

EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: SU INCIDENCIA SOBRE LA CONTENCIÓN DEL GASTO PÚBLICO Y EL AUMENTO DE LA PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

EXTRACTO

Palabras Clave: Incapacidad temporal, fraude, control público, mutuas, control empresarial, absentismo

Durante la situación de incapacidad temporal, el trabajador es protegido en tres planos distintos: el económico, con el pertinente subsidio de Seguridad Social; el psicofísico, mediante la dispensa de la prestación de asistencia sanitaria; y el laboral, a través de la suspensión del contrato de trabajo, acompañada del pertinente mantenimiento del vínculo jurídico y de la reserva del puesto. Esta triple realidad tuitiva no debe hacer olvidar que el legislador, en los últimos años, se ha esforzado por alcanzar un control eficaz de las bajas médicas como instrumento idóneo para la contención del gasto público y para la mejora de los estándares de productividad empresarial frente a posibles conductas sospechosas de abuso o fraude, idea que cobra singular relevancia en los momentos actuales donde la grave crisis económica condiciona la dimensión cuantitativa de la financiación presupuestaria de esta contingencia. Parece haber quedado, sin embargo, relegado a un segundo plano el hecho de que la incapacidad temporal conlleva, en realidad, un proceso patológico de intensidad suficiente como para imposibilitar la realización del trabajo, lo cual ocasiona, a su vez, la pérdida del salario, a cuya sustitución se dirige la correspondiente actuación de la Seguridad Social.

ABSTRACT

Key words: temporary disability, fraud, public control, Cooperative insurance societies for occupational accidents and professional illnesses, missing work.

During the situation of temporary disability, the worker is protected in three different planes: the economic one, with the pertinent subsidy of National Health Service; the psychophysical one, given by sanitary assistance; and the labour one, across the suspension of the contract, accompanied of the reservation of the position in the work. This triple reality must not make forget that the legislator, in the last years, has tried to obtain an effective control of the medical falls as best instrument to reduce of the public expenditure and to improve the productivity of the companies, trying to end with possible conducts of abuse or fraud, especially important desire in times of economic. Although it seems to have stayed in the background that the temporary disability supposes, actually, a pathological process of sufficient intensity as to prevent from carrying out the work, which causes the loss of the salary, replaced for the National Health Service.

ÍNDICE

1. LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS: LA SOSPECHA DE FRAUDE
2. LA GESTIÓN DEL SUBSIDIO
 - 2.1. La intervención de la Entidad Gestora
 - 2.2. El papel de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social
3. El control de la incapacidad temporal desde el punto de vista SANITARIO
 - 3.1. Principales deficiencias
 - 3.2. Medidas de refuerzo para la contención del gasto
4. LA ESCASA INCIDENCIA DE LOS CONTROLES PÚBLICOS SOBRE LA ESFERA DE LA PRODUCTIVIDAD EMPRESARIAL
 - 4.1. Procedimiento administrativo de revisión del alta médica emitida por las Entidades Colaboradoras
 - 4.2. Procedimiento administrativo de disconformidad del alta médica expedida por la Entidad Gestora
5. PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN
6. LA VIGILANCIA POR EL EMPRESARIO DE LA ENFERMEDAD: POSIBILIDADES Y LÍMITES
 - 6.1. La obligación del trabajador de someterse a los exámenes médicos propuestos por la empresa
 - 6.2. Consecuencias disciplinarias
 - 6.3. Despido objetivo
 - 6.3.1. Por ineptitud
 - 6.3.1. Por "absentismo"
7. TUTELA PREVENTIVA DE LA SALUD
8. CONCLUSIONES

1. LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS: LA SOSPECHA DE FRAUDE

De todos es conocido cómo dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social ocupa un lugar primero y principal la prestación en la situación de incapacidad temporal, cuya finalidad es doble: otorgar asistencia sanitaria y sustituir rentas cuando el trabajador pierde transitoriamente su capacidad profesional (art. 128 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social –LGSS–). La realidad que protege la Seguridad Social, en este caso, no es sólo la alteración de la salud, sino también la pérdida temporal de ingresos que como consecuencia de la misma puede sufrir quien vive de su trabajo, de suerte que si afecta a un trabajador asalariado constituye causa de suspensión del contrato con reserva de puesto¹.

¹ Martín Valverde, A. y García Murcia, J.: "Concepto de incapacidad temporal (I)", *Nuevos clásicos, Aranzadi*, junio 2008, (BIB 2008/3306), pág. 1.

Esta prestación ha sido objeto de múltiples reformas legislativas que han afectado a importantes aspectos de su régimen jurídico, desde su denominación, pasando por su duración y cuantía, hasta su gestión y control. Es más, la regulación de la incapacidad temporal constituye uno de los aspectos por los que viene pasando necesariamente cualquier modificación del Derecho de la Seguridad Social en los últimos años.

Así, y sin ánimo exhaustivo, cabe recordar que²:

- 1º Las viejas y nunca pacíficas contingencias de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional fueron reformadas por la Ley 42/1994, de 31 de diciembre, la cual procedió a dar una nueva denominación a la primera (incapacidad temporal), suprimiendo formalmente la segunda, y sustituyéndola por una prórroga con efectos económicos hasta la posible calificación de invalidez permanente.
- 2º La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, estableció una competencia compartida entre los médicos del Servicio Público de Salud y los facultativos del Instituto Nacional de Seguridad Social, introduciendo un nuevo apartado en el número 1 del art. 131 *bis* LGSS, a partir del cual se permitía a los segundos expedir el parte de alta médica, sin perjuicio de poder seguir recibiendo la correspondiente asistencia sanitaria, competencia que se extendió a los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y a los facultativos adscritos al Instituto Social de la Marina (ISM)³.
- 3º La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, modificó la entonces vigente Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, para tipificar como incumplimiento grave el hecho de no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por la Entidad Gestora, así como no presentar ante la misma los antecedentes, justificantes o datos requeridos.
- 4º La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, centró su atención en la novación de las condiciones de extinción de la prestación económica, introduciendo, al tiempo, un nuevo apartado primero en el art. 131.3 *bis* LGSS, en el cual se recogía la obligación de cotizar durante la situación de incapacidad temporal, con la pretensión de proporcionar solución a las

² Sala Franco, T.: “La incapacidad temporal: visión crítica de su actual régimen jurídico”, en AA.VV (Monereo Pérez, J.L. *et alli*, Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, 2008, págs. 795 y ss.

³ Carrero Domínguez, C. y Quintero Lima, M.G.: “La gestión de las enfermedades profesionales por las Mutuas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales”, en AA.VV (Mercader Uguina, J.R., Coord.): *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid, 2007, pág. 399.

posibles lagunas surgidas mientras estaba pendiente la declaración de incapacidad permanente.

- 5° La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, procedió a la supresión de la segunda prórroga de la incapacidad temporal, atribuyendo al INSS la facultad de determinar los efectos que deberían producirse una vez agotado el plazo de doce meses, pudiendo expedir el alta a los exclusivos efectos económicos.
- 6° La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó nuevamente la regulación del subsidio de incapacidad temporal con el fin de que el alta expedida en el duodécimo mes pudiese extender sus efectos conjuntamente al ámbito laboral y al de la protección social, tratando así de evitar la inseguridad jurídica provocada por la disparidad de diagnósticos entre los Servicios de Salud y el INSS.
- 7° La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, ha introducido dos novedades en el panorama descrito: de un lado, el cómputo de la duración de la prestación pasa a realizarse en días (antes se efectuaba en meses); de otro, se añade una nueva causa de alta, cual es la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS en los casos de trabajadores sin derecho a subsidio⁴.
- 8° La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, establece que hasta el cumplimiento de los 365 días de los procesos de incapacidad temporal, los Inspectores del INSS o del ISM, tendrán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir el alta médica a todos los efectos –y no sólo a los de la prestación económica–. Se adelantan, pues, a los 365 primeros días las facultades de la Entidad Gestora para dar de alta al trabajador por encima de la actuación del médico del Sistema de salud y sin intervención alguna de la Inspección Sanitaria a la que sule en esta actuación⁵. Y cuando el alta haya sido evacuada por el INSS o el ISM, estos órganos serán los únicos competentes para, a través de sus propios facultativos, emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal si aquélla se produce en un plazo de los 180 días siguientes a la citada alta médica por la misma o similar patología. A tal efecto, la Secretaría de Estado para la Segu-

⁴ García-Atance, J.M.: “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, págs. 13 y ss.

⁵ López Gandía, J.: “La reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca”, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pág. 252.

ridad Social a propuesta del INSS, y mediante resolución publicada en el BOE, debería determinar la fecha a partir de la cual se asumirían estas funciones, circunstancia que ha tenido lugar por Resolución de 22 de noviembre de 2010, entrando en vigor el día 26 del mismo mes y del mismo año⁶.

- 9º La disposición adicional 14ª Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, recoge la necesidad de que el Gobierno, con la participación de los agentes sociales, proceda a abordar una reforma del marco normativo de aplicación a las Mutuas, con el fin, entre otros aspectos, de garantizar su función de entidades colaboradoras respecto a la protección de los derechos de los trabajadores en el ámbito de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o de la correspondiente al cese de actividad de trabajadores autónomos. Desaparece, sin embargo, la previsión que incorporaba el Proyecto de Ley sobre la posibilidad de que las Mutuas y el INSS desarrollen programas y criterios de colaboración a fin de controlar más eficazmente los costes empresariales derivados de los procesos de incapacidad temporal de duración inferior a 15 días.
- 10º La disposición adicional 4ª Ley 3/2012, de 6 de julio, habilita al Gobierno para que, previa consulta con los interlocutores sociales, estudie en un plazo de tres meses la modificación del régimen jurídico de las Mutuas en aras a una “más eficaz gestión de la incapacidad temporal”.
- 11º En fin, toda esta complejidad legislativa se llevado a cabo, además, manteniéndose la ordenación reglamentaria procedente del desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966, en particular el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, y la Orden de 13 de octubre de 1967, los cuales conviven con todo un elenco de normas infralegales posteriores de distinto alcance, entre las cuales cabe mencionar el Decreto 1646/1972, de 23 de junio; el RD 53/1980, de 11 de enero; el RD 575/1997, de 18 de abril (modificado por el RD 1117/1998, de 5 de junio), o la Orden de 12 de febrero de 2004. Más próximo en el tiempo, es menester hacer mención al RD 1430/2009, de 11 de septiembre, en virtud del cual se regulan los procedimientos a seguir, de una parte, en el supuesto de disconformidad del interesado en relación con las altas

⁶ Olarte Encabo, S.: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2012, BIB 2010/3242, pág. 12.

expedidas por los Servicios correspondientes del INSS en aquellos procesos que hayan alcanzado los doce meses de duración, y, de otra, cuando se trate de revisar, a instancias del beneficiario, las altas médicas expedidas por las Mutuas⁷.

Desde tales premisas y a la luz de esta evolución normativa, el panorama no puede ser más desalentador al coexistir en su aplicación un elenco de normas, legales y reglamentarias, aparecidas en cascada a lo largo de los últimos cuarenta años, no en vano la regulación vigente más antigua data de hace casi cuarenta años (Orden de 17 de octubre de 1967). Algunas de estas disposiciones han sido semiderogadas, otras muchas reinterpretadas y no pocas resultan obsoletas. Es hartó preocupante, además, la existencia de importantes lagunas o carencias, sólo cubiertas eventualmente por la negociación colectiva, por el contrato individual de trabajo, por la propia tolerancia empresarial o por la jurisprudencia, tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, con las visitas al médico que no causan baja o con las suspensiones contractuales derivadas de intervenciones quirúrgicas no cubiertas por la Seguridad Social (curas de adelgazamiento, cirugía estética⁸, desintoxicaciones...). En el peor de los casos, las insuficiencias han sido totalmente olvidadas, conforme ocurre con las situaciones de incapacidad temporal fruto de enfermedades mentales, marcadas por un cúmulo ingente de especialidades capaces de aconsejar, en múltiples ocasiones –y sobre todo a efectos de asistencia sanitaria–, un tratamiento separado del patrón común⁹.

