hecho gala, no son Administraciones públicas que sirvan con objetividad los intereses generales".

²² Vid., manifestando que el descenso de trabajadores protegidos y las facultades que le corresponden como entidad gestora sitúan al INSS en mejor posición que el servicio público de salud para afrontar los problemas de control de la IT, J. R. MERCADER UGUINA: 'El control de la incapacidad temporal...', cit. pág. 22.

²³ Vid., A. DESDENTADO BONETE: 'Mutuas de accidentes...', cit. pág. 34.

²⁴ Vid., STSJ La Rioja 24/1/11: "... el demandante inició un primer proceso de IT el 4/01/10. La contingencia de esa situación fue la de accidente de trabajo y no fue dado de alta hasta el 7/03/10. El 9/03/10, el médico de atención primaria (MAP) del SERIS, extendió un nuevo parte de baja esta vez por enfermedad común, emitiéndose partes de confirmación de esa situación hasta el 2 de abril. Con ocasión de este proceso de baja el demandante fue visto por los servicios médicos de la Mutua el 11/03/10, y fue la propia Mutua la que remitió al actor una comunicación escrita para que acudiera a consultas de seguimiento los días 26/03/10 y 22/04/10 (...) el 31/03/10 el demandante estuvo en la Mutua y allí le comentaron que las bajas laborales les correspondían a ellos y que el MAP carecía de potestad para dárselas y que por ello "no se le van a pagar". A la vista de este comentario el MAP mantuvo una conversación con la Inspección Médica. Pues bien, el 9/04/10 y encontrándose el demandante en la consulta de MAP con el objeto de recoger un parte de confirmación de baja, el MAP informó al actor que la Inspección de Trabajo había dictado una resolución anulando la baja iniciada el 9/03/10, y aun siendo esto cierto (...) el MAP entendió que la Mutua se iba a hacer cargo de la prestación, indicando al trabajador que recibiría la comunicación por escrito y que la misma sólo tenía efectos a partir de tal notificación en forma. Así

parcialmente, en los términos que más adelante habrá ocasión de ver, la reforma del régimen de impugnación de las altas médicas llevada a cabo por la reciente Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social .

Arrinconado por parte del INSS el servicio público de salud en punto a la gestión-control de la IT²⁵, la situación de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales frente a aquel organismo dista de ser mucho mejor, con lo que ello conlleva en el terreno de la contención del gasto público y de lucha contra el absentismo²⁶. La habilitación legal a las mutuas para gestionar la prestación por incapacidad temporal común -arts. 68 LGSS y 80 RD 1993/1995 -, es decir, para mejorar su control fue efectuada en el año 1994 en concepto de ‘entidad colaboradora’ y se mantiene en la actualidad con el mismo concepto²⁷, eufemismo cuya finalidad no es otra que ocultar lo evidente, esto es, que las mutuas patronales son auténticas entidades gestoras de esta prestación de nuestro sistema público de Seguridad Social -dispensan asistencia sanitaria, emiten partes de alta y de baja, pagan prestaciones económicas, etc...- y que su insustituible papel en el terreno de los riesgos profesionales así como la posibilidad que tienen reconocida de gestionar la IT común suponen, en efecto, un paso adelante en la privatización del sistema público en este aspecto debido a su probada

pues, el MAP no se limitó a comunicar al demandante verbalmente que la baja había sido anulada, sino que le indicó también que recibiría por escrito la resolución; que hasta que no la recibiera en forma aquella no produciría efectos; y que la Mutua se haría cargo del pago y la atención correspondiente. Sobre la base de esta información es patente que al trabajador se le creó la apariencia de una continuidad en su situación de IT que todavía se acentúa más al haber sido objeto de revisiones médicas de control los días 26/03/10 y 22/04/10. La comunicación de anulación de la baja (...) no llegó al centro de Salud correspondiente hasta el 15/04/10, y tras ser notificada al trabajador este se reincorporó a su puesto de trabajo. En definitiva, el trabajador no acudió al trabajo el 10/04/10 en la firme creencia de que continuaba en situación de IT, creencia errónea provocada tanto por la actuación de su MAP como por los facultativos de la Mutua, a lo que hay que añadir que la anulación del alta no tuvo su base y fundamento en la capacidad del trabajador para prestar servicios, sino en que la baja anulada había sido dictada por un órgano incompetente”.

²⁵ Como explica P. GETE CASTRILLO: ‘La Disposición adicional...’, cit. págs. 650-651, la nueva DA 52 LGSS atribuye al INSS competencia para controlar la prestación de IT en toda su extensión, alcanzando también a los periodos de corta duración.

²⁶ Como explica H. CORRALES ROMEA: ‘Las entidades colaboradoras en la Seguridad Social del futuro’, Foro de Seguridad Social, (2007), pág. 2, aunque las mutuas asumen la cobertura de la prestación económica y realizan un seguimiento de la situación de incapacidad temporal, lo cierto es que deben realizarlo con muy poca capacidad de gestión y en un escenario “poco amistoso”, debiendo asimismo tenerse presente que aunque las facultades del INSS sean más extensas, lo cierto es que existe un resultado muy diferente en la duración de los procesos de incapacidad temporal originados por las mismas patologías en función de quién preste la asistencia sanitaria -a misma patología, la duración media del proceso en contingencia común excede significativamente la del proceso en contingencia profesional-.

²⁷ Vid., A. V. SEMPERE NAVARRO y J. L. TORTUERO PLAZA: ‘Dos apuntes...’, cit. pág. 6, señalando que esto es así aunque la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 ya hablaba directamente de gestión -no colaboración- atribuida a las Mutuas Patronales.

ineficiencia²⁸. Tendencia hacia la privatización que llegó a cristalizar en un reconocimiento a estas entidades de la posibilidad de emitir altas médicas por curación en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencia común -RD/Ley 6/2000 -; reconocimiento que no llegó a activarse sin embargo por falta de desarrollo reglamentario, con seguridad a causa de la frontal oposición sindical²⁹. En todo caso, como se dice, la interpretación textual de la LGSS lleva a la conclusión de que dicha legislación declara que la gestión y administración de la Seguridad Social se efectúa por el INSS -art. 57.1.a) LGSS - y que las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales simplemente colaboran en la gestión de -pero no gestionan propiamente- la IT derivada de contingencia común -arts. 67.1 y 68.2.c) LGSS -.

Pese a existir otras interpretaciones posibles también bien razonables de la normativa de Seguridad Social que reparte competencias INSS/mutuas con el resultado de que reconocen el espacio propio de estas últimas entidades en pie de igualdad con el INSS³⁰, no es posible obviar que aquellas declaraciones legales -arts. 67.1 y 68.2.c) LGSS- vienen siendo confirmadas *mutatis mutandi* por el Tribunal Supremo³¹. Esto supone subordinar sin matices la intervención de la mutua al imperio del INSS³² -el INSS tutela la actuación de la entidad colaboradora³³-, con la consecuencia práctica de que la decisión

²⁸ Con J. L. GAY DÍEZ: 'La gestión económica del subsidio de incapacidad temporal derivado de contingencias comunes: privatización de la gestión, cuestiones problemáticas y soluciones jurisprudenciales', AS, Sentencias de TSJ y Administración pública y otros Tribunales, nº 19, (2004); BIB 2005/481, pág. 12.

²⁹ Vid., para un apunte sumamente crítico del papel de las mutuas en la gestión de la incapacidad temporal, CC.OO., (Castilla y León), 'Acción en salud laboral. Absentismo laboral', Revista para delegados de prevención, agosto, 2010.

³⁰ Vid., A. DESDENTADO BONETE: 'Mutuas de accidentes...', cit. pág. 13, manifestando que no es cierto que el INSS tenga atribuidas ex art. 57 LGSS la gestión y administración de todas las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, incluyendo las que corresponden a la colaboración de las mutuas, sino que hay que interpretar que el INSS disfruta de competencia general en la materia pero salvando las competencias específicas de otras entidades, reparando asimismo en que de acuerdo con el art. 71 LGSS es el MTIN y no el INSS quien asume las facultades de dirección y tutela de las mutuas, siendo en este sentido la posición de éstas es igual a la de las gestoras públicas. Observando una línea similar, I. M^a. VILLAR CAÑADA: 'La gestión de la incapacidad temporal a la luz de las últimas reformas: puntos críticos', AL, nº 20, (2006), LA LEY 3135/2006, pág. 7, se plantea hasta qué punto se ajusta dicha opción a la exigencia de trato igualitario derivado de lo previsto en la DA 11^a LGSS.

³¹ J. R. MERCADER UGUINA: 'El control...', cit. pág. 26, señala que jurisprudencia que afirma la primacía del INSS sobre las demás entidades colaboradoras tiene su origen en las SSTs (4.^a) 26 (dos), 27 y 28 de enero, 2 de febrero, 6 de marzo, 28 de abril de 1998 (LA LEY JURIS: 3704/1998, 4230/1998, 3277/1998, 4075/1998, 3282/1998 y 6869/1998).

³² La STS 20/1/09 previene al respecto que "... la Mutua Patronal de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesional (...) no tiene aquel carácter de Administración Pública ni es Entidad Gestora, sino meramente, Colaboradora de la Seguridad Social -artículos 67 y 68 del expresado Texto Refundido de la Ley de Seguridad Social -, por más que puedan tener amplias competencias en materia de bajas y altas en relación con la Incapacidad Temporal".

³³ De las modificaciones introducidas en el RD 575/1997 por el RD 428/2004 "... en modo alguno cabe llegar a la conclusión de que el INSS no tiene competencia para 'tutelar' la actuación

final de esta última entidad se hace valer tras la observancia de trámites procedimentales diversos que contribuyen a alargar la fase de suspensión contractual por incapacidad temporal, lo que naturalmente fomenta el absentismo. Probablemente, en este sentido, nada refleje mejor dicha situación de subordinación funcional de la mutua patronal al INSS que la declaración jurisprudencial de que la determinación del origen profesional o común de la IT a proteger es materia reservada en última instancia al INSS, no a la mutua³⁴, igual que sucede con la competencia del INSS para determinar la contingencia causante de una incapacidad permanente³⁵.

III. DIALÉCTICA CONTROL DEL GASTO/CONTROL DEL ABSENTISMO

En mi opinión, los principales terrenos donde existen puntos de fricción entre las respectivas finalidades de control del gasto público en materia de IT y de control del absentismo laboral surgen en la regulación de los siguientes aspectos del régimen jurídico de esta prestación de nuestro sistema de Seguridad Social: a) Finalización del tramo de los primeros 365 días de duración de la IT común y régimen de impugnación de las altas médicas; b) Impugnación de las altas emitidas por las mutuas de accidentes en los procesos de IT derivados de contingencias profesionales -el 94% de los afiliados a la Seguridad Social cubren estas contingencias a través de las mutuas de accidentes de

de la entidad colaboradora”, según STS Madrid 26/12/06. Con anterioridad, en el mismo sentido, STSJ Cataluña 28/4/04.

