



# LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y PERMANENTE TRAS LA LEY DE MEDIDAS EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

CARMEN JOVER RAMÍREZ

*Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Cádiz

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Seguridad Social, Incapacidad Temporal**

La Ley de Medidas en materia de Seguridad Social ha introducido importantes modificaciones en diversos ámbitos de la protección del Sistema de Seguridad Social, en aras bien de corregir los defectos que la práctica diaria suscita en el seno de dicha protección o bien con el fin de adaptar tal protección a la realidad que las nuevas situaciones y regulaciones normativas van exigiendo.

Ello ha tenido su reflejo en la situación de incapacidad protegida por el Sistema, tanto en la Incapacidad Temporal como en la Permanente.

Los aspectos procedimentales y de gestión son los que de nuevo mayoritariamente han llevado al legislador a modificar la Incapacidad Temporal así como a corregir un aspecto en el que parece no haberse encontrado aún la solución, cual es la duración de la temporalidad de esta situación incapacitante.

Por su parte en la Incapacidad Permanente, el interés del legislador se ha centrado principalmente en la cuantía de algunas de las posibles prestaciones dimanantes de esta contingencia dependiendo de su grado y estableciendo algunos límites mínimos; así como adaptando la gran invalidez a las nuevas disposiciones en materia de dependencia, ya que la conexión entre una y otra cuestión no podían dejar incólume aquella regulación.

## ABSTRACT

**Key Words: Social Security, Temporary Incapacity**

The Law as regards Social Security has introduced important changes as regards the Social Security Protection System seeking to improve and to change those deficiencies regarding protection while aiming to adapt such protection to new situations and normative regulations.

That has been depicted in the situation of protected incapacity by the System, both in temporary incapacity as well as permanent.

The procedural and managements aspects led legislators to change Temporary Incapacity that is an un-solved aspect of the problem: what is exactly the duration of the temporary incapacity.

As regards Permanent Incapacity, the legislator merely has focused on the amount of benefits depending on the scope and has established some minimum limits. Also, it has been adapted Severe Incapacity to the dependence dispositions.

**ÍNDICE**

1. LA REFORMA EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL
  - 1.1. La asunción de competencias por el INSS
    - 1.1.1. Alta médica
    - 1.1.2. Prórroga de la situación de Incapacidad Temporal
    - 1.1.3. Iniciación de un expediente de Incapacidad Permanente
  - 1.2. La desaparición de la Incapacidad Permanente condicional y la vuelta a la prórroga especial
2. LA CONCATENACIÓN ENTRE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y DESEMPLEO
3. LA REFORMA DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE
  - 3.1. Las modificaciones en el período de carencia exigido
  - 3.2. Nuevo cálculo de la base reguladora para la pensión de Incapacidad Permanente por enfermedad común
  - 3.3. Importes mínimos de la pensión por Incapacidad Permanente total
  - 3.4. La Gran Invalidez

El Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006, firmado por el Gobierno, UGT, CCOO, CEOE y CEPYME ponía de manifiesto dentro de las medidas en el ámbito de la acción protectora derivada de las prestaciones económicas contributivas, en lo concerniente a la prestación de Incapacidad Temporal (en adelante IT), dos medidas de distinta índole. La primera de ellas de carácter concreto relativa a la conexión entre desempleo e IT en el supuesto en el que derivando esta última de contingencias profesionales y en tanto el trabajador se encontrara en dicha situación, se extinguiera su relación laboral. La segunda de ellas de carácter general, manifestaba una necesidad a la que atender, un problema al que dar solución, cual es el de «definir con mayor precisión las funciones de los Servicios de Salud y de las Entidades que gestionan esta prestación, a fin de evitar que, debido a diagnósticos diferentes de unos y otros, puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores», dejando así pues en manos del legislador la adopción de aquellas medidas que conduzcan a este fin.

Por otro lado, respecto de la Incapacidad Permanente (en adelante IP), el Acuerdo preveía distintas medidas con el fin de mejorar la regulación de esta contingencia y con el fin de evitar que se convierta en una vía de acceso a la protección para las carreras de cotización insuficientes. Entre tales medidas se preveía la flexibilización del período mínimo de cotización exigible para lo trabajadores más jóvenes, la modificación en la cuantía de la pensión por IP derivada de enfermedad común, la exclusión de la IP total para determinadas profesiones en las que ciertas exigencias físicas resultan inexigibles a partir de cierta edad, así como una modificación en el complemento de la pensión por Gran Invalidez.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE del 5), de Medidas en materia de Seguridad Social contempla en su articulado la reforma de varios preceptos del TRLGSS materializando así la mayoría de las propuestas del Acuerdo en estas contingencias.

La Exposición de motivos de dicha Ley señala en esta línea la necesidad de dar el adecuado soporte normativo a esos compromisos incluidos en el Acuerdo, estableciendo así en lo que a IT corresponde un procedimiento específico que en aras de coordinar las actuaciones de los Servicios de Salud y del INSS y de evitar la disparidad de diagnósticos de una y otra instancia, permitan al interesado mostrar su disconformidad ante la inspección médica, tal y como más adelante analizaremos; así como introducir modificaciones en la concatenación entre IT y desempleo; recogiendo igualmente las propuestas del Acuerdo



respecto de la IP en los términos señalados, a excepción de la posibilidad de excluir de la IP total a determinadas profesiones en las que ciertas exigencias físicas resultan inexigibles a partir de cierta edad. Limitación esta última que si bien se recogía en el Proyecto de Ley inicial (BOCG de 23-2-2007) ha desaparecido en su totalidad del texto definitivo de la Ley.

## 1. LA REFORMA EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La preocupación por la gestión de la prestación económica derivada de IT, llevó al legislador a introducir una serie de modificaciones en la Disposición Adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2006 (BOE del 30) que modificó en sus apartados uno, tres y cuatro los artículos 128 1 a), 131 bis 1 y 131 bis 2 LGSS; afectando no sólo a la gestión de la misma sino también a su duración. De nuevo, y ya casi no sabemos cuántas van e ignoramos cuántas quedarán, en un breve lapso de tiempo la Incapacidad Temporal es objeto de reforma. Esta vez la reforma no afectó a su denominación, a las situaciones protegidas o al sujeto responsable del pago de la prestación económica de que se trate; sino que fue la duración de dicha situación así como la asunción de competencias por parte del INSS la que llevó al legislador a modificar varios preceptos de la LGSS, en un intento, tampoco nuevo, de reducir el gasto que una situación de esta índole determina para el Sistema de la Seguridad Social. Reforma que creemos no fue sino consecuencia de la sombra de sospecha que sobre ella continua planeando y del convencimiento de que el fraude es algo innato a la misma<sup>1</sup>.

Ahora el legislador ha vuelto a incidir en estos dos aspectos, gestión y duración en los términos que veremos.

### 1.1. La asunción de competencias por el INSS

La DA 48.<sup>a</sup> LPGE para el año 2006, introdujo una serie de modificaciones en virtud de las cuales se erigió al INSS en el único órgano competente para actuar en todos aquellos casos en que la IT del sujeto afectado hubiera llegado al término de los doce meses (excepción hecha del régimen especial de los trabajadores del mar en el que dichas competencias son asumidas por el Instituto Social de la Marina). Agotado este período, el INSS a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador (los actuales EVI) decidirá o bien prorrogar la situación seis meses más, o bien determinar la iniciación de un expediente de IP o bien emitir el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por IT, señalaba la LPGE. Manteniéndose la misma redacción en los dos supuestos anteriores, es este último el que resulta modificado por la nueva Ley al sustituir la expresión «a los exclusivos efectos de la prestación económica por IT» por «a los efectos previstos en los párrafos siguientes».

<sup>1</sup> MERCADER UGUINA, J., «El control de la Incapacidad Temporal: historia de una sospecha»; *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2004.