Este preocupante diagnóstico no debe hacer olvidar que el hilo conductor de las sucesivas intervenciones del legislador ha sido el de reducir las bajas de complacencia, que tanta repercusión negativa provocan sobre el dinero público y sobre los estándares de productividad empresarial, idea que cobra singular relevancia en los momentos actuales donde la grave y global crisis económica condiciona la dimensión cuantitativa de la financiación presupuestaria de la

⁷ Panizo Robles, J.A.: “Un nuevo paso en el control de la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 320, 2009, págs. 35 y ss.

⁸ La STS 21 febrero 2012 (rec. 769/2011) ha entendido que la cirugía puramente estética, asumida de forma voluntaria y que no guarde relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, no sólo se encuentra excluida del sistema de sanidad pública, sin recibir por lo tanto atención sanitaria de la Seguridad Social, sino que tampoco genera el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo.

⁹ Burgos Giner, M.A.: “El control de la incapacidad temporal”, en AA.VV. (Ojeda Avilés, A., Coord.): *La incapacidad temporal*, Pamplona, 1996, págs. 187 y ss.

incapacidad temporal. Ahora bien, detrás de tal objetivo no debe subyacer únicamente la premisa del fraude, sino que se debe encontrar un justo equilibrio entre la salvaguarda del derecho a la salud de los trabajadores y la imposibilidad de prestar cobertura a situaciones que no son merecedoras de protección¹⁰.

2. LA GESTIÓN DEL SUBSIDIO

El anterior esbozo normativo muestra un panorama harto enrarecido, dentro del cual cobran significativa relevancia las mutaciones obradas en el tradicional reparto de papeles entre el área sanitaria y el área de gestión económica que se ocupan de la incapacidad temporal, adquiriendo un peso especial la segunda en detrimento de la primera, máxime si se tiene en cuenta que, en España, la media constante de trabajadores afiliados que se encuentra en situación de incapacidad temporal ha llegado a ascender al 6,2 por 100¹¹.

Esta premisa no debe hacer soslayar, sin embargo, que el subsidio está directamente relacionado con la atención médica, hasta el punto de que esta última constituye presupuesto imprescindible para la existencia del hecho causante de aquél. De ello no parece ser consciente, muchas veces, el legislador, centrado obsesivamente en mantener un permanente control público de la prestación económica a través de la intervención de la Entidad Gestora y dejando relegada la participación de los facultativos del Sistema Público de Salud a una mera tarea burocrática sin demasiadas garantías clínicas, capaz de desvirtuar su sentido primigenio como juicio individualizado y exhaustivo sobre la situación patológica y su entidad¹².

2.1. La intervención de la Entidad Gestora

La preocupación por la necesidad de corregir y frenar las causas de fraude, que se recogía en la Recomendación decimotercera del Pacto de Toledo, es la

¹⁰ González Del Río, J.M.: “Competencias del INSS”, en AA.VV (Sempere Navarro, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid, 2011, pág. 150.

¹¹ Fernández-Costales Muñiz, J.: “Breves consideraciones en torno a la incapacidad temporal y sus mecanismos de control en el marco de su continua e interminable reforma”, *Revista Técnico Laboral*, núm. 120, 2009, pág. 168.

¹² Dueñas Herrero, L.J.: “Contingencia y prestación por incapacidad temporal”, en AA.VV (Blanco Martín, A., Coord.): *Las incapacidades laborales: un punto de vista práctico*, Valladolid, 2002, págs. 31 y ss.

que ha inspirado gran número de intervenciones normativas en el control de la prestación aquí analizada, sobre las cuales procede insistir en este momento¹³:

1º Hasta la reforma de 2006, las funciones de seguimiento del subsidio pasaron por las dos siguientes circunstancias: de un lado, la posibilidad de que las entidades responsables del pago pudieran someter a los beneficiarios a reconocimientos médicos y, como consecuencia de ello, remitir a los Servicios de Salud las propuestas de alta; de otro, la facultad del INSS de expedir altas médicas, a los exclusivos efectos económicos de la prestación, que precisaban la conformidad, expresa o tácita, de los Servicios de Salud¹⁴.

2º Con posterioridad, se ampliaron considerablemente las prerrogativas de la Entidad encargada del abono de la prestación en detrimento de las que venían ejerciendo tradicionalmente los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas –e, incluso, las Mutuas–, pues, si bien se mantuvo la duración de la prestación en doce meses, prorrogables por otros seis, cuando se presumiera que durante ellos el trabajador podía ser dado de alta por curación, sin embargo se alteraron las facultades de emisión de bajas, pasando a residenciarse en el INSS a través de los Equipos de Valoración de la Incapacidad (EVI). Tal iniciativa se atribuyó, además, y con un alcance general, de modo que la actuación de la Entidad Gestora no quedaba limitada a los procesos sobre los que tenía responsabilidad directa en el pago, sino que afectaba también a los correspondientes a trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial del Mar o a aquéllos gestionados por las Mutuas, y todo ello cualquiera que fuese el origen de la contingencia, común o profesional¹⁵.

3º En el año 2007 se da nueva redacción al apartado 1 del art. 128 LGSS, estableciendo un cauce de verificación más exhaustivo que pasa por varias fases¹⁶:

A) Una vez superado el período de doce meses (ahora 365 días) en la situación de incapacidad temporal, el INSS es la única entidad competente para poder adoptar las resoluciones siguientes: a) acordar la prórroga expresa de la incapacidad temporal con un límite de seis meses más (180 días); b) determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente; c) emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se

¹³ Rodríguez Escanciano, S.: “La gestión de la incapacidad: el papel de las Mutuas”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 8, 2007, págs. 56 y ss.

¹⁴ García Ninet, J.I.: “La incapacidad temporal”, en AA.VV (Ojeda Avilés, A., Coord.): *La incapacidad temporal*, Pamplona, 1996, págs. 13 y ss.

¹⁵ Fernández Domínguez, J.J. y Fernández Fernández, R.: *Incumplimientos empresariales en los actos de encuadramiento y responsabilidad de las Mutuas*, Valencia, 2007, pág. 37.

¹⁶ Cardenal Carro, M.: “De nuevo retocando la regulación de la incapacidad temporal”, en AA.VV (Monereo Pérez, J.L. et alii, Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, 2008, págs. 823 y ss.

produzca en el espacio de seis meses (180 días) posterior a una posible alta médica por la misma o similar patología; o d) expedir el alta, lo cual ya no va a tener sólo efectos en el ámbito de la prestación económica de la Seguridad Social, sino también en la propia situación laboral, provocando la finalización de la suspensión del contrato de trabajo y, como consecuencia de ello, generando la obligación del trabajador de reanudar su actividad productiva.

Conviene introducir, no obstante, una matización, pues, tras el agotamiento del período máximo de 545 días en situación de incapacidad temporal, si el trabajador continua necesitando asistencia sanitaria y sigue impedido para el trabajo, se ha de examinar su estado, a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda, abonándole las prestaciones de incapacidad temporal hasta su calificación, aun cuando se declare que su estado no es constitutivo de incapacidad permanente¹⁷.

B) A partir del día siguiente a aquél en el que la Entidad Gestora competente haya dictado resolución declaratoria de la prórroga o de inicio de un expediente de incapacidad permanente, queda suprimido el régimen de colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación. Conviene matizar, empero, que el art. 2 RD 1430/2009 establece unos supuestos especiales en los cuales, a pesar de que el proceso de incapacidad temporal haya alcanzado los doce meses de duración (365 días), se mantiene el pago por parte de la empresa, bien hasta la extinción de la situación de incapacidad temporal, bien hasta la calificación de la incapacidad permanente, como es el caso de las empresas autorizadas para colaborar voluntariamente en la gestión de aquélla y el de las Corporaciones Locales respecto del personal al que vinieran reconociendo y abonando la prestación aquí analizada.

C) Cuando el proceso de incapacidad temporal provenga de contingencia profesional, y su cobertura se hubiera realizado con una Mutua, ésta ha de efectuar ante el INSS o ISM, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos anteriormente señalados, considerándose aceptada por la Entidad Gestora si esta última no manifiesta en contrario su parecer en el plazo de los 5 días naturales siguientes a su recepción¹⁸.

D) Expedida el alta médica, el interesado puede aquietarse a la misma (desplegando entonces plenos efectos laborales) o, por el contrario, mostrar expresamente su disconformidad, en el plazo máximo e improrrogable de 4 días naturales, ante la Inspección Médica –u órgano equivalente del Servicio

¹⁷ SSTS, Social, 27 septiembre 2005 (RJ 8316), 23 noviembre 2012 (RJ 2012, 150) y 23 mayo 2012 (rec. 2405/2011), comentadas por Morales Vallez, C.E.: “El subsidio de incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2012, (BIB 2012/2776), pág. 5.

¹⁸ Sempere Navarro, A.V.: *Régimen jurídico de las Mutuas patronales*, Madrid, 1986, pág. 206.

Público de Salud–, la cual, a su vez, puede: a) ratificar, dentro del espacio de los 11 días naturales siguientes a la fecha de la expedición de la resolución inicial de la Entidad Gestora, la decisión de esta última; b) no emitir, dentro del lapso indicado, pronunciamiento alguno, en cuyo supuesto la resolución de la Entidad Gestora extingue la situación de incapacidad temporal a los efectos laborales y de Seguridad Social; c) manifestar razonadamente la disconformidad con la actuación del INSS y proponer la modificación de la actuación adoptada, en cuyo caso este organismo, en el plazo de los 7 días naturales siguientes, puede reconsiderar el alta médica inicialmente expedida y reconocer al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos o, por el contrario, confirmar su previa decisión prorrogando la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la resolución definitiva (art. 3 RD 1430/2009)¹⁹.

Intervienen, por tanto, tres actores²⁰: a) el propio trabajador, a quien le corresponde manifestar su oposición ante los Entes encargados de velar por la asistencia sanitaria; b) el sujeto que ha expedido el alta (la Entidad Gestora responsable del pago de la prestación) y contra cuya actuación se formula el incidente de disconformidad; y c) la Inspección Médica u órgano equivalente del correspondiente Servicio Autonómico de Salud, en tanto destinataria de la oposición por parte del empleado, y quien deberá manifestar su apoyo, expreso o tácito, o su rechazo a la actuación del INSS. La empresa, sin embargo, carece de presencia activa en este procedimiento pese a su colaboración obligatoria en el ámbito de la incapacidad temporal, más allá de las comunicaciones que se le hayan efectuado respecto del inicio del mismo o de la resolución adoptada. De igual modo, las Mutuas no ostentan legitimación para impugnar el alta emitida por el INSS.

4º En fin, tras la reforma introducida por la Ley 35/2010, el INSS a través de sus propios médicos puede, bien expedir bajas, en los 365 días primeros de la incapacidad temporal, cuando la baja médica se produzca en el plazo de los 180 días siguientes al alta médica emitida por la Entidad Gestora y se trate de la misma o similar patología; bien expedir partes de alta durante los 365 primeros días, a través de los Inspectores médicos adscritos –al INSS o al ISM– ejerciendo las mismas competencias que la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir un alta médica a todos los efectos; o bien, después de 365 días, reconocer la situación de prórroga expresa con el límite de 180 días

¹⁹ Fernández Orrico, F.J.: “Cinco nuevos aspectos de aplicación en la incapacidad temporal y la enfermedad profesional incorporados por Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre”, *Aranzadi Social*, núm. 16, 2010, págs. 55 y ss.