³⁴ Vid., STS 15/11/06 : “Negar al INSS. la facultad de calificar unas dolencias como constitutivas de accidente, reservando estas facultades a la Mutuas Patronales, implica otorgar 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 (...) no pudiendo cuestionarse que los facultativos de los Servicios Públicos de Salud no sólo pueden sino que deben extender la oportuna baja, si el beneficiario de la seguridad social reúne los requisitos del artículo 128.1 LGSS -necesidad de asistencia sanitaria, estando impedido para el trabajo-, de existir controversia sobre la contingencia origen de la Incapacidad Temporal, corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social su determinación a través del oportuno expediente administrativo, con intervención de las partes interesadas, para lo cual tiene plena competencia como ya se ha razonado. Si en su caso la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o cualesquiera otra parte legitimada se halla en desacuerdo con la decisión de la Entidad Gestora, puede impugnar la decisión administrativa en vía judicial, tal como ha acontecido en el presente caso”.

³⁵ Como se pone de manifiesto en STSJ Cataluña 6/2/07: “... la letra a) del precitado apartado 1 del artículo 1 del RD 1300/95 atribuye expresamente al Instituto Nacional de la Seguridad Social la competencia para determinar las contingencias causantes de la invalidez permanente -cuya evaluación, calificación y revisión tiene asimismo atribuida- lo que conduce a concluir que también tendrá competencia para determinar la contingencia de la incapacidad temporal, antesala en numerosas ocasiones, de la incapacidad permanente. En cualquier caso, carecería de toda lógica atribuir al INSS competencia para determinar la contingencia causante de la incapacidad permanente que ha reconocido al trabajador y negarle dicha competencia para determinar la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal que precedió a aquella”.

trabajo y enfermedades profesionales³⁶; y, c) Vías de extinción del derecho al subsidio, punto éste último que conecta con las facultades de control de la situación del incapacidad temporal en manos tanto del INSS como sobre todo de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

1. Dinámica de bajas y altas por IT común y control de la situación a cargo de la mutua

Cuando la incapacidad temporal tiene origen común -la mayoría de los subsidios por IT responden a esta etiología³⁷-, la competencia para dar de baja al trabajador por accidente o enfermedad común es del facultativo del servicio público de salud. Establecida la baja, durante los primeros 365 días de suspensión contractual el alta por curación puede ser emitida indistintamente por el servicio público de salud o por el INSS -en este último caso a través de sus inspectores médicos y al parecer sin condicionantes procedimentales³⁸-. El alta médica eventualmente emitida por el INSS durante esta fase hoy es eficaz a todos los efectos -DA 52 LGSS -, no exclusivamente económicos. Además de por su extravagancia³⁹, la desaparición de este tipo de alta con meros efectos económicos es una iniciativa de saludar porque dicha figura ponía de manifiesto un distanciamiento claro entre las respectivas finalidades de control del gasto público y control del absentismo -ausencia de cobertura económica para una situación real de posible suspensión contractual por enfermedad oficialmente reconocida-. De otro lado, si el INSS emite el alta durante estos primeros 365 días solo esta entidad resulta ahora competente, desapareciendo por ende la competencia del servicio público de salud, para emitir nuevas bajas por la misma o similar patología dentro los 180 días posteriores -DA 52 LGSS-. Esta nueva atribución del INSS es muy similar a la que ya se contenía en el art. 131 bis LGSS para el caso de agotamiento del plazo inicial de 365 días, aunque con la particularidad de que ahora se aclara que la baja vale a todos los efectos mientras que aquel precepto continúa aludiendo a las bajas solo a efectos económicos y abre con ello

³⁶ Vid., J. MOLINS GARCÍA: 'El control de la incapacidad temporal', cit. pág. 27.

³⁷ Vid., J. MOLINS GARCÍA: 'El control de la incapacidad temporal', cit. pág. 16.

³⁸ Con J. M. GOERLICH PESET: 'La Seguridad Social en la reforma de 2010: la incapacidad temporal', en C. L. ALFONSO MELLADO, A. BLASCO PELLICER, L. M. CAMPS RUIZ y J. M. GOERLICH PESET, *La reforma laboral en la Ley 35/2010...*, cit.

³⁹ Posibilidad de alta a efectos económicos reconocida al INSS desde la reforma del art. 131 bis LGSS por Ley 66/1997 -con desarrollo por el RD 1117/1998- y que obligaba a representarse el supuesto de trabajadores que desde el punto de vista de su capacidad funcional no están imposibilitados para trabajar pero que tienen derecho a continuar recibiendo asistencia sanitaria por la Seguridad Social, motivo que muy probablemente determinó que esta posibilidad no haya sido utilizada en exceso por parte del INSS, según J. M. PAREDES RODRÍGUEZ y R. D. SÁNCHEZ MIGALLÓN: 'La gestión y el control...', cit. pág. 14.

el interrogante de si tales bajas producen la suspensión del contrato de trabajo⁴⁰. Lo que por cierto vuelve a evidenciar desidia legislativa o institucional en el tratamiento del problema que supone el absentismo laboral en nuestro mercado de trabajo.

Por su parte, cuando la suspensión del contrato agota los primeros 365 días de duración las competencias las retiene el INSS⁴¹, quien decidirá si reconoce una nueva baja -con efectos económicos- por la misma o similar patología no de forma discrecional sino basándose en un elemento objetivo, que no es otro, como ha reconocido el Tribunal Supremo⁴², que el estado actual del trabajador. Exclusividad de esta entidad que alcanza incluso al supuesto de la IT generada por contingencia profesional y por tanto plenamente a cargo de la mutua durante ese año inicial⁴³. Con independencia de si se trata de IT común o profesional, efectivamente, cumplido el plazo ordinario de 365 días de suspensión contractual solo el INSS puede reconocer la situación de prórroga expresa -con el límite de 180 días-, determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o, finalmente, emitir un parte de alta médica -por curación o por incomparecencia a reconocimientos médicos ordenados por el propio INSS-. Llegado este punto, interesa señalar que este parte médico de alta emitido por el INSS una vez agotados esos 365 días iniciales es revisable a solicitud del trabajador mediante un procedimiento específico, conocido como procedimiento de disconformidad.

Pues bien, sobre este procedimiento de revisión del acto administrativo del INSS previsto y regulado en el art. 128.1.a) LGSS y sucintamente desarrollado por RD 1430/2009 interesa detenerse, por varios motivos. Por un lado, porque si el trabajador decide ponerlo en marcha se produce un alargamiento de la situación de IT y, por consiguiente, de la suspensión del contrato de trabajo con lógicas repercusiones en la vertiente del fomento del no absentismo. Por otro lado, porque al menos hasta la reforma

⁴⁰ Vid., P. GETE CASTRILLO: 'La Disposición adicional...', cit. pág. 652.

⁴¹ La STSJ Cataluña 17/5/10 explica al respecto que la Ley 30/2005 "... supone la inserción del INSS, no en el campo de la asistencia sanitaria, pero sí en el de aspectos concretos de su extensión temporal, como son el de la concesión de la prórroga por otros seis meses de la incapacidad temporal después de agotados doce primeros, y para determinar si una nueva baja tiene o no efectos económicos si se produce dentro de los seis meses siguientes al alta por igual o similar patología, competencia que se le atribuye con carácter exclusivo y excluyente...". Aplicando esta regla, vid., STSJ Cataluña 20/11/2009: "Ante la acreditada (por indiscutida) emisión del alta tenía éste que haberse incorporado al trabajo sin perjuicio de recabar (y, eventualmente, impugnar) el correspondiente acto administrativo; sin que, en modo alguno, pueda enervarse la situación así creada con los partes de confirmación que siguió librando su médico de cabecera, después del alta cursada por la Inspección, partes que se revelan ineficaces para acreditar la imposibilidad de seguir trabajando".

⁴² Vid., STS 23/7/10 .

⁴³ Con la salvedad, como apunta S. GONZÁLEZ ORTEGA: 'El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal -y II- (Prórrogas y recaídas. El tránsito hacia la incapacidad permanente)', RL, nº 13, (2011), LA LEY 13381/2011, de que si el INSS no se manifiesta en contra de las propuestas de la mutua en el plazo de 5 días siguientes al de recepción de las mismas, tales propuestas deberán entenderse aceptadas.

del régimen de impugnación de las altas médicas producidas por la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) , había que entender que se trataba de un procedimiento administrativo alternativo y no excluyente de la vía judicial. Sin embargo, tras la citada reforma las conexiones entre este procedimiento de disconformidad y el proceso judicial se antojan, por lo que enseguida se dirá, más difusas y problemáticas.

El citado procedimiento de disconformidad del art. 128.1 LGSS hace posible que el INSS revoque su decisión sobre el alta médica atendiendo a las razones esgrimidas por la Inspección médica del servicio público de salud⁴⁴, ante quien el trabajador habrá manifestado previamente su disconformidad con dicha decisión sobre el alta dentro de los 4 días naturales siguientes a la fecha de la correspondiente resolución del INSS. La suspensión del contrato del trabajador que manifiesta su disconformidad perdura o bien hasta que la Inspección del servicio de salud resuelve confirmando expresa o implícitamente el alta del INSS, para lo que tiene un máximo de 11 días desde que se dicta la resolución de alta médica, o bien hasta que el INSS resuelve finalmente la propuesta de la Inspección. Para ello tiene un plazo de 7 días que empieza a contar desde que finaliza otro plazo previo de 7 días que tiene la Inspección para dirigir al INSS la propuesta de reconsideración del alta. Si el INSS reconsidera el alta, la IT se proroga a todos los efectos; pero si se reafirma en su decisión previa de alta, la IT se proroga solo hasta la fecha de esta última resolución. En estas condiciones, no se escapa a nadie que pueden llegar a transcurrir hasta 18 días para que el INSS emita la resolución de alta confirmatoria de la primera, lo que como antes se anticipó, dado que son días de suspensión contractual durante los cuales la prestación económica está garantizada sin condicionamiento particular alguno, supone en la práctica una verdadera bonificación al absentismo⁴⁵.