Estas competencias no las asumió el INSS de modo automático a la entrada en vigor de la LPGE de 2006 sino que se posterga en el tiempo a la espera de que la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del INSS y mediante Resolución publicada en el BOE determine la fecha concreta en que asumir las mismas. En idénticos términos se pronuncia la DF cuarta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. En cumplimiento de lo señalado, por Resolución de dicha Secretaría de 16 de enero de 2006 (BOE del 24) han asumido dichas competencias al contar, según se dispone en dicha Resolución, con los presupuestos instrumentales tanto de orden material como personal necesarios, las Direcciones Provinciales del INSS y del ISM de Ávila, Palencia, Segovia, Soria, Teruel, Zamora, Ceuta y Melilla. Igualmente por Resolución de 28 de noviembre de 2006 (BOE 8 de diciembre), la han asumido Álava, Alicante, Castellón, La Coruña, Guipúzcoa, Lugo, Murcia, Orense, Asturias, Las Palmas, Pontevedra, Santa Cruz de Tenerife, Valencia y Vizcaya. Por Resolución de 29 de noviembre de 2006 (BOE 12 de diciembre) se ha asumido las competencias en las provincias de Barcelona, Gerona, Lérida y Tarragona.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en dichas Resoluciones, si la cobertura de la IT derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una Mutua, ésta efectuará ante el INSS o ante el ISM, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos expuestos; entendiéndose aceptada la propuesta por la entidad gestora si esta no se manifiesta en sentido contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción.

Vamos a tratar de analizar cada una de las posibilidades señaladas y respecto de la cual el INSS debe pronunciarse una vez agotados los doce meses de IT.

### 1.1.1. *Alta médica*

La modificación que introducía la anterior redacción del precepto por la DA citada no era baladí ya que ponía de relieve una clara desprotección al incapacitado temporal que se ha tratado de resolver con esta nueva reforma. Esta posibilidad entrañaba a nuestro juicio no poca controversia principalmente por la gran imprecisión jurídica de la que adolecía el precepto reformado.

Primero, si el legislador lo que había pretendido, que creemos esta debió ser su intención, era determinar que no procedía el alta médica por curación porque el afectado seguía necesitando la prestación de asistencia sanitaria pero no está incapacitado para su trabajo, estaba olvidando que prestación económica por IT y prestación sanitaria son dos prestaciones distintas y perfectamente independientes. De modo que si el alta médica lo era a exclusivos efectos económicos porque el sujeto estaba capacitado para trabajar no había alta médica sólo a estos efectos sino extinción de la IT porque dejaban de concurrir los requisitos determinantes de la misma, aun cuando el afectado siguiera recibiendo asistencia sanitaria. Y desde luego pensamos que el legislador presuponia a estos efectos la capacidad del sujeto porque en caso contrario estaría abocando al incapacitado a una situación de necesidad que cubierta por el Sistema de Seguridad Social era a su libre decisión desprotegida.

Segundo, podría pensarse en conexión con lo anterior, que «a los exclusivos efectos económicos» suponía que la IT continuaba siendo causa suspensiva de la relación laboral,



es decir, que el sujeto continuaba en situación de IT pero sin percibo de prestación económica; lo cual evidentemente carecía de sentido a excepción del supuesto de origen en el que el trabajador no reuniera los requisitos para generar derecho a la prestación económica, no siendo este el caso. Sin embargo, volvemos a reiterar lo anteriormente señalado, el INSS se estaba pronunciando respecto de la capacidad del sujeto poniendo fin a la situación de IT. Lo que sucedía de nuevo es que el legislador olvidaba la dualidad que caracteriza a esta contingencia.

La anterior argumentación justificaba la necesidad de una rápida modificación del precepto y que ha sido acometida por esta nueva Ley.

La nueva redacción del precepto señala que dicho alta se producirá «a los efectos previstos en los párrafos siguientes». Analicemos pues cuáles son estos efectos.

Señala la nueva redacción del artículo 128.1 a) que en aquellos supuestos en que se emita el alta médica por el INSS en los casos referidos, se reconoce al interesado la posibilidad de manifestar su disconformidad ante la Inspección médica del servicio público de salud, en el plazo de cuatro días naturales. Recibida por la Inspección Médica dicha disconformidad, ésta puede o bien discrepar del criterio de la entidad gestora y proponer en el plazo máximo de siete días naturales la reconsideración de la decisión de aquella, especificando las razones y el fundamento de su discrepancia; o bien confirmar la decisión del INSS.

En el supuesto en el que confirme la decisión del INSS así como en aquellos casos en los que transcurridos once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, la Inspección médica no se hubiera pronunciado, el alta médica producirá plenos efectos, entendiéndose se ha prorrogado la situación de IT del interesado desde la fecha del alta instada por el INSS hasta el momento en que esta produce plenos efectos, es decir, hasta la fecha de la resolución de la Inspección médica confirmando el alta o hasta el momento en que han transcurrido los once días sin contestación de la misma.

En el supuesto en el que muestre su disconformidad, la Entidad Gestora deberá pronunciarse expresamente al respecto en el plazo de siete días naturales siguientes, debiendo ser dicha resolución notificada al interesado y a la Inspección médica; si la Entidad Gestora reconsiderara el alta médica, se reconocerá la situación de IT al interesado a todos los efectos. Si por el contrario se reafirmara en su decisión, para lo que deberá aportar las pruebas complementarias que fundamenten dicha decisión, la situación de IT sólo se prorrogará hasta la fecha de la última resolución. Fecha que hemos de entender es la de esta última resolución del INSS ratificando el alta médica por ella expedida en su día.

Varias son las críticas que pueden desde nuestro punto de vista hacerse al precepto. Primero, en cuanto a los plazos, la brevedad y la imprecisión en cuanto al dies a quo para computar los mismos nos hace pensar en la ineficacia de las medidas propuestas. El interesado que recibe la resolución del INSS emitiéndole el alta médica, cuenta con solo cuatro días naturales para mostrar su disconformidad y a computar no se sabe desde cuando debido al silencio del precepto, omisión que debía haber sido subsanada indicando que se computarán desde el día siguiente a la notificación de la resolución indicada. Bien es cierto que el articulado establece que en el desarrollo reglamentario de dicho precepto, se regulará la forma de efectuar las comunicaciones previstas. No obstante, la mención a la forma de tales comunicaciones esperemos permita subsanar aquella omisión quedando claro el

dies a quo. Por otra parte, la brevedad del plazo parece reflejar el deseo del legislador de hacer al trabajador o bien desistir de su impugnación o bien que el lapso del mismo impida ejercer dicha disconformidad que además deberá presentar no ante la entidad que la emite sino ante la Inspección médica.

Segundo, presentada en plazo dicha disconformidad por el interesado, la Inspección médica deberá pronunciarse en el plazo de siete días naturales; incurriendo, a nuestro juicio en los mismas omisiones señaladas en el caso anterior, es decir, se desconoce desde que momento computar esos siete días —esperando que el desarrollo reglamentario previsto en el articulado subsane esa carencia en los mismos términos indicados—. Si bien podemos entender que será desde la fecha de presentación de la disconformidad por el interesado y de nuevo nos llama la atención la brevedad del mismo desde el momento en el que la Inspección médica debe aportar las argumentaciones («razones y fundamentos») que estime a fin de fundamentar su disconformidad, si este fuera el caso, con la decisión del INSS. Brevedad del plazo que creemos conducirá en muchas ocasiones a que el mismo transcurra sin que haya una manifestación expresa en uno u otro sentido. Situación esta que a nuestro juicio se agrava para el interesado desde el momento en que el silencio de la Inspección médica, el cual se aprecia si han transcurrido solamente once días sin haberse pronunciado al respecto, supone una ratificación de la decisión de la Entidad Gestora. Once días que realmente pueden no ser tales ya que los mismos se computan desde la fecha de resolución del INSS en la que emite el alta médica y que por tanto incluye esos cuatro días en los que el interesado puede mostrar su disconformidad. Esto supone que si agota esos cuatro días presentando dicha disconformidad el cuarto día, realmente son siete días los que transcurriendo sin pronunciamiento expreso permiten ratificar el alta expedida por el INSS. Es quizás este punto el que nos parece de mayor envergadura.