²⁰ Velázquez Fernández, M.: *Impacto laboral del estrés*, Bilbao, 2005, págs. 90-91.

más, determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente o emitir un parte de alta médica²¹.

Se otorgan, por tanto, competencias al INSS, de forma exclusiva, para expedir los partes de alta médica y baja médica a todos los efectos después de los 365 primeros días de incapacidad temporal, y, como novedad, en forma compartida con la Inspección Médica del Servicio Público de Salud durante los 365 primeros días²².

En coherencia con esta reforma que refuerza el control del INSS, se adiciona un párrafo tercero a la disposición adicional cuadragésima LGSS conforme al cual la Inspección médica de los Servicios Públicos de Salud podrá solicitar la remisión de los datos médicos necesarios para el ejercicio de sus competencias, que obren en poder de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

2.2. El papel de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social

Configuradas normativamente como “las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo que, con tal denominación, se constituyan, sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan, por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social” (art. 68 LGSS), las Mutuas, singularmente a partir del año 1994, han ido adquiriendo una presencia importante en la gestión de la incapacidad temporal no sólo por contingencias profesionales, sino también por contingencias comunes²³.

Quedan equiparadas, por cuanto aquí interesa, con las Entidades Gestoras, si bien con las siguientes limitaciones: a) No están facultadas para expedir altas médicas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes; b) Tras el transcurso de los doce meses (365 días) del correspondiente proceso de incapacidad temporal, el control médico-administrativo del mismo corresponde en exclusiva al INSS en los términos anteriormente indicados; c) Este organismo está facultado para determinar la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal aunque la gestión del correspondiente

²¹ Olarte Encabo, S.: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, cit., págs. 3 y 4.

²² Tortuero Plaza, J.L. y Moreno Romero, F.: “Un nuevo y definitivo giro en la reforma de la incapacidad temporal”; *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2010, págs. 211 y ss.

²³ Virolés Piñol, R.M.: “Colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo en la gestión de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, 1997, T. III, págs. 1079 y ss.

proceso sea competencia de la Mutua; d) Las Entidades Colaboradoras no pueden adoptar medidas cautelares, entre las que se encuentra la suspensión en el abono de la prestación, cuando haya un incumplimiento por parte del beneficiario de presentar, en los plazos establecidos, las declaraciones, documentos o justificantes de la situación y tampoco pueden sancionar las conductas indebidas o fraudulentas de los perceptores de prestaciones por incapacidad temporal²⁴.

Si la enfermedad es de origen profesional, corresponde a la Mutua la declaración de la situación de incapacidad temporal y el cese de la misma. En todo caso y de conformidad con el art. 4 RD 1430/2009, las altas que expidan estas Entidades Colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales pueden ser revisadas, a instancias del interesado, ante el INSS, quedando excluidas solamente aquéllas expedidas una vez que la incapacidad temporal haya sobrepasado los doce meses (365 días), cuya competencia corresponde en exclusiva al INSS.

En cambio, la determinación de la alteración de la salud con efecto incapacitante corresponde al facultativo de los Servicios Públicos mediante la expedición del parte de baja si ésta deriva de enfermedad común; ni la Mutua ni el INSS disponen de facultades para determinar el nacimiento de la contingencia desde la órbita sanitaria, quedando escindidas, una vez más, la valoración jurídico-clínica, atribuida a los Servicios Públicos de Salud, y la determinación jurídico-prestacional, que corresponde al INSS o a la Mutua si la empresa ha formalizado con ella la cobertura de esta prestación²⁵. Lo que sí puede hacer el INSS es emitir el alta.

En fin, tras la Ley 35/2010, las Mutuas asumirán a su cargo, sin perjuicio del posible resarcimiento posterior por los Servicios de Salud o por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, “el coste originado por la realización de pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral por contingencias comunes” (disposición adicional quinquagésimo primera LGSS)²⁶.

²⁴ Llorente Álvarez, A.: “Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social”, en AA.VV (Hierro Hierro, F.J., Coord.): *Diccionario de la Seguridad Social*, Pamplona, 2006, págs. 467 y ss.

²⁵ Sempere Navarro, A.V.: “Colaboración en la gestión”, en AA.VV (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N., Dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Régimen jurídico de la prevención, aseguramiento, gestión y responsabilidad*, Granada, 2006, pág. 676.

²⁶ Olarte Encabo, S.: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, cit., pág. 12.

Sea como fuere, toda esta regulación debe considerarse provisional, pues, como ya consta, la disposición adicional 4ª Ley 3/2012 habilita al Gobierno para que, previa consulta a los interlocutores sociales, estudie la modificación del régimen jurídico de las Mutuas en aras a una gestión más eficaz de la incapacidad temporal.

3. EL CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DESDE EL PUNTO DE VISTA SANITARIO

Si algo ha quedado claro en los epígrafes precedentes es que la complejidad del sistema regulador de la situación aquí analizada es consecuencia inmediata de sus incesantes reformas, singularmente significativas en cuanto a la gestión y control de la prestación sobre la cual viene girando tradicionalmente una sospecha constante de fraude. Esta dificultad se ve acrecentada en virtud del entrecruzamiento de tres niveles normativos distintos: el de la asistencia sanitaria, el de la situación suspensiva de la relación laboral y el de la prestación económica de Seguridad Social. Tales parámetros no son, sin embargo, igualmente atendidos por el legislador, mostrando una preferencia clara por aquellos aspectos y sujetos tendentes a garantizar que el cobro de la prestación no sea irregular, y relegando a un plano secundario las circunstancias médicas circundantes a la misma²⁷.

No otorga el mismo peso, por tanto, a los varios actores que inciden sobre la incapacidad temporal, fijando el siguiente orden de importancia: a) la Entidad Gestora (INSS o ISM, según el Régimen de Seguridad Social en el cual se encuentre encuadrado el trabajador protegido); b) la Entidad Colaboradora (Mutua) que puede llevar a cabo la cobertura de esta prestación, siempre y cuando haya mediado una elección en tal sentido por la empresa o por el propio trabajador por cuenta propia; y c) los correspondientes organismos sanitarios (Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas o el Instituto de Gestión Sanitaria –IGESA–) en tanto el subsidio por incapacidad temporal guarda relación con una pérdida de salud que incapacita al empleado, de forma temporal, para la realización de su trabajo, situación que ocasiona a su vez la pérdida del salario, a cuya sustitución se dirige la correspondiente actuación de la Seguridad Social²⁸.

²⁷ Santa-María Ruiz, M.D.: “Incapacidad temporal. Problemas de control”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 152, 2008, págs. 147 y ss.

²⁸ Tortuero Plaza, J.L.: “Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: la enésima reforma de 2006”, en AA.VV (Monereo Pérez, J.L. *et alli*, Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Granada, 2008, págs. 801 y ss.

3.1. Principales deficiencias

El celo puesto de manifiesto por el ordenamiento jurídico a la hora de pautar la intervención en el desarrollo del proceso por parte de la Entidad Gestora (o –en menor medida– Colaboradora) quiebra de manera estrepitosa en su esfera médica, olvidando que el instrumento clave sigue siendo el denominado “parte”, dotado de singular importancia en las primeras fases, esto es, en la declaración de la situación de incapacidad temporal y en las confirmaciones tempranas de la misma.

Conviene aclarar que el inicio en la tramitación difiere en función de la contingencia de la cual derive la incapacidad temporal, pero lamentablemente la consecuencia es la misma: la amnesia del legislador sobre la importancia de la *lex artis*, movido por un excesivo interés en poner vetos a la percepción de la prestación pecuniaria²⁹.

1º Si es de origen común, el subsidio requiere, para hacerse efectivo, un parte de baja expedido por el médico de atención primaria. Este documento no se puede emitir con efectos retroactivos anteriores al examen del trabajador. Debe extenderse, además, por cuadruplicado según modelo establecido. El original debe ser enviado a la Inspección de los Servicios Sanitarios u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud. En él deberá constar el diagnóstico, la descripción de las limitaciones funcionales y una previsión acerca de la duración del proceso patológico. El segundo ejemplar se debe remitir a la Entidad Gestora o Mutua, el tercero se entrega al trabajador y el cuarto, sin que conste el diagnóstico, debe presentarse en la empresa. Ésta, tras cumplimentar los datos a ella referidos, lo envía sellado y firmado a la Entidad Gestora o a la Mutua en el plazo de 5 días, salvo cuando haya asumido ella misma el pago del subsidio en régimen de colaboración voluntaria³⁰.

Llegado el cuarto día, contado desde el inicio de la situación de incapacidad temporal, el médico de atención primaria expedirá el parte de confirmación, a partir del cual el trabajador comenzará a percibir el subsidio. Sucesivamente, y mientras se mantenga la situación, deberá emitir un parte de confirmación cada 7 días.

Cuando el médico de familia suscriba el tercer parte médico de confirmación (esto es, el décimo octavo día), deberá aportar, al tiempo, un informe complementario recogiendo las dolencias padecidas por el trabajador, el trata-

²⁹ Rivas Vallejo, P.: “Seguridad Social y riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 12, 2004, pág. 279.

³⁰ Lantarón Barquín, D.: *Asistencia sanitaria: contenido, claves y principios*, Valencia, 2007, págs. 23 y ss.

miento prescrito, la evolución de la enfermedad y su incidencia sobre la capacidad funcional. Este dictamen debe formalizarse, además, cada cuatro semanas. Por su parte, y con carácter trimestral, la Inspección de Servicios Sanitarios debe expedir un informe médico de control en el cual constarán todos los extremos que justifiquen la necesidad de mantener el proceso, documento a enviar a la Entidad Gestora o a la Mutua (arts. 1 y 2 RD 575/1995).

Durante la baja, los Equipos Médicos del INSS podrán citar al trabajador a los reconocimientos que consideren necesarios con el fin de darle de alta o de que, alcanzado el duodécimo mes en situación de incapacidad temporal, se disponga de una historia clínico-laboral completa capaz de permitir al EVI efectuar la propuesta más correcta (RD 1300/1995). Así, cuando se alcance el undécimo mes, el médico evaluador del INSS efectuará, mediante el oportuno reconocimiento del trabajador, un informe de síntesis. Este informe y la documentación clínica obrante en el expediente serán examinados por el EVI, quien efectuará propuesta de Resolución al Director Provincial del INSS en el sentido siguiente: a) reconocimiento de prórroga expresa de incapacidad temporal con señalamiento de la fecha a partir de la cual se pueda efectuar un nueva revisión clínica; b) iniciación de expediente de incapacidad permanente; o c) tramitación de alta médica con plenos efectos³¹.

2º Cuando el proceso de incapacidad temporal derive de contingencia profesional, el control sanitario corresponde a la Mutua responsable del abono del subsidio. Ésta será competente para emitir los partes de baja, confirmación y alta (arts. 1.4.2 y 1.6 RD 575/1997). El primer parte de confirmación de la baja se expedirá a los 7 días desde que tuvo lugar aquélla y se sucederán, si fuese menester, igualmente cada 7 días. En el momento en el cual se alcance el duodécimo mes en la duración del proceso de incapacidad temporal, remitirá al INSS la propuesta que considere más adecuada en relación con la continuidad o no del citado proceso³².