Conocida en sus rasgos generales la dinámica del procedimiento administrativo de disconformidad, la configuración legal de su naturaleza dispositiva -no obligatoria- para el interesado -éste 'podrá' reclamar mediante el procedimiento del art. 128.1.3º LGSS pero no está obligado a ello- fuerza a interpretar, y es una interpretación que confirma la reforma producida por la Ley 36/2011, que la vía judicial para reclamar contra estas altas permanece incólume a disposición del interesado, y ello tanto si ha impugnado previamente el alta a través del procedimiento del art. 128.1 LGSS como si no lo ha

⁴⁴ Como señala S. GONZÁLEZ ORTEGA: 'El control de las bajas médicas...' -y II-, cit. pág. 18, se hace intervenir al servicio público de salud en este procedimiento pese a que ya habrá estado presente previamente en dicho proceso debido a su participación en el equipo de valoración de incapacidades.

⁴⁵ Además de que ahora se obliga al INSS a aportar pruebas complementarias si disiente del parecer del servicio de salud, las cuales muy probablemente serán difíciles de obtener en el intervalo entre las dos decisiones, según señala A. DESDENTADO BONETE: 'El velo de Penélope', Diario La Ley, nº 6890, (2008), LA LEY 1134/2008.

hecho. Hasta la Ley 36/2011, la vía para impugnar judicialmente estas altas era la de la modalidad procesal de Seguridad Social. En estos casos, no era dudoso que si el trabajador no había formulado previamente una reclamación de disconformidad ex art. 128.1 LGSS, a la reclamación judicial había de precederle la reclamación administrativa previa, también ante el INSS, prevista en el art. 71 LPL . Sin embargo, más que dudoso era que el trabajador debiese formular esta misma reclamación administrativa previa en el caso de que ya hubiese formulado la reclamación de disconformidad ante el propio INSS. En tal caso, en efecto, parecía razonable interpretar que esta última reclamación - la del art. 128.1 LGSS - sustituía o hacía las veces de la reclamación administrativa previa del art. 71 LPL⁴⁶.

Tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011, el art. 140.3 LRJS diseña un proceso para la impugnación de altas médicas, urgente y preferente, aplicable a la impugnación de cualquier tipo de alta. Leído este precepto en conexión con el art. 71.1 LRJS , cuando lo que se pretenda impugnar judicialmente sea un alta médica del INSS emitida durante el transcurso del plazo inicial de los 365 días, en tal caso, dado que previamente a la vía judicial no es posible acudir al procedimiento administrativo de disconformidad del art. 128.1 LGSS -previsto únicamente para altas del INSS dictadas tras finalizar este periodo inicial-, será por tanto necesario plantear la reclamación administrativa previa, disponiendo a tal efecto el interesado de un plazo de 11 días, frente a los 30 de la legislación anterior, desde la notificación de la resolución del alta -art. 71.2.2º LRJS-. Planteada en estos términos la reclamación administrativa previa, el plazo para la contestación de la misma se reduce, en beneficio del trabajador interesado, de 45 a 7 días, entendiéndose denegada dicha reclamación por silencio administrativo -art. 71.5.2º LRJS-. Para presentar la demanda judicial, en fin, rige un plazo de caducidad de 20 días que empieza a correr desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por la Entidad gestora -art. 71.6.2º LRJS-.

Frente a este nuevo régimen de impugnación de altas en general, cuando lo que se impugna es un alta emitida por el INSS pero una vez que ha transcurrido el plazo inicial de 365 días -el INSS es el único organismo que puede emitir altas cuando transcurre este plazo-, el nuevo régimen legal presenta una particularidad radical. La misma reside en que no es posible plantear reclamación administrativa previa, lo que en condiciones normales beneficia al trabajador interesado ya que reduce el plazo de contestación judicial durante un periodo en que existe la obligación de reincorporación al puesto de trabajo tras el alta. Que la reclamación administrativa previa desaparece en estos casos

⁴⁶ Con S. GONZÁLEZ ORTEGA: 'El control de las bajas médicas...' -y II-, cit. pág. 17.

es algo que subrayan expresamente los arts. 71.1 *in fine* LRJS⁴⁷ y 140.1 *in fine* LRJS⁴⁸. En estas condiciones, la duda anteriormente apuntada relativa a si era o no posible interpretar que la reclamación de disconformidad del art. 128.1 LGSS sustituía a la reclamación previa resulta ahora trascendental. Esto es así porque si se entiende, como aquí se entiende, que la reclamación del art. 128.1 LGSS sustituye a la reclamación administrativa previa del art. 71 LPL, parece que en tal caso hay que concluir que el procedimiento de disconformidad queda tácitamente derogado por los arts. 71.1 LRJS y 140.1 LRJS en tanto en cuanto excluyen expresamente la necesidad de formular reclamación administrativa previa para impugnar judicialmente las altas del INSS emitidas una vez que ha transcurrido el plazo ordinario de 365 días. Pero si ante la poca claridad legal se entiende, como también es posible entender, que el procedimiento de disconformidad es simplemente potestativo para el trabajador, que éste siempre lo tiene a su alcance para intentar que el INSS revoque su decisión a instancia de la Inspección médica del servicio de salud y que no sustituye sino que se superpone a la reclamación previa hasta la Ley 36/2011 regulada en el del art. 71 LPL, en tal caso, dado que el único trámite formalmente suprimido por la Ley 36/2011 es el de la reclamación administrativa previa, lo propio será reconocer que el mantenimiento intocado del procedimiento del art. 128.1 LGSS en la práctica no supone sino, con mucha más claridad que antes, regalar hasta 18 días de baja a aquel trabajador dado de alta por el INSS por el transcurso del plazo inicial de 365 días. Como es fácilmente esperable, en efecto, cualquier trabajador dado de alta por el INSS tras el transcurso de los primeros 365 días, y tanto si pretende como si no impugnar judicialmente estas altas, interpondrá previamente la reclamación de disconformidad ex art. 128.1 LGSS pues ello directamente le va a proporcionar hasta 18 días más de baja.

Al margen de la oscura relación que existe entre el procedimiento de disconformidad del art. 128.1 LGSS y el nuevo régimen de impugnación judicial de altas médicas diseñado por la Ley 36/2011, cabe también señalar que este nuevo régimen es

⁴⁷ Art. 71.1 LRJS : *“Será requisito necesario para formular demanda en materia de prestaciones de Seguridad Social, que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad gestora de las mismas. Se exceptúan los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerda el alta médica emitidas por los órganos competentes de las Entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal”*.

⁴⁸ Art. 140.1 LRJS : *“En las demandas formuladas en materia de prestaciones de Seguridad Social contra organismos gestores y entidades colaboradoras en la gestión se acreditará haber agotado la vía administrativa correspondiente, incluidas aquellas en las que se haya acumulado la alegación de la lesión de un derecho fundamental o libertad pública y salvo que se opte por ejercitar exclusivamente esta última mediante la modalidad procesal de tutela. No será exigible el previo agotamiento de la vía administrativa, en los procesos de impugnación de altas médicas emitidas por los órganos competentes de las Entidades gestoras de la Seguridad Social al agotarse el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días de la prestación de incapacidad temporal”*.

susceptible de valoración dispar. Por un lado, medidas como las ya señaladas relativas al acortamiento de los tiempos de la reclamación administrativa previa o incluso la propia supresión de esta reclamación para las consabidas altas del INSS tienen por objeto directo evitar situaciones de desprotección del trabajador interesado, lo que obviamente es de saludar. Y en esta misma clave hay que valorar otras medidas contenidas en dicha Ley, especialmente el nuevo proceso judicial de impugnación de altas, caracterizado por su celeridad respecto del proceso de Seguridad Social, ahora inaplicable. Sin embargo, lo que no cambia con respecto a la regulación anterior, también se ha señalado, es que la reclamación judicial estaba -y está- desprovista en línea de principio de los efectos suspensivos sobre el contrato de trabajo que sí tiene el procedimiento de disconformidad⁴⁹. De ahí que haya que convenir en que ni el procedimiento de disconformidad del art. 128.1 LGSS ni el nuevo régimen de impugnación judicial de las altas médicas sirven para resolver adecuadamente los problemas que dicha vía judicial suscita sobre el desenvolvimiento de la relación laboral y que a menudo suponen una excepción a la regla general de que el alta médica determina el cese inmediato de la suspensión del contrato de trabajo, esto es, la obligación del trabajador de solicitar la reincorporación al trabajo⁵⁰. Con este mismo sentido crítico, a mayor abundamiento, rigiendo -como rige- este procedimiento únicamente en relación con las altas del INSS emitidas cuando transcurren los primeros 365 días⁵¹, cuesta entender por qué para impugnar las altas del INSS existe este régimen diferenciado que atiende exclusivamente a la fecha del alta y que supone para quien es dado de alta antes de haber transcurrido ese plazo la necesidad acudir al nuevo proceso judicial de impugnación del alta médica si considera que dicha alta es indebida -no puede utilizar el procedimiento de disconformidad-, lo que para algunos contraría el art. 14 CE⁵². En todo caso, por lo demás, no se pierda de vista que con relación a estas altas del INSS emitidas durante el plazo de 365 días, la nueva DA 52 LGSS produce el efecto de cegar la posibilidad de que se produzca una guerra de bajas con el servicio público de salud, quien simplemente ya no puede emitir nuevas bajas por la misma o similar patología

⁴⁹ Vid., J. A. MARTÍNEZ LUCAS: 'Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal', RL, nº 22, (2009), LA LEY 20321/2009, pág. 17, manifestando que nada impide que el interesado ejercite ambas opciones, tanto sucesiva como simultáneamente, aunque caso de simultaneidad parece, ante el silencio de la normativa reguladora, que el procedimiento de disconformidad debe ser el preferente frente a la reclamación previa a la vía judicial, dado los plazos tan breves establecidos.

⁵⁰ Vid., A. DE LA PUEBLA PINILLA: 'El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo', AL, nº 11, (2008), LA LEY 16940/2008, pág. 10.

⁵¹ Como expresamente se hace constar en STSJ Comunidad valenciana 7/9/10.

⁵² Vid., J. M. PAREDES RODRÍGUEZ: 'Real Decreto 1430/2009...', cit. pág. 5.

durante los 180 posteriores al alta del INSS en ningún caso -tanto si el alta se dicta antes de los 365 días como si se dicta después-.