Observemos que en el supuesto de silencio por parte de la Inspección médica, la disconformidad presentada por el interesado cae «en saco roto». Esa disconformidad al ser presentada solo ante la Inspección médica, hace que el INSS no tenga conocimiento de la misma en el momento referido; de modo que el silencio de aquella supone que no se argumente por la misma si el trabajador está o no capacitado a los efectos que nos interesan, dando por válida la decisión del INSS. El legislador debería, en aras de la seguridad del interesado que parece ser la que se persigue con la reforma, haber incluido primero, el que la Inspección médica remita toda disconformidad ante ella presentada contra Resolución emitida por el INSS a efectos del alta médica a esta Entidad Gestora y segundo, en caso de silencio de la Inspección, ser ella la que se pronunciara al respecto, bien confirmando su anterior decisión o bien revocándola a tenor de la impugnación hecha por el interesado. Comunicación que sí se contempla respecto de las empresas afectadas al señalar el precepto que en virtud de desarrollo reglamentario se regulará la obligación de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y que les afecten; y que sin embargo, no solventa los problemas planteados desde el momento en que el empresario si bien puede ser parte afectada lo es sólo a efectos organizativos o productivos pero nada más, no pudiendo pronunciarse en ningún sentido respecto de la IT que afecte a alguno de sus trabajadores. Es de extrañar que la Ley contemplando el desarrollo reglamentario para esta comunicación no haya reflejado la posible demanda de información por las otras partes en las que incide el proceso.



Tercero, en tanto transcurren estos plazos el trabajador ve prorrogada su situación de IT; si bien por períodos diferentes y en algunos casos, a nuestro juicio dudosos, dependiendo de cuál sea la actuación de la Inspección, del interesado y del INSS.

Si el interesado no mostrara su disconformidad en el plazo de cuatro días, se entiende que conforme con el alta médica emitida, debe incorporarse a su puesto de trabajo en las veinticuatro horas siguientes a dicha notificación. Ahora bien, podemos pensar que teniendo cuatro días para presentar su posible disconformidad, sólo cuando hayan transcurrido los mismos sin ejercer dicha facultad deberá incorporarse a su puesto de trabajo; ya que de modo implícito la prórroga de la situación de IT se produce durante dichos días al desconocerse si el interesado presentara o no su disconformidad, si bien puede entenderse que sólo se admitirá dicha prórroga si esa disconformidad se hace efectiva, no en otro caso.

Del tenor literal del precepto, se deduce en primer lugar que si la Inspección médica confirma el alta médica expedida por el INSS, la situación de IT del interesado se ha prorrogado desde la fecha del alta médica expedida por la entidad gestora y —dice la Ley— «el momento en que la misma adquiere plenos efectos», lo que hemos de entender es el día de notificación de la resolución de la Inspección médica al interesado. Ahora bien, si la Inspección médica no se pronuncia al respecto, ya hemos señalado que la norma entiende que transcurridos once días ese alta médica adquiere plenos efectos. He aquí de nuevo el problema que creemos ocasiona una deficiente regulación de este silencio administrativo. Si la relación de comunicación es entre Inspección médica y entidad gestora, debe ser la entidad gestora la que comunique al interesado que el alta médica en su día por ella emitida produce plenos efectos. Sin embargo al no preverse esta comunicación, en caso de silencio el interesado que ha presentado en plazo su disconformidad debe entender que tiene que reincorporarse a su puesto de trabajo el día duodécimo siguiente a la fecha de la resolución del INSS por la que se le expide el alta médica. Ello relacionado con la obligación de comunicación a la empresa —postergada a un futuro desarrollo reglamentario que esperamos subsane las deficiencias— puede originar que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo antes de que el INSS haya podido informar a aquél del silencio de la Inspección médica.

Problema adicional presenta el que el INSS desconoce si el interesado ha presentado o no su disconformidad, debido a la inexistencia de un cauce de comunicación en el origen del procedimiento entre Inspección y entidad gestora; lo que se subsanaría, como hemos indicado, estableciendo la obligatoria remisión de una copia de la disconformidad presentada por el interesado de la Inspección médica a la entidad gestora o bien que dicha disconformidad se presentara directamente ante la entidad gestora y esta remitiera la misma a la Inspección médica, para lo que estimamos deberían haberse establecido unos plazos más amplios que los estipulados por la Ley.

Por último si la entidad gestora no reconsiderara el alta, la IT se ha prorrogado hasta la fecha, hemos de entender de notificación al interesado de la resolución del INSS en que aportando las pruebas complementarias correspondientes se ratifica en su decisión.

A la vista de lo anterior, si bien hemos de señalar que el legislador ha incluido medidas en aras de evitar el perjuicio que las discrepancias entre las distintas entidades implicadas puede causar al interesado, creemos que de nuevo hay lagunas que salvar, hay una multiplicidad de trámites administrativos que a nuestro juicio han quedado a medias y que

no han calibrado las consecuencias para el interesado, bien por imprecisiones terminológicas o bien por carencias en la regulación. Como se ha puesto de manifiesto el interesado queda en situación de inseguridad jurídica ante el silencio de la Inspección médica; sin olvidar que la brevedad de los plazos y la celeridad que al mismo se ha querido dar no hará sino, nos atrevemos a presagiar, conducir a una continua reincidencia en ese silencio de la Inspección médica que conducirá a una confirmación acelerada de las altas médicas expedidas por el INSS. Nos atrevemos a preguntar ¿no habrá sido esta la intención del legislador camuflada bajo una defensa de la seguridad jurídica del afectado? Esperemos que la práctica nos quite la razón y que el interesado encuentre realmente amparada esa seguridad que parece haberse perseguido con esta reforma y ello pese a los defectos esgrimidos <sup>2</sup>.

Las competencias del INSS respecto de la emisión de alta médica no se agotan en lo hasta ahora expuesto. La modificación introducida en el artículo 128. 1 a) por la DA 48.<sup>a</sup> de la LPGE para el año 2006 establecía que, emitida esta alta médica por el INSS, será este «el único competente para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos» cuando se produjera dentro de los seis meses siguientes al alta y siempre que fuera por la misma o similar patología. La baja médica emitida por el INSS en estos casos procede en el supuesto de recaída. Recordemos que la recaída supone una situación de IT, seguida por un período de actividad laboral de duración inferior a seis meses, durante el cual el sujeto se ve nuevamente afectado por una IT originada por idénticas dolencias o afecciones a las que determinaron el precedente proceso de incapacidad. Pues bien, partiendo de este supuesto que parece claro, la redacción del precepto parecía presuponer que la baja médica era expedida previamente por el servicio público de salud o Mutua competente, al señalar que era el competente «para determinar si una nueva baja médica», y ante esta debía el INSS reconocer si procedía o no prestación económica, es decir, entendemos que entraba a valorar si el sujeto estaba o no incapacitado para desempeñar su actividad profesional. Sin embargo, una interpretación conjunta de este precepto con la nueva redacción que se daba del artículo 131.1 bis segundo párrafo LGSS que se refería a «un nuevo proceso de IT», nos llevaba a considerar que sería este órgano quien en estos casos debía emitir la baja médica si procedía y volvía a señalar el precepto «a los exclusivos efectos de la prestación económica de la IT», lo que incidía de nuevo en la unificación de dos prestaciones que son independientes y el olvido por parte del legislador del aspecto laboral de la IT. El legislador incurría aquí en el mismo error comentado al reconocer que aquí se podría emitir la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de IT. ¿Qué significaba esto?: ¿Qué el incapacitado debería ser además de por el EVI examinado por el servicio público de salud o por la Mutua para ver si necesitaba asistencia sanitaria? La reforma introducida por la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social ha subsanado, aunque veremos que no del todo, estos posibles errores interpretativos. Primero, al utilizar el verbo «emitir» en lugar de «determinar», lo que supone que es ya el INSS sujeto activo para expedir la baja médica y segundo, al no establecer esa diferenciación «a los exclusivos

<sup>2</sup> A este respecto el Dictamen del CES, 1/07, de 24 de enero propone la necesidad de garantizar las debidas comunicaciones al interesado afectado y a los empresarios. El desarrollo reglamentario previsto sí parece prever que se cumplan estas garantías para los empresarios pero elude referencia alguna a los interesados.



efectos económicos», sino al señalar únicamente la competencia para emitir la baja, con los «efectos previstos en los párrafos siguientes», según señala la nueva redacción. Pero he aquí de nuevo el problema interpretativo. Los «párrafos siguientes» se refieren a la presentación por parte del interesado de su disconformidad ante la Inspección médica con el alta emitida por el INSS, lo que significa que realmente esa remisión carece de sentido alguno ya que estamos hablando de baja médica no de alta. Hemos de pensar que el legislador ha errado al corregir de forma automática las dos referencias del articulado «a los exclusivos efectos económicos» por «a los efectos previstos en los párrafos siguientes», sin calibrar que en el segundo caso carece de sentido esa referencia ya que no hay alta médica sino baja médica, salvo que podamos pensar que lo que hace es referirse a la posible alta médica que surja después de esa baja por recaída. Quizás esta sea la razón que justifique que en el artículo 131 bis 1 segundo párrafo LGSS siga manteniéndose la expresión «a los exclusivos efectos económicos». Bajo nuestro punto de vista el legislador debería haber eludido en el artículo 128.1 a) segundo párrafo in fine, respecto de la recaída, la expresión «a los efectos previstos en los párrafos siguientes» y simplemente haber eliminado la mención «a los exclusivos efectos de la prestación económica por IT», lo que también debería haber hecho en el artículo 131 bis 1 segundo párrafo. Creemos que estos errores son resultado de la falta de una reforma integral del articulado afecto de continuas modificaciones y de un continuo recurrir a la técnica del «retoque» sin precisar ni apreciar los posibles errores en los que con ello se incurre.