Sabido es, pues, que el parte médico de baja es el acto que desencadena el inicio de la situación de incapacidad temporal y su emisión justificará las ausencias del trabajador. Hay que tener en cuenta que, en la mayoría de las ocasiones, la declaración de la baja médica procede de un facultativo del Servicio Público de Salud en una entrevista para la que cuenta con un tiempo

³¹ Grau Pineda, M.C.: “Nuevas estrategias preventivas frente a nuevos riesgos psicosociales”, en *Gestión práctica de riesgos laborales: integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, núm. 38, 2007, págs. 18-27.

³² Molina Navarrete, C.: “Nuevas dimensiones de la ‘prevención’ y el ‘aseguramiento’ de riesgos profesionales: ‘enfermedades del trabajo’ y ‘riesgos emergentes’”, en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M^o.N., Dirs.): *Tratado práctico a la legislación reguladora de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, 2005, pág. 94.

reducido, dada la presión asistencial de los centros de salud, donde se atiende no sólo a los trabajadores, sino también a pensionistas, desempleados y, en general, a toda la población susceptible de ser tratada sanitariamente; con una imposibilidad objetiva para acceder de inmediato a pruebas diagnósticas básicas –radiografías, análisis de sangre y de orina, resonancias magnéticas, etc.–, lo que motivará en muchos casos la concesión “preventiva” de la baja médica, desconociendo las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo, y atendiendo exclusivamente a las manifestaciones del propio beneficiario, a lo que hay que unir la limitación propia de la falta de formación académica en la valoración funcional de daño corporal o mental³³.

3.2. Medidas de refuerzo para la contención del gasto

Ante tales deficiencias, no puede extrañar que, a lo largo de los últimos años, la Entidad Gestora (el INSS), mediante conciertos con los diferentes Servicios Públicos de Salud Autonómicos, haya contribuido a financiar la mejora en la comunicación informática de los partes, mediante la dotación de recursos electrónicos en las consultas de los facultativos y la agilización en la remisión de los datos. Además –y aun cuando se reiteren argumentos ya vertidos–, no cabe olvidar que el legislador ha intentado reforzar el sistema de supervisión de las bajas, distinguiendo dos momentos: antes de los 365 días y después.

a) Una vez emitida la baja médica en los supuestos de contingencias comunes, los facultativos de los Servicios Públicos de Salud pueden realizar el pertinente control sanitario de dichas situaciones, a través de los partes de confirmación, que se extenderán al cuarto día del inicio de la situación y, sucesivamente, cada siete días, teniendo en cuenta los informes de los partes oficiales y de los dictámenes médicos de cualesquiera facultativos, extremos que contarán con carácter confidencial y que no podrán ser utilizados para finalidades distintas a dicho control. Consecuencia de esta actuación, pueden emitir partes médicos de alta durante los 365 primeros días de la incapacidad temporal (no sólo cuando se trate de contingencias comunes sino también cuando se trate de contingencias profesionales cuya cobertura esté a cargo de la propia Entidad Gestora), estando su expedición condicionada a la realización de un previo reconocimiento del trabajador.

Al tiempo –y en paralelo–, el propio INSS (o el ISM) puede emitir altas médicas a todos los efectos, por curación o por incomparecencia injustificada a

³³ Salas Baena, A.: “El control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2012, pág. 14.

los reconocimientos médicos convocados por los Inspectores Médicos de dicha Entidad Gestora en ese mismo espacio de los primeros 365 días de baja. Es más, si el INSS ha emitido el alta en ese plazo solo esta Entidad resulta competente para emitir nuevas bajas por la misma o similar patología dentro de los 180 días posteriores.

Igualmente, las Mutuas también pueden expedir el alta, pero únicamente cuando se trate de una baja médica derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que afecte a trabajadores cuyas empresas hayan concertado la protección de tales contingencias con las mismas.

Ahora bien, estas Entidades Colaboradoras deberán conformarse con efectuar meras propuestas de alta cuando se trate de contingencias comunes aseguradas con la Mutua, propuestas a formular primero ante el Servicio Público de Salud y luego, si fracasan, ante el INSS, bien por curación, bien por la realización de trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio, bien por rechazo o abandono del tratamiento médico sin causa justificada, o bien por actuación fraudulenta en la obtención o en la conservación del subsidio. *A sensu contrario*, únicamente, pueden extinguir directamente el derecho al subsidio por incomparecencia del beneficiario a los reconocimientos médicos convocados por las Mutuas, pues, en este caso, no se trata de un acto que tenga naturaleza sancionadora, terreno donde la competencia es exclusiva del INSS, sino de gestión ordinaria de la prestación, presumiendo *iuris tantum* que la no asistencia a la cita equivale a la sanidad del trabajador³⁴.

b) Una vez agotado el plazo de duración de doce meses del proceso de incapacidad temporal, el INSS es el único órgano competente para: a) emitir el alta médica, ante la que cabe, bien el inicio del procedimiento administrativo de disconformidad previsto en el art. 128.1 a) LGSS (en el plazo de cuatro días) quedando prorrogada la situación de incapacidad temporal por ministerio de la ley, o bien la interposición de reclamación previa a la vía judicial (en el plazo de treinta días) de conformidad con lo señalado en el art. 73 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS); b) reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses procediendo al pago directo del subsidio; o c) determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente³⁵. Si la incapacidad temporal tuviera su origen en una contingencia profesional y se hubiera optado por su cobertura con una Mutua, ésta ha

³⁴ STS 5 octubre 2006, comentada por Monreal Bringsvaer, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, 2012, págs. 6 y ss.

³⁵ Martínez Lucas, J.A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2009, págs. 2677 y ss.

de efectuar ante el INSS propuesta de actuación en alguno de los tres sentidos señalados³⁶. Igualmente, el INSS es el único órgano competente para la calificación como común o profesional del riesgo del que emana la contingencia a partir de dicho plazo de doce meses³⁷, sin que, en este caso, el beneficiario esté obligado a la devolución de lo percibido pese a la posterior confirmación del alta³⁸.

4. LA ESCASA INCIDENCIA DE LOS CONTROLES PÚBLICOS SOBRE LA ESFERA EMPRESARIAL

El protagonismo otorgado al INSS en el proceso de control público de la incapacidad temporal no debe hacer olvidar que las Entidades Colaboradoras cuentan con una red asistencial muy amplia y cercana a los centros de trabajo donde se producen las contingencias profesionales, al tiempo que sus servicios sanitarios están altamente especializados en el tratamiento y curación de las patologías (principalmente músculo-esqueléticas) que sufren normalmente los trabajadores, razón por la cual, aun tratándose de los mismos pacientes y dolencias, los procesos de incapacidad temporal suelen tener una duración mucho menor cuando son asistidos por los servicios médicos de las Mutuas que cuando lo son por los Servicios Públicos de Salud. Sin duda, en ello incide el mayor conocimiento por parte de los facultativos de las Mutuas de las exigencias psicofísicas del puesto de trabajo que desarrolla el paciente, así como la habitual y más fluida coordinación de estas entidades colaboradoras con las empresas para facilitar la reincorporación paulatina al puesto de trabajo o, incluso, el traslado a otro compatible con la situación del trabajador, de forma temporal o permanente, siendo también indiscutible la ventaja de poder contar con la posibilidad de utilizar recursos diagnósticos y quirúrgicos sin las listas de espera que sufren los Servicios Públicos de Salud y la disponibilidad desde un primer momento de las infraestructuras rehabilitadoras con las que suelen estar dotados la mayor parte de los centros asistenciales de las Mutuas³⁹.

Ahora bien, con ser evidentes los efectos de todos los controles públicos anteriormente esbozados (singularmente del INSS y, sobre todo, de las Mutuas)

³⁶ Paredes Rodríguez, J.M.: “Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación del nuevo modelo de control de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, núm. 21, 2010 (BIB 2010/252), págs. 3 y ss.

³⁷ Tortuero Plaza, J.L.: “Un nuevo y definitivo giro en la reforma de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2010 (BIB 2010/2384), págs. 3 y ss.

³⁸ Paredes Rodríguez, J.M.: “Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre. La culminación de un nuevo modelo de control de la incapacidad temporal”, cit., pág. 6.

³⁹ Salas Baena, A.: “El control de la incapacidad temporal”, cit., pág. 29.

en la esfera de la contención del gasto social, sin embargo no lo son tanto en la del absentismo. Y así, aun cuando durante la suspensión del contrato que conlleva la incapacidad temporal se “exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo” (art. 45.2 ET), lo cierto es que durante tal situación desaparece o, al menos, se reduce al mínimo, la rentabilidad que el empresario espera obtener del trabajador contratado. Además, aunque la causa de suspensión del contrato de trabajo que constituye la incapacidad temporal se extingue con el alta médica, alta que lógicamente comporta la finalización del derecho a la prestación económica, sucede, empero, que en la práctica no siempre que un trabajador pierde el derecho al subsidio de incapacidad temporal está obligado a solicitar inmediatamente (en el plazo de veinticuatro horas) su vuelta al trabajo si no quiere incurrir en la falta disciplinaria que constituyen las ausencias injustificadas.

Por poner algunos ejemplos, en los casos de incapacidad temporal común gestionada por la Mutua, con anterioridad al día 365, resulta que ésta no puede adoptar por sí misma una decisión –alta del beneficiario– que repercuta en la esfera laboral, únicamente puede tomar medidas que incidan en el ámbito de la protección social, referidas al mantenimiento de la prestación económica⁴⁰. Si la incapacidad temporal deriva de contingencia profesional, asegurada con una Mutua, la emisión de los partes de baja y de alta corresponde a los médicos de la misma, 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 matización al margen, la competencia plena de la Mutua durante dicho período inicial para determinar tanto el inicio como el final de la protección por incapacidad temporal y, consecuentemente, la obligación del trabajador de solicitar la reincorporación a su puesto de trabajo se difumina en la realidad porque el trabajador puede obtener una baja posterior (estratégica) del Servicio Público de Salud que inicialmente (y a salvo posterior recalificación por el INSS) lo sería por contingencia común aún tratándose de las mismas secuelas, a partir de la cual el empresario debe asumir serios problemas organizativos derivados de la situación de un trabajador que por decisión de la Entidad Colaboradora 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, que debe ser comunicada por la empresa a la Entidad Colaboradora⁴¹.

⁴⁰ Martínez Lucas, J.A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral*, núm. 22, 2009, pág. 2678.

⁴¹ Monreal Bringsvaerd, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 2012, pág. 2.

4.1. Procedimiento administrativo de revisión del alta médica emitida por las Entidades Colaboradoras

En estas condiciones en las que simultánea o sucesivamente tenga lugar un alta médica por contingencias profesionales (expedida por la Mutua) y una baja médica por contingencias comunes (expedida por los Servicios Públicos de Salud), y dando cumplimiento a lo dispuesto en la disposición adicional 19ª Ley 40/2007, el RD 1430/2009 incorpora un procedimiento administrativo de revisión ante el INSS de las altas que expiden las Mutuas en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, facultando expresamente al organismo gestor de la Seguridad Social a tal fin, teniendo su resolución naturaleza de reclamación administrativa previa a la demanda judicial (art. 4.12). Este procedimiento tiene un triple límite subjetivo, objetivo y temporal: 1) se ciñe a los partes médicos de alta emitidos por las Mutuas y entidades colaboradoras, excluyendo los expedidos por los médicos de los Servicios Públicos de Salud; 2) se restringe a los partes médicos de alta derivados de contingencias profesionales, excluyendo las contingencias comunes; 3) solo opera durante los doce primeros meses de incapacidad temporal⁴².