Sin abandonar el terreno de la gestión de la IT común, el papel reservado a las mutuas comprende la función de declaración del derecho al subsidio así como las de su denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción -art. 80.1 RD 1993/1995 -. Pues bien, pese a la consagración normativa de semejantes facultades lo cierto es que en la práctica el papel de las mutuas es bastante más limitado que el del INSS. Disfrutan, en efecto, de las mismas prerrogativas sobre información, seguimiento y comprobación de la situación y también pueden, como el INSS, declarar extinguido el derecho en determinados casos -extremo que se retoma enseguida-; sin embargo, las mutuas no pueden emitir propiamente altas médicas sino que tienen que limitarse a formular la correspondiente propuesta de alta -arts. 5 y 6 bis RD 575/1997 y OM 19 de junio de 1997-. Sintéticamente, esta propuesta se formula primero ante el servicio público de salud y luego, si fracasa, ante el INSS⁵³, siendo en todo caso dudoso -dado que si el INSS emite un alta retiene la competencia exclusiva para la emisión de altas posteriores por la misma o similar patología aunque no hayan transcurrido los primeros 365 días (DA 52 LGSS)- que la competencia final para decidir esta propuesta de alta de la mutua quede radicada en el servicio público de salud⁵⁴. Sea como fuere, lo que es innegable es que el procedimiento que encauza la iniciativa de alta médica de la mutua, que es quien ha venido gestionando económicamente la prestación, incorpora serias limitaciones temporales que sobre el terreno se traducen en un blindaje de la posición de las Administraciones intervinientes -servicio público de salud e INSS- en detrimento de la capacidad de gestión de la mutua⁵⁵.

Además de formular propuestas de alta, las mutuas, como el INSS, también pueden comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio. Esta posibilidad es efectiva desde que les corresponde asumir la gestión del gasto de la prestación por IT común -art. 4 RD 575/1997 -, esto es, desde el decimosexto

⁵³ La propuesta de alta debe ser remitida a la Inspección médica del correspondiente servicio público de salud para que ésta a su vez la traslade al médico que emitió la baja, quien tiene 10 días de plazo para confirmar la baja o para admitir la propuesta de alta, aunque la decisión final corresponde a la propia Inspección médica dentro del plazo de los 5 días siguientes. Caso de que la Inspección incumpla estos plazos, la mutua puede optar por reiterar la propuesta ante la Inspección o plantear la iniciativa ante el INSS.

⁵⁴ En contra, opinando que en el caso de IT derivada de contingencia común el servicio público de salud se impone frente a la mutua y el INSS, y por tanto, se refuerza la protección de la salud frente a cualquier otra consideración económica, vid., S. OLARTE ENCABO: 'Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo', AS, nº 20, (2011), BIB 2010/3242, pág. 12 de 18.

⁵⁵ Como hace notar A. DESDENTADO BONETE: 'Mutuas de accidentes...', cit. págs. 25-59.

día de baja⁵⁶. La mutua puede ejercer este control de la situación de incapacidad temporal a través de diversos mecanismos y, en particular, instando la actuación de la Inspección de los servicios sanitarios de la Seguridad Social -art. 80.3 RD 1993/1995 - o requiriendo a los trabajadores de baja para la práctica de reconocimientos médicos obligatorios -art. 6.1 RD 575/1997 -. Entre estos mecanismos interesa detenerse en el consistente en el reconocimiento médico obligatorio a cargo de la mutua -quien, conviene recordarlo, carece de competencia en materia sanitaria en los procesos derivados de IT común⁵⁷-. El régimen jurídico de este instrumento de control por parte de la mutua está rodeado de un halo de inseguridad, efectivamente⁵⁸, pero además también acusa una disociación muy clara entre las respectivas finalidades de contención del gasto público y fomento del no absentismo que a mi juicio habría que pulir.

En este sentido, hasta la modificación del art. 131 bis.1º LGSS por Ley 24/2001, la negativa infundada del trabajador a someterse a este tipo de reconocimientos médicos a cargo de la mutua únicamente habilitaba a esta entidad para expedir una propuesta de alta, en los términos ya señalados -art. 6.3 RD 575/1997 -. En estas condiciones, el tiempo que mediaba entre el momento de la negativa y el de la emisión del alta -tiempo retribuido a cargo del subsidio y también tiempo de suspensión contractual a cargo del empresario- era ganado por el beneficiario con alto riesgo de que lo fuera de forma fraudulenta o, al menos, indebida. Tras dicha reforma legal, la incomparecencia injustificada del beneficiario a estos reconocimientos se configura como una causa de extinción del derecho al subsidio, como también lo son por ejemplo el alta médica -con o sin declaración de IP- o el fallecimiento del propio beneficiario. La incomparecencia del beneficiario a estos reconocimientos está configurada asimismo como una infracción administrativa -art. 25.2 LISOS -, sujeta a su correspondiente sanción -art. 40.1.b LISOS -. Por tanto, considerada esta conducta del beneficiario como una infracción laboral, la consecuencia no puede ser otra que la instrucción por parte del INSS del correspondiente expediente administrativo sancionador -art. 48.5 LISOS-. De esta forma, lo único que podría hacer la mutua es formular la consabida propuesta de alta⁵⁹ -art. 6.3 RD 575/1997 - pese a que el art. 80.1º RD 1993/1995 reconoce paladinamente que también corresponde a estas entidades la función de declaración de extinción del derecho al subsidio.

⁵⁶ Como precisa D. SÁNCHEZ REYERO: 'El tratamiento de los datos personales y de salud y la protección de datos', Diario La Ley, nº 7043, (2008), LA LEY 40117/2008, pág. 20.

⁵⁷ Con A. V. SEMPERE NAVARRO y J. L. TORTUERO PLAZA: 'Dos apuntes...', cit. pág. 15.

⁵⁸ Vid., F. J. TOROLLO GONZÁLEZ: 'El control...', cit. pág. 20.

⁵⁹ Vid., en este sentido, STSJ Cataluña 28/5/01. También, voto particular formulado a la STSJ País vasco 13/2/07.

Ésta, sin embargo, no es la interpretación dominante. Por el contrario, tanto nuestra doctrina científica como la jurisprudencia y la doctrina judicial son favorables a la apertura de espacios a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales al mantener con carácter general que el art. 80 RD 1993/1995 constituye habilitación normativa suficiente para que estas entidades ejecuten la consecuencia que debe seguirse naturalmente de la incomparecencia injustificada del trabajador al examen médico, que no es otra que declarar la extinción del derecho al subsidio. Esta facultad de la mutua, necesaria para controlar más eficazmente la prestación⁶⁰, hallaría justificación en que el RD 1993/1995 viene referido a la vertiente económica de la protección por IT mientras que el RD 575/1997 entronca más con el área sanitaria⁶¹, ámbito donde la mutua carece de competencia. Pero por encima de esta consideración hay que referirse necesariamente, y así lo recalca nuestro Tribunal Supremo⁶² -quien desde el año 2006 distingue a estos efectos entre supuestos de actuación fraudulenta en la obtención o en la conservación del subsidio⁶³; supuestos de trabajo por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio⁶⁴; supuestos de rechazo o abandono del tratamiento médico sin causa justificada⁶⁵; y supuestos de incomparecencia injustificada a los

⁶⁰ La finalidad del art. 131 bis LGSS “... no es estimular, sin más, la comparecencia de los beneficiarios a los exámenes médicos de las Mutuas, sino habilitar a estas de un instrumento jurídico para combatir las simulaciones en esta materia y por lo tanto, sólo adquiere pleno sentido desde la perspectiva de lucha contra el absentismo basado en bajas médicas rituarías que no responden a una necesidad real...”, según STSJ Madrid 18/12/06. La STSJ Cataluña 26/10/04 da cuenta del recorrido histórico de la obligación de someterse a este tipo de reconocimientos a cargo de la mutua.

⁶¹ Con J. GIL PLANA: ‘El alcance de la colaboración de las mutuas en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal por contingencias comunes’, AS, (2004), BIB 2004/431, pág. 4.

⁶² Vid., STS 5/10/06 .

⁶³ En cuyo caso, la reacción frente a una actuación fraudulenta en la obtención o conservación del subsidio “... puede calificarse como simple acto de gestión, al tratarse de simple denegación del subsidio por incumplimiento de los requisitos legales”.

⁶⁴ De acuerdo con el Tribunal Supremo, “... si la contingencia de IT ampara la pérdida de ingresos por limitación psico-física que impide el ejercicio de la actividad laboral [art. 128 LGSS], aunque el trabajo por cuenta propia o ajena no presupone ineluctablemente la curación del beneficiario, en todo caso evidencia la innecesariedad de la renta sustitutiva del salario o ingreso, con lo que solamente resultaría sancionadora aquella medida [anulación; suspensión] que excediese temporalmente de la actividad laboral acreditada; o lo que es igual, la paridad en la ecuación trabajo/suspensión podría servir de módulo diferenciador entre la mera gestión y la actividad punitiva, de forma que la coincidencia de extensión temporal entre el hecho y la decisión adoptada (...) determinaría la calificación de la medida como acto de gestión, en tanto que el exceso [en términos de suspensión por más tiempo; o anulación del derecho] comportaría vedada sanción para la Mutua...”.

⁶⁵ Supuesto respecto del que el Tribunal Supremo señala que dado que el rechazo o abandono del tratamiento médico, no supone inexorablemente la curación del beneficiario, “... está claro que la anulación o suspensión del subsidio ostenta naturaleza sancionadora, pese a lo cual el supuesto contemplado [rechazo o abandono del tratamiento] no está incluido en el electo de infracciones - leves, graves y muy graves- que regula la LISOS”.

reconocimientos⁶⁶-, a que lo que hace la mutua cuando extingue el derecho al subsidio por este concreto motivo de la incomparecencia no es un acto que tenga naturaleza sancionadora -terreno donde la competencia es del INSS- sino, pura y simplemente, un acto de gestión ordinaria de la prestación por IT común que por tanto encuentra cobijo en el meritado RD 1993/1995⁶⁷.

Éste no es momento ni lugar para examinar la dinámica de las condiciones de pérdida, suspensión o extinción del derecho al subsidio por IT. Este punto entronca con el más amplio problema de la doble actividad sancionadora existente en esta materia⁶⁸ - LISOS y arts. 131 bis.1 y 132 LGSS⁶⁹ - y en todo caso sugiere un control de la situación

⁶⁶ Supuesto "... que aproxima su naturaleza a la sancionadora aunque por expresa prescripción legal, posterior al Texto refundido de la LISOS, se considera causa de extinción pese al hecho de que la incomparecencia no necesariamente implique -en el estricto terreno clínico- que hayan dejado de concurrir los requisitos de la contingencia".