Atribución de competencias idénticas a las anteriormente indicadas asume el INSS cuando se ha extinguido el derecho a la prestación por haber transcurrido los doce meses de IT más los seis de prórroga concedidos por dicho órgano y haber sido dado de alta médica el trabajador sin declaración de IP, cuando emerge de nuevo una incapacidad en el sujeto por la misma o similar patología y no han transcurrido más de seis meses de actividad laboral. Una interpretación *a sensu contrario* de esta reforma del artículo 131. bis apartado 1 LGSS permite concluir que transcurridos más de seis meses de actividad laboral, la misma patología puede determinar un nuevo proceso de IT cuya declaración no corresponderá al INSS sino que seguirá los trámites correspondientes a cualquier proceso de IT que se pudiera generar por distinta patología a la precedente.

Señalado lo anterior conviene indicar que en este último caso el legislador ha mantenido la precisión «a los exclusivos efectos económicos», lo que a nuestro juicio ha sido una omisión en la reforma olvidando en este precepto corregir la expresión tal y como lo ha hecho en artículos precedentes; ya que de lo contrario se plantea la misma crítica señalada respecto de la dualidad de la situación de IT. Es cierto que esta expresión ya ha sido utilizada por el legislador cuando admite la posibilidad de que los servicios médicos adscritos al INSS puedan expedir el alta médica, si bien es cierto que se matiza expresamente: «sin perjuicio de las competencias que correspondan a los servicios públicos de salud»; posibilidad esta desarrollada en el artículo 1.4 y 4.1 RD. 575/1997 de 18 de abril, modificado por RD.1117/1998 de 5 de junio. Medida que no deja de ser controvertida<sup>3</sup> y en cuyo

<sup>3</sup> Vid. Al respecto, JOVER RAMÍREZ, C, *La incapacidad temporal para el trabajo: Aspectos laborales y de Seguridad Social*; Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 441-442.

análisis se observan los mismos defectos indicados anteriormente. El problema adicional en el caso que nos ocupa es que esta medida en este último supuesto está prevista con carácter excepcional no obligatorio sino potestativa a diferencia de la asunción absoluta de competencias del INSS en los supuestos anteriores<sup>4</sup>.

La asunción de competencias por el INSS respecto del alta médica hasta aquí expuestas deben completarse con lo previsto en la DA decimonovena de la Ley que prevé la asunción de competencias del INSS en lo concerniente al alta médica emitida por las «entidades colaboradoras» al establecer que reglamentariamente se regulará el procedimiento administrativo de revisión por el INSS, a instancias del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de IT. Tendremos que estar a lo que se disponga reglamentariamente, si bien es cierto que una medida de esta índole supone una nueva intromisión y control del INSS hacia las Mutuas. Entiéndase que la referencia a entidades colaboradoras es a las Mutuas ya que son las mismas las únicas entidades colaboradoras del Sistema competentes para emitir alta médica. La actuación del INSS a estos efectos se iniciará en aquellos casos en los que el interesado muestre su disconformidad con el alta emitida por dicha entidad.

Si bien tal y como hemos señalado anteriormente, las distintas Resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social que otorgan las competencias al INSS en la materia, ponen de manifiesto que en aquellos casos en los que la IT derivara de contingencias profesionales y la opción de su cobertura hubiere sido con una Mutua será esta entidad colaboradora la llamada a efectuar ante el INSS o el ISM la propuesta de alta médica (si esta hubiera sido la opción elegida una vez transcurridos los doce meses de IT); entendiéndose que si la entidad gestora no mostrara su disconformidad en cinco días, se admite el alta emitida por la Mutua.

La conexión entre estos dos preceptos puede suponer o bien que la previsión reglamentaria será sólo para los otros supuestos aquí no contemplados es decir para IT derivada de contingencias profesionales en las que se expidiera el alta médica sin haber alcanzado los 12 meses de duración o bien que se regulará de una forma completa y concisa la actuación del INSS respecto de las altas emitidas por las Mutuas sea cuál sea el supuesto. Interpretación esta por la que nos inclinamos y que, sin entrar a valorar ahora, la admisibilidad o no de la misma, estimamos debía ser la previsión de este desarrollo reglamentario con el fin de conseguir dar un tratamiento unitario a la materia y evitar este disperso tratamiento normativo de la materia no sólo cuantitativamente hablando sino también cualitativamente en lo que se refiere al rango de las mismas; ya que hasta ahora son las resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social las que contemplan esta posibilidad no prevista en la LGSS.

Dejando a un lado la técnica legislativa a utilizar, sí hemos de adelantar que la medida supone un retomar de competencias por parte del INSS asumiendo competencias de control sobre las Mutuas. Evidentemente en la asunción de estas competencias de control hay intereses contrapuestos entre los que sin duda están los de los trabajadores protegidos que

<sup>4</sup> En este sentido, VILLAR CAÑADA, I., «La gestión de la IT a la luz de las últimas reformas», *AL*, núm. 20, 2006.

encuentran a su favor un cauce por el que discrepar con el alta de la Mutua y el de las propias Mutuas quienes alegrarán la injerencia en sus competencias.

No obstante tendremos que estar en cuanto a su contenido y efectos a lo que se prevea en el desarrollo reglamentario, pero la medida recuerda en esencia a la figura procesal de la reclamación previa, salvando las diferencias. A este respecto el artículo 71 TRLPL establece en su apartado 1 como requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social, que los interesados interpongan reclamación previa ante la entidad gestora o TGSS correspondiente; señalando en su apartado 2 que si la resolución expresa o presunta hubiera sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación se interpondrá ante el órgano correspondiente de la entidad gestora o servicio común que resulte competente. Es claro que el supuesto que plantea la DA novena es más amplio que el aquí señalado ya que la posibilidad de mostrar su disconformidad con el alta expedida por la Mutua será en cualquier caso, siendo indiferente que con posterioridad el interesado impugne o no judicialmente la misma. En coherencia con lo aquí establecido, desde el momento en el que se habla de regular un procedimiento administrativo al efecto, el legislador parece pretender conseguir una resolución expresa en uno u otro sentido de la entidad gestora competente quien por tanto asume una función de control y en última instancia de jerarquía sobre la Mutua.

### 1.1.2. *Prórroga de la situación de Incapacidad Temporal*

El INSS podrá, una vez agotados los doce meses de IT, y a través de los mismos órganos competentes que los señalados para instar el alta médica, prorrogar la situación de IT con un límite de seis meses más. Prórroga que ha de ser expresa tal y como indica el artículo 128.1 a) LGSS, y siempre y cuando se presuma que durante ellos puede ser el trabajador dado de alta por curación. Posibilidad esta que fue introducida por la DA 48.º LPGE para 2006 y que la reforma ha mantenido en su tenor literal recalcando así pues al INSS como el único competente en estos supuestos para conceder prórroga de IT más allá de los doce meses iniciales. Si bien conforme a lo previsto en las resoluciones de la Secretaría de Estado antes citadas, en el supuesto en que sean las Mutuas las competentes al haber asumido la cobertura de las contingencias profesionales, serán ellas las llamadas a hacer la propuesta en este sentido si así lo estimasen.

### 1.1.3. *Iniciación de un expediente de Incapacidad Permanente*

La otra posibilidad por la que puede optar el INSS agotados los doce meses de IT es la de iniciar un expediente de IP; posibilidad esta que procede en aquellos casos en que el INSS estima no proceder la prórroga por seis meses más al prever que durante ellos no se va a producir el alta por curación del sujeto.