El trabajador es el único legitimado para presentar ante el INSS la solicitud de revisión del alta emitida por la Mutua dentro de los cuatro días naturales siguientes a su notificación, sin que quepa la revisión de oficio y sin que la empresa tenga en ningún momento la condición de interesado, y ello a pesar de que resulta directamente afectada por el alta médica expedida por la Mutua o, dicho de otra manera, sufre las consecuencias de un alta médica indebida que le obliga a dar tarea al trabajador afectado aunque no esté en condiciones de prestar servicios⁴³. La solicitud debe recoger los motivos de disconformidad con dicha alta médica y adjuntar el historial médico previo, relacionado con el proceso de incapacidad temporal o, en su lugar, copia de la solicitud de dicho historial a la Entidad Colaboradora, con el fin de que la Entidad Gestora conozca los antecedentes médico-clínicos existentes (art. 4.2 RD 1430/2009)⁴⁴.

La solicitud de revisión conlleva la prórroga de la situación de incapacidad temporal con todos los efectos asociados, incluidos lógicamente el abono delegado de la prestación por parte de la empresa y el mantenimiento de la suspensión contractual, mientras que su presentación extemporánea determina que la resolución administrativa sea denegatoria y, con ello, el alta médica expedida

⁴² Molins García-Atance, J.M.: “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pág. 30.

⁴³ Martínez Lucas, J.A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, cit., pág. 2679.

⁴⁴ González Del Río, J.M.: “Competencias del INSS”, en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid, 2011, pág. 144.

por la Mutua adquiere efectos desde la fecha de su emisión, manteniéndose la suspensión del contrato simplemente durante cuatro días o durante once si opta por interponer directamente reclamación previa a la vía judicial (art. 71.3 LRJS). De esta forma, mientras se tramita todo el procedimiento administrativo, se garantiza el pago del subsidio al interesado, si bien si sus pretensiones no tienen éxito el trabajador debe reintegrar las prestaciones percibidas durante el transcurso de la prórroga si el INSS confirma la decisión de la Mutua o fija una nueva fecha de extinción de la incapacidad temporal (art. 4.8 RD 1430/2009), medidas que inciden directamente –permítase la reiteración– en la esfera de la contención del gasto, pero carecen de repercusiones en el ámbito de la organización empresarial de un tiempo que debiendo haber sido trabajado no lo fue y además durante su transcurso el empresario ha ingresado las cuotas correspondientes⁴⁵.

Aunque el procedimiento administrativo de revisión es preferente, tal y como señala el art. 4.1.2º RD 1430/2009, la celeridad buscada puede verse empañada por defectos atribuibles al propio interesado, abriéndose el trámite de subsanación de diez días cuando la documentación resultara incompleta⁴⁶. Presentada en tiempo y forma la misma, el INSS debe comunicar a la Mutua el inicio de dicho procedimiento para que ésta aporte en el plazo de dos días hábiles los antecedentes e informe sobre los extremos que motivaron la emisión del alta. La Mutua puede no atender este requerimiento, resolviendo el INSS en función de la documentación presentada por el interesado (art. 4.4 RD 1430/2009)⁴⁷.

La resolución del INSS debe dictarse, además, previo informe preceptivo pero no vinculante del EVI, en el plazo de quince días hábiles, determinando la fecha y efectos del alta médica con el oportuno reintegro de las prestaciones económicas percibidas o el mantenimiento de la baja médica, calificando en su caso la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal, así como la improcedencia o nulidad de eventuales bajas emitidas por el Servicio Público de Salud durante la tramitación de este procedimiento. La resolución del INSS puede impugnarse, a su vez, en vía judicial, en cuyo caso el acto de la vista habrá de señalarse dentro de los cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la sentencia, que no tendrá recurso, se dictará en el plazo de tres

⁴⁵ Monreal Bringsvaerd, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, cit., pág. 3, autor a quien se sigue en la presente exposición.

⁴⁶ López Gandía, J.: “La reforma laboral de 2010 y la evolución del Derecho del Trabajo: otra vuelta de tuerca”, *Revista de Derecho Social*, núm. 51, 2010, pág. 252.

⁴⁷ Monreal Bringsvaerd, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, cit., pág. 4.

días [art. 140.3 c) LRJS]⁴⁸. Si el pronunciamiento judicial invalida el alta de la Mutua por considerarla indebida, las posibles bajas estratégicas deberán ser tenidas por inexistentes, correspondiendo a la Mutua que expidió el alta abonar la prestación económica de la incapacidad temporal que sigue teniendo carácter profesional. En cambio, si convalida el alta de la Mutua, no puede entrar a valorar la procedencia de eventuales bajas estratégicas, cosa que sí ha podido hacer el INSS en el marco del procedimiento administrativo previo. La inseguridad en la que queda la empresa durante estos períodos es, pues, absoluta⁴⁹.

4.2. Procedimiento administrativo de disconformidad del alta médica expedida por la Entidad Gestora

No cabe olvidar tampoco que agotados los primeros 365 días, es el INSS el único que puede adoptar la decisión 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). No es infrecuente que el beneficiario reciba un alta que, a su juicio, resulte improcedente, al entender que aún no se encuentra en condiciones para reincorporarse al puesto de trabajo. Para dar cauce a este parecer, el acto administrativo de alta de la Entidad Gestora es revisable mediante un procedimiento específico, conocido como procedimiento de disconformidad⁵⁰. Si el trabajador decide poner en marcha este procedimiento, al igual que en el epígrafe anterior, se produce un alargamiento de la situación de incapacidad temporal y, por consiguiente, de la suspensión del contrato de trabajo con lógicas repercusiones en la vertiente del fomento del absentismo.

El citado procedimiento de disconformidad, regulado en el 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 salud, 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 se acoge a esta posibilidad 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

⁴⁸ Sirvent Hernández, N.: “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2011, págs. 1858 y ss.

⁴⁹ Monreal Bringsvaerd, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, cit., pág. 4.

⁵⁰ González Del Río, J.M.: “Competencias del INSS”, cit., pág. 141.

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 empiezan a contar desde que finaliza otro plazo previo de 7 días que, a su vez, tiene la Inspección para dirigir al INSS la propuesta de reconsideración del alta. Si el INSS reconsidera el alta, la incapacidad temporal se prorroga a todos los efectos, pero si se reafirma en su decisión previa de alta, la incapacidad temporal se prorroga solo hasta la fecha de esta última resolución, de suerte que pueden transcurrir hasta 18 días para que el INSS emita la resolución de alta confirmatoria de la primera, manteniéndose la suspensión del contrato durante este espacio de tiempo (art. 3 RD 1430/2009)⁵¹.

Cabe la posibilidad de que el procedimiento de disconformidad concluya sin éxito para el interesado. Ante tal situación y a la luz de la nueva regulación de la LRJS para el supuesto en que hayan transcurrido más de 365 días de la situación de incapacidad temporal, no cabe reclamación administrativa previa, lo cual va a beneficiar al trabajador ya que reduce el plazo de contestación judicial durante un período en que existe la obligación de reincorporación al puesto de trabajo tras el alta (arts. 71.1 in fine y 140.1 LRJS).

En fin, cuando lo que se pretenda impugnar sea una alta médica del INSS emitida antes de los 365 días, es necesario plantear reclamación administrativa previa, disponiendo a tal efecto el interesado de 11 días, frente a los 30 anteriores, desde la notificación de la resolución del alta (art. 71.2.2º LRJS), rigiendo un plazo de caducidad de 20 días para presentar la demanda, a contar desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por la Entidad Gestora. El término para la contestación a dicha reclamación previa se reduce, en beneficio del trabajador, de 45 a 7 días, entendiéndose denegada dicha reclamación por silencio administrativo (art. 71.5.2º LRJS).

5. PÉRDIDA O SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN

Las facultades de anulación o suspensión del subsidio por incapacidad temporal son también compartidas por las Entidades Gestoras (INSS e ISM) y las Mutuas.

El art. 132 LGSS establece la posibilidad de que sea anulado el percibo de la prestación por las siguientes causas⁵²:

⁵¹ Monreal Bringsvaerd, E.: "Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción", cit., pág. 4.

⁵² García Gil, B.: "Obligaciones de la empresa", en AA.VV (Sempere Navarro, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid, 2011, pág. 133-134.

1ª Actuación fraudulenta por parte del beneficiario para conservar la prestación por un tiempo superior al que proceda, falseando la realidad respecto a la existencia de enfermedad o producción de accidente. En este caso, la decisión puede adoptarla no solo el INSS sino también la Mutua, dentro de las facultades de gestión que le encarga el art. 80 RD 1993/1995.

2ª Trabajo por cuenta propia o ajena. Carece de sentido, aquí, el motivo que justifica la prestación, que no es otro que la pérdida de ganancia por parte del trabajador, aunque la realización de la actividad no suponga necesariamente su curación y no implique concurrencia desleal.

Por su parte, el art. 25.1 LISOS considera infracción grave “efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentaria”. El hecho de que la realización de la actividad laboral sea contemplada por la normativa administrativa como infracción grave cuya imposición es competencia exclusiva de la Entidad Gestora, ha derivado en una importante contienda judicial cuestionándose que la Mutua, dentro de sus facultades de gestión de la prestación, pudiera acordar la anulación o suspensión de la prestación por esta circunstancia⁵³. Tal duda ha sido resuelta por el Tribunal Supremo que estimó la competencia de la Mutua para la anulación o suspensión siempre que tales actos no excedan temporalmente de la actividad desarrollada (tantos días de suspensión como de actividad laboral)⁵⁴. Por el contrario, la suspensión por tiempo superior a aquél durante el que se ha compatibilizado la percepción del subsidio con el desarrollo de un trabajo, sí es una sanción, que debe imponerse por el INSS.

3ª Rechazo o abandono del tratamiento indicado sin causa razonable. Sobre el concepto jurídico indeterminado “causa razonable” se han pronunciado los Tribunales al enjuiciar los casos concretos, entendiendo, por ejemplo, que queda extramuros del mismo el hecho de tener que ser sometido el trabajador a intervención quirúrgica (salvo que la operación entrañe realmente un riesgo, sin que pueda producirse un buen resultado)⁵⁵ o la práctica de deportes claramente incompatibles con el estado de salud del trabajador⁵⁶. Al igual que en los supuestos anteriores, la suspensión del abono de la prestación por esta causa puede ser acordada por la Entidad Gestora o por la Mutua⁵⁷.

⁵³ Paredes Rodríguez, J.M.: “Incompetencia de la Mutua para extinguir el subsidio de incapacidad temporal aunque el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”. *Actualidad Laboral*, núm. 8, 2007, págs. 956 y ss.

⁵⁴ STS, Social, 5 octubre 2006 (RJ 6620), seguida por las SSTS, Social, 23 abril, 12 julio, 10 octubre y 5 noviembre 2007 (recs. 900/2006, 454/2006, 4133/2005 y 647/2007) y 18 febrero 2009 (rec. 2116/2007).

⁵⁵ STSJ, Social, Cataluña 7 marzo 2006 (AS 624).

⁵⁶ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 8 enero 1998 (AS 206).

⁵⁷ STS, Social, 22 abril 2002 (RJ 7794).

4ª Incomparecencia injustificada a cualesquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o las Mutuas, cuya consecuencia es la extinción del derecho al subsidio (art. 131 LGSS y art. 25.2 LISOS). Según el Tribunal Supremo, tampoco en estas circunstancias estamos ante el ejercicio de una potestad sancionadora, sino de un genuino acto de gestión económica que puede ejercer no sólo el INSS sino también la Mutua⁵⁸. Sin embargo, en los supuestos de comparecencia del beneficiario al reconocimiento médico, si la Mutua, tras la correspondiente revisión, entiende que debe expedirse el alta médica, no puede efectuar tal declaración por sí sola, sino que ha de proponerlo a la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud, los cuales, tras consultar con los facultativos que han asistido al paciente, pueden expedir el alta, pudiendo la Mutua, si no recibe contestación, optar entre reproducir la propuesta ante los Servicios Públicos de Salud o ante el INSS (art. 6 RD 575/1995). E, igualmente, ante la negativa expresa del trabajador a someterse a la revisión médica, la Mutua no está facultada para extinguir el subsidio por incapacidad temporal, sino tan sólo para expedir propuesta de alta médica (art. 6.1 RD 575/1997)⁵⁹.