⁶⁷ La misma STS 5/10/06 establece que "... la capacidad de gestión de la mutua -se trata de contingencias comunes- alcanza en primer lugar a todos los supuestos contemplados en el art. 131 bis LGSS . Esto es, los que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos -transcurso del tiempo; fallecimiento- y por lícitos actos jurídicos del beneficiario -acceso a la pensión de jubilación-; supuestos a los que hay que añadir, porque así lo dispuso el legislador en norma cuya vigencia frente a la LISOS es incuestionable por razones de temporalidad y rango, la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como causa extintiva". La posterior STS 7/3/07 precisa que "... aunque el precepto que luego regula las sanciones que pueden imponerse a quienes incurran en dicha conducta [la infracción del art. 25.2 LISOS] -párrafos a) y b) del apartado 1 y el apartado 3 del art. 47 LISOS - haya sufrido una muy concreta y restringida modificación a través de la nueva redacción dada por el artículo quinto, apartado Siete, de la Ley 45/2002, de ello no puede deducirse que el legislador haya querido suprimir las facultades de gestión que obviamente se derivan de la clara y contundente redacción del art. 131. bis. 1 LGSS , en el que, como se vio, la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS. o a la Mutua dará lugar a la extinción del subsidio [añadiendo que] aunque se pretendiera primar el criterio de la novedad o modernidad normativa (...) tampoco esa sola circunstancia permite eludir el precepto concreto (art. 131.bis.1 LGSS) del que se deduce, en concordancia con el contenido del art. 68.2.c) de la misma LGSS , la atribución de la gestión de la prestación a la entidad que cubre la contingencia, incluida la facultad de extinguir el subsidio en determinados supuestos, porque la norma más moderna únicamente afecta a la sanción (art. 47 LISOS) pero mantiene incólumes las conductas tipificadas (en este caso, el art. 27 LISOS), máxime si se repara en que la Ley 45/2002, lejos de pretender modificación alguna en relación con la prestación aquí debatida, ni siquiera en su vertiente sancionadora, tiene por objeto, como reza su título, el establecimiento de «medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad». Idem, STS 15/3/07 , STS 7/2/08 , STS 28/5/08 , STS 15/4/10 .

⁶⁸ A este respecto, opinando que hay que pensar directamente en una derogación tácita del art. 132 LGSS por parte de la LISOS por ser aquella de fecha anterior, con base en la cláusula derogatoria genérica de la DDerog. única LISOS, T. SALA FRANCO: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, 2005, pág. 66.

⁶⁹ En la ya citada STS 5/10/06 se deja dicho que estos arts. 131 bis y 132 LGSS "... regulan supuestos incardinables en diversa categoría jurídica, al ser en principio diferenciables: a) los supuestos de 'extinción' del derecho al subsidio [art. 131 bis.1 LGSS], que guardan íntima relación con las vicisitudes del hecho causante; y b) los de 'pérdida o suspensión' del derecho [art. 132 LGSS], que ostentan básicamente [hay excepciones] carácter sancionador".

de incapacidad más a cargo de la mutua que de la Administración sanitaria⁷⁰, pese a que en algunos aspectos -como sucede con las facultades de reacción de la mutua cuando el beneficiario trabaja durante la baja⁷¹- el desarme de las mutuas frente al INSS -y es algo que el Tribunal Supremo reitera invariablemente⁷²- es más que evidente⁷³. Tampoco es momento de entrar al detalle de la problemática que plantea en particular la extinción de la prestación económica por incomparecencia del beneficiario al reconocimiento, asunto con importantes cuestiones asociadas que a la postre generan inseguridad en el intérprete⁷⁴, pero que en todo caso pone bien a las claras que la citada incomparecencia

⁷⁰ Con M^a. A. VICENTE PALACIO: 'El control de la incapacidad temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social', TrS, nº 168, (2004), pág. 32.

⁷¹ La ante citada STS 5/10/06 previó que "...de entre las facultades de extinción, denegación, anulación o suspensión del subsidio de IT que se contemplan en los arts. 131 bis y 132 LGSS únicamente carece la MATEP de toda posibilidad de extinguir el subsidio o suspender su percepción por tiempo superior al del trabajo, en el concreto supuesto de actividad laboral por cuenta propia o ajena realizada por el beneficiario; medidas que únicamente puede adoptar la EG [art. 48.4 LISOS], que ha de ejercitarla en el oportuno procedimiento sancionador [arts. 51 y siguientes LISOS]. Como tampoco se extiende -la competencia de la Mutua- a decidir la causa extintiva cuya apreciación comporta valorar clínicamente la situación existente [alta médica], y que en la actualidad está atribuida a los facultativos del Servicio Público de Salud [art. 1.4 RD 575/97], al no haber tenido desarrollo reglamentario la previsión de atribuírselo -también- a las Mutuas de Accidente [art. 44 del RD-Ley 6/2000]". Reiterando esta doctrina, la STS 5/11/07 establece que "... a) la realización de trabajos por cuenta propia o ajena constituye una falta grave, tipificada como tal en la LISOS; b) las Mutuas de Accidentes, como tales no pueden imponer sanciones, facultad reservada a las Entidades Gestoras". En idénticos términos, STS 18/2/09 .

⁷² Vid., STS 5/10/06 -citada-: "Estas conclusiones se imponen aún a pesar de que la Sala es consciente de la disfunción que significa una gestión limitada de la contingencia por parte de quien tiene atribuido su pago y el control, en términos que incluso pudieran perjudicar el éxito de aquélla, pues con la vigente regulación [interpretada a la luz del principio de jerarquía normativa] incluso se ha sostenido que la MATEP bien pudiera considerarse una simple gestora formal de la contingencia; y también se imponen [las conclusiones], pese a que tampoco desconocemos que la ampliación de facultades atribuidas a las Mutuas [vía reglamentaria y en pugna con el principio antes citado] es consecuencia de la preocupación del legislador por la lucha contra el fraude y que la necesidad de adoptar medidas correctoras fue avalada por los interlocutores sociales en el «Pacto de Toledo» (1995), en el «Acuerdo para la mejora del desarrollo y la protección social» (09/04/01), la «Renovación del Pacto de Toledo» (Resolución de 02/10/03, del Congreso de los Diputados), e incluso por el «Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva» (1995); tan buenos deseos y consenso social no enervan los principios de legalidad y jerarquía normativa. Siquiera tales consideraciones no dejen de tener indudable fuerza interpretativa, a la hora de decidir supuestos dudosos". También, STS 9/10/06 .

⁷³ Con A. DESDENTADO BONETE: 'Mutuas de accidentes...', cit. págs. 28-59.

⁷⁴ Así, un análisis de tal naturaleza obliga a considerar que la comparecencia del beneficiario al reconocimiento o su negativa expresa no activan esta facultad de la mutua sino, a lo sumo, la de emitir la propuesta de alta, vid., al respecto, F. A. VALLE MUÑOZ: 'La extinción del subsidio por incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico de la mutua patronal', AS, nº 22, (2011), BIB 2010/3867, pág. 10 de 19. En la práctica, la STS 29/9/09 reconoce la viabilidad de que el trabajador que incomparece justifique adecuadamente dicha incomparecencia, aunque en el caso concreto el Tribunal entiende que la conducta del trabajador roza la negligencia omisiva dado que "... al tener en su poder los avisos de Correos con la constancia del remitente [citación a reconocimiento por parte de la mutua], 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".

es una causa de extinción de la prestación que no opera automáticamente. Así, por ejemplo, los términos de la citación a reconocimiento médico por parte de la mutua patronal deben ser razonables porque de otra forma la incomparecencia del trabajador estaría justificada⁷⁵; si se aplica supletoriamente el art. 79.1 Ley 30/1992 el trabajador dispone de un plazo de 10 días para justificar de forma fehaciente la falta de asistencia⁷⁶; habiéndose reconocido, en la misma línea, que la interpretación de esta normativa solo puede hacerse en clave restrictiva habida cuenta su carácter próximo al sancionador⁷⁷, o que conocer si la causa invocada para justificar la incomparecencia es convincente requiere determinar todos los acontecimientos que pudieran rodearla y una ponderación de los mismos⁷⁸.

Más allá de esta jurisprudencia y doctrina judicial que perfila los contornos de la conducta del trabajador consistente en no comparecer injustificadamente al reconocimiento médico ordenado por la mutua de accidentes, el aspecto que en este estudio importa destacar y que no es posible pasar por alto concierne a que el art. 131 bis.1 LGSS, así interpretado, no está sancionando una suerte de desobediencia -no atender a la comparecencia al reconocimiento médico ordenado por la mutua- sino que lo que hace es generar la presunción iuris tantum de que la no comparecencia equivale a

⁷⁵ Vid., STSJ Cataluña 27/10/09: "... la Mutua demandada no podía proceder a extinguir directamente la prestación por incomparecencia de la beneficiaria ex art. 131.bis de la Ley General de Seguridad Social, sino que venía obligada a emplear la máxima diligencia en el cumplimiento efectivo de un acto de comunicación de tanta trascendencia para dicho beneficiario volviendo a convocar a la beneficiaria otro día a reconocimiento(...)máxime en un supuesto como el que ahora se contempla en que entre el intento de entrega del burofax al destinatario -el día 27 de marzo- y la fecha acordada para el reconocimiento -el día 30 de marzo siguiente- sólo mediaban tres días, lo que haría imposible su cumplimiento aunque constase la existencia de un aviso al destinatario, pues el plazo de recogida de la comunicación en el servicio de correos (normalmente de siete a diez días), sería superior al que faltaba para el cumplimiento de la obligación de presentarse a reconocimiento médico...".

⁷⁶ Vid., STSJ Cataluña 2/10/09.

⁷⁷ Vid., STSJ Cataluña 19/2/09: "Es verdad que el demandante ha dejado pasar mucho tiempo antes de notificar a la Mutua el certificado que justificaba su incomparecencia, pero esto no desvirtúa el hecho de que efectivamente se hallaba imposibilitado para acudir al reconocimiento médico en la fecha en que había sido convocado, tal y como la información clínica así lo acredita al referir el cuadro de gastroenteritis a principios de julio y estando citado el actor para el día 4".