Ahora bien, la DA 48.ª LPGE para 2006, daba nueva redacción al artículo 131 bis.2 al introducir en el primer párrafo del precepto una matización que llevaba a solventar una duda de la anterior redacción. En esta última no se precisaba si el transcurso máximo del

plazo al que el mismo se refería era el de los doce o el de los doce más seis, duda que había venido a clarificar la reforma al señalar tanto uno como otro. Lo que dejaba, a nuestro parecer de forma bastante clara que sólo procederá la prórroga de seis meses si era previsible esa curación; lo que parecía no ocurrir en la práctica conforme a la legislación anterior en la que frecuentemente cualquiera que fuera la dolencia de la que el sujeto estaba afectado se concedía dicha prórroga. La Ley de Medidas da una nueva redacción al precepto omitiendo la referencia a los doce meses y mencionando solamente los dieciocho. Esta modificación puede hacernos pensar que si bien el INSS puede determinar la iniciación de un expediente de IP una vez transcurridos doce meses conforme a lo previsto en el artículo 128.1 a); solamente se ve obligado a calificar dicha situación en el plazo de tres meses si la IT ha agotado la duración de dieciocho meses (artículo 131 bis 2), al no señalarse nada al respecto en el otro caso. Supuesto este último en el que podemos pensar debe aplicarse lo previsto en el artículo 6.1 RD. 1330/1995, de 21 de julio por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994 de 30 de diciembre de MFAOS y el artículo 14 Orden 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto citado. De conformidad con dichos preceptos, el plazo máximo para resolver el procedimiento será de ciento treinta y cinco días, entendiéndose desestimada la solicitud en aquellos casos en los que no existiera resolución expresa. Ciertamente creemos que la omisión en el caso de los doce meses carece de sentido desde el momento en que si es el INSS la entidad que insta la iniciación del procedimiento de IP, debía igualmente establecerse la obligación de calificar dicha situación en el plazo de tres meses desde el momento en que ha estimado como mejor opción iniciar ese procedimiento en lugar de prorrogar la IT por seis meses más. Las particularidades concurrentes en este supuesto creemos hacen exigible el cumplimiento de dicho plazo y no la aplicación al plazo general previsto tal y como parece deducirse de la nueva redacción efectuada por la Ley de medidas.

### 1.2. La desaparición de la Incapacidad Permanente condicional y la vuelta a la prórroga especial

El legislador establece, como hemos indicado que, extinguida la situación de IT por el transcurso de los dieciocho meses, el incapacitado debe ser examinado necesariamente en el plazo de tres meses a efectos de su calificación en el grado que corresponda como incapacitado permanente<sup>5</sup>.

Ahora bien, la DA 48.<sup>a</sup> LPGE para 2006 ya introdujo un cambio respecto de la legislación anterior. Se producía en aquellos casos en los que agotado dicho plazo máximo con-

<sup>5</sup> Nótese que el legislador continua utilizando la expresión «inválido», cuando la situación a la que nos referimos y desde la modificación terminológica llevada a cabo por el art. 8.5 Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE del 16) de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social debe hablarse de incapacidad permanente no de invalidez permanente al señalar dicho precepto que «Las referencias que se contienen en el TRLGSS... y en las normas de desarrollo de la invalidez permanente se entenderán efectuadas a la Incapacidad Permanente».



tinuaba la necesidad de tratamiento médico. Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por esta DA, si la situación clínica del interesado hacía aconsejable demorar la citada calificación, ésta podía retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podía rebasar los treinta meses siguientes a la fecha en que se inició la IT. Prórroga esta conocida como prórroga especial y que la nueva redacción del artículo 131. 2 bis dada por dicha DA, hizo desaparecer. Conforme a dicha redacción se concretaba qué debía entenderse por necesidad de continuidad del tratamiento médico al señalar que se requiriera el mismo «por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales que presentara el trabajador». Concurriendo dicha situación se debía valorar y calificar la situación de IP en el grado que correspondiese, si bien declarando esta situación revisable en el plazo de seis meses, no exigiéndose en estos casos, durante los mismos y para acceder a la pensión que correspondiera por IP, período de cotización distinto al establecido para la IT.

Esta reforma entrañaba a nuestro juicio efectos de muy distinta índole que el legislador creemos no había valorado antes de adoptar la misma. La minoración de la duración de la IT afectaba a doce meses; los que correspondiendo a la posible prórroga especial fueron eliminados y en los que las consecuencias para el incapacitado antes y después de la aplicación de esa reforma diferían enormemente y en detrimento de aquel.

Primero, la relación laboral de la que fuera titular el incapacitado se mantenía vigente durante esos doce meses adicionales. La nueva IP hacía presuponer como causa extintiva que es en los grados de IP total, absoluta y gran invalidez que agotados los doce o los dieciocho a lo sumo, el interesado viera extinguida su relación laboral salvo aplicación de lo previsto en el artículo 48. 2 ET. Aplicación que consideramos debía haber previsto el legislador con carácter obligatorio durante este plazo de incapacidad permanente condicional y que a nuestro juicio debería haber incluido dando una nueva redacción al artículo 48.2 ET. Esto ponía de nuevo de manifiesto que para el legislador la IT parecía no tener otra vertiente que la de ser una contingencia protegida y ello por el gasto que la misma ocasiona al Sistema. La no apreciación de dicha reserva del puesto de trabajo ocasionaría importantes perjuicios para el incapacitado permanente condicional que transcurridos los seis meses ve recuperada su capacidad. Situación esta que al amparo de la norma no era de extrañar ya que esta nueva IP se reconocía sólo en aquellos casos en los que las reducciones no evidenciaban una IP absoluta o gran invalidez recuperable a corto plazo.

A nuestro juicio este período de seis meses de IP condicional carecía de sentido desde el momento que la duda sobre el futuro de unas reducciones anatómicas o funcionales después de un período corto de doce o dieciocho meses o bien eran claramente mejorables lo que no debía llevar a una IP o dudosamente mejorables lo que en aras del incapacitado tampoco debían llevar a una IP en tan corto período de tiempo. No hemos de olvidar que determinadas dolencias, por ejemplo traumatológicas que requieren largos períodos de rehabilitación, transcurridos los mismos el sujeto queda recuperado para poder realizar su previa actividad laboral, pretendiendo el legislador zanjar en doce o dieciocho meses dicha situación sin dar tregua adicional y con una consecuencia como es la declaración de una IP.

Los defectos y críticas hechas al precepto creemos quedan en evidencia desde el momento en que en esta nueva reforma el legislador ha hecho desaparecer esa IP revisa-

ble<sup>6</sup>, volviendo a una figura similar a la hasta entonces existente cual era la de una prórroga especial si bien modificando tanto sus condicionantes como su duración.

La nueva redacción del artículo 131 bis apartado segundo, segundo párrafo establece que extinguida la IT por el transcurso del plazo de dieciocho meses, si continuara la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, esta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los veinticuatro meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la IT.

Una vez desaparecida la IP condicional como se ha señalado, nos parece más interesante comparar la nueva redacción del precepto con la que el mismo tenía con anterioridad a la dada por la DA 48.<sup>a</sup> LPGE para 2006, desde el momento en que el legislador vuelve a la misma línea hasta entonces existente. Realizando dicho estudio comparativo puede apreciarse que el legislador en la nueva redacción matiza en primer lugar, aquellos supuestos en que debe entenderse a estos efectos es necesaria la continuidad del tratamiento médico, cuando exista expectativa de recuperación o mejora del estado del trabajador en aras a poder lograr su reincorporación al trabajo. Ha de entenderse que única y exclusivamente en estos supuestos y cumplidos estos condicionantes podrá concederse esta prórroga especial. No es pues cualquier tratamiento médico sino sólo aquel que siguiendo en su línea crea la expectativa de esa recuperación. En segundo lugar, el legislador si bien ha estimado introducir de nuevo esa prórroga especial lo ha hecho con una importante minoración en cuanto a su duración (seis meses) ya que si antes la prórroga especial permitía extender la IT hasta treinta meses ahora la misma queda reducida a un máximo de veinticuatro. La minoración de esta situación creemos responde por un lado, a una reducción del coste que la misma entrañaba para el Sistema pero también, por otro lado, en aras de no prolongar excesivamente situaciones en el tiempo en las que la no expectativa de recuperación por parte del trabajador es clara en una situación de IT durante dos años y que indefectiblemente debe llevar a una IP, sin olvidar la posibilidad de incluir en la resolución de calificación de esta última su posible revisión.