A la vista de estos cuatro apartados, cabe destacar que el legislador ha ampliado el ámbito competencial de las Mutuas con la finalidad de una mejor gestión del sistema, como una fórmula más en aras a combatir mejor el fraude, encubriendo verdaderas medidas sancionadoras bajo la apariencia de meros actos de gestión ordinaria y entendiéndolo, a la postre, que la iniciativa privada puede hacerlo de forma más eficiente que la pública⁶⁰.

No cabe olvidar tampoco que las Mutuas pueden destinar una parte de los resultados económicos positivos obtenidos en la gestión de las contingencias profesionales o comunes al establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones sociales por contingencias comunes de las empresas, que será proporcional al ahorro de costes generados al sistema de la Seguridad Social por incapacidad temporal, siempre que concurra una de las dos condiciones siguientes: a) Que se reduzcan los costes de la incapacidad temporal por debajo de los límites que se establezcan. b) Que se obtenga una reducción significativa de estos costes como consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores, que modifiquen

⁵⁸ SSTs, Social, 13 diciembre 2007 (RJ 1273), 28 mayo 2008 (RJ 5124), 18 febrero 2009 (RJ 2575) y 15 abril 2010 (RJ 4657).

⁵⁹ Valle Muñoz, F.A.: "La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del beneficiario al reconocimiento médico de la Mutua patronal", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2011, (BIB 2010/3867), pág. 7.

⁶⁰ Gil Plana, J. y González Del Río, J.M.: "Aspectos polémicos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 139, 2008, pág. 595.

las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de los trabajadores afectados por enfermedad común y mejoren el control del absentismo injustificado⁶¹. Se trata, pues, de un acicate económico para que tanto las Mutuas como las empresas, cada una dentro de sus competencias en la gestión y control de la incapacidad temporal, velen por una racionalización del gasto en esta cobertura y luchen contra el absentismo ilícito, provocando un beneficio dinerario directo mediante la reducción de las cotizaciones. En suma, las empresas que consigan reducir los gastos por incapacidad temporal mediante planes pactados de prevención del absentismo laboral, se beneficiarán de reducciones de las cotizaciones por contingencias comunes cuando las Mutuas establezcan sistemas de reducción *ad hoc* y apliquen a ellos los excedentes habidos en la gestión de la incapacidad temporal⁶².

6. LA VIGILANCIA POR EL EMPRESARIO DE LA ENFERMEDAD: POSIBILIDADES Y LÍMITES

La alteración de la salud, a consecuencia de dolencias físicas o psíquicas, impedirá al trabajador temporalmente la realización de su habitual actividad profesional, quedando justificada, por tanto, la intervención del empresario, bien a través de actuaciones destinadas a controlar la realidad de tales patologías, bien a prevenir el desarrollo de las mismas. En ambos momentos pueden ser de gran ayuda las nuevas tecnologías, máxime cuando la falta de asistencia al trabajo por deficiencias en el bienestar del trabajador se ha convertido en un grave problema para la débil economía española y para la productividad de las empresas. Aun cuando las bajas laborales se han visto sustancialmente reducidas por la recesión y la amenaza constante de la pérdida del empleo, no cabe olvidar que, en lo que es un mero ejemplo, en 2010 faltaron cada día a su puesto de trabajo un millón de personas por enfermedades comunes y accidentes no laborales⁶³.

6.1. La obligación del trabajador de someterse a los exámenes médicos propuestos por la empresa

Además del control de las alteraciones de la salud del trabajador realizado por los Servicios Públicos de Salud y las Entidades Gestoras (INSS e ISM) y

⁶¹ Salas Baena, A.: "El control de la incapacidad temporal", cit., pág. 31.

⁶² Conde Colmenero, P.: "Fiscalización de la incapacidad temporal", cit., pág. 135.

⁶³ Poquet Catala, R.: "La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012", *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2012, pág. 1281.

Colaboradoras (Mutuas) en orden a evitar el cobro indebido de prestaciones económicas de Seguridad Social, también puede el empresario inspeccionar la situación de incapacidad temporal de los trabajadores aunque se trate de comportamientos desarrollados fuera del lugar de trabajo, no en vano la incapacidad temporal constituye causa de suspensión del contrato con derecho a reserva del puesto de trabajo [art. 45.1 c) ET], durante la cual quedan interrumpidas las recíprocas obligaciones de prestar servicios y de su remuneración (salvo los conceptos que, como mejora, se prevean en contrato de trabajo o en convenio colectivo), conservándose, no obstante, el deber de mantener de alta al trabajador en la Seguridad Social y de cotizar por él (art. 13.2 RD 2064/1995)⁶⁴.

En consecuencia, durante la situación de incapacidad temporal desaparece o, al menos, se reduce al mínimo, la rentabilidad que el empresario espera obtener del trabajador contratado, al tiempo que se incrementan los costes laborales. Precisamente por ello, el empresario puede plantearse la necesidad de "...verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador", alegado por éste para justificar las faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento, bien del médico de la empresa o bien a través del facultativo elegido por el empresario, de forma que cualquier comprobación realizada por personal no sanitario viola el contenido del art. 20.4 ET⁶⁵, debiendo respetarse, además, el derecho a la dignidad y la intimidad del trabajador, pudiendo cifrar los datos con claves codificadas⁶⁶. Dicho precepto no otorga, sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, la facultad empresarial de crear un fichero automatizado con los datos relativos a las bajas laborales sin el consentimiento de los trabajadores implicados, lo cual resulta contrario al juicio de proporcionalidad a efectuar siempre que un derecho fundamental entre en conflicto con alguna prerrogativa del empresario limitativa del mismo y, por tal razón, semejante medida adolece de la tacha de ser lesiva para el derecho consagrado en el art. 18.4 CE⁶⁷.

Con todo, dicha interpretación no ha contado con una aceptación unánime por parte de la doctrina, en tanto, si bien el art. 20.4 ET "en ningún momento habla de almacenamiento de datos, el precepto ha de tener un alcance bastante mayor", pues lo contrario dificultaría enormemente las posibilidades de control sobre el absentismo laboral de los trabajadores por parte del empresario (es de

⁶⁴ Salas Baena, A.: "El control de la incapacidad temporal", cit., pág. 30.

⁶⁵ González Ortega, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Pamplona, 1993, págs. 143 y ss.

⁶⁶ Muñoz Molina, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Pamplona, 2005, pág. 248.

⁶⁷ STCo 202/1999, de 16 de diciembre.

suponer que si el ET permite a este último reaccionar frente a las faltas de asistencia en los arts. 58 y 54 ET le está permitiendo, “al menos tácitamente, una mínima anotación de dichas ausencias”) y la remisión de la información al respecto a los representantes sindicales o unitarios.

Sin entrar a detallar los pros y contras de esta medida, procede dudar de la eficacia de la misma en relación a la finalidad de reducir el absentismo, pues la consecuencia negativa inmediata para el trabajador, a tenor del art. 20.4 ET, no es otra que la suspensión de determinados derechos económicos (únicamente los que corren a cargo de la empresa derivados de las mejoras voluntarias sobre las prestaciones básicas o mínimas), no de la totalidad de los mismos y no en caso de discrepancia (esto es, el trabajador se ha sometido al reconocimiento pero no se entiende justificada formal y materialmente la enfermedad), sino sólo en el supuesto de negativa a la práctica del examen clínico⁶⁸.

Ante la poca eficacia de esta vía, nada impide que la empresa pueda dirigirse también, lógicamente, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para denunciar aquellas situaciones de sus trabajadores en situación de incapacidad temporal que entiendan puedan ser consideradas como infracciones del orden social. Debe tenerse en cuenta, en este marco, que la acción de denuncia del incumplimiento de la legislación del orden social es “pública” (el escrito deberá contener, además de los datos de identificación personal del denunciante y su firma, los hechos, la fecha y el lugar de su acaecimiento, la concreción de los presuntos responsables y demás circunstancias relevantes), y que el acusador “no puede alegar la consideración de interesado” a ningún efecto en la fase de investigación, aun cuando sí pueda tenerla si se incoo el correspondiente procedimiento sancionador (art. 13.2 Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo –LIT–). En cualquier caso, no se tramitarán aquellas denuncias que: a) sean anónimas; b) se refieran a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo; c) manifiestamente carezcan de fundamento o resulten ininteligibles; o d) coincidan con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional (art. 13.2 LIT). En fin, la Inspección podrá solicitar al denunciante su comparecencia para “ratificar, ampliar o concretar el contenido de la denuncia” (art. 24.2 RD 138/2000).

6.2. Consecuencias disciplinarias

Estas dos medidas de supervisión no agotan las posibilidades, pues el empleador puede recurrir a cualquier otra a fin de extraer las correspondientes

⁶⁸ Jover Ramírez, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pág. 50.

consecuencias sancionadoras en el ámbito de la relación laboral⁶⁹. Así, el despido disciplinario del trabajador puede resultar procedente cuando la empresa compruebe la realización por parte del trabajador en situación de incapacidad temporal de actividades coetáneas incompatibles con dicha contingencia o la simulación de una enfermedad o accidente, atendiendo al apartado b) del art. 54 ET: “transgresión de la buena fe contractual, así como abuso de confianza en el desempeño del trabajo”⁷⁰. Ha sido admitida, por ejemplo, en vía judicial, la utilización de cámaras de vídeo⁷¹ o la intervención de una agencia de detectives⁷² como medios de demostración a estos efectos aun cuando se utilicen extramuros del lugar de trabajo, siempre y cuando se desplieguen en espacios públicos, quedando vetada su utilización en el ámbito privado –normalmente el domicilio del trabajador o personas relacionadas con el mismo–. Muy significativo resulta aquel pronunciamiento, en el que para comprobar la situación de incapacidad temporal de la trabajadora se grabó a ésta por un detective cuando procedía a realizar determinadas operaciones en “un tendedero de ropa situado en la fachada exterior del edificio, delante de una ventana” de su domicilio. Considera la Sala que “la grabación videográfica vulnera el derecho fundamental a la intimidad”, pues recoge “momentos puntuales” de una persona que se asoma al exterior de su vivienda “para realizar actos propios de su vida privada y reservada”, en una interpretación que parte de una consideración subjetiva de los actos íntimos, que “no pierden esa naturaleza por el hecho de que pueda circunstancialmente verlos quien pase ocasionalmente por la vía pública, ya que no son actos destinados a esa exhibición” y si se han expuesto al conocimiento público se ha hecho “en la creencia razonable de su visión absolutamente anecdótica e irrelevante”⁷³.

Por lo demás, se ha declarado en vía judicial la procedencia del despido fundamentado en el art. 54.2 a) ET (“faltas de asistencia al trabajo no justificadas”) en aquellos casos en los que, producida el alta médica, el trabajador no se reincorpora a su puesto de trabajo en el plazo establecido (veinticuatro

⁶⁹ Jover Ramírez, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006, pág. 170.

⁷⁰ San Martín Mazzucconi, C.: “El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal”, en AA.VV (Sempere Navarro, A.V., Dir.): *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal*, Madrid, 2011, págs. 49 y ss.

⁷¹ SSTSJ Galicia 22 noviembre 2002 (AS 3471) ó Murcia 15 julio 2002 (AS 227640).