⁷⁸ Vid., STSJ Andalucía (Granada) 21/4/10, señalando que "La parte demandante no ha demostrado que no pudiera comparecer a la hora en que fue convocada pues no ha quedado constatado como señala el Magistrado de instancia ni la hora en que se produjo la infiltración, ni tampoco el que después de la misma tuviera que guardar 24 horas de reposo. Es más, tratándose el lugar donde la recibió, de una clínica privada, podía haber solicitado otra fecha, pues tampoco ha quedado demostrado que fuera urgente aplicar dicho tratamiento. Es mas la demandante pudo haber puesto en conocimiento de la Mutua demandada, con carácter previo, esa circunstancia y solicitar una suspensión de esa cita o, haberla puesto en su conocimiento antes de tener noticia del requerimiento que se le hizo para que justificara esa incomparecencia. Todo ello, como posibles modos de actuar de la demandante, reveladores de su intención de no eludir el requerimiento [y en estas condiciones] la decisión de la Mutua, no se revela como desproporcionada o irrazonable".

la sanidad del trabajador incapacitado⁷⁹. A juicio de algún Tribunal, tratándose de una incomparecencia injustificada -en el sentido más literal de este adjetivo-, el acto de la mutua patronal que extingue la prestación debe reputarse válido aun en el caso de que el servicio público de salud continúe emitiendo partes de confirmación de baja que pudieran llegar a revelar que existe una situación de incapacidad⁸⁰. Pues bien, con independencia de ello, y según antes se anticipó, con ser evidentes los efectos de aquella presunción legal en la esfera de la contención del gasto público, sin embargo no lo son tanto en la del absentismo.

En efecto, debe ser retenido que la causa de suspensión del contrato de trabajo que constituye la IT se extingue con el alta médica⁸¹; alta que lógicamente comporta la extinción del derecho a la prestación económica -art. 80.2.2º RD 1993/1995 -. Sucede, sin embargo, que la extinción de esta prestación económica no necesariamente tiene que acompañarse del cese de la suspensión del contrato de trabajo, pues este efecto solo se produce a través del alta médica. Caso, por consiguiente, de IT común gestionada por la mutua resulta que ésta no puede adoptar por sí misma una decisión -

⁷⁹ Como explica J. M. MARÍN CORREA: ‘Suspensión del subsidio de incapacidad temporal por la mutua aseguradora’, AL, nº 14, (2007), LA LEY 2387/2007, pág. 2 de 3. Un entendimiento similar parece que adopta la STSJ Cataluña 19/9/09 cuando afirma que “... la conducta de quien voluntariamente se pone fuera del alcance de los servicios médicos imposibilitando el propio reconocimiento, se equipara a la negativa infundada a someterse a tratamiento médico y justifica la propuesta de alta, que es la razón que subyace en el seguimiento del artículo 6.3 del Real Decreto 575/1997 ...”.

⁸⁰ Vid., STSJ Andalucía (Sevilla) 24/3/11: “... La demandante se encontraba en situación de baja médica por patología en miembros inferiores, condromalacia en rodillas, cuadro depresivo y trastornos de la personalidad. Le fue extinguido el subsidio por la mutua porque habiendo sido citada por la unidad de valoración médica para comparecer el día 2/10/2008 (...) no acudió ni comunicó su ausencia hasta varios días después. Argumenta la recurrente que la mutua debió darle audiencia y en todo caso constatar la razón por la que no acudió a la cita. Esta Sala no comparte los argumentos de la recurrente por las razones que se pasan a explicar. En primer lugar, el día que la demandante estaba citada para reconocimiento médico, acudió a la consulta de un médico distinto que informó en el sentido de que la paciente presentaba dolor en ambas rodillas, no estando capacitada para trasladarse a reconocimiento. La actora remitió este parte a Muprespa cuatro días más tarde. Tales hechos no excusan a la demandante de no haber acudido a la comparecencia a la que fue llamada, toda vez que la parquedad de lo indicado por el facultativo del centro del Servicio Andaluz de Salud que la atendió, ni refleja los resultados de una exploración (movilidad, inflamación, sintomatología, deambulación etc), ni somete a la actora a pruebas de ningún tipo, todo lo cual indica que la situación carecía de gravedad alguna y que el facultativo se limitó a reflejar la mera referencia de la paciente (...) la incomparecencia sin alegación de justa causa, constituye el supuesto de hecho previsto en el art. 131.1 bis LGSS para la extinción del subsidio, cuando, así mismo, la falta de justificación se confirma. (...) Finalmente, el hecho de que el Servicio Andaluz de Salud continuara emitiendo partes de confirmación, no resulta relevante, puesto que no se trata de decidir si la actora estaba o no curada o mejorada de la patología incapacitante, sino tan sólo si debió acudir a una revisión médica el día para el que fue citada, a lo que ha de darse una respuesta afirmativa...”.

⁸¹ Vid., A. DE LA PUEBLA PINILLA: ‘El alta médica...’, cit. pág. 4, explicando que la eficacia de la resolución de alta es inmediata y afecta tanto al ámbito de la relación prestacional de la Seguridad Social como al de la relación laboral, lo que significa que el alta médica determina automáticamente la extinción del subsidio de incapacidad temporal y paralelamente la finalización de la causa suspensiva del contrato de trabajo.

alta del beneficiario- que repercute en la esfera laboral porque conlleva el cese de la suspensión del contrato de trabajo, aunque sí que puede adoptar decisiones similares que repercuten en la esfera de la protección social, referidas al mantenimiento de la prestación económica. Y ello con el añadido de que para habilitar en este segundo terreno a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ha sido necesario subvertir interpretativamente los términos legales al objeto de calificar como acto de gestión lo que en puridad y en mi opinión no es sino una actuación de naturaleza verdaderamente punitiva⁸². De alguna manera, por tanto, el citado art. 131 bis.1 LGSS se vuelca interesada y claramente en este aspecto de la contención del gasto público pero no existe paralelamente previsión normativa alguna que atienda específicamente a la repercusión que tiene sobre la marcha de la organización productiva el mantenimiento de la suspensión contractual de un trabajador que no ha actuado diligentemente y ha perdido la protección económica pública inherente a dicha suspensión.

2. Altas emitidas por la mutua en procesos de IT derivados de contingencia profesional

Si la IT deriva de contingencia profesional, la emisión de los partes de baja y de alta corresponde a los médicos de la mutua con la que el empresario tenga cubierta esta contingencia -arts. 1.6 RD 575/1997 y 61.2 RD 1993/1995 -, con la salvedad ya conocida de que transcurridos los primeros 365 días el parte de alta pasa a ser competencia exclusiva del INSS -art. 128.1.a) LGSS -. Esta salvedad al margen, es bien conocido que esta competencia plena de la mutua de accidentes durante dicho periodo inicial para determinar tanto el inicio como el final de la protección por IT y, consecuentemente, la obligación del trabajador de solicitar la reincorporación a su puesto de trabajo se difumina en la práctica. Esto sucede porque con el alta de la mutua en la mano, y dados los largos plazos existentes al menos hasta la Ley 36/2011 para la impugnación judicial del alta médica a través del proceso de Seguridad Social, reclamación previa ex art. 71 LPL incluida, el trabajador, obligado a reincorporarse a su puesto durante este periodo, siempre puede obtener una baja posterior del servicio público de salud que inicialmente y a salvo de posterior recalificación por el INSS -en

⁸² Vid., en este sentido, C. FERREIRO REGUEIRO: 'Sobre la potestad sancionadora de las mutuas en la gestión del subsidio de incapacidad temporal', AS, nº 3, (2007), BIB 2007/536, pág. 2, considerando que la calificación del TS como actos de gestión ordinaria de todos los previstos en los arts. 131.bis y 132 LGSS deviene una estrategia hábil para la resolución del conflicto, al ampliar caprichosamente la gestión e invadir el ámbito de la sanción.

cuyo caso pasará el correspondiente cargo a la mutua-, lo será por contingencia común aun tratándose de las mismas secuelas⁸³.

A falta de previsiones normativas expresas sobre el particular, por tanto, el antídoto frente a las altas indebidas de la mutua -problema que existe y que no es posible obviar⁸⁴- ha venido siendo de cuño jurisprudencial y ha incidido en el papel del médico de cabecera que concede esa baja -o baja estratégica- con base en que no hay otra forma de salvaguardar la integridad del trabajador si pese al alta de la mutua éste realmente se halla incapacitado y necesita la asistencia sanitaria⁸⁵. Negar esta posibilidad al trabajador interesado de modo que su única opción sea impugnar judicialmente el alta médica emitida por la mutua implicaría, a juicio de algún Tribunal Superior de Justicia⁸⁶, obligarle a afrontar una serie de actuaciones con claras consecuencias “... no solo de minoración económica sino sobre todo de minoración moral, al presentarse públicamente (y por tanto ante la empresa) como una persona decidida a no trabajar”. Pues bien, sin perjuicio de que precisamente la vía judicial es la opción que siempre queda expedita ante altas médicas -de las mutuas, del INSS o del servicio público de salud- que arriesguen seriamente la vida o integridad física del trabajador -el trabajador puede interponer una demanda por vulneración del derecho fundamental a la vida e integridad física (art. 15 CE) a través del correspondiente proceso especial⁸⁷-, lo que es evidente es que lo que el antídoto que constituye el

⁸³ Como apunta D. TOSCANI GIMÉNEZ: ‘Legitimidad de los servicios públicos de salud para extender bajas médicas cuando una mutua patronal haya emitido un previo parte médico de alta’, AS, nº 19, (2005), BIB 2005/2685, pág. 2.

⁸⁴ Vid., considerando indebida el alta de la mutua porque el facultativo de la mutua no tuvo en cuenta la importante pérdida de tiempo a efectos laborales que para el trabajador dado de alta suponía la necesidad de tener que desplazarse hasta el lugar donde se encuentra el centro que le proporciona tratamiento rehabilitador, permaneciendo allí toda la mañana durante 2 días a la semana, STSJ Aragón 18/1/01.

⁸⁵ Así, por ejemplo, en la STS 11/6/07 , puede leerse que “... no pueden ser asumidos los razonamientos de la sentencia recurrida, en cuanto niegan la competencia de los facultativos del Servicio Público de Salud para expedir una baja cuando reaparecen las molestias tras un alta de los servicios médicos de la Mutua, pues además de que los facultativos están obligados a expedir la baja de concurrir los requisitos legales, su negativa podría conllevar una situación de desprotección del beneficiario, lo que es palmariamente contrario a los principios que informan el ordenamiento jurídico de nuestra seguridad social”. En el mismo sentido, vid., STS 27/2/07 .

⁸⁶ Vid., SSTS Cataluña 14/11/06 y 13/2/07. Muy similarmente, hablando de que obligar al trabajador a esperar la resolución de los Tribunales “... le dejaría ayuno de protección durante el periodo en que se resuelve el litigio, lo que vulnera frontalmente el artículo 41 CE”, vid., STSJ Asturias 27/10/07.