El legislador ha adaptado a esta reforma los artículos correspondientes del Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, RD. Legislativo 4/2000, de 23 de junio, concretamente los artículos 20.2 y 21.3, en su DA decimoséptima con la finalidad de dar un tratamiento unitario a la materia entre el RGSS y el Régimen especial en el que se encuadran estos funcionarios. Asimismo la DT primera solventa en este ámbito la transitoriedad en la que se encuentren aquellos funcionarios que a la entrada en vigor de la Ley hubieran superado el mes vigésimo primero posterior al inicio de la situación de IT pudiendo prolongar la percepción del subsidio hasta el mes vigésimo séptimo o trigésimo, ambos inclusive según corresponda, siéndoles de aplicación los preceptos del Texto refundido según redacción dada por la Ley 42/2006 de 28 de diciembre de PGE para el año 2007 o bien la DT sexta de la citada Ley de PGE.

<sup>6</sup> Así se pone de manifiesto en la Memoria explicativa del borrador del anteproyecto de Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 23 de noviembre de 2006, en cuyo Comentario al articulado, concretamente al apartado 2 del artículo 1, señala que «esta regulación se ha mostrado, en cierta forma, perjudicial para el trabajador...».



## 2. LA CONCATENACIÓN ENTRE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y DESEMPLEO

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre de MFAOS, dio una nueva redacción al artículo 222 LGSS en su apartado primero en lo que se refería a la concatenación de dos situaciones protegidas cuales son la IT y el desempleo. Esta nueva redacción del precepto supuso, en primer lugar, que en aquellos casos en los que durante una situación de IT se extinguiera el contrato de trabajo, la prestación económica derivada de IT continuaría percibiéndose hasta tanto concluyera la situación que originó la misma, en cuantía igual a la prestación por desempleo e indistintamente de cual fuera el origen común o profesional del que hubiera derivado la IT. Extinguida la IT, el trabajador pasaría a la situación legal de desempleo en el supuesto en que la extinción se hubiera producido por algunas de las causas enunciadas en el artículo 208.1 LGSS, pasando a percibir, si reunía los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le correspondiera de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo. La segunda novedad entonces introducida coincidía con una medida que la doctrina venía reclamando desde tiempo atrás<sup>7</sup>: se descontaría del período de percepción de la prestación por desempleo, como ya consumido, el tiempo que hubiera permanecido en la situación de IT, a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo la adopción de estas medidas y la reforma entonces introducida produjo un importante malestar social en el que se reclamaba el perjuicio que sufría el trabajador que estando en situación de IT y viendo extinguida su relación de trabajo, podía llegar a perder su prestación por desempleo en aquellos casos en los que la situación de IT se prolongará más allá de la posible duración de la prestación por desempleo a la que tuviera derecho.

Con la nueva Ley, el legislador ha pretendido subsanar dicha situación, si bien a nuestro entender lo ha hecho sin un criterio coherente y unánime. La redacción del precepto queda exactamente igual en su tenor literal que al señalado en aquellos supuestos en los que la IT derivase de contingencia común. Sin embargo la redacción del precepto vuelve a ser la anterior a la Ley 24/2001, si la IT deriva de contingencia profesional. Es decir, en este último caso, el trabajador seguirá percibiendo la prestación por IT en cuantía igual a la que tuviera reconocida hasta que se extinga dicha situación a diferencia del supuesto en el que la IT derivara de contingencia común en cuyo caso seguirá percibiendo esa prestación pero en cuantía igual a la prestación por desempleo. En ambos casos, una vez extinguida la situación de IT el trabajador pasará a la situación legal de desempleo si la extinción se ha producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1 LGSS y a percibir la correspondiente prestación por desempleo si reúne los requisitos para ello. Ahora bien, en el supuesto en el que la IT precedente a la situación de desempleo derivara de contingencia común, se descontará de la prestación por desempleo como consumido el tiempo que el trabajador hubiera permanecido en IT a partir de la extinción del contrato de trabajo, descuento que no se produce si la IT deriva de contingencias profesionales.

<sup>7</sup> En el sentido de admitir la reducción de la duración de la prestación por desempleo en este primer supuesto como medida contra el fraude, ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, decimotercera edición, 1998, pág. 217.

Como fácilmente puede deducirse de la medida incorporada, el legislador ha intentado introducir una medida «a gusto de todos». Para aquellos que estimaban la necesidad de introducir ese descuento de tiempo a fin de evitar situaciones fraudulentas ha optado por mantenerlo en el supuesto de contingencias comunes donde parece estimar que el fraude es más fácil o cierto que en aquellos casos en los que la situación deriva de contingencia profesional. Tratando, por otro lado, de paliar esa medida perjudicial para el trabajador en aquellos casos en que parece admitir que el fraude no es posible cual es el supuesto de contingencia profesional. A nuestro parecer una vez decantado el legislador por reformar el precepto, nos parece absurdo hacer renacer el criterio distintivo del origen de la contingencia para de nuevo volver a primar el origen profesional de la misma sobre el origen común. Si la opción ha sido por la contingencia profesional al estimar el origen inherente a la actividad profesional del trabajador y no imputable a su voluntad, creemos que tan justificado es el no proceder al descuento en uno como en otro caso; sin que por tanto, se perjudique al trabajador que estando en situación de IT evidentemente por causa a él no imputable parezca más culpable al estar enfermo por una contingencia común que por una profesional, llevando ello implícita sanción a juzgar por la decisión del legislador<sup>8</sup>.

Igualmente debemos señalar que si bien la redacción anterior del precepto contemplaba la asunción por parte de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de la cotización del trabajador durante todo el período descontado, la Ley de Medidas continúa manteniendo dicha asunción de obligaciones evidentemente para el supuesto en el que procede el descuento, es decir, en el caso de IT derivada de contingencias comunes por lo que ha cambiado la ubicación sistemática en el articulado. Además el legislador ha ampliado dicha obligación al asumir igualmente la cotización en aquellos casos en los que concluida la IT, el interesado no hubiera solicitado la prestación por desempleo y pasara sin solución de continuidad a una situación de IP o bien se hubiera producido su fallecimiento generando derecho a prestaciones por muerte y supervivencia. Medida esta última con lo que el legislador ha pretendido resolver los posibles problemas que lagunas de cotización en los casos señalados pudieran ocasionar en perjuicio del trabajador o sus beneficiarios.

### 3. LA REFORMA DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

La IP es otra de las contingencias que ha sufrido modificaciones al hilo de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. El Acuerdo ya preveía la adopción de estas medidas ahora incorporadas a la Ley en aras a mejorar la regulación de la IP y con el fin de evitar que se pueda acceder a la protección desde una carrera de cotización insuficiente. Tales medidas suponen primero, la flexibilización del período mínimo de cotización exigido a los más jóvenes; segundo, la modificación de la forma de cálculo del importe de las pensiones de IP derivada de enfermedad común con el fin de aproximarla a la establecida para la pensión

<sup>8</sup> Algún autor, habla de un tratamiento menos protector, DE LA PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZ YAÑEZ, R., «El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el dialogo social», *RL*, núm. 20, 2006, pág. 81. Por su parte el CES en el Dictamen 1/07 respecto del anteproyecto de Ley valora positivamente esta medida al evitar los consiguientes efectos desfavorables en la cuantía y duración de las prestaciones que recibirá el beneficiario.





de jubilación y tercero, la modificación de la forma de cálculo del complemento por Gran Invalidez así como la desaparición de la opción de internamiento del Gran inválido que antes contemplaba la LGSS.

### 3.1. Las modificaciones en el período de carencia exigido

La regla o sistemática establecida para el cálculo del período previo de cotización para acceder a una IP no ha sido modificada de modo que sigue siendo la edad del trabajador la que determina la aplicación de una u otra regla a efectos de ese cálculo. No obstante el apartado 2 del artículo 2 de la Ley sí modifica el párrafo segundo del artículo 138 LGSS introduciendo una modificación en la edad que delimita los dos supuestos a efectos de determinar el período de carencia exigido.