⁷² STS 6 enero 1998 (RJ 54) ó SSTSJ Cataluña 26 enero 2010 (JUR 158885), Andalucía 18 mayo 2010 (JUR 176035) ó Madrid 12 febrero 2010 (JUR 133070).

⁷³ STSJ Vasco 30 junio 2008 (AS 2817), comentada por Desdentado Bonete, A. y Muñoz Ruíz, A.B.: “El control de la prestación del trabajador a través de las nuevas tecnologías: un estudio sobre la videovigilancia en la doctrina judicial”, *Justicia Laboral*, núm. 44, 2010, pág. 30.

horas)⁷⁴. Sin embargo, se han considerado improcedentes aquellas extinciones contractuales en las que el trabajador ha aportado prueba contundente de su voluntad de continuar su relación laboral y de que sigue imposibilitado realmente para incorporarse al trabajo como consecuencia de la prolongación de la enfermedad o dolencia acreditada, ofreciendo los medios de verificación oportunos⁷⁵.

Al tiempo, el despido fundado en la falta de conveniencia empresarial en conservar a un trabajador con bajas prolongadas o reiteradas no ha sido calificado, en principio, en vía judicial como nulo, sino sólo como improcedente, sin dejar apenas margen a efectos de valorar posibles atentados discriminatorios a la dignidad del trabajador mórvido, al no tomarse la patología física o psíquica efectivamente padecida como causa de estigmatización, en pro de lo que debería ser una tutela real, articulada a través de la calificación de nulidad del despido y readmisión obligatoria, sobre la que en muy pocos supuestos repara la doctrina judicial⁷⁶, si bien no cabe negar alguna excepción como aquel pronunciamiento, en virtud del cual, sin cambiar con carácter general la jurisprudencia contraria a calificar como nulos los despidos por repetidas bajas de los trabajadores debidas a enfermedad, sí entiende nulo de pleno derecho el comportamiento de la empresa que opera, como “práctica habitual”, coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo... cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo”, en una coacción que se vincula a la advertencia de adoptar “el despido para el caso de no aceptar la propuesta”⁷⁷. En todo caso, procede recordar que, tras la reforma de 2012, el despido improcedente se indemniza con un montante económico de 33 días de salario por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades (sustancialmente inferior a los anteriores 45 días de salario por año de servicio con el máximo de 42 mensualidades) y se suprimen los salarios de tramitación en aquellos supuestos en los que no se opta

⁷⁴ Entre muchas, SSTSJ Extremadura 4 diciembre 2008 (JUR 103102), Madrid 26 octubre 2009 (JUR 109280) ó Aragón 4 febrero 2010 (JUR 1849990).

⁷⁵ SSTSJ Galicia 25 septiembre 2009 (AS 63), Comunidad Valenciana 7 octubre 2009 (JUR 10756) ó Navarra 30 diciembre 2009 (JUR 127733).

⁷⁶ Baz Tejedor, J.A.: “La reconducción hacia el despido estratégico”, *Revista de Derecho Social*, núm. 56, 2011, pág. 83. En concreto, reconocen la improcedencia del despido, entre otras, SSTS 29 enero 2001 (RJ 2069), 23 septiembre 2003 (RJ 1923), 12 julio 2004 (RJ 7075), 23 mayo 2005 (RJ 9656), 11 diciembre 2007 (RJ 2884), 22 enero 2008 (RJ 1621) ó 27 enero 2009 (RJ 1048).

⁷⁷ STS 31 enero 2011 (NSJ037767). Por extenso, Arenas Viruez, M.: “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia”, *Relaciones Laborales*, núm. 27, 2011, págs. 21 y ss.

por la readmisión, trasladando los costes del litigio al trabajador que consume sus prestaciones por desempleo⁷⁸.

6.3. Despido objetivo

La alteración del “equilibrio contractual” que tiene lugar en algunos supuestos de incapacidad temporal permite, a la postre, la extinción por causas objetivas del vínculo laboral con la indemnización, si es procedente, de 20 días de salario por año de servicio, atendiendo, entre otras, a las dos circunstancias siguientes:

6.3.1. Por ineptitud

El despido objetivo puede tener como causa la ineptitud persistente del trabajador sobrevenida o conocida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa [art. 52.1 a) ET], referida, de acuerdo con la doctrina científica y jurisprudencial, a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de su conocimiento, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, con una consecuente disminución del rendimiento o un trabajo defectuoso, siempre con referencia al contenido originariamente pactado en el contrato y en relación con el conjunto de las tareas encomendadas al trabajador, no a uno de sus concretos aspectos⁷⁹. Ejemplos de esta circunstancia pueden encontrarse en los casos de pérdida de autorizaciones o titulaciones necesarias para ejercer el trabajo contratado ante la no superación de las pruebas necesarias como consecuencia del padecimiento de algunas patologías físicas o psíquicas.

6.3.2. Por “absentismo”

Con la finalidad de aumentar la productividad y la eficiencia en el trabajo, en nuestro ordenamiento laboral se ha venido contemplando desde antiguo el absentismo laboral del trabajador como causa de extinción de la relación laboral, para evitar el incremento de los costes laborales empresariales, permitiéndose prescindir de aquellos operarios cuyas faltas de asistencia al trabajo

⁷⁸ Ruiz Castillo, M.M.: “La última modificación ilegal del despido por absentismo desde la nueva panorámica del despido en la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 218.

⁷⁹ Mercader Uguina, J.R.: “Art. 52”, en AA.VV.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 2011, pág. 744.

hacen excesivamente onerosa la contraprestación empresarial que deriva del contrato.

Así, el despido objetivo también puede encontrar justificación, al calor del nuevo art. 52. d) ET, en las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos (siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores llegue al 5 por 100 de las jornadas hábiles) o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, en lo que se ha venido a denominar por algún sector de la doctrina judicial “despido por excesiva morbilidad”⁸⁰.

Retrotrayendo la vista atrás, cabe recordar que esta causa de despido sólo podía operar cuando concurría un determinado grado de inasistencia individual del trabajador despedido y éste se acompañaba de un determinado nivel mínimo de absentismo del conjunto de la plantilla de la empresa. Hasta la Ley 35/2010 ninguno de estos dos extremos fue objeto de modificación alguna. Desde la promulgación del ET se venía exigiendo el mismo parámetro mínimo de inasistencia del trabajador: el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses. Y para el porcentaje de absentismo de la plantilla se requería el 5 por 100, hasta que la citada Ley de reforma de 2010 lo rebajó al 2,5 por 100.

Con la voluntad clara de facilitar el recurso a esta medida extintiva, el Real Decreto Ley 3/2012 suprimió este último parámetro y el índice de absentismo de la plantilla desapareció como requisito exigible, circunstancia que se mantiene en la Ley 3/2012, pero con un requisito añadido “que el total de faltas de asistencia (del trabajador despedido) en los doce meses anteriores alcance el 5 por 100 de las jornadas anuales”. Ahora bien, este último condicionante sólo es exigible en los supuestos en los que el trabajador tenga faltas de asistencia de al menos un 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, pues a este parámetro se une el indicado del cómputo anual con un “siempre que”. Separado de estas circunstancias, que con el adverbio indicado se incorporan, se establece otro parámetro distinto con su propio régimen, que se presenta independiente del anterior con una conjunción disyuntiva, esto es, el tradicional grado de inasistencia del 25 por 100 en el período de cuatro meses discontinuos.

Sea como fuere, con esta causa de despido objetivo por absentismo, se trata de evitar la onerosidad que para el empresario puede derivarse de continuas

⁸⁰ STSJ Andalucía/Sevilla 9 julio 2009, comentada por Fernández Díez, A.: “El absentismo laboral como causa de despido objetivo en la reforma laboral”, *Información Laboral*, núm. 8, 2012, págs. 53 y ss.

faltas al trabajo de corta duración e intermitentes en el tiempo, que provocan desorganización en la producción, falta de continuidad en la prestación, problemas de sustitución del trabajador, sobrecarga de trabajo para sus compañeros o costes añadidos derivados de la necesidad de abonar a cargo del empresario la prestación de incapacidad temporal en los supuestos de enfermedad común del cuarto al décimo quinto día, extremos todos ellos que ocasionan un perjuicio para el empresario que supera con creces el riesgo propio del negocio que debe razonablemente asumir, bajo la sospecha, además, de la quizás irreal existencia de justificación de las ausencias. Y es este desequilibrio prestacional el que convierte al contrato de trabajo en sensiblemente injusto para el empresario, ofreciéndole así la posibilidad de resolverlo⁸¹.

Esta consideración implica que no se computen ciertas faltas en las que la razón alegada parece estar más justificada y acreditada⁸²: las debidas a enfermedades comunes o accidentes no laborales de duración superior a veinte días consecutivos, las motivadas por embarazo, parto o lactancia, o como consecuencia de violencia de género; contingencias profesionales; maternidad y paternidad; vacaciones; licencias; actividades de representación legal de los trabajadores; huelga legal; o –como novedad tras la reforma de 2012– respondan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave [art. 52 d) ET].

Una cuestión delicada ha sido la relativa al cómputo de las ausencias que tienen origen en un único proceso patológico, esto es, una pluralidad de bajas que, aisladamente consideradas, no rebasan los veinte días (naturales)⁸³, pero que apreciadas en su conjunto obedecen a una única enfermedad y sí superan dicho límite temporal. Este interrogante ha sido resuelto por el Tribunal Supremo al entender “que no es posible excluir del cómputo, como período de baja por enfermedad común superior a veinte días, la suma de diferentes bajas por enfermedad debidas a la misma patología, en la medida en que falta el requisito fundamental de que ese período de baja sea de veintiún o más días consecutivos”⁸⁴, interpretación de la que se deben excluir, como ya consta, las ausencias derivadas de un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, para la descripción de las cuales se puede acudir, a falta de otra previsión, al RD 1148/2011, de 29 de julio, en virtud del cual se desarrolla, en el sistema de la Seguridad Social, la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

⁸¹ Poquet Catala, R.: “La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012”, cit., pág. 1299.

⁸² Jover Ramírez, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, cit., pág. 51.

⁸³ Alzaga Ruíz, I.: “El absentismo del trabajador como causa de despido objetivo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150, 2011, pág. 415.

⁸⁴ STS 24 octubre 2006 (RJ 8104).

A la luz del actual tenor del art. 52 d) ET, un trabajador podría ser despedido, salvo error de cálculo, si inasiste al puesto de trabajo por enfermedad común o accidente no laboral durante veintidós jornadas laborales en un período de cuatro meses no consecutivos o nueve jornadas en dos meses consecutivos, siempre que también haya fallado el 5 por 100 de las jornadas anuales, lo que representa un total de 12 jornadas en ese ámbito. Dos justificaciones pueden esgrimirse ante tales circunstancias, en primer lugar, permitir a las empresas desprenderse de los trabajadores que menor contribución realizan a la productividad, dado el elevado número de ausencias a su puesto de trabajo y la consecuente alteración que ello supone para el normal desarrollo del ciclo productivo y organizativo de la empresa; y, en segundo término, reducir el gasto en prestaciones de incapacidad temporal, tanto para las empresas como para la Seguridad Social, en la medida que se considera que facilitar el despido en los supuestos de absentismo laboral permitirá corregir los pretendidos abusos existentes en esta prestación, que ha venido a merecer la calificación de “refugio” de supuestos no cubiertos⁸⁵.