⁸⁷ Éste es un supuesto resuelto por ejemplo en STSJ Galicia 29/11/06, que explica que no resuelve una demanda de impugnación de alta médica ni de determinación de contingencias profesionales, sino que lo que se denuncia es la vulneración del derecho fundamental a la vida tanto por parte de la mutua -que da de alta al trabajador porque entiende que a esa fecha las lesiones del trabajador son comunes- como por parte del SERGA -que unilateralmente procede a anular el parte de baja emitido por el médico de cabecera-, señalando al respecto que “...el derecho a la integridad física podría verse lesionado no sólo por acciones, sino también por

reconocimiento jurisprudencial de las bajas estratégicas del servicio público de salud puede llegar a suponer resulta ser, ni más ni menos, que una verdadera expropiación a las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de las facultades de gestión de una prestación que está sin embargo a su cargo⁸⁸. Además, dicho antídoto incide asimismo en el plano laboral porque contribuye a enrarecer en gran medida el curso de la dinámica suspensiva del contrato de trabajo, siendo ello debido a los problemas organizativos y de gestión empresarial que conlleva soportar la situación de un trabajador que por decisión de la entidad colaboradora en la gestión de su prestación debe reincorporarse a su puesto de trabajo pero que sin embargo no lo hace con el aval de una decisión de su médico de cabecera.

En estas condiciones, y dando cumplimiento a lo dispuesto en la DA 19ª Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social, el RD 1430/2009 incorpora un procedimiento administrativo de revisión por parte del INSS de las altas que expiden las mutuas patronales en los procesos de IT, facultando expresamente a ese organismo gestor para llevar a cabo la determinación de la contingencia. Además, y a diferencia de lo que sucede con el procedimiento de disconformidad frente a determinadas altas del INSS, ya conocidas, la resolución del INSS que finiquita este procedimiento especial de revisión sí que tiene naturaleza de reclamación administrativa previa a la reclamación judicial -art. 4.12 RD 1430/2009 -; reclamación ésta última que actualmente observa los cauces y trámites previstos en la Ley 36/2011, que más adelante se va a retomar. Establecida esta conexión entre el procedimiento administrativo de revisión del alta de la mutua y el proceso judicial de impugnación de dichas altas, cabe manifestar que el ambos procedimientos también plantean problemas específicos que conviene explicitar desde la perspectiva de la efectividad de las políticas antiabsentistas.

De acuerdo con el art. 4 RD 1430/2009, solo el trabajador está legitimado para presentar ante el INSS la solicitud de revisión del alta emitida por la mutua patronal dentro de los 4 días naturales siguientes al de su notificación. La solicitud conlleva la prórroga de la situación de incapacidad temporal con todos sus efectos asociados - laborales⁸⁹ y de Seguridad Social-, mientras que su presentación extemporánea determina que la resolución administrativa sea denegatoria y, por ello, dicha alta médica

omisiones de los poderes públicos -como podría ser el caso de una negativa injustificada a conceder una prórroga de baja por incapacidad laboral- que deberían ser amparadas por los Tribunales si como consecuencia de aquéllas se produjera una lesión del derecho de modo real y efectivo (...). Ello no implica situar en el ámbito del artículo 15 CE una suerte de derecho fundamental a la baja laboral o a la prórroga de la licencia por enfermedad, sino admitir que una determinada actuación de la Administración en aplicación del régimen de bajas por lesión o enfermedad excepcionalmente podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud del trabajador”.

⁸⁸ Vid., A. DESDENTADO BONETE: ‘Mutuas de accidentes...’, cit. pág. 11.

⁸⁹ Vid., STSJ Cantabria 15/7/10.

emitida por la mutua adquiriera plenos efectos desde la fecha de su emisión⁹⁰. La prórroga de la suspensión contractual inherente al procedimiento especial de revisión asemeja este procedimiento al de disconformidad con las altas del INSS. Existe, sin embargo, una diferencia radical porque en aquél que ahora se examina está previsto el reintegro de las prestaciones percibidas durante el transcurso de la prórroga si se da el caso de que el INSS confirma finalmente el alta de la mutua o fija una nueva fecha de extinción de la situación de incapacidad temporal -art. 4.8 RD 1430/2009 -. Esta medida del procedimiento de revisión, como puede apreciarse, incide directamente en la esfera de la contención del gasto pero sin que exista una medida que también tenga presente la incidencia sobre el desarrollo de la organización empresarial de un tiempo que debiendo haberlo sido no fue sin embargo trabajado y además durante el cual el empresario sí ha cotizado.

Téngase asimismo en cuenta que aunque el procedimiento de revisión es un procedimiento preferente -art. 4.1.2º RD 1430/2009 -, la celeridad buscada puede verse empañada por defectos atribuibles al propio interesado, pues de la imprevisión de la norma reglamentaria puede derivarse que si el trabajador no presenta junto con la solicitud de revisión toda la documentación necesaria para la resolución del expediente - historial médico previo relacionado con ese proceso de IT o, en su caso, copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora (art. 4.2 RD 1430/2009)- el INSS deberá reconocerle ex art. 71 Ley 30/1992 un nuevo plazo de 10 días⁹¹. Presentada en tiempo y forma la solicitud de revisión por el trabajador, el INSS debe comunicar a la mutua -aunque sin especificación de plazo- el inicio de dicho procedimiento para que ésta a su vez aporte en el improrrogable plazo de 2 días hábiles los antecedentes del proceso de IT de que se trate e informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta. La mutua puede no atender este requerimiento, en cuyo caso el INSS resolverá considerando únicamente la información aportada por el interesado -art. 4.4 RD 1430/2009 -.

De acuerdo con el art. 4.6 RD 1430/2009 , la resolución del INSS que pone fin a este procedimiento debe dictarse en un plazo máximo de 15 días hábiles -no naturales- que empieza a contar desde que la mutua aporta la documentación que previamente le habrá

⁹⁰ Vid., J. A. MARTÍNEZ LUCAS: 'Las nuevas medidas...', cit. pág. 10.

⁹¹ Como señala J. A. MARTÍNEZ LUCAS: 'Las nuevas medidas...', cit. págs. 2-5, quien además explica que los efectos del requerimiento difieren según se cumplimente o no dentro del plazo de 10 días: a) Caso de atención del requerimiento, el plazo máximo para resolver y notificar se inicia a partir de la fecha de recepción de los documentos solicitados -se amplían temporalmente los efectos de la presentación de la solicitud en cuanto a entender prorrogada la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional, manteniéndose el abono de la prestación en la modalidad de pago que se encontraba en el momento del alta médica-; y, b) Caso de inatención del requerimiento, se entiende que el interesado desiste.

requerido el INSS -pese a que lo que la norma deja en blanco, como se ha dicho, es el plazo que tiene el INSS para solicitar a la mutua la documentación prevista-. Dicha resolución, en fin, 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 la improcedencia de eventuales bajas emitidas por el servicio público de salud durante la tramitación de este procedimiento, pudiendo por tanto finalizar dicho procedimiento de varias formas -art. 4.7 RD 1430/2009 -: a) Confirmando el alta de la mutua; b) Manteniendo la situación de IT por contingencia profesional; c) Determinado la etiología de la contingencia cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo periodo de tiempo y, por tanto, existan distintas bajas médicas; y, d) Para el caso de que el trabajador recupere la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, la resolución del INSS podrá declarar sin efectos el alta médica de la mutua y determinar una nuevas fechas de alta y de extinción del proceso de incapacidad temporal.

Conocido en sus rasgos generales el funcionamiento de este procedimiento para revisar las altas de las mutuas patronales, debe ser señalado que los mismos efectos que conlleva el ya aludido supuesto de la presentación extemporánea de la solicitud de revisión hay que atribuir al supuesto del trabajador que deja transcurrir el plazo para impugnar el alta de la mutua, en cuyo caso dicha alta adquiere obviamente plenos efectos desde la fecha de su emisión. Si éste es el caso, lo que puede hacer un trabajador disconforme con el alta de la mutua que sin embargo no ha instado el procedimiento especial de revisión es interponer una reclamación previa ante el INSS dentro de los 11 días siguientes al de la notificación del alta -art. 71.3 LRJS -, pues en ningún lado queda dicho que este procedimiento especial sea excluyente de la reclamación previa en esta materia. El trabajador interesado, por tanto, puede valorar la conveniencia de interponer o no este procedimiento de revisión y, en su caso, de no hacerlo, impugnar el alta de la mutua acudiendo al proceso de impugnación del altas médicas del art. 140.3 LRJS , mediando reclamación previa planteada ante la propia mutua -art. 71.3 LRJS -.

Por otro lado, ni el RD 1430/2009 ni la nueva Ley 36/2011 vedan al trabajador que ha sido dado de alta por su mutua la opción de solicitar y obtener una baja estratégica del médico de cabecera, y ello con independencia de que aquél solicite o no la revisión de dicha alta ex RD 1430/2009 y, en su caso, proceda posteriormente a su impugnación judicial. Con independencia de ello, como se dice, dicha posibilidad sigue constituyendo una carga de profundidad contra la autonomía de gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En todo caso, no obstante, tanto el RD 1430/2009 como la Ley 36/2011 incluyen previsiones expresa o implícitamente referidas

al supuesto de coexistencia del alta de la mutua con una baja estratégica del médico de cabecera que conviene explicitar.

En primer lugar, el art. 4.5 RD 1430/2009 contempla implícitamente en su primer párrafo el supuesto de un trabajador que ha impugnado en plazo el alta de la mutua a través de este procedimiento especial y que además ha obtenido una baja del servicio público de salud por contingencia común y la ha presentado en la empresa. Pese a lo que este supuesto tiene de incongruente⁹², lo único que está previsto es que la empresa debe informar al INSS de que el trabajador ha presentado esta baja por contingencia común a fin de coordinar las actuaciones procedentes, pero sin concretar el tipo de actuaciones que habrá que llevar a cabo o en qué consiste o cómo habrá de efectuarse esta coordinación.