Con anterioridad a la reforma ésta estaba fijada en veintiséis años, pasando ahora a ser treinta y uno. Igualmente se modifica la fracción de años exigida, reduciéndose la misma al pasar de la mitad a un tercio, en el supuesto en que el trabajador sea menor de treinta y un años, es decir, un tercio del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante. Como puede deducirse, la reforma ha beneficiado a los más jóvenes, lo que constituía objetivo del Acuerdo, ya que para la franja comprendida entre los 26 y los 30 años, con anterioridad a la reforma los requisitos de cotización eran menos flexibles determinando en muchos casos la imposibilidad de acceso a tales prestaciones al adolecer a dichas edades de largas carreras de cotización habida cuenta de la tardía incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo. De este modo, a título de ejemplo, señalar que, conforme a la anterior regulación, un joven de treinta años debía tener como mínimo cinco años cotizados, número de años que pasa a ser conforme a la reforma de cuatro años y seis meses; diferencias que son más manifiestas según se reduce la edad del beneficiario<sup>9</sup>.

Bien es cierto que, según se indica en la Memoria económica del borrador del Anteproyecto de Ley, la frecuencia de acceso a esta IP por menores de 30 años es reducida (3,34% en el RGSS y 1,17% en el RETA). No obstante dichos porcentajes no reflejan aquellos sujetos que no han podido acceder a la misma por carecer del período de cotización exigido pese a estar afectados de reducciones que determinarían el reconocimiento de una IP. Habrá que esperar a la aplicabilidad de las nuevas exigencias de cotización a fin de comprobar si realmente el beneficio es tal o por el contrario la escasa variación en los períodos de cotización producidos no va a suponer una modificación sustancial al respecto. Si bien volvemos a insistir en que el análisis debería utilizar como variables tanto los afectos de las reducciones sin requisito de carencia como aquellos en los que concurriendo los requisitos han generado la pensión en el grado que corresponda.

Por lo demás, la reforma sólo ha supuesto una sistematización de este precepto, pasando el anterior párrafo cuarto, referido al período de carencia en una IP parcial, a ser el párrafo sexto y los anteriores, quinto y sexto al cuarto y quinto respectivamente. Sis-

<sup>9</sup> Tabla comparativa en la Memoria económica del Borrador de Anteproyecto de Ley de 13 de diciembre de 2006, apartado II.1 referido a la pensión de IP.

tematización que sin lugar a dudas clarifica y reordena la materia frente a la lectura dispersa que con anterioridad a la reforma había que efectuar a fin de enlazar las materias conexas.

### 3.2. Nuevo cálculo de la base reguladora para la pensión derivada de Incapacidad Permanente por enfermedad común

Con el fin de adaptar la forma de cálculo de esta pensión a la pensión de jubilación, según establece la Exposición de motivos de la Ley, se introduce una nueva regla para el cálculo de la base reguladora que corresponda por IP derivada de enfermedad común, cuya finalidad no es otra que permitir la incidencia de los años de cotización en la cuantía de la base reguladora.

A tal efecto se introduce un apartado b) en la redacción del artículo 140.1 LGSS. Así una vez calculada la base conforme a las reglas hasta ahora previstas y que se siguen manteniendo en los mismos términos que el precepto anterior a la reforma, es decir, cociente que resulte de dividir por ciento doce las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante o las que correspondan de ser menor de ocho años el período de cotización exigido (art. 139.1 a y 139.2 LGSS), se procede a la aplicación, al resultado así obtenido, de un porcentaje. Porcentaje que será el que correspondería, según los años cotizados por el trabajador, a efectos de calcular su pensión de jubilación y que se prevén en el artículo 163.1 LGSS.

Si bien, a efectos de determinar ese porcentaje se computarán como años cotizados los años que en la fecha del hecho causante le restasen al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación, sesenta y cinco años. Si el interesado no alcanza los quince años de cotización, el porcentaje que corresponderá aplicar será el del cincuenta por ciento.

El importe así calculado será la base reguladora a la que se aplicará el porcentaje que corresponda según el grado de IP reconocido, aspecto este en el que no ha habido modificación alguna por la Ley.

Ahora bien, la aplicación de estas nuevas reglas para el cálculo de la base reguladora por IP derivada de enfermedad común no resultará de aplicación en aquellos casos en los que la IP derive de un proceso de IT que se haya iniciado con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicha Ley de reforma. En estos casos deberán aplicarse las normas vigentes antes de la entrada en vigor de dicha reforma (artículo 2. seis de la ley que introduce la disposición transitoria decimosexta en la LGSS).

Para un sector doctrinal, con este nuevo cálculo se favorece a las largas carreras de cotización frente a quienes teniendo menos años cotizados podían obtener en su cuantía la misma pensión que quien por el contrario habría cotizado durante un período bastante más prolongado al Sistema<sup>10</sup>. Sin embargo para otros, ello supondrá la minoración de la ya

<sup>10</sup> En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZ YAÑEZ, R., «El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el dialogo social», *RL*, núm. 20, 2006



escasa cuantía de la pensión por invalidez resultando la pensión inferior conforme al procedimiento actual <sup>11</sup>.

Ambas corrientes doctrinales tienen razón en sus argumentos, sin embargo ello será cierto en supuestos extremos, en la generalidad de los casos creemos que los resultados no van a distar en exceso de lo hasta ahora existente conforme a la normativa anterior. Evidentemente una vez calculado el primer paso para la base reguladora, coincidente con el hasta ahora vigente, será el segundo paso (la aplicación del porcentaje dependiendo de los años cotizados) el que determine la base reguladora definitiva del futuro beneficiario. De este modo, aquel sujeto que o bien porque tenga cotizados treinta y cinco años o bien porque sumando los ya cotizados más los que le resten hasta los sesenta y cinco años, alcance el cien por cien de su base, no sufrirá merma alguna en la misma respecto a la regla aplicable conforme a la regulación anterior. De hecho, el efecto reductor que podía tener la inclusión del porcentaje a aplicar en función de los años cotizados se ve neutralizado con la estimación como cotizados de los años que resten al sujeto para cumplir los 65 años; con ello realmente, creemos que ni se beneficia ni se perjudica a carreras largas de cotización, ya que su base va a ser prácticamente la misma aplicáramos una u otra regla. El posible perjudicado será aquel sujeto de menos de treinta años y con una muy corta carrera de cotización; de modo que sumando sus años cotizados y los que le resten hasta los sesenta y cinco no alcanzará el cien por cien de la base que sí tendría de aplicar la regulación anterior.

Téngase en cuenta que la nueva redacción de este precepto ha traído consigo la necesidad de adaptar y precisar algunos otros preceptos. Así se da nueva redacción al apartado 5 del artículo 139. En este apartado se regula la determinación de la base reguladora para la pensión por IP derivada de contingencias comunes —enfermedad común y accidente no laboral— en aquellos casos en los que el beneficiario teniendo cumplidos sesenta y cinco años no reuniera alguno de los restantes requisitos para generar derecho a la pensión de jubilación. Supuesto este en el que se preveía, y así se sigue manteniendo, que a la hora de calcular esa base se aplicara a la misma el porcentaje que correspondiera según el período mínimo de cotización que esté establecido para el acceso a la pensión de jubilación. A dicha previsión se ha añadido que tratándose de IP por enfermedad común, se esté a lo dispuesto en el artículo 140.1 LGSS. Añadido que no es sino exigido por la nueva redacción de este último a fin de evitar una duplicidad en las reglas a seguir para el cálculo de dicha base ya que esa regla que el apartado 5 del artículo 139 prevé con carácter general para toda IP, si se dan en el interesado los requisitos ahí señalados, el artículo 140.1 en su nueva redacción ya la prevé para la IP por enfermedad común.

Otro precepto que ha recabado su adaptación por la nueva redacción del artículo 140.1 LGSS ha sido el artículo 140.3 LGSS. En este precepto se regula la determinación de la base reguladora para los supuestos de IP absoluta y Gran invalidez derivadas de accidente no laboral respecto de sujetos que accedan a la misma desde una situación de no alta o asimilada. Supuestos en los que continúa aplicándose las mismas reglas vigentes hasta la

<sup>11</sup> En este sentido, respecto del contenido del Acuerdo en esta materia, FERNÁNDEZ ORRICO, Fco. J, «La inminente reforma de las pensiones de la Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 288, 2007, pág. 92; GORELLI HERNÁNDEZ, J, «El Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social», *TL*, núm. 86, 2006, pág. 20.

reforma. Ello ha conllevado que la remisión que el artículo 140.3 LGSS hacía en su anterior redacción al apartado 1 del mismo artículo se matice ahora al apartado a) del número 1 de dicho artículo. Matización que supone la exclusión de la aplicación a esa base reguladora del porcentaje que se aplicaría al cálculo de una pensión de jubilación en función de los años cotizados por el interesado.