Ahora bien, esta configuración del despido por ausencias justificadas del trabajador genera, no obstante, una serie de efectos secundarios e indirectos difíciles de evitar con incidencia negativa en la productividad de la empresa. Posiblemente surgirán conductas en las que el trabajador, ante la amenaza de su puesto de trabajo, opte por: a) acudir a prestar servicios con las aptitudes físicas y psíquicas limitadas o alteradas por la enfermedad padecida, poniendo en situación de peligro a sí mismo, a sus compañeros o a terceros usuarios o clientes del servicio prestado, pudiéndose propagar, al tiempo, enfermedades infectocontagiosas en la empresa; b) procurar un alargamiento artificial de las bajas laborales o instar procesos de Seguridad Social de cualificación de contingencia como profesional, bien con carácter previo al despido, bien una vez tenga lugar éste⁸⁶, de modo que, con total seguridad, la resolución del proceso de despido tendrá virtualidad mucho antes que el proceso de Seguridad Social, provocando una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si el despido por la vía del art. 52 d) ET se declaró procedente y con posterioridad se reconoce el origen profesional de la contingencia⁸⁷; c) impugnar el alta médica ex art. 128.1 a) LGSS con el objeto de beneficiarse de la prórroga auto-

⁸⁵ Moreno Gene, J.: “La extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la reforma laboral de 2012”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 350, 2012, pág. 51.

⁸⁶ Torollo González, F.J.: “Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas)”, en AA.VV (MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Madrid, 2012, pág. 223.

⁸⁷ Torollo González, F.J.: “Despidos individuales (disciplinarios y por causas objetivas)”, cit., pág. 225.

mática de la incapacidad por el tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que ésta adquiera plenos efectos.

7. TUTELA PREVENTIVA DE LA SALUD

Si una enfermedad injustificada y reiterada en un trabajador o en varios de ellos origina problemas organizativos y productivos, no cabe duda que la mejor solución es la adopción de medidas preventivas. Así, entre las obligaciones del empresario en materia de seguridad laboral, se encuentra la de garantizar a los trabajadores a su servicio una vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo. Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario únicamente se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para él mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

Sea como fuere, debido a la sensibilidad de las informaciones, parece conveniente que los datos sanitarios obtenidos mediante la práctica de los reconocimientos médicos sean oportunamente protegidos, quedando sujetos a las limitaciones establecidas en el art. 22.4 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), habida cuenta las únicas personas que pueden tener acceso completo a la documentación sanitaria serán el propio trabajador y los facultativos.

Los extremos obtenidos son, por tanto, datos íntimos (verdadera esencia de la calificación legal como “sensibles”), lo cual lleva aparejadas varias consecuencias de interés para la “recogida” y tratamiento informático de esta información, marcadas por la propia LPRL, entre otras:

a) El trabajador tiene derecho a conocer personalmente el resultado de cuantas pruebas le hayan sido realizadas sobre su estado de salud; verdadero derecho de acceso a traducir en un conocimiento inmediato (mediante comunicación escrita) de la información al respecto existente.

b) Esta información aparece calificada expresamente como confidencial; ello no significa, sin embargo, que el trabajador (amén, claro está, de los profesionales –personal cualificado contratado o servicio concertado a una entidad especializada ajena a la empresa– que hubieran realizado tales controles) sea el único con derecho o posibilidad de acceder a tales datos, pues la confidencia-

lidad queda garantizada por Ley a través de una excepción general y otra excepción a la excepción (técnica jurídica ésta absolutamente reprochable, en tanto demuestra una falta de claridad expositiva que es fuente continua de confusión para el intérprete⁸⁸). Así, y en primer lugar, queda abierto el acceso a la información médica de carácter personal a los facultativos y autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, quienes, sin embargo, no podrán facilitarla al empresario o a otras personas (léase representantes sindicales, unitarios, delegados de prevención o miembros del comité de seguridad y salud) sin el consentimiento expreso del afectado (excluyendo así el implícito o tácito, pues, dados los intereses en juego, no cabría presumir nunca su otorgamiento).

c) No sólo existe una excepción general, sino una excepción a la excepción, a partir de la cual queda ampliado el círculo de quienes pueden conocer una información médica, cada vez menos confidencial –menos íntima–, habida cuenta también el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención (delegados de prevención, representantes unitarios o sindicales o comité de seguridad y salud) “serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”.

d) Todos los datos que se extraigan del cumplimiento del deber empresarial de garantizar la salud deben ser almacenados en “ficheros” de la empresa, quedando condicionado su mantenimiento en ellos a su utilidad –según Ley– y, consecuentemente, a su periódica actualización. Es más, el empresario debe elaborar y conservar a disposición de la autoridad competente la documentación por la que acredite que efectivamente cumple con el deber de control de la salud de los trabajadores y las conclusiones que se deriven de los reconocimientos médicos practicados.

En definitiva y como puede comprobarse, el cumplimiento de lo previsto en la LPRL demanda al titular de la organización empresarial realizar un acopio documental que, en ciertos casos, dependiendo de la índole de la actividad empresarial, puede resultar ingente, y para su organización será de todo punto necesaria su acumulación en ficheros, de los cuales es responsable precisamente el empresario aunque –paradójicamente– no tiene derecho al acceso a la

⁸⁸ Cardona Rubert, M.B. y Morro López, J.: “Los datos sanitarios del trabajador en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, en AA.VV.: *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valladolid, 24 y 25 de mayo de 1996 (ejemplar multicopiado), pág. 3.

totalidad del contenido de los mismos⁸⁹. Es más, se prohíbe el uso de tales datos sobre la salud del trabajador con fines discriminatorios o en perjuicio del afectado, pero estos extremos son difícilmente verificables en la relación laboral, pues (con una dicción demasiado amplia y ambigua) no se considerarán dentro de esa categoría aquellas acciones o decisiones del empresario, emprendidas o tomadas como consecuencia de informaciones que revelen “la ineptitud del trabajador, su incompatibilidad por razones de salud o seguridad con el desempeño de su actividad laboral habitual o que el estado de su salud suponga riesgos para otros trabajadores o terceros” (art. 22.1 LPRL)⁹⁰.

Se dificultaría el cumplimiento del mismo deber de vigilar el estado de salud de los operarios *ex art. 22 LPRL* y la transmisión de las conclusiones a los órganos competentes en materia de prevención de riesgos (comité de empresa, delegados de personal, delegados sindicales, delegados de prevención y miembros del comité de seguridad y salud) cuando los trabajadores se negaran categóricamente a prestar su aquiescencia al tratamiento de sus datos personales. Otra cosa es, desde luego, el uso y configuración efectiva del fichero, marcados por la necesidad de que la información compilada y tratada sea la mínima posible, perspectiva desde la cual cabría cuestionarse la legalidad de una utilización empresarial de esos datos con el fin de adoptar medidas sancionadoras, máxime cuando el art. 22 LPRL atribuye a la obligación empresarial de vigilancia de la salud un objetivo muy tasado, cual es únicamente la de tener a disposición de la autoridad laboral dicha información⁹¹.

En fin, si el trabajador no obtiene, en los reconocimientos médicos, la aptitud para seguir en su puesto de trabajo a consecuencia de una enfermedad profesional, ha de ser trasladado a otro puesto o, en su caso, causar baja en la actividad. Para el primero de los supuestos, el art. 5 RD 1430/2009 determina que las aportaciones empresariales a la cotización a la Seguridad por contingencias comunes se reducen en el 50 por 100. Esta misma rebaja se aplica para los casos en los que los trabajadores con enfermedad profesional sean contratados por otra empresa, diferente de aquella donde prestaban servicios cuando se constató la existencia de dicha enfermedad, para desempeñar un puesto de trabajo compatible con su estado de salud. La previsión reglamentaria se concreta en precisar que la existencia de enfermedad profesional se acreditará

⁸⁹ Pradas Montilla, R.: “Empresas y protección de datos de carácter personal”, *Actualidad Laboral*, 2003, T. I, pág. 73.

⁹⁰ Cardona Rubert, M.B.: “Tutela de la intimidad informática en el contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 6, 1999, pág. 53.

⁹¹ Montoya Melgar, A.: “Ficheros de datos automatizados sobre la salud del trabajador y derechos a la intimidad y la libertad informática”, en Alonso Olea, M. y Montoya Melgar, A.: *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XVII, Madrid, 1999, págs. 301 y ss.

mediante certificación del EVI de la Dirección Provincial del INSS correspondiente, mientras que la constatación de la compatibilidad del nuevo puesto con el estado de salud del trabajador se efectúa por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁹².

8. CONCLUSIONES

Cierto es que en algunas ocasiones la prestación de incapacidad temporal actúa como refugio de situaciones diversas, para las que no está prevista (desempleo encubierto, períodos breves de inactividad, atención de familiares, solución temporal de circunstancias laborales incómodas, instrumento de huida de situaciones de incapacidad permanente...), lo cual provoca un incremento del gasto y perjudica el tejido empresarial⁹³. No menos verdad resulta, sin embargo, que muy a menudo personas que se hallan realmente enfermas e incapacitadas para trabajar son dadas de alta sin las debidas garantías en un exceso de celo hartamente criticable.

En esta tesitura, el legislador parece dar más peso a la primera de las premisas que a la segunda, pues las sucesivas reformas de la citada prestación han ido orientadas a reforzar el papel de control de la Entidad Gestora, el INSS o el ISM. Al tiempo, se ha dado participación a las Mutuas para colaborar no sólo en la gestión de los riesgos profesionales, sino también en la incapacidad temporal por contingencias comunes, bajo la idea de que estas Entidades tutelan las contingencias en beneficio del empresario, que es quien contrata la “póliza” con ellas, y no del trabajador, de ahí que, incluso, sean más restrictivas de los derechos de los afectados que el INSS y que los Servicios Públicos de Salud, circunstancia que incide, a su vez, de forma positiva en la contención del gasto público⁹⁴.

Ahora bien, con el fin de alcanzar un justo equilibrio, procede tener en cuenta que, además del pertinente control público, la intervención del empresario en este ámbito es fundamental en diferentes aspectos. Primero, impulsando el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos

⁹² Panizo Robles, J.A.: “Un nuevo paso en el control de la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación por incapacidad temporal”, cit., núm. 320, 2009, pág. 58.

⁹³ Mercader Uguina, J.R.: “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales*, 2004, Tomo I, págs. 403 y ss.

⁹⁴ Molina Navarrete, C.: “La reforma en materia de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Modificaciones incesantes, racionalización aplazada”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pág. 291.

laborales establecidas por la normativa al efecto con el fin de conseguir el mejor estado de bienestar físico y moral de los trabajadores a través de una “organización saludable”. Segundo, reduciendo la barrera de reincorporación de los trabajadores tras la enfermedad a través del diseño del correspondiente plan de acogida en el que se identifiquen puestos de trabajo idóneos a tal fin, así como posibilidades de adaptabilidad de las condiciones laborales. Tercero, ejercitando las oportunas medidas de verificación del estado de enfermedad o accidente del trabajador mediante reconocimientos médicos o procediendo a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en aquellos casos oportunamente justificados.

En definitiva, la intención de eliminar las posibles situaciones de fraude derivadas de la falta de asistencia al trabajo como consecuencia de dolencias físicas o psíquicas que temporalmente limitan la capacidad del trabajador para el desempeño de su actividad profesional no debe hacer olvidar que ha de ser el propio empleado el principal destinatario de aquellas medidas que coadyuven a reducir las causas y los motivos que originan dicha ausencia, máxime si éstas redundan en la búsqueda de su bienestar. Es necesario, pues, emprender una seria actividad pedagógica para hacer ver a los empresarios que se van a conseguir mayores beneficios mediante el diseño de un sistema de premios al cumplidor que con el establecimiento de castigos al simulador⁹⁵.

⁹⁵ Jover Ramírez, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, cit., pág. 66.