Un escenario similar, en segundo lugar, se representa aquel mismo precepto en su segundo párrafo, aunque en línea de principio más razonable porque parte del presupuesto de que el trabajador no ha solicitado ante el INSS la revisión del alta de la mutua pero sí ha solicitado ante el servicio público de salud una baja por contingencia común. En este caso, si la práctica del reconocimiento a cargo del médico de cabecera pone de manifiesto que ha existido un proceso previo de IT profesional, este médico debe informar al trabajador de que puede iniciar el procedimiento de revisión. El art. 4.5.2º RD 1430/2009 también obliga al servicio público de salud a comunicar al INSS con carácter inmediato -pero sin fijar un plazo concreto- la existencia de esos dos procesos distintos de IT, lo que en mi opinión permitirá más tarde a dicha entidad o bien iniciar un procedimiento de determinación de contingencia -caso de que el trabajador decida no actuar el procedimiento de revisión y el INSS deba cargar con la prestación de la baja común- o bien -si el trabajador insta la revisión- poner fin al procedimiento de revisión determinando la contingencia de la que deriva el proceso de IT así como, en su caso, la improcedencia de eventuales bajas obtenidas ex servicio público de salud durante la tramitación de dicho procedimiento. La escasa relevancia práctica de este mecanismo, en fin, es manifiesta porque la capacidad de control por parte del INSS de estas bajas acumuladas rige únicamente en el corto espacio temporal durante el que se resuelve el procedimiento de revisión, lo que pone de manifiesto que su radio de acción es muy limitado en tanto en cuanto no alcanza a las nuevas bajas que el trabajador

⁹² La incongruencia deriva de que impugnada el alta, la IT y la prestación subsisten y carece de sentido solicitar una nueva baja, incompatible con la que ya se disfruta, aunque sea provisionalmente, a no ser que la baja por contingencia común cumpla una función cautelar, como previsión en el caso de que finalmente el INSS confirme el alta y fuerce al trabajador a devolver las prestaciones provisionalmente percibidas, que se considerarán indebidas, con S. GONZÁLEZ ORTEGA: 'El control...' - I -, cit. pág. 15.

pueda obtener por IT común una vez resuelto el procedimiento de revisión confirmando el alta previa de la mutua por IT profesional⁹³.

Con relación a estas nuevas bajas que el trabajador pueda obtener por IT común una vez resuelto el procedimiento de revisión confirmando el alta previa de la mutua por IT profesional, la Ley 36/2011 incide tangencialmente cuando prevé que los efectos de la sentencia dictada en el marco del nuevo procedimiento de impugnación de altas médicas “... se limitarán al alta médica impugnada, sin condicionar otros procesos diversos...” - art. 140.3.c) LRJS -, así como que “... la sentencia que estime indebida el alta dispondrá la reposición del beneficiario en la prestación que hubiera venido percibiendo...” -art. 140.3.d) LRJS -. Estos asertos legales tienen, entre otros, dos significados importantes. En primer lugar, caso de que la sentencia invalide el alta médica de la mutua por considerarla indebida, las bajas estratégicas eventualmente obtenidas durante la tramitación de la reclamación judicial deberán tenerse por inexistentes, correspondiendo a la mutua que expidió el alta en cuestión pechar con la prestación económica de una situación de IT que sigue teniendo origen profesional en la medida en que existe una sentencia judicial que ha declarado indebida el alta previa de la mutua. En segundo lugar, si la sentencia convalida el alta de la mutua, en tal caso dicha sentencia no puede entrar a valorar la procedencia de eventuales bajas estratégicas obtenidas por el trabajador, cosa que sin embargo sí que habrá podido hacer el INSS en el marco previo del procedimiento especial de revisión, incluso declarando su nulidad. En estas condiciones, parece que lo procedente, igual que antes de la Ley 36/2011, será iniciar, en su caso, el correspondiente procedimiento de determinación de contingencia⁹⁴.

IV. VALORACIÓN

El entramado de modificaciones normativas de que viene siendo objeto la IT persigue el objetivo claro de controlar el gasto público a sabiendas de que ello es beneficioso en sí mismo y también incidentalmente en muchos otros aspectos, por ejemplo para el resto de usuarios del sistema sanitario o para la productividad de las empresas. Pues bien, sin necesidad de entrar en el debate sobre si este objetivo puede conseguirse mejor afrontando decididamente la viabilidad de un cambio de modelo de protección pública por incapacidad temporal más orientado hacia el servicio público de salud y, en su caso, hacia las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pero provisto además de mecanismos eficaces de control judicial, lo que no puede negarse que esta legislación estatal del parcheo al menos podría ser más cuidadosa. Ello sería bueno

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Como explica J. M. PAREDES RODRÍGUEZ: ‘Real Decreto 1430/2009 ...’, cit. pág. 10.

porque proporcionaría seguridad jurídica en un terreno claramente necesitado de ella, siéndolo también adoptando la perspectiva de este estudio, que no ha pretendido otra cosa que poner de manifiesto que la imprevisión recurrente del legislador cuando reforma el régimen jurídico de dicha institución se traduce en la práctica en auténticas fisuras de un sistema normativo que está diseñado con el objetivo explícito de controlar el gasto público en materia de IT y que indirectamente o por extensión también debería cumplir la finalidad de poner coto a la práctica del absentismo laboral. Muestra de lo que se dice es el poco tino del legislador cuando excluye en el art. 140.3 LRJS la necesidad de reclamación administrativa previa para impugnar las conocidas altas del INSS pero deja en el aire aclarar qué sucede con el procedimiento de disconformidad, si queda o no derogado. Siendo ésta una cuestión que como se ha visto está abierta, lo cierto es que las consecuencias de una u otra interpretación se traducen en la práctica en que la duración inicial de una IT -común o profesional- podrá llegar a ser de 365 días más otros 18 añadidos inherentes a la interposición del procedimiento de disconformidad ex art. 128.1 LGSS .

Con relación a este procedimiento de disconformidad, por otro lado, no se entiende por qué no incorpora la obligación de reintegro para los supuestos de resolución confirmatoria del alta inicial mientras que por el contrario, esta obligación de reintegro sí está prevista cuando lo que se impugna ante el INSS a través del procedimiento especial de revisión es el alta emitida por una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en procesos de IT de origen profesional. Resulta así que el legislador dispensa mejor trato al absentista en materia de impugnación de altas médicas en procesos de IT común -no hay obligación de reintegro caso de confirmación del alta del INSS- por contraposición a lo que sucede en los procesos de IT causados por contingencia profesional -sí hay obligación de reintegro-. El propio procedimiento especial de revisión de las altas de las mutuas patronales, a mayor abundamiento, adolece de imprevisiones similares que en la práctica pueden determinar una prolongación -no querida por el legislador reglamentario- de la prórroga de la suspensión contractual que acompaña a este procedimiento. Así, por ejemplo no se fija un plazo expreso para que el INSS se dirija a la mutua solicitándole que aporte la documentación necesaria cuando precisamente el plazo de 15 días reconocido al director provincial del INSS para dictar su resolución que pone fin al procedimiento empieza a contar desde que la mutua aporta dicha documentación -para lo que tiene 2 días de plazo desde que el INSS así se lo solicita-. De igual modo, en fin, este procedimiento también puede sufrir prolongaciones que probablemente no estuvieron en la mente del legislador pero a cuyo debe son imputables, especialmente la que deriva del más que probable reconocimiento al trabajador del plazo general de subsanación -10 días- de los defectos de forma de la

solicitudes de iniciación de procedimientos administrativos previsto en el art. 71 Ley 30/1992 .

Con este mismo sentido crítico, actualmente una línea roja del sistema de protección por incapacidad temporal radica en la exclusividad del INSS para emitir altas médicas en los procesos de IT común gestionados por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Parece inevitable, sin embargo, conectando con intentos normativos anteriores y a falta de una reforma profunda del sistema, al menos acabar reconociendo esta competencia a las mutuas patronales⁹⁵ y, en su caso, encauzarla de forma similar -aunque por supuesto perfeccionada- a como lo está en los procesos derivados de AT o EP a través del procedimiento especial de revisión. Esta actuación, por otro lado, contribuiría a normalizar la enrevesada situación actual, conforme a la cual las mutuas tienen jurisprudencialmente reconocida su condición de verdaderas entidades encargadas de la 'gestión' de esta prestación por IT común cuando se trata de adoptar la medida consistente en la extinción del subsidio económico por incomparecencia injustificada del trabajador al reconocimiento médico a cargo de la mutua, pese a que esta misma jurisprudencia no duda en desdecirse y afirmar lo contrario cuando de lo que se trata es de plantearse la posibilidad de que las mutuas de accidentes emitan altas médicas en los procesos de incapacidad temporal de origen común, supuesto para el que se retoma la condición de las mutuas de simples entidades privadas que 'colaboran en la gestión' pero que no gestionan esta prestación.

Además de estas disfuncionalidades que se han señalado, la práctica revela que persisten otras muchas carencias en materia de control de la IT que también deberían corregirse y que podrían ser determinantes de cara a la reducción de nuestros elevados índices de absentismo. Parece, en este sentido, lógico que el campo de actuación del control público de la incapacidad temporal se centre en los 'médicos hiperprescriptores de bajas'⁹⁶ -que normalmente son los médicos fijos frente a los no fijos; los médicos generales sobre los de familia; así como los del turno de mañana frente a los de la tarde-. Igualmente lo parece centrar este control de los inspectores médicos en el reconocimiento de aquellos trabajadores de baja por IT que hayan superado la duración estándar de la patología de que se trate⁹⁷. Del mismo modo que no ya razonable sino condición absolutamente esencial resulta, en mi opinión, incrementar la formación técnica de los médicos de cabecera relativa al lugar de trabajo y tipo de trabajo a

⁹⁵ Similarmente, J. A. MARTÍNEZ LUCAS: 'Las nuevas medidas de control...', cit. pág. 1 de 30, aludiendo a que no deja de ser una disfuncionalidad que las entidades encargadas de la gestión de la prestación no sean las encargadas de emitir los partes de alta y baja.

⁹⁶ Expresión utilizada por J. R. MERCADER UGUINA: 'El control...', cit. pág. 19.

⁹⁷ Vid., B. RÍOS SALMERÓN y F. FERRANDO GARCÍA: 'La prestación por incapacidad temporal: equilibrio entre protección y control del fraude', Foro de Seguridad Social, 2007, pág. 7.

realizar, incluyendo mecanismos que aseguren, por otro lado, que estos médicos confeccionarán escrupulosamente los partes de baja procediendo, como deben, a cumplir con la obligación de informar en el parte de modo completo y preciso, así como con la propia obligación de reconocimiento médico que debe preceder en todo caso a un parte de confirmación de baja⁹⁸. Finalmente, el régimen que observan actualmente las propuestas de alta de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales también es manifiestamente mejorable⁹⁹, por ejemplo y en primer lugar fijando un plazo concreto para que la Inspección médica del correspondiente servicio de salud remita al facultativo de base la propuesta de alta de la mutua¹⁰⁰.

⁹⁸ Vid., T. SALA FRANCO: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, 2005, págs. 29 y 85. También, J. M. PAREDES RODRÍGUEZ y R. D. SÁNCHEZ MIGALLÓN: 'La gestión y el control...', cit. pág. 11.

⁹⁹ F. J. TOROLLO GONZÁLEZ: 'El control...', cit. pág. 7.

¹⁰⁰ Vid., T. SALA FRANCO: *La incapacidad temporal...*, cit. pág. 112.