### 3.3. Importes mínimos de la pensión por Incapacidad Permanente total

La Ley de medidas incorpora dos preceptos con el fin de reconocer unos importes mínimos a la cuantía de la IP total en dos supuestos: la IP total derivada de enfermedad común y la IP total cualificada.

Respecto de la IP total por enfermedad común, se incorpora un último párrafo en el apartado 2 del artículo 139 LGSS en aras de garantizar el importe mínimo de la pensión correspondiente en estos casos, entendiéndose con ello querer beneficiar a quienes perjudicará la aplicación de las reglas anteriormente señalada al tener un reducido número de años cotizados. A estos efectos se establece que la cuantía de dicha pensión no podrá resultar inferior al 55% de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años en términos anuales vigentes en cada momento.

Límite este aplicable también a los diferentes regímenes especiales de conformidad con lo previsto en el nuevo apartado 5 de la DA octava LGSS, introducido por esta Ley, al señalar que lo previsto respecto de ese importe mínimo será de aplicación a todos los regímenes que integran el Sistema de la seguridad social y ello en los mismos términos que los aplicables al régimen general de la Seguridad Social, ya que la base mínima de cotización a tomar en cuenta será la establecida para este régimen cualquiera que sea el régimen de la seguridad social conforme a cuyas normas se reconozca la pensión de IP total.

Por su parte respecto de la IP total cualificada, señala la DA primera de esta Ley la necesidad de incorporar anualmente en el cuadro de cuantías mínimas anuales de las pensiones de la modalidad contributiva que se recoja en la LPGE, importes mínimos para tales pensiones en todos aquellos casos en los que el beneficiario sea menor de sesenta años.

### 3.4. La Gran Invalidez

La Ley ha introducido modificaciones en la situación de Gran Invalidez no sólo en lo que se refiere a la cuantía correspondiente de la prestación económica de la que el sujeto puede ser beneficiario sino también en las opciones que la anterior redacción del precepto ofrecía al gran inválido respecto de la asistencia a su situación.

En primer lugar, señalar que el artículo 139.4 LGSS en su anterior redacción establecía que si el trabajador fuese calificado de gran inválido, el mismo tendría derecho a la pensión a que se refiere el apartado anterior (referido este último a la pensión vitalicia correspondiente a la IP absoluta), incrementándose su cuantía en un 50% destinado a que el inválido pueda remunerar a las personas que le atiendan. He aquí la primera modificación que se introduce con la nueva redacción del precepto. La Ley habla de una «pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores», lo que realmente no clarifica nada la

situación. Creemos entender que el legislador ha pretendido separar la Gran invalidez de la IP absoluta de la que parecía arrancar al remitir la anterior redacción a ella a fin de determinar la prestación económica correspondiente. Pero si esta era la finalidad perseguida, el legislador debería haber sido más claro en la nueva redacción y no llevar a confusión en el mismo. La referencia a «apartados anteriores», supone que puede ser la pensión reconocida por IP total o por IP absoluta. Hubiera sido más coherente mantener la redacción anterior o simplemente dar una redacción similar a la indicada para la IP absoluta, una pensión vitalicia; sin remisión alguna a apartados anteriores.

En segundo lugar, si bien la nueva redacción del precepto sigue contemplando el derecho del beneficiario a incrementar la cuantía de esta pensión con un complemento cuya finalidad es poder remunerar a la persona que le atiende. La nueva Ley ha introducido un importante cambio en el cálculo y determinación del mismo. Si con anterioridad a la reforma dicho complemento sería diferente para cada sujeto dependiendo de la base reguladora de la pensión del mismo ya que era esta la variable a tener en cuenta para el cálculo de dicho complemento, el legislador con el nuevo cálculo ha pretendido salvar esa diferencia buscando un criterio más equitativo al integrar dicho complemento con una parte fija e idéntica para todos los sujetos afectados de esta IP<sup>12</sup>, si bien manteniendo otra variable en la que sí se tendrá en cuenta la última base de cotización del sujeto<sup>13</sup>.

Se establece que dicho complemento será el resultado de sumar dos cantidades: primero, el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante (porcentaje fijo aplicable a todo beneficiario de la prestación) y segundo, el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derivara dicha IP (cuantía variable al venir determinada por la base de cotización del sujeto). No obstante el legislador ha considerado necesario introducir un límite al respecto al señalar que en ningún caso este complemento podrá tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador. Límite establecido, creemos, en aras de garantizar un mínimo garantizado que permita cubrir al menos las demandas esenciales a las que va destinado dicho complemento y ello con el fin de evitar que la aplicación directa de las reglas introducidas pudiera ocasionar una situación de desprotección al interesado por la cuantía ínfima a la que pudiera quedar reducido el complemento en cuestión.

Hemos de señalar que el cálculo de este complemento se hace extensible a los diferentes regímenes especiales del Sistema de la Seguridad Social, al señalar la DA octava. 5, añadido por la nueva Ley de reforma que a estos efectos se tomará como base mínima de cotización la vigente en cada momento en el RGSS cualquiera que sea el régimen con arreglo a cuyas normas se reconozcan las pensiones de Gran invalidez.

En tercer lugar, el anterior artículo 134.4 último párrafo preveía que a petición del gran inválido o de sus representantes legales, pudiera autorizarse, siempre que se estimara conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento señalado por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Siste-

<sup>12</sup> Ya algunos autores venían criticando el cálculo de ese complemento al señalar que su cuantía debía ser siempre la misma a fin de evitar discriminaciones, lo que era así al sustituir este incremento por el internamiento, ROQUETA BUI, R., *La Incapacidad Permanente*, CES, 2000, pág. 200.

<sup>13</sup> En este sentido, DE LA PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZ YAÑEZ, R., *El Acuerdo...*, *op. cit.*, pág. 90.

ma de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos. Posibilidad esta que ha desaparecido con la Ley.

Podemos presuponer que la desaparición de esta facultad de opción responde a la entrada en vigor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE del 15), desde el momento en que la misma contempla en el catálogo de servicios, el servicio de atención residencial concretamente en centros de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad (art. 15 e) ii). Este servicio de atención residencial se prestará en los centros residenciales habilitados al efecto por las administraciones Públicas y pudiendo revestir el carácter de permanente (art. 25 Ley 39/2006).

Señalar que la propia Ley 39/2006, contempla en su DA novena que quienes tengan reconocida la pensión de Gran invalidez tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado y nivel en el que se disponga en el desarrollo reglamentario de dicha ley; lo que conlleva cumplir el primero de los requisitos exigidos para poder ser titular de los derechos contemplados en la misma (art. 5 1 a Ley 39/2006).

Este desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo por RD. 504/2007, de 20 de abril (BOE del 21) por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en la citada Ley. De conformidad con ello se reconoce en su DA primera, que a las personas que tengan reconocido el complemento de Gran invalidez se les reconocerá la situación de dependencia en el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del baremo fijado en este Reglamento, garantizando en todo caso el grado I dependencia moderada, nivel I. Conforme a la redacción reglamentaria todo gran inválido tendrá dicha consideración desde el momento en que el reconocimiento en dicho grado de IP lleva aparejado el complemento anteriormente referido. Si bien la redacción de esta DA parece inducir a confusión distinguiendo entre gran inválidos con complemento o sin él, creemos que la redacción responde a la continua derivación de la pensión de Gran invalidez de la que correspondería por IP absoluta a la que en el caso de ser gran inválido se añadiría el citado complemento. O bien que dicha distinción responda al caso en el que se haya procedido a la deducción del complemento. Posibilidad esta que prevé el artículo 31 de la Ley de dependencia<sup>14</sup> y que corrobora el artículo 14 del RD.727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre al señalar en lo concerniente a deducciones por prestaciones de análoga naturaleza y afinidad que «en los supuestos en que el beneficiario sea titular de cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en otro régimen público de protección social, del importe a reconocer se deducirán las siguientes prestaciones: el complemento de Gran invalidez...».

No obstante lo señalado, tendremos que esperar a la materialización práctica de la Ley de dependencia en estos aspectos a fin de concretar todo lo que esta suponga para la situación y atención del gran inválido en distintos ámbitos principalmente económicos y asistenciales.

<sup>14</sup> En este sentido, MERCADER UGUINA, J.R., «Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia», *TL*, núm. 89/2007, pág. 178.